

วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต : ศึกษากรณี  
การรับบุตรบุญธรรม



นางสาวณัฐดา ศิริสม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Analysis of the Thai Civil Partnership Draft Bills: A case study of adoption



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2016  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต :
	ศึกษากรณีการรับบุตรบุญธรรม
โดย	นางสาวญาดา ศิริสม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ไพฑูริย์ คงสมบูรณ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม  
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว)

ญาติ ศิริสม : วิเคราะห์ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต : ศึกษากรณีการรับบุตรบุญธรรม (Analysis of the Thai Civil Partnership Draft Bills: A case study of adoption) อ.ที่ปรึกษา วิทยาลัยนานาชาติ: ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร, อ.ที่ปรึกษาวิทยาลัยนานาชาติร่วม: ศ. ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, 296 หน้า.

วิทยาลัยนานาชาตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ประเทศไทยมีการร่างกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตด้วยกัน 2 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แตกต่างกัน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวมีความละเอียดอ่อนและจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรม ดังนั้น เพื่อค้นคว้าหาแนวทางการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่เหมาะสม และคำนึงถึงสภาพสังคมไทยมากที่สุด จึงศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ

จากการศึกษาพบว่า การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนต่อการยอมรับของสังคม และร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ กำหนดลักษณะแนวทางของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ชัดเจน อีกทั้ง ยังมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แตกต่างกัน โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ในฐานะกฎหมายทั่วไป ในขณะที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ประสงค์ให้มีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม และมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้เฉพาะ โดยแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ยังไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันได้ในเงื่อนไขบางประการ นอกจากนี้ การกำหนดเรื่องการใช้อำนาจปกครองร่วมกันของคู่ชีวิตและบิดาหรือมารดาที่บุตรนั้นติดตามหลังจากคู่ชีวิตจดทะเบียนรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมเป็นการกำหนดนอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้รับการคุ้มครอง จึงเป็นกรณีที่คู่ชีวิตได้รับสิทธิดังกล่าวเกินไปกว่าคู่สมรส

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงเสนอแนะให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมาย โดยกำหนดแก้ไขบทบัญญัติในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตให้มีความชัดเจนขึ้น และหลีกเลี่ยงการตีความในอนาคต อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่ควรอนุญาตให้กลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน เนื่องจากอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและผลกระทบต่อสังคมอื่นๆ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาร่วม .....

# # 5685968534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: SAME-SEX ADOPTION / GAY ADOPTION

YADA SIRISOM: Analysis of the Thai Civil Partnership Draft Bills: A case study of adoption.

ADVISOR: ASST. PROF.CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D., CO-ADVISOR: PROF.PAIROJANA KAMPUSIRI, Ph.D., 296 pp.

This dissertation aims at the policy-making on an adoption by the homosexual. Under Thai legal system, the concept of adoption by the homosexual is encapsulated in the two Draft Bills, viz, the Civil Partnership Registration Draft Bill B.E. .... and the Civil Partnership Draft Bill B.E. .... Nonetheless, the aforementioned two Draft Bills have distinctively stipulated the different substance of an adoption by the homosexual. Indeed, such distinction should be conspicuously marked since the issue at stake in connection with the well-being and the best interest of the child is crucially delicate and, as a result, should be taken into account. In order to seek an appropriate solution to the matters in question based on the social context of Thailand, this research carried out the comparative studies on the Thai law and the law of the United States of America (Florida), France, Germany, and the United Kingdom.

Throughout the research, it is found that an adoption by the homosexual is a problematic issue in terms of social recognition and the incoherence of the two Draft Bills. The Civil Partnership Registration Draft Bill B.E. .... does not specifically prescribe the adoption by the homosexual itself, thus the legal provisions with regard to an adoption in the Civil and Commercial Code of Thailand shall be applied as *lex generalis*. On the other hand, the Civil Partnership Draft Bill B.E. .... suggests that the legal provisions with regard to an adoption of the Civil and Commercial Code of Thailand should be applied merely *mutatis mutandis* and the adoption by the homosexual should be introduced as *lex specialis* in which it proposes an amendment to the Civil and Commercial Code of Thailand in connection with an adoption of a stepchild by a homosexual partner and the mutual adoption of child by homosexual couple.

However, in certain cases, the two Draft Bills do not successfully resolve the current issues. The Draft Bills have stipulated the parental rights in the event of an adoption of stepchild by a homosexual partner. Such rights are not conferred to a heterosexual spouse and are not covered by the Civil and Commercial Code of Thailand. This constitutes the inequality of rights differently conferred to a homosexual couple and heterosexual couple.

To this end, this research proposes that a sole homosexual should be legally permitted to adopt child. In order to establish and reinforce legal certainty and avoid absurdity, an amendment should be made to the Draft Bills. Nevertheless, to circumnavigate any legal and social problem, Thailand should not allow homosexual partner to adopt stepchild of his/her partner, and should not allow homosexual couple to mutually adopt child.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

Co-Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องด้วยความอนุเคราะห์จากอาจารย์หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร และศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลักและที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ทั้งที่ท่านทั้ง 2 มีภารกิจต่างๆ มากมาย ให้คำแนะนำ คำปรึกษาที่ดี และมีคุณค่าทางวิชาการตั้งแต่เริ่มต้นการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่อง จุดประกายความคิดต่างๆ ให้แก่ผู้เขียนในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ตลอดจนเปิดโอกาสให้ผู้เขียนได้แสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ ท่านยังคอยให้กำลังใจและคอยสนับสนุนผู้เขียนตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี รวมถึงนำเอกสารที่เป็นประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์มาให้แก่ผู้เขียนได้ศึกษาและนำไปใช้ประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนซาบซึ้งและระลึกในพระคุณของท่าน จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อังคนาวดี ปิ่นแก้ว ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านคณะกรรมการทั้ง 2 ท่านได้กรุณาสละเวลาให้ความช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ตลอดจนแนวทางการแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นจนกระทั่งเสร็จสมบูรณ์ ขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณนายไพโรจน์ ศิริสม นางสาวเอมอร เพ็ชรสังหาร ผู้ซึ่งอบรมเลี้ยงดู ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ ให้การสนับสนุน เป็นกำลังใจสำคัญ และคอยช่วยเหลือแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาในการจัดทำวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณนายชวิณ สวัสดิ์บุรี ผู้ซึ่งเป็นกำลังใจและคอยช่วยเหลือตลอดระยะเวลาในการจัดทำวิทยานิพนธ์ทำให้ผู้เขียนสามารถผ่านอุปสรรคต่างๆ ไปได้ด้วยดี และขอขอบคุณนายทักษ์ดนัย สิทธิธางกูร ที่ให้ความช่วยเหลือในการแปลภาษาและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียน ขอขอบคุณเพื่อนพี่ น้อง ทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจ และคอยอยู่เคียงข้างตลอดมา รวมถึงคณะผู้บริหารและผู้ร่วมงานสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ที่สนับสนุนการจัดทำวิทยานิพนธ์เป็นอย่างดี ขอขอบคุณเพื่อนๆ หลักรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่คอยให้คำปรึกษาและช่วยเหลือ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ห้องหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่านที่คอยอำนวยความสะดวกตลอดระยะเวลาที่เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากปราศจากบุคคลเหล่านี้ การจัดทำวิทยานิพนธ์คงประสบอุปสรรคและความยากลำบากอีกหลายประการ และคงไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีเช่นนี้

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพอมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา ครูอาจารย์ทุกท่านที่อบรมสั่งสอน ให้มีความรู้และคุณธรรมเป็นเครื่องชี้ความสำเร็จของผู้เขียนมาจนถึงทุกวันนี้ ตลอดจนผู้เขียนตำรา บทความ และเอกสารต่างๆ ที่ได้นำมาศึกษาอ้างอิงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
สารบัญรูปภาพ.....	ฑ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	8
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	9
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	9
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย .....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัย.....	10
บทที่ 2 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	12
2.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	13
2.1.1 ความหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	13
2.1.2 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศไทย.....	17
2.1.3 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศ .....	26
2.2 แนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	34
2.2.1 แนวความคิดที่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	34

2.2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ .....	34
2.2.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ .....	38
2.2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค .....	41
2.2.2 แนวความคิดที่ไม่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	44
2.2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น .....	45
2.2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับศาสนา .....	47
2.2.2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับมานุษยวิทยาและสังคมศาสตร์ .....	53
2.2.2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ .....	56
บทที่ 3 ประวัติและวิวัฒนาการ แนวความคิดพื้นฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญ ธรรมโดยทั่วไปและการรับบุตรบุญธรรม ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	60
3.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม .....	60
3.1.1 ความหมายของการรับบุตรบุญธรรม .....	61
3.1.2 ประวัติและวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม .....	62
3.1.3 วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรม .....	66
3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	67
3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	67
3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว .....	69
3.2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับครอบครัวบุญธรรม .....	72
3.2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครอง .....	72
3.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไปและการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	74
3.3.1 การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับ เด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 .....	74



3.3.1.1 การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	74
3.3.1.2 การรับบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 .....	78
3.3.2 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....	86
3.3.2.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .....	90
3.3.2.2 สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....	91
3.3.2.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .....	96
3.3.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	102
3.3.3.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	102
3.3.3.2 สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	104
3.3.3.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	105
บทที่ 4 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน ในกฎหมาย ต่างประเทศ.....	110
4.1 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) .....	111
4.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	111
4.1.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	112
4.1.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต.....	113
4.1.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต .....	114
4.1.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์.....	114
4.1.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	115
4.1.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	115

4.1.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	117
4.2 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศส (Le Pacte Civil de Solidarité – PACS) .....	123
4.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	123
4.2.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	129
4.2.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	129
4.2.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต .....	130
4.2.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์ .....	131
4.2.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	132
4.2.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	132
4.2.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	136
4.3 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี (Act on Registered Life Partnerships).....	151
4.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	151
4.3.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	154
4.3.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	154
4.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต .....	154
4.3.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์ .....	155
4.3.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต .....	156
4.3.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	156
4.3.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	157

4.4	บันทึกทางทะเบียนคูชีวิตของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ (Civil Partnership Act 2004).....	167
4.4.1	ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต.....	168
4.4.2	สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต .....	173
4.4.2.1	เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต.....	173
4.4.2.2	สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคูชีวิต .....	175
4.4.2.3	การสิ้นสุดความสัมพันธ์.....	176
4.4.3	การรับบุตรบุญธรรมของคูชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต.....	176
4.4.3.1	ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม .....	176
4.4.3.2	ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน .....	178
บทที่ 5	บทวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคูชีวิต พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. .... และ กฎหมายต่างประเทศ .....	189
5.1	บทวิเคราะห์เปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคูชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ....	189
5.1.1	แนวความคิดในการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	190
5.1.2	แนวทางการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย .....	193
5.1.3	ผลกระทบที่อาจเกิดจากการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	203
5.2	บทวิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	205
5.2.1	แนวความคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	205

5.2.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.....	210
5.2.2.1 การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว .....	210
5.2.2.2 การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม .....	225
5.2.2.3 การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต.....	240
5.2.3 แนวทางการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทย .....	248
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	254
6.1 บทสรุป .....	254
6.2 ข้อเสนอแนะ .....	262
รายการอ้างอิง .....	268
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	296

## สารบัญตาราง

ตารางที่ 1	การเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	109
ตารางที่ 2	ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)	122
ตารางที่ 3	ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศฝรั่งเศส.....	150
ตารางที่ 4	ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศเยอรมนี.....	167
ตารางที่ 5	ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศอังกฤษ.....	188
ตารางที่ 6	ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว.....	220
ตารางที่ 7	ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม.....	234
ตารางที่ 8	ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต .....	245
ตารางที่ 9	ตารางเปรียบเทียบเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในภาพรวม .....	253

## สารบัญรูปภาพ

รูปภาพที่ 1	ความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต.....	88
รูปภาพที่ 2	ทัศนคติการรับรู้.....	89



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ครอบครัวเป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการในสังคม ครอบครัวจึงเป็นสถาบันที่เก่าแก่และเป็นสถาบันมูลฐานที่มั่นคงที่สุดสถาบันหนึ่ง แม้ว่าครอบครัวจะเป็นสังคมที่เล็กที่สุดแต่ก็เป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด<sup>1</sup> ซึ่งก่อให้เกิดสถานะและความสัมพันธ์ขั้นต้น<sup>2</sup> ทำให้บุคคลทุกคนรู้จักหน้าที่ของตนเอง และเป็นสถาบันแรกที่อบรมสั่งสอนให้ทุกคนเป็นคนดี เป็นรากฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์และกำหนดบทบาทหน้าที่ของบุคคลในครอบครัวนำไปสู่การทำประโยชน์ให้แก่สังคมเป็นส่วนรวมในท้ายที่สุด

การสมรสเป็นจุดแรกเริ่มของนิติสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างบุคคล<sup>3</sup> โดยกฎหมายบังคับว่าการสมรสเกิดจากการที่ชายและหญิงตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยเรื่องการสมรส กำหนดไว้ว่าการสมรสจะมีขึ้นได้เมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหญิงเท่านั้น<sup>4</sup> ซึ่งการสมรสนั้นจะนำมาสู่ความสัมพันธ์ในครอบครัวทั้งในด้านสิทธิและหน้าที่ สถานะของความเป็นสามีหรือภรรยา ตลอดจนฐานะบิดามารดา บุตร จุดประสงค์ของการสมรสประการหนึ่งคือ การให้ความสำคัญกับการผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม ซึ่งบุคคลที่จะสามารถผลิตสมาชิกใหม่ได้นั้นจะต้องเป็นเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ดังนั้นกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้เลย อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป การเปิดกว้างทางความคิดและมีการเคลื่อนไหวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมากขึ้นจึงเกิดการยอมรับการมีตัวตนและการแสดงศักยภาพของบุคคลเหล่านี้เป็นจำนวนมาก การสร้างครอบครัวในปัจจุบันไม่เพียงแต่มองว่าจะต้องผลิตสมาชิกใหม่สู่สังคมเท่านั้น เพราะครอบครัวบางครอบครัวก็ไม่อาจมีบุตรได้เพราะสุขภาพร่างกายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการมีบุตร ดังนั้น การสร้างครอบครัวจึงไม่จำเป็นที่บุคคลสองคนจะต้องเป็นเพศชายและเพศหญิง แต่ไม่ว่าเพศอะไรก็ตาม หากต้องการสร้างครอบครัวก็ย่อม

---

<sup>1</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 91.

<sup>2</sup> ชาตชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 19.

<sup>3</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 1.

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1448 การสมรสจะกระทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

สามารถกระทำได้เพราะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่พลเมืองของรัฐควรจะได้รับ เมื่อมีการเคลื่อนไหวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและประกอบกับการมีประเด็นเรื่องการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันขึ้นสู่ศาลในต่างประเทศเป็นจำนวนมาก จึงทำให้ต่างประเทศมีความตระหนักในเรื่องนี้ค่อนข้างมากซึ่งมีทั้งในด้านที่สนับสนุนและด้านที่ไม่สนับสนุนการให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบเพศเดียวกันในหลายประเทศ โดยแต่ละประเทศมีการรับรองความสัมพันธ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้ในหลายรูปแบบ ทั้งเป็นการสมรสของบุคคลรักเพศเดียวกัน (Same-sex Marriage) หรือการบันทึกทางทะเบียนหรือกฎหมายคู่ชีวิต (Civil Partnership) ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศที่ต้องการกำหนดสิทธิและหน้าที่แก่คู่รักเพศเดียวกันเท่าใดและสังคมนั้นๆ ยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมากแค่ไหน

สำหรับประเทศไทย ในอดีตกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันยังไม่ได้ได้รับการยอมรับมากนักและยังถูกมองเป็นพวกชายขอบมักจะปกปิดตัวเองอยู่ในสังคมเล็กๆ ที่เป็นเช่นเดียวกับตนเอง ซึ่งสังคมยังปิดกั้นในการพัฒนาการในด้านนี้ทำนองเดียวกับสตรีในสังคมที่ถูกมองข้ามและถูกเหยียดหยาม<sup>5</sup> แต่ในปัจจุบันสังคมมีการยอมรับและเปิดใจในเรื่องใหม่ๆ เช่นนี้มากขึ้น หลังจากที่มีการเรียกร้องและมีความเคลื่อนไหวดังกล่าว พร้อมทั้งยังมีการตระหนักถึงหลักการสิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคของบุคคลในสังคม จึงมีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการรับรองสิทธิและความเสมอภาคในการสร้างครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตที่ปรากฏอยู่ในขณะนี้ด้วยกัน 2 ฉบับ ฉบับแรกคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งเป็นการร่างกฎหมายของกรมการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร เป็นหน่วยงานที่จัดทำร่างฉบับนี้ขึ้นมา มีสาระสำคัญ ดังนี้

<sup>5</sup>ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน(ภาคสาม)," *วารสารนิติศาสตร์* 2, 43 (มิถุนายน 2557):



1. กำหนดคุณสมบัติของการจดทะเบียนคู่ชีวิตว่า บุคคลที่มีสิทธิจดทะเบียนคู่ชีวิตทางทะเบียนจะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน<sup>6</sup> โดยเงื่อนไขเรื่องเกณฑ์อายุ และความสามารถไว้ให้เข้าถึงยากกว่าคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตโดยให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

3. กำหนดทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม

4. กำหนดเรื่องความสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตโดยคู่ชีวิตยอมสิ้นสุดด้วยการตาย สมครใจเล็กกันโดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียน หรือได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล ถูกข่มขู่ หรือมีเหตุหย่า ตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5. กำหนดเรื่องการรับมรดกให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ฉบับที่ 2 คือ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... (ฉบับประชาชน) ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่จัดทำโดย มูลนิธิเพื่อสิทธิความเป็นธรรมทางเพศ โดยการสนับสนุนจากกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ สาระสำคัญคือต้องการให้คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิและหน้าที่เสมือนกับคู่สมรสชายหญิงทุกประการ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เนื้อหาประกอบไปด้วยทั้งหมด 9 หมวดซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. กำหนดเรื่องบททั่วไปและบทนิยาม โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้รับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศกัน

2. กำหนดเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยเงื่อนไขเรื่องเกณฑ์อายุ และความสามารถในการจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3. กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมายอื่นที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่สมรสต่างเพศ

<sup>6</sup> มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... “คู่ชีวิต” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

4. กำหนดการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตโดยคู่ชีวิตสามารถตกลงกันทำสัญญา ก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิต หากมิได้ทำสัญญาก่อนจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตในเรื่องทรัพย์สิน ให้นำ บรรพ 5 หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม

5. กำหนดความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยมีการกำหนดว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นโมฆะ และผู้มีส่วนได้เสียจะกล่าวอ้างต่อศาลขอให้ การจดทะเบียนนั้นเป็นโมฆะได้ซึ่งความเป็นโมฆะนั้นไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกที่กระทำการ โดยสุจริตก่อนการบันทึกความเป็นโมฆะ

6. กำหนดการสิ้นสุดสถานะคู่ชีวิตย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย หรือจากการยุติ ความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต ศาลพิพากษาให้เพิกถอน โดยให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 3 การสิ้นสุดแห่งการสมรสมาบังคับใช้โดยอนุโลม และเพิ่มเติมการยุติ ความสัมพันธ์โดยไม่มีความผิด (No – Fault Base)

7. กำหนดความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตกับบุตรและบุตรบุญธรรม กำหนดความสัมพันธ์ ระหว่างคู่ชีวิตกับบุตรโดยการอนุญาตให้รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมโดยให้ ทั้งคู่มีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน รวมถึงอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

8. กำหนดการรับมรดก หากไม่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษในพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้นำ ความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับโดยอนุโลมโดยกำหนด ชั้นของทายาทโดยธรรม ส่วนแบ่งมรดกและสิทธิในการได้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิต

9. กำหนดอายุความในการฟ้องร้องคดีระหว่างคู่ชีวิต

โดยร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ได้นำแนวทางในการร่างพระราชบัญญัติตามแบบ ของบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศอังกฤษ (Civil Partnership Act 2004) และบันทึกทาง ทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศส (Civil Solidarity Pact หรือ PACS)

หากร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยให้สิทธิกับ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันหรือต่างเพศแล้วแต่กรณี ซึ่งการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิต เป็นจุดเริ่มต้นของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนโดยที่ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องเพศเป็นหลักอีก ต่อไป และหากสาระสำคัญของการมีครอบครัวไม่ได้อยู่ที่การสืบพันธุ์มนุษย์แต่เพียงอย่างเดียว แต่เป็น เรื่องที่กฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลที่ต้องการผูกพันชีวิตร่วมกัน ก็คงไม่มีเหตุผลใดที่กฎหมายจะไม่

ยอมรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน<sup>7</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยหากมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีการบัญญัติเนื้อหาไว้แตกต่างกันในบางประการ ประเทศไทยควรวางแนวทางที่จะจัดทำร่างพระราชบัญญัติให้ชัดเจนว่า ประสงค์จะรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันลักษณะของการสมรส หรือการบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่แก่กลุ่มคนดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เมื่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันตกลงใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันยอมปฏิเสศไม่ได้ว่าทั้งสองฝ่ายอาจมีความต้องการมีบุตรจะต้องดำเนินการอย่างไร แล้วกฎหมายที่มีอยู่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้หรือไม่ แล้วจะส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างไร

ปัจจุบันวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้พัฒนาไปไกลอย่างมากโดยเฉพาะด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์<sup>8</sup> ที่ทำให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีได้ด้วยวิธีทางธรรมชาติได้ เมื่อพิจารณาถึงกรณีที่หากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต้องการกำเนิดบุตรที่เป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นไปได้โดยธรรมชาติ การหันมาพึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ย่อมเป็นทางออกของคู่รักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้เองห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนำวิธีการทางเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์<sup>9</sup> มาใช้บังคับ นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ไม่ได้จำกัดเพียงนี้ คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีเพศหญิงทั้งสองฝ่ายสามารถให้กำเนิดบุตรที่เป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของทั้งสองฝ่ายได้โดยอาศัยเทคโนโลยีการสังเคราะห์เซลล์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิด (Stem Cell Sperm) ซึ่งไม่เพียงแต่จะช่วยเหลือคู่สมรสต่างเพศที่ไม่สามารถมีบุตรได้ แต่ยังค้นพบการสังเคราะห์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิดในไขกระดูกของมนุษย์ด้วย ดังนั้นการสังเคราะห์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิดของมนุษย์เพศหญิงย่อมเป็นไปได้ในทางวิทยาศาสตร์<sup>10</sup> จากที่ได้กล่าวมาแล้ว การมีบุตรที่มีพันธุกรรมของตนเองย่อมเป็นไปได้ในอนาคต แต่ความก้าวหน้านั้นก็ยังถือได้ว่าเป็นสิ่งที่

<sup>7</sup> จมพต สายสุนทร, "ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 2, 13: 68.

<sup>8</sup> เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2558 สภานิติบัญญัติได้มีมติอนุมัติร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนกระทั่งมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2558

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 36 “ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย”

<sup>10</sup> Roger Highfield, "Sperm Cells Created from Female Embryo," [Online] Accessed: 25 April 2015. Available from: <http://www.telegraph.co.uk/news/science/science-news/3323846/Sperm-cells-created-from-female-embryo.html>

ไกลตัวนักและยังต้องมีการทำงานวิจัยและทดสอบอีกมาก จึงกลับมาสู่สิ่งที่เป็นพื้นฐานและง่ายต่อการสร้างครอบครัวให้สมบูรณ์มากขึ้นโดยการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อกล่าวถึงการรับบุตรบุญธรรมย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าเหตุผลหนึ่งคือการที่ครอบครัวผู้รับบุตรบุญธรรมไม่สามารถมีผู้สืบสายโลหิตของตนเองได้ หรือแม้กระทั่งต้องการอุปการะเลี้ยงดูคุ้มครองบุตรบุญธรรมในลักษณะที่บิดามารดาทั่วไปปฏิบัติต่อบุตรที่สืบสายโลหิตของตน โดยหลักการรับบุตรบุญธรรมจำเป็นต้องเป็นไปเพื่อความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรมนั้นเป็นสำคัญ<sup>11</sup> หากเป็นครอบครัวที่เป็นคู่สมรสต่างประเทศสามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดได้ แต่หากข้อเท็จจริงของผู้รับบุตรบุญธรรมเปลี่ยนแปลงไป และกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต้องการรับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถมาเป็นบุตรบุญธรรมจะสามารถกระทำหรือไม่ เพราะการรับบุตรบุญธรรมไม่ได้มีความสัมพันธ์กันเฉพาะคู่ชีวิตของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เช่นเดียวกับการจดทะเบียนคู่ชีวิต ดังนั้นประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนยิ่งนัก เนื่องจากส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรม ครอบครัวโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรม และผลกระทบทางสังคมในเรื่องอื่นๆ อีกตามมา ย่อมเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าสังคมไทยจะยอมรับให้บุคคลรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมหรือไม่

การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันยังคงเป็นเรื่องใหม่ และสังคมยังคงมองว่าครอบครัวที่สมบูรณ์แบบจะต้องประกอบด้วย บิดามารดาที่มาจากบิดาที่มีเพศชายและมารดาที่มีเพศหญิง หากคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะกลายเป็นบิดามารดาที่ประกอบด้วย บิดาสองคนหรือมารดาสองคนจะกลายเป็นอย่างไร โดยที่สิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรมกับสิทธิของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม กฎหมายควรจะต้องปกป้องใคร หรือจะต้องปกป้องให้เท่ากันเพราะต่อหน้ากฎหมายทุกคนเท่าเทียมกัน หรือจะปกป้องคุ้มครองเด็กมากกว่าผู้ใหญ่<sup>12</sup> ในกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมไว้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว การรับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม ซึ่งในกรณีดังกล่าวมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนให้คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนการรับบุตรบุญธรรมจะต้องคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของบุตรบุญธรรมเป็นหลัก ซึ่งจะให้บุตรบุญธรรมต้องปรับตัวให้เข้ากับครอบครัวที่มี

<sup>11</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 470.

<sup>12</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)," ใน *รพี 56*, พิษญา ดิลกวุฒิสิทธิ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยฯ), หน้า 36.

พ่อหรือแม่สองคน แทนที่จะเป็นพ่อหนึ่งและแม่หนึ่งเหมือนบุตรบุญธรรมแบบเดิมอีกต่อไป<sup>13</sup> และสังคมยังมีความกังวลเกี่ยวกับบุตรบุญธรรมว่าอาจจะนำพฤติกรรมของบิดามารดาที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมาเลียนแบบ และส่งผลกระทบต่อการปรับตัวของบุตรบุญธรรม ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนโต้แย้งว่าครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมได้ไม่แพ้กับครอบครัวของคู่รักต่างเพศ ตามงานวิจัยที่มีการสำรวจในเรื่องดังกล่าว โดยศูนย์วิจัยครอบครัวของมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ได้วิจัยระบุว่า บิดามารดาที่เป็นบุคคลรักเพศเดียวกันมีความสามารถในการเลี้ยงดูลูกเทียบเท่ากับคู่รักชายหญิง โดยศาสตราจารย์ Susan Golombok หนึ่งในทีมวิจัยได้กล่าวว่า บุคคลโดยทั่วไปมักจะคาดคะเนไปก่อนว่าครอบครัวที่เป็นแบบชายรักชายจะเป็นเรื่องไม่ดีสำหรับเด็ก รวมทั้งยังมีอิทธิพลต่อตัวเด็กซึ่งจากการวิจัยแล้วไม่พบปัญหาใดๆ อย่างที่บุคคลทั่วไปคาดคะเนไว้<sup>14</sup> ประกอบกับครอบครัวต่างเพศในปัจจุบันมีการหย่าร้างมากขึ้น โดยในปี 2554 อัตราการหย่าเพิ่มขึ้นเป็น 109,312 คน จากเดิม 108,482 คน<sup>15</sup> และมีแนวโน้มว่าจะสูงขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้น ความมั่นคงของครอบครัวต่างเพศก็ไม่ได้การันตีว่าจะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมได้เป็นอย่างดี เนื่องจากอัตราการหย่าเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ และครอบครัวบางคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถแสดงถึงความมั่นคงไม่แพ้กัน

สำหรับการรับบุตรบุญธรรมในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ทั้งสองฉบับ กำหนดไว้แตกต่างกันโดยมีแนวคิดและเหตุผลต่างกันโดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... (ฉบับกรรมาธิการกฎหมาย) ไม่ได้กำหนดในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้อย่างไร โดยต้องอาศัยการตีความต่อไปว่าคู่รักเพศเดียวกันจะสามารถรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ อย่างไร โดยร่างพระราชบัญญัตินี้มีจุดประสงค์ขึ้นเพื่อรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างคู่ชีวิตเท่านั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงเรื่องบิดา มารดาและบุตรไว้ เนื่องจากการมีบุตรหรือเด็กที่จะต้องเข้ามาอยู่ในความปกครองของบุคคลรักเพศเดียวกันจะเกิดปัญหาแก่ตัวบุตรบุญธรรมเองและสังคมโดยรวมเป็นอย่างมาก ในขณะที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้เล็งเห็นถึงประโยชน์ของการสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ซึ่งเห็นว่าการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียแก่ตัวผู้เยาว์แต่อย่างใด จึงได้กำหนดให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับคู่

<sup>13</sup> ไพโรจน์ กัมพูศิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน," *วารสารนิติศาสตร์* 2, 42 (มิถุนายน 2556): 490.

<sup>14</sup> Freddo "Children as Happy with Gay Parents, Cambridge University Researchers Find," [Online] Accessed: 23 October 2014. Available from: <http://www.cambridge-news.co.uk/children-happy-gay-parents-cambridge-university-researchers/story-22362185-detail/story.html>

<sup>15</sup> สำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: [http://www.m-society.go.th/article\\_attach/11470/15786.pdf](http://www.m-society.go.th/article_attach/11470/15786.pdf)

สมรสต่างประเทศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กล่าวคือสามารถรับร่วมกันในฐานะเช่นเดียวกับ คู่สมรสและมีการบัญญัติในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นบุตรที่ติดตามมาจากคู่ชีวิตอีกด้วย

เมื่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าว แตกต่างกันโดยใช้แนวคิดและหลักการที่ต่างกันอย่างมีปัญหาว่าสิ่งที่ควรจะต้องศึกษาพิจารณาจะนำแนวคิดใดมาใช้ในการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมและหากอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมได้จะมีขอบเขตเท่าใดในการรับบุตรบุญธรรม

งานวิจัยนี้จึงมีจุดมุ่งหมายศึกษาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ทั้งสองฉบับ เพื่อทราบถึงปัญหาของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) และประเทศอังกฤษเนื่องจากเป็นตัวแทนของกฎหมายคอมมอนลอว์และเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ นอกจากนี้ ยังศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากเป็นกฎหมายที่เป็นตัวแทนของกฎหมายซีวิลลอว์ และกฎหมายเยอรมนีซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับไทยมากที่สุด เนื่องจากไทยได้รับอิทธิพลการในทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาจากประเทศเยอรมนีเป็นจำนวนมาก ดังนั้นจึงสมควรศึกษาร่างพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแก้ไขและปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตให้เกิดความชัดเจนรัดกุมยิ่งขึ้น

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของกฎหมายการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน
2. เพื่อศึกษาแนวคิด กระบวนการและรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรม
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์อุปสรรคและผลทางกฎหมายของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน
4. เพื่อสรุปและศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษ ตลอดจนแนวโน้มความเป็นไปได้ที่จะนำแนวคิด กระบวนการ หรือรูปแบบดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย

5. เพื่อนำเสนอแนวทางในการกำหนด แก้ไขและปรับปรุงแนวทางการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสังคมไทยให้มากที่สุด

### 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าประเทศไทยจะมีการผลักดันกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยกันอยู่ 2 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... หากแต่ยังมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้แตกต่างกัน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวมีความละเอียดอ่อนและจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรม ดังนั้น หากมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและผลกระทบทางสังคมอื่นๆ ยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่ควรอนุญาตให้กลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เพื่อศึกษาถึงการรับรองสถานะของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอันเป็นเหตุแห่งการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยมีหลักการและเหตุผลเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง การศึกษาวิจัยนี้จะศึกษาประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยศึกษาแนวคิด กระบวนการและรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียน (Partnership) ในระยะเวลาที่กฎหมายประเทศนั้นๆ ยังไม่อนุญาตให้ดำเนินการสมรสของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งจะนำมาเปรียบเทียบกับประเทศอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) และประเทศอังกฤษ อันเป็นประเทศที่เป็นตัวแทนของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ประเทศฝรั่งเศสอันเป็นประเทศที่มีการเรียกร้องการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างยาวนานและเป็นตัวแทนจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อีกทั้งยังเป็นต้นแบบการร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับเช่นเดียวกัน และประเทศเยอรมนีอันเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายใกล้เคียงกับประเทศไทยมากที่สุด ซึ่งมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แตกต่างกัน เพื่อนำมาศึกษาและเป็นแนวทางในการ

แก้ไขปัญหาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในสังคมไทยต่อไป ทั้งนี้ รวมถึงศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องครอบครัว บรรพ 5 อันเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ภายในครอบครัวของไทย นอกจากนี้ยังศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดขึ้นเมื่อมีการบังคับใช้ร่างพระราชบัญญัติรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

### 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

งานวิจัยเล่มนี้ เป็นการศึกษาโดยวิธีวิจัยทางเอกสาร (Document Research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทั้งที่เป็นเอกสารไทยและเอกสารต่างประเทศ ทั้งการค้นคว้าเอกสารในชั้นปฐมภูมิและทุติยภูมิเช่นการศึกษาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนังสือตำรา บทความวารสาร งานวิจัย สารนิพนธ์และวิทยานิพนธ์ แผ่นพับหรือเอกสารทางราชการและเอกชนทำขึ้น รายงานการวิจัย บันทึกการประชุม เอกสารประกอบการเสวนาที่เกี่ยวข้องเกี่ยวเรื่องกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งเป็นบุคคลที่ยกร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับและบุคคลที่มีส่วนในการผลักดันให้มีกฎหมายเพื่อรับรองสถานะของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นบุคคลในภาครัฐหรือเอกชนหลังจากรวบรวมเอกสารแล้วจะนำข้อมูลที่ได้มาดำเนินการวิจัยโดยใช้วิธีพรรณนาและวิเคราะห์ (Descriptive and Analytical Method) อภิปรายปัญหาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... เรื่องการรับบุตรบุญธรรม เพื่อหาแนวทางในการกำหนด แก้ไขและปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ชัดเจนขึ้นต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของกฎหมายการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิด กระบวนการและรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรม
3. ทำให้เข้าใจและตระหนักถึงอุปสรรค ปัญหาทางกฎหมายของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน



4. ทำให้เข้าใจและสามารถอธิบายความแตกต่างสำหรับแนวทางการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ และกฎหมายของประเทศไทย

5. ทำให้สามารถนำความรู้ที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์มาเสนอแนะแนวทางในการกำหนด แก้ไขและปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสังคมไทยให้มากที่สุด



## บทที่ 2

### ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แนวความคิด พื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ครอบครัว ถือเป็นสถาบันที่เป็นแหล่งยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในครอบครัวให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เมื่อชายและหญิงสมรสกัน จากสามีภริยาที่มีสมาชิกในครอบครัวเพียงสองคน เมื่อมีบุตรก็กลายเป็นบิดาและมารดาต่อไป การพิจารณาถึงสาระสำคัญของการมีครอบครัวจะนำมาประกอบการตีความกฎหมายหรือสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นที่ว่าประเทศไทยควรจะต้องมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันหรือไม่ และจะนำแนวคิดใดเป็นแนวความคิดที่ถูกต้องและมีประสิทธิภาพมากที่สุดที่จะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยเสมอหน้ากัน<sup>16</sup> สาระสำคัญของครอบครัวประการแรกจะปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเป็นเรื่องของการสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ หากเป็นเช่นนั้นการสมรสหรือการก่อตั้งครอบครัวก็คงจะมีได้แต่เฉพาะ “ชาย” และ “หญิง” ที่มีเพศเช่นนั้นโดยกำเนิดโดยไม่รวมถึงบุคคลที่ได้รับการแปลงเพศเป็นอีกเพศหนึ่งด้วย ดังนั้นการสมรสระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันจึงขัดต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว แต่ในปัจจุบันจุดประสงค์ของการสมรสเรื่องการสืบพันธุ์มนุษย์ได้เปลี่ยนไปเป็นความจำเป็นในด้านเศรษฐกิจเสียมากกว่า และการสมรสระหว่างชายและหญิงก็ไม่ได้ทำให้บรรลุจุดประสงค์ของการสืบพันธุ์มนุษย์ได้ เนื่องจากบางครอบครัวฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์เพื่อสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์หรือเป็นหมันนั่นเอง สาระสำคัญในเรื่องต่อมาของการมีครอบครัวคือการใช้ชีวิตของบุคคลที่ต้องการผูกพันชีวิตอย่างมั่นคงและยั่งยืน ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาดูแล้วไม่ว่าจะเป็นครอบครัวของคู่สมรสต่างเพศหรือครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่างก็มีความประสงค์จะมีชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างมั่นคงและยั่งยืนอยู่แล้ว และบุคคลเหล่านั้นเองอาจมีความผูกพันและมีความรัก ความเอาใจใส่ซึ่งกันและกัน ไปสู่ความมั่นคงยั่งยืนและถาวรได้ไม่ต่างจากคู่สมรสต่างเพศ

เมื่อคำนึงถึงจุดประสงค์ของการสมรสและแนวทางที่จะนำไปสู่การจดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต ก็ไม่ได้หมายความว่าหากประเทศไทยมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะเป็นการแก้ปัญหาด้านต่างๆ ได้อย่างแท้จริงแต่กลับเป็นเพียงจุดเริ่มต้นเท่านั้น สังคมไทยจะสามารถยอมรับกฎหมายดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใดและจะกระทบต่อโครงสร้างครอบครัวในปัจจุบันหรือไม่ นอกจากนั้น อาจกระทบต่อกฎหมายอื่นๆ ที่มีผลบังคับใช้อยู่

<sup>16</sup> จุมพต สายสุนทร, "ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์: 68.

ด้วย การที่ประเทศไทยจะแก้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันทำการสมรสหรือมีกฎหมายใหม่ที่ออกมาในลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือกฎหมายที่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสมรสกันได้นั้น จำต้องคำนึงถึงปัจจัยในด้านอื่นๆ ประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีและแนวปฏิบัติของคนในสังคมไทย ทัศนคติ และผลกระทบอื่นๆ ที่จะตามมา เนื่องจากกฎหมายครอบครัวและความเป็นอยู่ของสังคมเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงควบคู่กันไป

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งก่อนที่จะศึกษาลึกลงไปในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้น ในบทที่ 2 นี้ จึงจะเริ่มต้นจากการศึกษาลักษณะทั่วไปถึงความหมาย ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้ง แนวความคิดที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนการยอมรับให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนดังกล่าว เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาบทอื่นๆ ที่จะกล่าวต่อไป

## 2.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ปัญหาเรื่องการรักเพศเดียวกันเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นต่อบุคลิกภาพของบุคคลไม่ใช่เป็นเรื่องการเปลี่ยนแปลงทางร่างกาย และปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมานานแล้วเพียงแต่ว่าสังคมนั้นๆ จะยอมรับได้หรือไม่ ในสังคมโบราณหรือแม้แต่ในสังคมปัจจุบันอาจจะไม่ได้เป็นที่ยอมรับเลยซะทีเดียว ในเมื่อมีฝ่ายที่สนับสนุน เข้าใจ และให้โอกาสกับกลุ่มบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก็ย่อมมีฝ่ายที่ไม่สนับสนุน ไม่ยอมรับของสังคม ตรงกันข้ามกลับถูกมองอย่างเหยียดหยามในสายตาของบุคคลทั่วไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการที่สังคมหนึ่งๆ จะยอมรับกลุ่มคนดังกล่าว ให้พื้นที่แก่พวกเขาโดยไม่มองว่าเป็นคนที่แตกต่างไปจากตนเองหรือเป็นผู้ป่วย จะต้องฝ่าฟันอย่างมากและค่อยๆ มีการเรียกร้องโดยเริ่มจากกลุ่มเล็กๆ ไปจนถึงกลุ่มใหญ่ๆ อย่างค่อยๆ เป็นค่อยๆ ไป

### 2.1.1 ความหมายของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

แม้ว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะเกิดมาโดยมีเพศกำเนิดอย่างหนึ่งไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือ เพศหญิง แต่พฤติกรรมที่แสดงออกมาอาจจะไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิดนั้นยอมรับได้ โดยอาจจะเกิดจากองค์ประกอบหลายประการที่ทำให้บุคคลเหล่านี้มีพฤติกรรมที่แสดงออกมาไม่ตรงกับเพศกำเนิดของตนเอง เช่น การเลี้ยงดูของบิดามารดา ผลกระทบจากสิ่งแวดล้อมภายนอก แรงกดดันจากบุคคลรอบข้างที่มีผลต่อการพัฒนาทางด้านอารมณ์ หรืออาจจะเกิดจากความชื่นชอบส่วนบุคคล ซึ่งพฤติกรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน (Homosexual) หมายความว่า การมีกิจกรรม

ทางเพศร่วมกันของบุคคลอีกคนหนึ่งที่มีเพศเดียวกัน โดยมีรากศัพท์มาจากคำว่า Homoios แปลว่า เหมือนกันหรือเช่นเดียวกัน โดย เบนเกอร์ต (Benkert) แพทย์ชาวฮังการี บัญญัติใช้ขึ้นเมื่อปี 1869<sup>17</sup> อย่างไรก็ตาม คำว่า Homosexual มีความหมายที่เน้นไปถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจนทำให้บุคคลรักเพศเดียวกันบางกลุ่มเลือกที่จะใช้คำว่า “Homophile” แทน ซึ่งรากศัพท์มาจากคำว่า homo ซึ่งแปลว่า เหมือนกัน รวมกับคำว่า “Philia” ซึ่งมีความหมายว่า ความรักและมิตรภาพมากกว่าการมีเพศสัมพันธ์ ดังนั้นเมื่อนำมารวมกัน “Homophile” หมายถึง บุคคลสองคนที่มีความรักและความผูกพันต่อบุคคลที่มีเพศเดียวกับตนเอง เป็นการมองว่าการมีเพศสัมพันธ์นั้นไม่สำคัญเท่าความรักที่มีให้แก่กัน ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “Heterosexual” หมายความว่า บุคคลที่มีความสนใจทางเพศกับเพศตรงข้าม โดยมีรากศัพท์มาจากคำว่า Hetero แปลว่า ความแตกต่าง ในปัจจุบันมีการกำหนดเกี่ยวกับความหมายของบุคคลรักเพศเดียวกันไว้จำนวนมากโดย John Eastburn Boswell ศาสตราจารย์นักวิชาการประวัติศาสตร์จากมหาวิทยาลัยเยล ซึ่งมีความสนใจศึกษาวิจัยด้านชายมีเพศสัมพันธ์กับชาย และได้เขียนหนังสือวิชาการและบทความเกี่ยวกับชายมีเพศสัมพันธ์กับชาย ที่ได้รับการยอมรับและเป็นเอกสารที่ใช้อ้างอิงหลายเล่มให้ความหมายของ "Homosexuality" ว่าเป็นปรากฏการณ์ทางกามารมณ์ทั่วไปของคนเพศเดียวกัน ซึ่งมีการใช้คำย่อเป็นภาษาอังกฤษบ้าง เช่น LGBTI หรือ LGBT<sup>18</sup> ซึ่งจะอธิบายที่มาและความหมายดังต่อไปนี้

เลสเบี้ยน (Lesbian)<sup>19</sup> เป็นพฤติกรรมรักเพศเดียวกันสำหรับผู้หญิงกับผู้หญิง ซึ่งคำว่า “Lesbian” หรือ “Sapphic” มาจากชื่อเกาะชื่อ “Lesbos” ในประเทศกรีก เกาะดังกล่าวนี้มีกวีท่านหนึ่งที่มีชื่อเสียงชื่อ Sappho Sappho เป็นกวีหญิงกรีกโบราณประมาณ 2500 ปีมาแล้ว บทกวีของเธอมักจะแสดงความรู้สึกและอารมณ์ค่อยข้างเด่นชัด (Lyrical Poet) บทกวีส่วนใหญ่ของเธอจะเน้นไปเรื่องของผู้หญิงมากกว่าผู้ชาย บรรยายถึงความรัก ความหลงและความห้วงหาอารมณ์อย่างรุนแรง โดยเฉพาะการบรรยายถึงความรักต่อผู้หญิงด้วยกัน จุดนี้เองคือที่มาของคำครหาว่าเธอหลงใหลในเพศเดียวกัน และชาวเมืองผู้หญิงส่วนใหญ่ที่ชื่นชอบงานกวีของเธอประกอบกับเป็นชาวเกาะ Lesbos จึงเรียกผู้หญิงเหล่านี้ว่า เป็นบุคคลรักเพศเดียวกันหรือ “Lesbian” และ “Sapphic” ซึ่งเป็นกลุ่มของผู้หญิงที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันหรือรักเพศหญิงด้วยกันเอง จึงเป็นที่มาซึ่งใช้เรียกกลุ่มคนที่รักเพศหญิงด้วยกันเองในปัจจุบัน

<sup>17</sup> สุวัทนา อารีพรศ, "ความผิดปกติทางจิต," ความบกพร่องทางเพศและกามวิปริต (2524): 381.

<sup>18</sup> เจษฎา แต่สมบัติ และธณภูมิ สามัคคีคารมย์, เรื่องเล่าชีวิตสู้รุ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ มูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ), หน้า 14.

<sup>19</sup> Eli R. Green and Eric N. Peterson, "Lgbtqi Terminology," [Online] Accessed: 28 October 2015. Available from: <http://www.lgbt.ucla.edu/documents/LGBTTerminology.pdf>

เกย์ (gay) เป็นคำที่ใช้อธิบายถึงพฤติกรรมของผู้ชายที่มีความเสนาหาต่อชายอื่นในเชิง กระตุ้นเร้าทางเพศในเชิงรักใคร่และนิยมใช้มากในปัจจุบัน โดย John Eastburn Boswell ได้ให้ความหมายของ Gay ไว้ว่า เป็นคนที่รสนิยมทางเพศโน้มเอียงไปทางบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยรู้ตัว นักวิชาการบางท่านอธิบายเพิ่มไว้ว่า การเป็นเกย์คือการตั้งคำถามในใจว่า ตนเองเป็นอะไร และกำจัดความรู้สึกผิด ความละอาย และการนึกเสียใจที่เป็นคนรักเพศเดียวกัน นอกจากนี้ยังบอกอีกว่า คนที่เป็นเกย์คือคนที่มองเพศวิถีของตนไม่ต่างไปจากพวกที่รักต่างเพศมองเพศวิถีของตนเอง โดยคำว่าเกย์เริ่มใช้ในวงการของบุคคลรักเพศเดียวกันก่อนแล้วจึงแพร่ออกไปสู่ภายนอก คำว่าเกย์นั้นไม่ได้หมายถึงบุคคลที่เป็นรักเพศเดียวกันแบบชายรักชายเท่านั้น แต่ความจริงแล้วยังใช้ในกลุ่มของหญิงรักหญิงด้วย หากจะมุ่งเน้นถึงกลุ่มคนรักเพศเดียวกันชายจะใช้คำว่า “Gay man” หากต้องการมุ่งเน้นกลุ่มคนรักเพศเดียวกันหญิงจะใช้คำว่า “Gay woman” นอกจากนี้คำว่า Gay ยังเป็นที่ชื่นชอบมากกว่าคำว่า Homosexual ซึ่งมักจะให้ความหมายไปในทางที่ผิดปกติทางจิตหรือโรคทางจิตอย่างหนึ่ง

ไบเซ็กชวล (Bisexuality หรือ Bisexual)<sup>20</sup> คือบุคคลที่มีความปรารถนาทางเพศ และอารมณ์รักใคร่ต่อทั้งเพศชายและเพศหญิง โดยมีนักวิชาการอธิบายว่า Bisexual บางคนอาจจะชอบเพศใดเพศหนึ่งมากกว่าอีกเพศแต่บางคนก็ได้ทั้งสองเพศ บุคคลที่มีรสนิยมประเภทนี้มักจะชอบความนิยมทางเพศไว้ในตัวเอง ซึ่ง Alfred Kinsey นักจิตแพทย์ชาวอเมริกาได้สำรวจเกี่ยวกับเพศของมนุษย์ กลางคริสต์ศตวรรษที่ 20 กล่าวว่า มีมนุษย์หลายคนที่ไม่ได้เป็นกลุ่มคนที่รักเพศเดียวกัน และรักต่างเพศ แต่มีการแสดงออกทางเพศระหว่างนั้น<sup>21</sup> การแสดงออกทางเพศของกลุ่มคนดังกล่าวจะปรากฏให้เห็นได้นั้นจะต้องขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อม ความเหมาะสม และปัจจัยอื่นๆ ที่ทำให้กลุ่มคนดังกล่าวแสดงออกทางเพศกับผู้ชายหรือผู้หญิงในขณะนั้น ทั้งนี้กลุ่มคนดังกล่าวจะต้องมีความสามารถในการตอบสนองทางเพศได้ทั้งบุคคลทั้งสองเพศ Bisexual นอกจากจะศึกษาในสังคมมนุษย์แล้วยังศึกษาไปถึงอาณาจักรสัตว์ด้วย และจากประวัติการบันทึกเกี่ยวกับ Bisexual น่าจะเกิดขึ้นราวคริสต์ศตวรรษที่ 19

ทรานส์เจนเดอร์ (Transgender)<sup>22</sup> ใช้เรียกเพศที่สาม (Third sex) เป็นพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีเพศสภาพ (Sexual identity) และการแสดงออกทางเพศ (Sexual expression) มี

<sup>20</sup> Kathy Labriola, "What Is Bisexuality? Who Is Bisexual?," [Online] Accessed: 28 October 2015. Available from: <http://www.kathylabriola.com/articles/what-is-bisexuality-who-is-bisexual>

<sup>21</sup> Alfred Kinsay, "Alfred Kinsey's 1948 and 1953 Studies," [Online] Accessed: 28 October 2015. Available from: <http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-data.html#bisexuality>

<sup>22</sup> The American Psychological Association, "Answers to Your Questions About Transgender People, Gender Identity, and Gender Expression," [Online] Accessed: 3 November 2015. Available from: <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.pdf>

ความแตกต่างกัน กล่าวคือ มีความขัดแย้งระหว่างเพศกำเนิดของตนเองและการแสดงออกทางอารมณ์ ความรู้สึกจิตใจที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด<sup>23</sup> โดยให้บุคคลที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ มีความหมายเช่นเดียวกับ Transgender ด้วย

(1) กลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันที่มีความนิยมแต่งกายตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตนเอง หรือที่เรียกว่า “ลักเพศ” (Transvestism) คือ ภาวะของคนที่มีความสุขความพอใจในเพศ มีอารมณ์เพศจากการได้แต่งตัวหรือแสดงท่าทางเป็นเพศตรงข้ามตนเอง เช่น ผู้ชายแต่งตัวเป็นผู้หญิง หรือ ผู้หญิงแต่งตัวเป็นผู้ชาย<sup>24</sup> โดยสาเหตุในการแต่งกายดังกล่าวเพื่อต้องการให้คู่รักของตนเองเห็นถึงความนิ่มนวลหรือความเข้มแข็งอดทนแล้วแต่กรณี<sup>25</sup>

(2) กลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันที่มีความไม่พอใจในเพศของตนเองจนมีความต้องการอยากจะทำตัดแปลงเพศหรือพยายามปกปิดเพศที่แท้จริงของตนโดยการแต่งกายหรือมีความประพฤติในแบบตรงข้ามข้ามกับเพศของตนเอง ซึ่งในทางการเพศถือว่าเป็น “โรค” ชนิดหนึ่ง<sup>26</sup> โรคหลงเพศหรือเรียกว่า Transexualism โดยมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Psycho – Pathia Sexual” ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Cross – Gender”<sup>27</sup>

คนสองเพศ (Intersexual) หมายถึง บุคคลที่เกิดมามีสรีระทางเพศทั้งเพศชายและเพศหญิงในบุคคลคนเดียว แต่มีอวัยวะเพศไม่สมบูรณ์ รวมถึง เจ็บใจเกี่ยวกับความผิดปกติของอวัยวะเพศภายนอกและภายในอวัยวะเพศสืบพันธุ์ โครโมโซม หรือฮอร์โมน<sup>28</sup> ซึ่งการกำหนดเพศของคนสองเพศนี้จะขึ้นอยู่กับความเห็นของแพทย์โดยการพิจารณาเลือกเพศที่มีความสมบูรณ์กว่าหรือตามความพอใจของผู้ปกครอง

<sup>23</sup> Intersex Society of North America, "What's the Difference between Being Transgender or Transsexual and Having an Intersex Condition?," [Online] Accessed: 3 November 2015. Available from: <http://www.isna.org/faq/transgender>

<sup>24</sup> นวภู แซ่ตั้ง, "การเบี่ยงเบนทางเพศ (Sexual Deviation)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.thaigoodview.com/node/93312>

<sup>25</sup> สุวัทนา อารีพรพร, "ความผิดปกติทางจิต, ความบกพร่องทางเพศและกามวิปริต: 387.

<sup>26</sup> วิจิตร บุญยะโทตระ, "ผิดเพศ," แพทยสภาสาร 2(กรกฎาคม 2546): 537.

<sup>27</sup> สุพัตร พูลเกษ และสุด แสงวิเชียร, "จิตวิทยาการแปลงเพศ," วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย, 18 (มกราคม – ตุลาคม 2516): 113.

<sup>28</sup> American Psychological Association, "Answers to Your Questions About Individuals with Intersex Conditions," [Online] Accessed: 3 November 2015. Available from: <https://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf>

### 2.1.2 ประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศไทย

เรื่องราวหลักฐานเกี่ยวกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศไทยไม่มีความชัดเจนว่าเริ่มต้นเมื่อไหร่ และมีการจัดเก็บข้อมูลหรือหลักฐานอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตาม มีความเชื่อว่าพฤติกรรมของกลุ่มคนดังกล่าวมีมาตั้งแต่ในอดีต เมื่อครั้งบรรพกาลมีเรื่องราวกล่าวขานในทางพระพุทธศาสนาเกี่ยวกับพฤติกรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้พอสมควรในพุทธชาดก นอกจากนี้ ในพระไตรปิฎกอันเป็นหลักธรรมที่สำคัญของพระพุทธศาสนา ได้กล่าวถึงเรื่องของ “กะเทย” “บันเดาะ” หรือ “บันเฑาะก์” ซึ่งคำว่า “บันเฑาะก์” มาจากคำว่า “ปนฺนทก” หมายถึง ผู้ที่มีเครื่องหมายของบุรุษหรือสตรีเพศขาดตกบกพร่องไป โดยสามารถอธิบายได้ว่า เป็นชายผู้ประพฤตินอกกริตในทางเสพกาม (ผู้มีราคะกล้า) คือเป็นผู้ชายมีอวัยวะเพศเป็นชายโดยสมบูรณ์ แต่เสพกามกับผู้ชายด้วยกัน ทางเวจมรรค และทางปาก บุคคลจำพวกนี้มีจิตใจและการแต่งตัวเป็นผู้ชาย แต่กิริยาอ่อนน้อมคล้ายผู้หญิง หรือชายผู้ถูกตอน (ขันที) คือผู้ชายที่ถูกตัดอวัยวะเพศออกหมด ทั้งส่วนที่เป็นองคชาติและอัณฑะ บุคคลจำพวกนี้ขาดฮอร์โมนเพศชาย จึงไม่มีความรู้สึกทางเพศ แต่ความสำนึกและจิตใจรวมทั้งความแข็งแรงยังเหมือนผู้ชายโดยสมบูรณ์ หรือกะเทยโดยกำเนิดคือ ผู้ที่มี 2 เพศในบุคคลคนเดียว<sup>29</sup> โดยในพุทธศาสนามีการกำหนดข้อห้ามของคุณสมบัติการเป็นภิกษุว่า จะไม่ยินยอมให้บวชได้ หากมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดและไม่ดีต่อพุทธศาสนา เป็นการไม่ใฝ่ในการเผยแผ่พระศาสนาอันเป็นกิจของสงฆ์ ในพระวินัยปิฎก พระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารนั้น เป็นเหตุแห่งการอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ และในกฎหมายตราสามดวง<sup>30</sup> ตัวอย่างเช่น หลักฐานจากพงศาวดารในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ได้เขียนว่า พระสังฆราชวัดมหาธาตุมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันกับลูกศิษย์ของตนเอง แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะไม่ถึงขั้นที่มีเพศสัมพันธ์ก็ตาม แต่มีลักษณะเพียงแค่อุ้มผัส ลูกสาวอวัยวะเพศ ก็มีความผิดจึงถูกลงโทษจากสมณศักดิ์และเนรเทศให้ออกจากวัดมหาธาตุ เป็นการลงโทษที่มีความประพฤติผิดหลักพระวินัยของสงฆ์อย่างหนึ่งอันเป็นความเสื่อมเสียของสังคมและขัดต่อขนบธรรมเนียมประเพณีไทยอย่างยิ่ง

นอกจากนี้คำว่า “กะเทย” ยังพบอยู่ใน “พะจะนะพะสาไท” เขียนโดย ซอง บาตีส์ต์ ปาเลอกัว (Jean-Baptiste Pallegoix) เป็นพจนานุกรม 4 ภาษา ซึ่งรวบรวมคำศัพท์ไว้ถึง 32,292 คำ ในปี พ.ศ. 2397 โดยมีการเขียนคำว่า “กเทย” แปลมาจากภาษาอังกฤษว่า “Hermaphrodite” และหนังสือ “อักขรวิธานศรึบท์” ในปี พ.ศ. 2416 ของแดน บีช บรัดเลย์ (Dan Beach Bradley) หรือที่

<sup>29</sup> กิจมาโนชญ์ โรจนทรัพย์, "บันเฑาะว์ - บันเฑาะก์" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.thairath.co.th/content/353886>

<sup>30</sup> พระราชกำหนดใหม่ : บท 36 (จศ. 1144)

รู้จักกันในนาม หมอบรัดเลย์ โดยมีการเขียนคำว่า “กะเทย” หมายถึง คนที่ไม่เป็นเกชชาย ไม่เป็นเกชหญิง มีแต่ทางปีศสาวะ” ต่อมาได้มีการบัญญัติศัพท์ไว้อย่างชัดเจนในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 จะเห็นได้ว่าสังคมไทยมีการรับรู้ถึงพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมานานแล้ว “กะเทย” จึงมีลักษณะที่กำกวมของอวัยวะเพศหรือลักษณะสิ่งที่ไม่ปรากฏเพศ ไม่เป็นเพศใดเพศหนึ่ง สำหรับกฎหมายตราสามดวง ซึ่งสันนิษฐานว่าตราในสมัยอยุธยาตอนต้นและได้มีการแก้ไขปรับปรุงในต้นกรุงรัตนโกสินทร์ มีการกำหนดเกี่ยวกับการเป็นพยานในศาลว่า บุคคลที่มีคุณลักษณะที่ไม่ใช่เพศชายหรือเพศหญิง อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็น เกย์ หรือบันเทาเกย์ ไม่สามารถเป็นพยานในศาลได้

ในสมัยอยุธยามีบันทึกทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในสังคมไทย ในปี พ.ศ. 2177 นายโยส เซาเติน ผู้จัดการบริษัทการค้าฮอลันดา (Joost Schouten, Manager of the Dutch East Indies Company) ประจำกรุงศรีอยุธยาในรัชกาลพระเจ้าทรงธรรมครั้งหนึ่ง และในต้นรัชกาลพระเจ้าปราสาททองอีกครั้งหนึ่ง<sup>31</sup> ถูกลงโทษประหารชีวิต ในข้อหาเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวโดยรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ที่เมืองปัตตาเวีย ซึ่งพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในสังคมตะวันตกเป็นความผิดอย่างร้ายแรงโดยนายโยส เซาเติน สารภาพและอ้างว่าได้แบบอย่างพฤติกรรมรักเพศเดียวกันมาจากคนในกรุงศรีอยุธยา สันนิษฐานว่า พฤติกรรมรักเพศเดียวกันมีมาตั้งแต่ในสมัยอยุธยาแต่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะในราชสำนักและบ้านของขุนนางชั้นผู้ใหญ่มากกว่าที่จะเกิดในครอบครัวของชาวบ้านธรรมดา อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมรักเพศเดียวกันในสมัยอยุธยาไม่มีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานอย่างชัดเจนในประวัติศาสตร์ไทย เนื่องจากเป็นเรื่องน่าอับอายและเป็นเรื่องน่ารังเกียจ หากใครมีพฤติกรรมดังกล่าวก็จะเป็นอับมงคลต่อวงศ์ตระกูลและครอบครัว จึงเป็นเรื่องที่ต้องปกปิดและอาจจะถูกลงโทษถ้าหากทำให้บ้านเมืองได้รับความเสื่อมเสีย

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น มีเรื่องราวเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่ชัดเจนมากนัก แต่มีการเล่าขานเรื่องราวของหม่อมไกรสร หรือพระเจ้าบรมวงศ์เธอพระองค์เจ้าไกรสร กรมหลวงรักษ์รณเรศ ทรงเป็นพระราชโอรสในพระพุทธรยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช และเจ้าจอมมารดาน้อยแก้ว ธิดาของพระเจ้ากรุงศรีอยุธยา โดยมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ไม่ยอมอยู่ร่วมกับหม่อมแต่กลับนิยมชมชอบที่จะบรรทมอยู่กับพวกคณะโขนละครที่อยู่เฝ้า และผู้เล่นละครล้วนแต่เป็นชาย เพราะเป็นคณะละครนอก โดยไม่สนใจเลี้ยงดูลูกเมียจนเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไป ในสมัยก่อนนอกจาก “ละครใน” ที่มีตัวละครที่แสดงโดยสตรีทั้งหมดทั้งตัวพระและตัวนาง คณะละครอื่นๆ ต้องใช้ตัวแสดง

<sup>31</sup> Barend Jan Terwiel, "The Body and Sexuality in Siam : A First Exploration in Early Sources," [Online] Accessed: 15 November 2015. Available from: [http://www.manusya-journals.chula.ac.th/files/essay/Terwiel\\_42-55.pdf](http://www.manusya-journals.chula.ac.th/files/essay/Terwiel_42-55.pdf)



ชายทั้งหมดตามกฎมนเทียรบาล เมื่อคณะ “ละครนอก” จะต้องแสดงเป็นตัวนาง ก็จะใช้ชายแต่งกายเป็นหญิง ซึ่งคณะละครของหม่อมไกรสรมีการแสดงดีจนไม่มีคณะไหนเทียบติด นอกจากนั้น พระองค์ทรงสนพระทัยในด้านโหราศาสตร์และไสยศาสตร์ และมีความรู้ทางพระพุทธศาสนาเป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้ในสมัยรัชกาลที่ 2 จึงทรงสถาปนาเป็นกรมหมื่นรักษัรณเรศ กำกับกรมสังฆการี

ต่อมาหม่อมไกรสรทรงงานเคียงคู่กับรัชกาลที่ 3 เปรียบเสมือนเป็นพระสหายคู่พระทัย เมื่อรัชกาลที่ 3 ได้ขึ้นครองราชย์ หม่อมไกรสรทรงมีอำนาจในแผ่นดินเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านการตัดสินคดีความ กำกับกรมวังดูแลการจ่ายเบี้ยหวัดประจำปีของพระราชวงศ์และขุนนาง หม่อมไกรสรจึงเป็นบุคคลสำคัญที่สนับสนุนให้รัชกาลที่ 3 ได้ขึ้นครองราชย์และเป็นที่เกรงพระทัยเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม พระองค์ก็หมกมุ่นหลงใหลอยู่กับคณะละครเช่นกัน ถึงกลับนอนค้างในโรงร่วมกับนักแสดง เอาใจให้เงินทองของใช้อย่างล้นหลาม แต่งตัวกันอย่างหรูหรา ทุ่มผ้าราคาแพง สวมแหวนเพชร ผัดหน้า วางท่ากรีดกรายเป็นที่ขื่นขื่นตาของผู้แลเห็น พฤติกรรมของพระองค์ทำให้คนรุ่นหลังพอเอ่ยชื่อท่านก็ต้องนึกถึงการ “เล่นสวาท” กับพวกละครที่ทรงซุบเสี้ยวไว้ โดยมีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเพศระหว่างชายกับชาย ซึ่งเป็นเรื่องเสื่อมเสียต่อตนเองและวงศ์ตระกูล เพราะเกิดมาเป็นชายแต่ไม่ได้ทำหน้าที่ให้สมกับเป็นชาติชาย คือไม่ดูแลครอบครัวและสืบเผ่าพันธุ์แต่กลับไปมกมายเล่นสวาทกับชายด้วยกันเอง โดยมีบันทึกจากพระราชพงศาวดาร กรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 3 ของเจ้าพระยาทิพากรวงศ์มหาโกษาธิบดี (ขำ บุนนาค) เกี่ยวกับเรื่องหม่อมไกรสร<sup>32</sup> ดังนี้

“...ทรงขัดเคืองกรมหลวงรักษัรณเรศว่า ทรงพระกรุณาซุบเสี้ยวให้เป็นผู้ใหญ่ เป็นที่ไว้วางพระราชหฤทัยต่างพระเนตรพระกรรณก็ไม่ตั้งอยู่ในความยุติธรรม กตขี้หักหาญถ้อยความผิด ๆ อย่างนี้คงมีหลายเรื่องมาแล้ว เพราะด้วยอ้ายพวกละครซุกพาให้เสียคน จึงให้ตระลาการค้นหาความอื่นต่อไปให้ได้ความว่า กรมหลวงรักษัรณเรศชำระความของราษฎรมิได้เป็นยุติธรรม ด้วยพวกละครรับสินบนทั้งฝ่ายโจทก์ฝ่ายจำเลยแล้วก็คงหักเอาชนะงได้...”

“...ตั้งแต่เล่นละครเข้าแล้ว ก็ไม่ได้บรรทมข้างในด้วยหม่อมห้ามเลย บรรทมอยู่แต่ที่แก่งข้างท้องพระโรงด้วยพวกละคร จึงรับสั่งให้เอาพวกละครมาแยกย้ายกัน ใต้ถุน ได้ความสมกันว่า เป็นสวาทไม่ถึงชำเรา แต่เอามือเจ้าละครและมือท่านกำคูดฐานด้วยกันทั้งสองฝ่าย ให้สำเร็จภาวะธาตุเคลื่อนพร้อมกันเป็นแต่เท่านั้น...”

“...ว่าตัวไม่อินขังข้อกับลูกเมีย มาหลงรักอ้ายคนโขนคนละคร สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงทราบ จึงทรงพระราชดำริว่าจะชอบใจอย่างเจ้าปักกิ่ง (เตากวาง) รักจิว จะช่องเสฟผู้ชายบ้าง

<sup>32</sup> เจ้าพระยาทิพากรวงศ์, พระราชพงศาวดาร รัชกาลที่ 3, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2504), หน้า 132-136.

ผู้หญิงบ้างกระมัง ครั้นจะห้ามปรามว่ากล่าวให้รู้สึกตัวเสียว่า ทำดังนี้ไม่งามไม่ดีความจะอ้ออึ้งไปเหมือนจะแก้งประจานให้ญาติได้ความอัปยศ แล้วทรงพระราชดำริว่า แต่ก่อนกรมหลวงเทพพลภักดิ์ก็ประพฤติการไม่อยู่กับลูกเมียเหมือนกันนี้ สมเด็จพระบรมวงศาธิราชซึ่งเป็นผู้ใหญ่ก็ทรงทราบทุกพระองค์ ก็หาได้ว่ากล่าวกรมหลวงเทพพลภักดิ์ประการใดไม่ สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจึงมิได้เอาพระทัยเป็นพระราชธูระ...”

ทั้งนี้ยังมีบันทึกไว้ในหนังสือพิมพ์จดหมายเหตุสยามประเภทว่า นายละครคนโปรดของท่านคือนายขุนทอง รองลงมาคือ นายแยม ทั้งสองคนได้รับการชูปเลี้ยงให้อยู่ดีกินดีเป็นพิเศษ พฤติกรรมของหม่อมไกรสรเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไป เปิดเผย ไม่ได้ปกปิด และพระองค์เองก็ “ไม่เอาธูระ” กับสายตาหรือเสียงนินทาของผู้ใดทั้งสิ้น

“...แล้วโปรดให้ตระลาการถามกรมหลวงว่า เป็นเจ้าใหญ่นายโตเช่นนี้สมควรอยู่แล้วหรือ กรมหลวงรักษ์รณเรศให้การว่า การที่ไม่อยู่กับลูกกับเมียนั้นไม่เกี่ยวข้องต่อการแผ่นดิน...” จากคำกล่าวของหม่อมไกรสรทำให้ยืนยันได้ว่าพระองค์มีความเป็นตัวของตัวเองและตอบไปอย่างชัดเจนโดยไม่เกรงกลัวสิ่งใด

ในทางตรงกันข้ามนอกเหนือจากพฤติกรรมระหว่างชายกับชายที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว สำหรับผู้หญิงที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน เรียกกริยาเช่นนั้นว่า “เล่นเพื่อน”<sup>33</sup> สำหรับหญิงสาววังหากมีพฤติกรรมเล่นเพื่อนจะมีความผิดตามกฎหมายศีลธรรมซึ่งตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้น สมัยรัชกาลของพระบรมไตรโลกนาถ มีการกำหนดโทษไว้ว่า

“อนึ่งสนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำตุจชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลาวดหนัง 50 ที ศักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเปนชาวสติง ทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ”<sup>34</sup>

สมัยรัตนโกสินทร์ มีพฤติกรรมเช่นนี้อย่างแพร่หลายและเป็นที่เล่าลือกันต่างๆ นานา แต่ก็ยังมองว่าเป็นพวกวิบัติการ ของแปลก แม้แต่งานวรรณกรรมของสุนทรภู่ อย่างหนังสือพระอภัยมณี มีการบรรยายถึงพฤติกรรมของนางสนมกำนัลเมืองรมจักรว่า<sup>35</sup>

“ ฝ่ายห้ามแหนแสนสนมเมืองรมจักร	แต่ล้วนนักเลงเพื่อนเหมือนกันหมด
ด้วยเมื่ออยู่บุรีภิรมย์รส	เพราะท้าวทศวงศ์ไม่ว่าไร
จนเคยเล่นเป็นธรรมเนียบนางรมจักร	ทั้งร่วมรักร่วมชีวิตพิลสมัย

<sup>33</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศของไทย," วารสารนิเทศศาสตร์ 2, 13 (2526): 90.

<sup>34</sup> กฎหมายตราสามดวง : กฎมณเฑียรบาล มาตรา 124 วรรคสอง

<sup>35</sup> พระอภัยมณี, ตอน 41 : นางสุวรรณมาลีหึงหน้าป้อม – ท้าวทศวงศ์, กับนางเสาวคนธ์ยกทัพเมืองลังกา

กลางคืนเที่ยวเที่ยวเพื่อนออกเคลื่อนไป	เป็นหัวไม้ผู้หญิงลอบทั้งกัน
เห็นสาวสาวชาวเมืองการเวก	ที่เอี่ยมเอกต้องใจจนไฝ่ฝัน
แกล้งพูดพลอดทอตสนิทเข้าติดพัน	ทำเชิงชั้นชักชวนให้ยวนใจ
พวกพาราการเวกไม่รู้เล่น	คิดว่าเช่นชื่อตรงไม่สงไสย
ต่อถูกจับต้องทำนองใน	จึงติดใจไม่หมายให้ชายเขย
หนุ่มหนุ่มเที่ยวเที่ยวบิดไม่คิดคบ	เหตุเพราะสบเชิงเพื่อนจึงเขื่อนเฉย
แต่เมืองเราชาวบุรีนี้ไม่เคย	อย่าหลงเลยเล่นเพื่อนไม่เหมือนจริง
อันรมจักรนัครากับการเวก	อภิเชกเสนาหาประสาหญิง
ออกอ้ออึงหึงส์หวงเพราะช่วงชิง	ถึงลอบทั้งทุบตีเพราะที่รักฯ ”

แม้ว่าพฤติกรรมการเล่นเพื่อนจะเป็นความผิดตามกฎหมายและกฎหมายตราสามดวงแต่ก็ไม่ได้มีการลงโทษกันอย่างจริงจัง จนมีผู้แต่งเพลงยาวร้องเล่นกัน เรื่อง หม่อมเป็ดสวรรค์ของนายหริต เรื่องฤทธิ์<sup>36</sup>

นอกจากนี้พระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัว เคยทรงพระราชนิพนธ์เพลงยาวเพื่ออบรมความประพฤติหม่อมทั้งหลาย โดยทรงมีพระบรมราชาธิบายว่า

“ ...อันตัวเรานี้ก็ร้องพระจอมเกล้า	เป็นปิ่นเกล้าในสยามภาษา
มียศศักดิ์ประจักษ์ทั่วทุกภารา	พระทรงธรรมกรุณาชุบเลี้ยงเรา
ถึงใครใครที่จะตกลมาเป็นห้าม	ไม่มีความขายหน้าดอกหนาเจ้า
เสียแต่ไม่ฉวยเฉิดเฟริศพริ้งเพรา	เพราะแก่เกล้าหุบหีบไม่ฉับไว
ถ้าจะว่าไปจริงทุกสิ่งสิ้น	ก็พอกินตามแก่แก้ขัดได้
ฤ่น้ำจืดคิดเห็นเป็นอย่างไร	จึงมิได้ปลงรักสักเวลา
การสิ่งใดที่ไม่ดีเรามิชอบ	อันนอนปลอบจงจำอย่าทำหนา
ก็ไม่ฟังขึ้นขัดอ้อธา	ยิ่งกว่าต่อไม้ไม่ไหวติง
ที่ข้อใหญ่ชี้ให้เห็นเรื่องเล่นเพื่อน	ทำให้เพื่อนราชกิจผิดทุกสิ่ง
ถ้าจะเปรียบเนื้อความไปตามจริง	เสมอหญิงเล่นซู้จากสามี
นี่ถ้าหากวังมีกำแพงแข็งแรงรอบ	เป็นคันขอบดูจึ่งเขื่อนครีครี
ถ้าหาไม่เจ้าจอมหม่อมเหล่านี้	จะไปเล่นจ้ำจี้กับชาย เออยฯ ” <sup>37</sup>

<sup>36</sup> บทละครเรื่องพระมะเหลเถไถและกลอนเพลงยาวเรื่องหม่อมเป็ดสวรรค์ กรุงเทพมหานคร : ประจักษ์วิทยา พ.ศ. 2511 หน้า 59 - 79

<sup>37</sup> โสมทัต เทเวศร์ (สมบัติ พลายน้อย), เจ้าฟ้าจุฑามณี กรุงเทพมหานคร : แพร่พิทยา พ.ศ. 2513 หน้า 223 -

การเล่นเพื่อนในวังของพระเจ้าลูกเธอหลานเธอฯ ทั้งหลายที่เป็นที่วิตกกังวลสำหรับพระบรมวงศานุวงศ์ผู้ใหญ่ ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ เคยมีพระราชหัตถเลขากำกับกันอย่างเป็นทางการห้ามไม่ให้เล่นเพื่อนด้วย<sup>38</sup> ซึ่ง ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช ได้เขียนหนังสือโครงกระดูกในตู้ไว้เกี่ยวกับการลงโทษของสตรีที่มีพฤติกรรมเล่นเพื่อน โดยมีข้อความตอนหนึ่งสรุปได้ว่า การลงโทษสตรีที่มีพฤติกรรมเล่นเพื่อนจะกระทำโดยการสีกเป็นจุดเล็กๆ บนหน้าผาก แล้วผู้นั้นจะไม่สามารถเข้าวังได้อีกเด็ดขาด ในสมัยนั้นเจ้าจอมมารดาแพในรัชกาลที่ 5 มีการหัตถ์ครหญิงในพระมหาราชวัง ป้าชุ่มเข้ามาสอนละครในวังให้แก่ท่าน โดยป้าชุ่มแสดงเป็นพระเอกละครแต่งกายและทรงผมเหมือนผู้ชายทำให้มีผู้หญิงชื่นชอบอย่างมาก นอกจากนั้นแล้วในพระราชวังชั้นในที่มีแต่ผู้หญิงล้วน ป้าชุ่มก็มีพฤติกรรมเล่นเพื่อนและสอบถามหาความจริงจนกระจ่าง จึงโปรดฯ ให้ลงโทษแล้วไล่ออกจากพระมหาราชวังไป<sup>39</sup>

รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2441) โดยกำหนดโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอันมิใช่ภริยาตน และผู้กระทำความผิดธรรมดาโลกย์ เป็นการนำเอาหลักความรับผิดชอบ Sodomy ของฝรั่งมาบัญญัติเป็นกฎหมายซึ่งผู้กระทำความผิดธรรมดาโลกย์ต้องถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา<sup>40</sup> ต่อมา มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 ความผิดฐานการทำชำเราผิดธรรมดาเปลี่ยนมาใช้คำว่า ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์แทน จะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 242 บัญญัติว่า

“มาตรา 242 ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

ความผิดฐานนี้ถือว่าเป็นสิ่งที่แปลกใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทย โดยนักกฎหมายบางท่านพยายามอธิบายถึงมูลเหตุแห่งความผิดฐานนี้ว่า เป็นการกระทำที่ถ่วงความเจริญของบ้านเมืองหรือทำให้เสียชื่อเสียงกันไปโดยไร้ประโยชน์<sup>41</sup> ต่อมาภายหลังมีการชำระประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ซึ่งได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2499 คณะกรรมการร่าง

<sup>38</sup> รวมพระราชหัตถเลขา รัชกาลที่ 4

<sup>39</sup> คึกฤทธิ์ ปราโมช, โครงกระดูกในตู้ (พระนคร: โรงพิมพ์ชัยฤทธิ์, 2524) พิมพ์แจกเป็นมิตรพลีในงานทำบุญอายุครบห้ารอบ 20 เมษายน 2514

<sup>40</sup> พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5

<sup>41</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (2470), หน้า 110.

ประมวลกฎหมายอาญาจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้ เพราะไม่มีความผิดเกิดขึ้นและเป็นเรื่องเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศไทยด้วย<sup>42</sup>

รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 พระองค์ทรงไปศึกษาในประเทศอังกฤษตั้งแต่ทรงพระเยาว์และมีการนำเอาวัฒนธรรมตะวันตกมาใช้ในสังคมไทยอย่างมาก และมีความเข้าใจเรื่องพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นอย่างดี ซึ่งพระองค์ทรงพระราชนิพนธ์บทความในหนังสือพิมพ์ ดุสิตสมิต หัวข้อเรื่อง “กะเทย” และ “ทำไมกะเทยจึงรู้มากในทางผัวๆ เมียๆ ?” ด้วยเหตุที่มีการเขียนบทความในเรื่องนี้เป็นการสร้างความเข้าใจให้กับประชาชนไม่มองกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องแปลก น่ารังเกียจ และไม่ทำร้ายกลุ่มคนดังกล่าว

รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 มีงานวรรณกรรมเรื่อง “กามารมณ์และสมรส” ในหนังสือรวมปาฐกถาเกี่ยวกับปัญหาชีวิตของคนทั่วไปตามหลักจิตวิทยา และมีการกล่าวถึงคำว่า “Homo” หรือ “Homosexual” หมายถึง เพศเดียวกัน คือ ชายรักชาย หรือ หญิงรักหญิง ซึ่งจะมองในมุมมองที่ตามจากเดิมโดยมีเรื่องของแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยถือว่ากลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันเป็นคนที่มีความผิดปกติอย่างหนึ่ง

ปัจจุบันพฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่ได้จำกัดอยู่ในวงแคบๆ เช่นเดียวกับในอดีต หากแต่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันปรากฏให้เห็นได้ในสังคมไทยอย่างกว้างขวาง มีการลงข่าว หนังสือพิมพ์เกี่ยวกับเรื่องบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอยู่หลายเรื่อง เช่น หนังสือพิมพ์รายวัน ศรีกรุง ฉบับลงวันที่ 20 มิถุนายน 2478 เขียนว่า โสภณิชายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ชื่อ นายถั่วดำ หรือการุณ ผาสุก โดยหลอกลวงเด็กอายุ 10 - 16 ปี มาห้องเช่าและให้เด็กช่วยเขาสำเร็จความใคร่ นับว่าเป็นการขายบริการทางเพศของชายที่เกิดขึ้นในสังคมไทยเป็นครั้งแรก จึงเป็นที่มาของคำกล่าวขานคำว่า “ถั่วดำ” ที่มีพฤติกรรมแบบผิดธรรมชาติหรือวิถถาวร และข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์สยามนิกร ลงวันจันทร์ที่ 14 กันยายน 2493 มีการรายงานเกี่ยวกับการเสพเมถุนทางเว็จมรรคหรือวิถีการบำบัดความใคร่ของนักโทษที่นิยมทำกันในระหว่างจำคุก ยิ่งทำให้รับรู้ได้ว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ น่าอับอายและผิดศีลธรรม ไม่เพียงเท่านั้น เมื่อเวลาดำเนินไปการติดต่อระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศก็มีมากขึ้น ชาวต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยค่อนข้างมากในบริเวณย่านสีลม และพัฒนาพงษ์ นอกจากนี้ยังนำเอาวัฒนธรรมรักเพศเดียวกันแบบตะวันตกเข้ามาเผยแพร่ด้วย ทำให้การแสดงความรักระหว่างเพศเดียวกันไม่ได้เป็นเรื่องแปลกดังเช่นในอดีตอีกต่อไป และในช่วงหลังสงครามโลกที่ 2 สงบลง ทหารสหประชาชาติเข้ามาในประเทศไทย กะเทยไทยเริ่มออกมาค้าประเวณีกับทหารเหล่านี้ ซึ่งในปี 2507 มีธุรกิจขายบริการทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศเพื่อสนองความต้องการ

<sup>42</sup> หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคปลาย (2490), หน้า 179.

ของชาวต่างชาติ ต่อมาในเดือนตุลาคม ปี 2508 หนังสือพิมพ์สยามนิกร เขียนเรื่องการกวางล้างพวกกะเทยของตำรวจนครบาลเหนือ เพราะมีการไปมั่วสุม ก่ออาชญากรรม ลักทรัพย์ ฆ่าชาวต่างชาติที่มาซื้อบริการทางเพศ โรคภัยที่มาจากกรณีเพศสัมพันธ์ของเกย์ ทำให้พววกะเทยเป็นภัยแก่สังคม ซึ่งมีนักวิชาการท่านหนึ่งได้เขียนงานเชิงวิชาการเกี่ยวกับเรื่องเกย์ในสังคมไทย โดยนายปีเตอร์ แจ็คสัน (Peter Jackson) กล่าวว่า การนำเสนอข่าวของกะเทยหรือเกย์ในสังคมไทยมีแต่ในเชิงลบ ทำให้เกย์ไม่กล้าเปิดเผยตัวตนของตัวเองเพราะเกรงว่าจะเป็นที่รังเกียจของประชาชน ตลอดจนเกย์ส่วนใหญ่ยังคงปกปิดและซ่อนตัวเองอยู่ในที่แคบๆ และรวมกลุ่มกันเอง

นอกจากข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์และสื่อภาพยนตร์แล้วยังมีการกล่าวถึงพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในทางวงการแพทย์ด้วย โดยแนวความคิดจากทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) เชื่อว่าเป็นพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเรื่องของความเจ็บป่วยทางจิตของมนุษย์อย่างหนึ่ง โดยต้องบำบัดรักษาจึงจะหายจากอาการดังกล่าว สำหรับแพทย์ไทย นายแพทย์สุด แสงวิเชียร ได้อธิบายว่า บุคคลที่มีความผิดปกติทางร่างกายที่อวัยวะเพศมีลักษณะกำกวมไม่สามารถบอกได้แน่ชัดว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย เรียกว่า “กะเทย” ส่วนพฤติกรรมทางสังคมที่ตรงข้ามกับเพศกำเนิดของตนนั้น เรียกว่า “ลักเพศ” เนื่องจากการลักจากเพศตรงข้ามมาเป็นของตน จึงทำให้สังคมไทยมองว่ากลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันเป็นมีความผิดปกติหรือเป็นผู้ป่วยนั่นเอง

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นพฤติกรรมของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันมีวิวัฒนาการมาเรื่อยๆ ทั้งด้านดีและไม่ดี ความเคลื่อนไหวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้หยุดนิ่งแต่เพียงเท่านี้แต่ยังมีการพิสูจน์ว่ากลุ่มคนดังกล่าวไม่ได้เลวร้ายหรือเป็นสิ่งที่สังคมจะต้องรังเกียจอีกต่อไป ซึ่งในปี 2530 มีการรวมตัวของเกย์และองค์กรต่างๆ ที่สำคัญต่อการผลักดันเพื่อให้เกิดการยอมรับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น เกิดขึ้นระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยองค์กรต่างๆ เข้ามารณรงค์ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีการป้องกันโรคเอดส์และดูแลตนเองมากขึ้น และมีการจับมือกันขององค์กรและหน่วยงานต่างๆ รวมทั้ง นักวิชาการ แพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ นิสิตนักศึกษา และกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเข้ามาสนับสนุนและผลักดันให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ทั้งนี้ ในช่วงระยะเวลาการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 องค์กรเครือข่ายเพื่อความหลากหลายทางเพศ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ให้มาตรา 30 ที่บัญญัติไว้เดิมว่า “ ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียม

กัน” โดยให้เพิ่มคำว่า “บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ”<sup>43</sup> จากการยื่นเรื่องดังกล่าวใน คณะกรรมการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญก็มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง ซึ่งมีทั้งบุคคลที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยจนท้ายที่สุดแล้วก็ไม่ได้มีการบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวลงไปแต่อย่างใด แต่ในมาตราเดียวกันนี้เองทำให้ทราบว่าประเทศไทยเริ่มมีการตระหนักและนึกถึงคนอีกกลุ่มหนึ่งที่ไม่ใช่ทั้งเพศชายและเพศหญิง โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเสมอภาค และห้ามมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างกัน โดยอธิบายคำว่าเพศรวมถึงอยู่แล้ว<sup>44</sup> อย่างไรก็ตาม การบัญญัติคำว่า “บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ” ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะต้องมีการศึกษาถึงถ้อยคำดังกล่าวให้ดีเสียก่อน เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วมนุษย์เกิดมามีด้วยกันทั้งหมด 2 เพศ คือ เพศสรีระชาย และ เพศสรีระหญิง เพราะในทางวิทยาศาสตร์การยิดเพศว่าสิ่งมีชีวิตนั้นจะมีเพศอะไรจะยิดจากอวัยวะเพศที่ปรากฏเป็นสำคัญ แม้แต่บางคนที่เกิดมาแล้วร่างกายปรากฏเพศไม่แน่ชัด กล่าวคือ ปรากฏทั้งอวัยวะเพศหญิงและอวัยวะเพศชายอยู่ในตัวบุคคลคนเดียว ในทางวิทยาศาสตร์ก็ยังไม่ยอมรับว่าบุคคลนั้นเป็นเพศที่สามแต่ประการใด เพียงแต่ความหลากหลายทางการแสดงออกทางพฤติกรรมต่างหากที่แสดงออกมาแตกต่างกัน ทั้งในด้านความรัก ความต้องการทางเพศ ไม่ใช่เพศสรีระของมนุษย์ที่ที่มีความหลากหลายรูปแบบ ดังนั้น คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุข้อความดังกล่าวลงไปอาจจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมแล้ว เพราะอาจจะเกิดปัญหาการตีความและเป็นประเด็นขัดแย้งกันอีกในอนาคต

ต่อมาพัฒนาการของการบัญญัติคำว่า “เพศสภาพ” ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติซึ่งอยู่ในระหว่างขั้นตอนการดำเนินการร่าง คำว่า “เพศสภาพ” ไม่ได้หมายความถึงการมีเพศที่หลากหลายแต่หมายความถึงการแสดงออกทางพฤติกรรมของมนุษย์คนหนึ่งที่สามารถรับรู้และเข้าใจได้ รวมไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีไม่ตรงกับเพศสรีระโดยกำเนิดของตนเอง ดังนั้น การที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความประสงค์ที่จะบัญญัติคำว่า “เพศสภาพ” เพื่อไม่ต้องการให้กลุ่มคนดังกล่าวถูกเลือกปฏิบัติจากคนในสังคม<sup>45</sup>

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มรักเพศเดียวกันในประเทศไทย เรื่องการจดทะเบียนรับรองคู่ชีวิตมาเป็นเวลานานแต่ในอดีตการยอมรับดังกล่าวยังถือว่าเป็นเรื่องใหม่และแปลกอยู่มากแต่ในปี 2548 สมาชิกวุฒิสภาท่านหนึ่งได้กล่าวว่า หากต้องการให้มีกฎหมายดังกล่าวก็สามารถทำได้โดยการรวบรวมรายชื่อเพื่อแก้ไขกฎหมายได้ซึ่งทำให้องค์กรต่างๆให้ความสนใจและนับตั้งแต่นั้น

<sup>43</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสมาคมฟ้าสีรุ้ง, สิทธิมนุษยชนของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเมืองการพิมพ์ จำกัด, 2550), หน้า 125-128.

<sup>44</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “เจตนาและเหตุผลของการประชุมสภาฯร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนาและเจตนาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550,” สำนักงานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

<sup>45</sup> ญัฐฉาน ชัยสาพันธ์, “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 228.

มาก็ได้มีความพยายามจนมีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ขึ้นเพื่อให้  
เกิดความเสมอภาคของบุคคลในสังคม

### 2.1.3 ประวัติและวิวัฒนาการกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศ

ประวัติและวิวัฒนาการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ  
เดียวกันในแต่ละยุคสมัยมีความแตกต่างกันไปซึ่งการดำรงอยู่ของกลุ่มคนที่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นมา  
พร้อมๆ กับการรวมตัวของชุมชนทางสังคมมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิดในอดีตจนถึงปัจจุบันซึ่ง  
ปรากฏอยู่ในอารยธรรมต่างๆ สามารถกล่าวได้ดังต่อไปนี้

#### อารยธรรมอียิปต์และเมโสโปเตเมีย

ในช่วงนี้หลักฐานเรื่องความสัมพันธ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีไม่  
มากนัก อย่างไรก็ตาม ยังพอมีข้อมูล ตำนาน หรือวรรณกรรมในช่วงยุคสมัยนั้นอยู่บ้าง ซึ่งไม่ได้มีการ  
ห้ามความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันหรือประนามความสัมพันธ์ดังกล่าว โดยพบหลักฐานที่สำคัญซึ่ง  
ค้นพบในปี 2507 ว่ามีหลุมฝังศพของข้าราชการสองคน คือ Niankhkhnum และ Khnumhotep  
จากราชวงศ์เก่าที่ 5 ของอาณาจักรอียิปต์<sup>46</sup> แสดงให้เห็นว่าชายทั้งสองคนนี้มีท่าโพสที่ใกล้ชิดซึ่งมักจะ  
สงวนไว้สำหรับสามีและภรรยา โดยลักษณะเป็นการสลักแบบนูนต่ำซึ่งมีการวางอิริยาบถที่ใกล้ชิดกัน  
ไม่ว่าจะเป็นการจับมือหรือกอดกันซึ่งมีลักษณะของความ เป็นคู่รักกันและเป็นการแสดงออกอย่าง  
ชัดเจนมาก ซึ่งนักประวัติศาสตร์สังคม David Greenberg ได้กล่าวว่าความสัมพันธ์ของทั้งสองคน  
ได้รับอนุญาตจากฟาโรห์ซึ่งเป็นผู้จัดเตรียมหลุมฝังศพเอง และในหลุมศพของฟาโรห์ก็ยังมีบางพระองค์  
ที่มีการฝังฟาโรห์และชายผู้เป็นคู่รักของพระองค์ด้วย เช่น ฟาโรห์อิกนาตอน (Ikhnaton) หรือฟาโรห์  
แอเคนาเทน (Akhenaten)

นอกจากนี้นักประวัติศาสตร์สังคมท่านนี้ยังได้กล่าวว่ราชวงศ์เมโสโปเตเมียต่างมี  
ชายที่เป็นคนรักคล้ายกับความรักของชายหญิงทั่วไป และยังปรากฏในมหากาพย์กิลกาเมชซึ่งกล่าวถึง  
ความสัมพันธ์ของกิลกาเมช (Gilgamesh) และเอนคิดู (Enkidu)<sup>47</sup> ซึ่งมีความสนิทสนมกันอย่างมากใน  
ลักษณะความสัมพันธ์เกินเพื่อนระหว่างกัน มหากาพย์กิลกาเมชเป็นวรรณกรรมที่ประสบความสำเร็จ มี  
ชื่อเสียงในยุคโบราณ และเป็นวรรณกรรมที่เชิดชูความสัมพันธ์ของบุคคลรักเพศเดียวกัน

<sup>46</sup> Greg Reeder, "Same-Sex Desire, Conjugal Constructs, and the Tomb of Niankhkhnum and Khnumhotep," *World Archaeology* 32 2(October 2000): 193-208.

<sup>47</sup> James Neill, *The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies* (United States of America: McFarland & Company, Inc., Publishers, 2009), pp. 87-92.



### อารยธรรมกรีกโบราณและโรม

ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับบุคคลรักเพศเดียวกันอยู่บ้างซึ่งในสมัยนั้นได้ปรากฏถึงบทสนทนาของเพลโตที่ได้เขียนขึ้นในขณะที่มีการสนทนาระหว่างโสเครตีสกับบุคคลอื่น เรื่อง การสรรเสริญความรักระหว่างชายสองคน ซึ่งมีการกล่าวว่าคุณค่าความรักจะทำให้ผู้ชายยอมตายเพื่อคนที่เขารักได้เช่นเดียวกับความรักของชายและหญิง

อารยธรรมกรีกโบราณ มีเรื่องราวกล่าวขานถึง กองกำลังศักดิ์สิทธิ์แห่งนครธีบส์<sup>48</sup> ซึ่งความห้าวหาญของเหล่านักรบในกองกำลังนี้ ได้เป็นที่ครั้นคร้ามแก่เหล่าข้าศึกศัตรู ทว่าทหารทุกคนในกองกำลังนี้ล้วนแต่เป็นชายที่รักร่วมเพศทั้งสิ้นและบุรุษแต่ละคนต่างก็มีคู่รักของตนอยู่ร่วมทัพเดียวกับตนด้วย โดยการตั้งกองกำลังนี้ขึ้นมาอยู่บนบรรทัดฐานที่ว่า นักรบแต่ละคนจะยอมตายเพื่อคนที่อยู่ในกองทัพและจะไม่ยอมทิ้งคู่รักของเขาอย่างเด็ดขาดในบรรดาอารยธรรมโบราณต่างๆ อารยธรรมกรีกจะเป็นอารยธรรมเดียวที่ปรากฏเรื่องราวของความรักในเพศเดียวกันให้เห็นมากที่สุด โดยเฉพาะความรักระหว่างชายกับชาย ทั้งนี้ อริสโตเติล นักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงในสมัยกรีกโบราณ เคยกล่าวไว้ว่า ความรักที่บุรุษมีให้กันนั้นเป็นสิ่งที่สูงส่ง เนื่องจากในยามที่บุรุษมีความเสน่หาต่อกันนั้นพวกเขาได้หลอมรวมสติปัญญาอันสูงส่งของทั้งคู่เข้าไว้ด้วยกันด้วย สาเหตุที่ชาวกรีกโบราณมีความเชื่อว่า ความรักระหว่างชายกับชายเป็นสิ่งที่สูงส่ง เนื่องจากคุณค่าของความเป็นคนในสมัยนั้น ชายและหญิงมีไม่เท่ากัน ผู้หญิงด้อยค่ากว่าชายมาก ดังนั้น หากผู้ชายต้องการความรักที่สูงค่าก็มีแต่ชายด้วยกันเท่านั้นที่จะควรค่าพอที่จะทำให้เกิดความรักอันสูงค่านั้นได้ เช่นเดียวกับการคบค้าสมาคมของนักปราชญ์ด้วยกันเองซึ่งก็มักจะมีแต่นักปราชญ์ที่เป็นชายเท่านั้นซึ่งทำให้เป็นต้นแบบของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในสมัยนั้น<sup>49</sup>

ความสัมพันธ์ระหว่างชายและชายยังพบในบทสนทนาของเพลโต (Plato's Symposium)<sup>50</sup> ซึ่งเขียนระหว่างโสเครตีสสนทนากับบุคคลต่างๆ โดยบทสนทนาหนึ่งได้กล่าวถึงคุณค่าความรักของ Phaedrus เขาอ้างว่า ความรักสูงสุดและคติพจน์ที่เป็นพันธะสัญญาระหว่างกัน คือ “Love will make men dare to die for their beloved – love alone; and women as well as men” “ความรักสามารถทำให้ชายคนหนึ่งกล้าที่จะตายเพื่อคนที่เขารักได้เช่นเดียวกับหญิงและชาย” เช่น พันธะสัญญาของ Alcestis ที่มีความตั้งใจว่าจะตายเพื่อสามีของนาง คือ Admetus

<sup>48</sup> George E. Haggerty, *Gay Histories and Cultures: An Encyclopedia* (New York: Garland Publishing Inc, 2012), pp. 417-418.

<sup>49</sup> สุรศักดิ์ มณีศรี, "การสมรสของพวกกรีกร่วมเพศ," *วารสารนิเทศศาสตร์* 1(มกราคม 2557).

<sup>50</sup> Benjamin Jowett, "Symposium by Plato," [Online] Accessed: 20 November 2015. Available from: <http://classics.mit.edu/Plato/symposium.html>

และ พันธสัญญาของ Achilles ที่มีต่อชายอันเป็นที่รักของเขา Patroclus ซึ่งความแตกต่างระหว่าง 2 ตัวอย่างข้างต้น คือ ความสัมพันธ์ระหว่าง Alcestis กับ Admetus เป็นสามีภรรยาที่แต่งงานกัน ส่วน Achilles กับ Patroclus เป็นความรักระหว่างชายและชายซึ่งไม่ได้มีการแต่งงานกัน ทำให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มคนรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นเรื่องที่ห่างไกลแต่อย่างใด นอกจากนั้น ยังมี การกล่าวสรรเสริญถึงความรักระหว่างชายและชาย คือ Pausanias โดยยกย่องว่าความรักระหว่างชายและชายเป็น “อมตะ” และเป็นสิ่งที่มีคุณค่าและมั่นคง

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันในโรมก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกรีกโบราณแต่โรมเปิดโอกาสความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มากกว่าโดยการอนุญาตให้บุคคลรักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้เพราะมีความเชื่อว่าการรักบุคคลเพศเดียวกันเรื่องของพิธีกรรมทางศาสนาจึงเป็นเรื่องที่น่ายกย่องยินดี โดยส่วนมากมักจะเป็นชายกับชายเสียมากกว่าส่วนหญิงกับหญิงจะเป็นไปได้ น้อยมากเพราะฐานะทางสังคมหญิงก็ยังไม่ได้รับบทบาทมากไปกว่าสังคมที่ชายเป็นใหญ่ แต่ต่อมาเรื่องดังกล่าวก็กลายเป็นเรื่องผิดศีลธรรมและผิดกฎหมาย

#### วัฒนธรรมของอเมริกันพื้นเมือง

มีการอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลรักเพศเดียวกันในเรื่อง Berdache<sup>51</sup> คำว่า Berdache ในภาษาสเปนคือคำว่า Bardaje หมายถึง โสเภณีชาย ซึ่งมีการแสดงออกแบบหญิงหรือมีพฤติกรรมแบบกะเทย ซึ่งนิยามความหมายของ Berdache หรือเพศผสม อาจพิจารณาจากปัจจัย 4 ประการ ดังนี้

- (1) การแต่งกายของผู้ชายที่ไม่ตรงตามเพศธรรมชาติหรือเป็นกะเทย
- (2) การแสดงกิริยาอาการ ทำทาง และพฤติกรรมแบบผู้หญิง
- (3) การทำงานหรือมีอาชีพแบบผู้หญิง
- (4) การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศเดียวกัน

Berdache ในปัจจุบันคือการแต่งงานของบุคคลรักเพศเดียวกันโดยชอบด้วยกฎหมายของอเมริกันพื้นเมือง

---

<sup>51</sup> "The Berdache: Gender – Mixing among Northern Native America," [Online] Accessed: 20 November 2015. Available from: <http://www.sinclair.edu/academics/lcs/departments/soc/pub/casilab/berdache/Berdache.pdf>

วัฒนธรรมแอฟริกา (African Cultures)<sup>52</sup>

ความสัมพันธ์รักเพศเดียวกันในแอฟริกาท้องถิ่นมีหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ข้ามวัยของคู่อัย (Transgenerational Unions) และความสัมพันธ์ของคนข้ามเพศที่มีลักษณะคล้ายกับ Berdache ในวัฒนธรรมของอเมริกันพื้นเมือง และการแต่งงานของหญิงและหญิง หรือที่เรียกว่า Ifeyinwa Olinke รูปแบบของความสัมพันธ์สามารถแบ่งได้ดังนี้

(1) ความสัมพันธ์ข้ามวัยของคู่อัย Transgenerational Unions (Boy Wives and Mummy-Daughter Relationships) ผลงานทางวิชาการในปัจจุบันจะศึกษามุ่งเน้นถึงการอบรมปลูกฝังผู้ชายในสังคม โดย E.E. Evans-Pritchard ได้บันทึกเรื่องราวสถาบันทางสังคมของภรรยาเด็กผู้ชาย (Boy Wives) สำหรับผู้ชายในกองทัพในเผ่า The Azande ซึ่งปัจจุบันอยู่ในประเทศซูดาน นอกจากนี้ E.E. Evans-Pritchard พิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวว่าเป็นการแต่งงานที่ถูกกฎหมาย และถูกต้องทางสังคม วัฒนธรรมอีกด้วย

(2) ความสัมพันธ์ของคนข้ามเพศ (Transgenderal Relationships) ความสัมพันธ์ดังกล่าวมีการบันทึกอยู่บางส่วนในสังคมแอฟริกา เช่น หัวหน้าเผ่า Kenyan Meru ซึ่งเป็นผู้นำทางการเมืองมีพฤติกรรมเป็นผู้หญิงและบ่อยครั้งที่มีภรรยาใส่เสื้อผ้าและตัดทรงผมเหมือนผู้หญิง หลายครั้งที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน และบางครั้งก็แต่งงานกับผู้ชาย ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับวัฒนธรรมอเมริกันพื้นเมือง หรือที่เรียกว่า berdache

(3) การแต่งงานระหว่างผู้หญิงด้วยกัน (Woman Marriage and Female Husbands) เป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่เป็นเอกลักษณ์ของวัฒนธรรมแอฟริกา ดังนั้น การแต่งงานระหว่างผู้หญิงด้วยกันเองจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมและยอมรับอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการแต่งงานระหว่างชายหญิงทั่วไป โดยผู้หญิงส่วนมากมักจะเป็นหมั้นและหากผู้หญิงคนใดร่ำรวยก็สามารถมีภรรยาได้หลายคน Eileen J. Krige อธิบายเพิ่มเติมว่า การแต่งงานระหว่างผู้หญิงด้วยกันเองนั้น จะต้องมีการพิธีสินเพียงพอที่จะมอบให้แก่ฝ่ายหญิงอีกคนได้ นอกจากนี้ เขายังเสนอแนะด้วยว่า การแต่งงานจะต้องเป็นเรื่องที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ตามโครงสร้างทางสังคมด้วย

<sup>52</sup> William N. Eskridge Jr, "A History of Same-Sex Marriage," [Online] Accessed: 20 November 2015.

### วัฒนธรรมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Same-Sex Relations in Southeast Asia)<sup>53</sup>

ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นเขตที่มีกลุ่มวัฒนธรรมและชาติพันธุ์ที่แตกต่างกันหลากหลายทั้งในเขตทวีปและเขตมหาสมุทร ดังนั้น กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันจึงมีการแสดงออกทางเพศแตกต่างกันออกไปตามขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรม เช่น

ประเทศฟิลิปปินส์ พฤติกรรมการแต่งตัวแบบคนข้ามเพศพบเห็นได้ในพิธีกรรมต่างๆ บุคคลที่แต่งตัวข้ามเพศจะได้รับการยอมรับและหน้าที่ประกอบพิธีกรรม เช่น รำวงทรง ผู้ทำนายโชคชะตา ผู้ไกล่เกลี่ยปัญหาขัดแย้งทางสังคม หมอรักษาโรค หัวหน้าชุมชน บุคคลเหล่านี้มีชื่อเรียกได้แก่ bayoguin, bayok, agi – agin, asog, bido, binabae ซึ่งคนฟิลิปปินส์เชื่อว่าคนข้ามเพศเป็นผู้วิเศษเพราะมีวิญญาณของชายและหญิงในเวลาเดียวกัน ต่อมาความคิดเรื่องเพศสมัยใหม่ได้รับอิทธิพลมาจากอเมริกาซึ่งพยายามอธิบายเรื่องเพศด้วยความรู้เพศวิถีที่แบ่งแยกต่างเพศออกจากรักเพศเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมทางเพศ (Bakla) กลายเป็นคนชายขอบ และถูกจัดเป็นพวก “Homosexual” ตามทฤษฎีของชาวตะวันตก ปัจจุบันพฤติกรรมทางเพศของคนข้ามเพศจะมองไปในทางเพศสัมพันธ์มากกว่าบทบาททางสังคมและความสามารถในการแสดง<sup>54</sup>

ประเทศอินโดนีเซีย การแสดงพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกันได้รับการยอมรับและมีส่วนเกี่ยวข้องกับความเชื่อและพิธีกรรม องค์กรและสิ่งตีพิมพ์ของเกย์และเลสเบียนเกิดขึ้นในปี 2525 ในช่วงนี้รัฐได้มีกฎหมายห้ามบุคคลแสดงพฤติกรรม Homosexual เพราะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดศีลธรรมและผิดหลักศาสนาอิสลาม กลุ่มทางศาสนาก็พยายามต่อต้านบุคคลที่เป็นเกย์และเลสเบียนซึ่งบางครั้งนำไปสู่การทำร้ายร่างกายคนเหล่านั้น จนกระทั่งในปี 2546 กฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิกไป

ประเทศกัมพูชา การแสดงบทบาทของคนข้ามเพศเกิดขึ้นในพิธีกรรมเปลี่ยนสถานภาพของบุคคล เช่น พิธีกรรม hau bralin เป็นพิธีที่เด็กผู้ชายเตรียมตัวเพื่อเข้าสู่ศาสนา โดยก่อนที่เด็กผู้ชายจะบวช จะต้องเปลี่ยนสถานะเป็น “นาค” ก่อน ซึ่งสถานะนี้จะอยู่ตรงกลางระหว่างการเป็นมนุษย์และพระ ทำให้เป็นบุคคลไร้ตัวตนจึงสามารถแสดงบทบาทของคนข้ามเพศได้ เช่น แต่งตัวเป็นผู้หญิง ซึ่งธรรมเนียมนี้ยังพบในการบวชนาคของชาวมอญด้วย หากมองทางมุมของ

<sup>53</sup> นฤพนธ์ ตัววิเศษ, "พื้นที่ทางวัฒนธรรมของ “คนข้ามเพศ” และ “คนรักเพศเดียวกัน” ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ Cultural Spaces and Sexual Behaviors of Cross Gender and Same-Sex Relations in Southeast Asia " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: [http://www.sac.or.th/main/content\\_detail.php?content\\_id=227](http://www.sac.or.th/main/content_detail.php?content_id=227)

<sup>54</sup> UNDP and USAID, "Being LGBT in Asia: The Philippines Country Report," [Online] Accessed: 22 november 2015. Available from: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1861/2014%20UNDP-USAID%20Philippines%20LGBT%20Country%20Report%20-%20FINAL.pdf>

กฎหมายประเทศกัมพูชาไม่มีกฎหมายลงโทษบุคคลที่เป็น Homosexual พฤติกรรมข้ามเพศที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “กะเทย” ซึ่งแบ่งเป็น กะเทยผมสั้น (Sak Klay) หมายถึงผู้ชายที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้ชาย และสามารถแต่งงานอยู่กับผู้หญิงได้ และกะเทยผมยาว (Sak Veng) หรือเรียกว่า Srei Sros หมายถึง ผู้ชายที่มีการแสดงกิริยาท่าทางและแต่งตัวเป็นผู้หญิง ทั้งนี้ วิธีคิดเรื่องเพศของชาวกัมพูชาจะสนใจเรื่องของความเป็นผู้หญิง (Charek Srei) และความเป็นผู้ชาย (Charek Pros) มากกว่าการสนใจเรื่องอารมณ์ทางเพศ บางครั้งมีการดูถูกเป็นเหตุให้การแสดงตัวเปิดเผยและการยอมรับของสังคมก็เป็นไปได้ยาก แต่ปัจจุบันนี้ รัฐบาลกัมพูชาได้มีการเปิดโอกาสให้กับกลุ่มรักเพศเดียวกันให้มีการเคลื่อนไหวเรื่องสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันมากขึ้น<sup>55</sup>

ประเทศมาเลเซีย ดั้งเดิมมีการยอมรับพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน กลุ่มคนเหล่านี้จะมีสังคมของตนเองและยังชีพด้วยการแสดงซึ่งในการแสดงพื้นฐานที่ชื่อว่า “Mak Yong” จะต้องอาศัยทักษะส่วนตัวและชาวบ้านก็ยอมรับในความสามารถในการแสดงของคนข้ามเพศด้วย แต่สำหรับกลุ่มเกย์และเลสเบี้ยนมักจะถูกเรียกว่า “Pondan” และจะไม่ได้รับการยอมรับจากครอบครัวเพราะเห็นว่าเป็นวัฒนธรรมตะวันตกที่เข้ามาทีหลัง<sup>56</sup>

ประเทศสิงคโปร์ การแสดงพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกัน เรียกว่า ah – qua ซึ่งสังคมสิงคโปร์เกิดการรวมตัวของเกย์ในช่วงระหว่างปี 2523 – 2532 สิงคโปร์มีการเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วและบรรยากาศทางการเมืองค่อนข้างมีเสรีภาพมากขึ้น ทำให้เกย์กล้าแสดงตัวออกมากในสังคมมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ รัฐบาลสิงคโปร์ได้ออกมาควบคุมการแสดงออกทางเพศแบบเกย์มากขึ้น ในช่วงสิบปีต่อมา กลุ่มเกย์รวมตัวกันเพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในสิงคโปร์ และทำงานรณรงค์เรื่องสิทธิเกย์เลสเบี้ยนแต่ถูกปฏิเสธเพราะเป็นภารกิจที่ขัดต่อกฎระเบียบอันดีงามของสังคม สาเหตุสำคัญ คือ กฎหมายสิงคโปร์ยังคงลงโทษบุคคลที่เป็น Homosexual ซึ่งบัญญัติขึ้นในสมัยที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ รวมทั้ง

<sup>55</sup> UNDP and USAID, "Being Lgbt in Asia: Cambodia Country Report," [Online] Accessed: 22 November 2015. Available from: [http://www.asia-pacific.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv\\_aids/rbap-hhd-2014-blia-cambodia-country-report.pdf](http://www.asia-pacific.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv_aids/rbap-hhd-2014-blia-cambodia-country-report.pdf)

<sup>56</sup> KRYSS, "On the Record Violence against Lesbians, Bisexual Women and Transgender Persons in Malaysia," [Online] Accessed: 22 November 2015. Available from: [https://www.outrightinternational.org/sites/default/files/MalaysiaCC\\_0.pdf](https://www.outrightinternational.org/sites/default/files/MalaysiaCC_0.pdf)

รัฐบาลมองว่าเกย์เลสเบี้ยนเป็นวัฒนธรรมตะวันตกที่เข้ามาเป็นบ่อนทำลายวัฒนธรรมของเอเชียให้จางหายไป<sup>57</sup>

ประเทศพม่า การแสดงพฤติกรรม Homosexual ถือว่าผิดกฎหมายและอาจถูกลงโทษนานถึง 10 ปี และเสียค่าปรับ เนื่องจากประเทศพม่ามีบรรยากาศทางการเมืองภายใต้เผด็จการทหาร ทำให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันไม่สามารถจัดตั้งองค์กรต่างๆ อย่างเปิดเผยได้ รวมถึง ไม่มีแหล่งรวมตัวด้วย กลุ่มคนเหล่านี้จึงเข้าร่วมองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนที่อยู่ต่างประเทศเพื่อทำงานเชิงรณรงค์ด้านสิทธิต่อไป<sup>58</sup>

ประเทศลาว การอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย หรือการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่วิดก็ยังคงไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนั้น การยอมรับกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจะต้องเผชิญก็ยังเป็นไปได้อย่างยาก เนื่องจากรัฐบาลไม่อนุญาตให้ผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลเข้ามาดำเนินการสำรวจความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม การยอมรับของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีมากขึ้น แม้ว่าจะมีการเลือกปฏิบัติอยู่บ้างก็ตาม

ประเทศเวียดนาม ไม่มีข้อห้ามหรือกฎหมายที่เอาผิดกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน แต่ในทางวัฒนธรรมชาวเวียดนามถูกสอนให้เชื่อในเรื่องลัทธิขงจื้อที่ยึดมั่นในความเป็นหญิงชาย รัฐบาลคอมมิวนิสต์ของเวียดนามจึงมีท่าทีปฏิเสธพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในปี 2545 รัฐบาลเวียดนามได้สร้างโฆษณาที่ต่อต้านพวกรักเพศเดียวกันโดยระบุว่า เป็น “ปีศาจของสังคม” เช่นเดียวกับ การเป็นโสเภณี นักเล่นพนัน และคนค้ายาเสพติด นอกจากนี้ สื่อกระแสหลักออกมาประณามว่าเกย์เป็นโรคภัยของสังคม หรือเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน ผลที่ตามมาคือ เกิดการปราบปรามผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ครอบครัวชาวเวียดนามไม่ต้องการให้ลูกหลานตนเองมีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน แต่ในปัจจุบัน คนรุ่นใหม่ในเวียดนามยอมรับบุคคลรักเพศเดียวกันมากขึ้นตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>59</sup>

จะเห็นได้ว่า อารยธรรมและวัฒนธรรมตั้งแต่เดิมจนถึงปัจจุบันมีการพัฒนาต่อไปเรื่อยๆ จากบางประเทศหรือบางวัฒนธรรม มีแนวคิดที่แตกต่างกันซึ่งบางประเทศอาจจะให้การ

<sup>57</sup> Kenneth Paul Tan and Jack jin Gary Lee, "Imagining the Gay Community in Singapore," [Online] Accessed: 22 November 2015. Available from: <http://lkyspp.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2013/03/Imagining-the-Gay-Community-in-Singapore-CAS.pdf>

<sup>58</sup> United States Department of State Bureau of Democracy Human Rights and Labor, "Burma 2013 Human Rights Report," [Online] Accessed: 22 November 2015. Available from: <http://www.state.gov/documents/organization/220394.pdf>

<sup>59</sup> Jeffrey Hays, "Homosexuality in Vietnam," [Online] Accessed: 22 November 2015. Available from: [http://factsanddetails.com/southeast-asia/Vietnam/sub5\\_9c/entry-3421.html](http://factsanddetails.com/southeast-asia/Vietnam/sub5_9c/entry-3421.html)

ยอมรับถึงความสัมพันธ์ในลักษณะของบุคคลรักเพศเดียวกันมากโดยมีการอนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับชายหญิงทั่วไป บางประเทศอาจจะให้อนุญาตบ้างบางประการแต่ไม่ให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิง หรืออาจจะมีบางประเทศที่ไม่ยอมรับเรื่องแบบนี้เลยก็ตาม

สำหรับประเทศที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสเกิดจากการการตระหนักและให้ความสำคัญถึงสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคของบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นเพศอะไรก็ตามจนบางประเทศมีการผลักดันและเปิดโอกาสให้บุคคลรักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานได้ซึ่งประเทศที่อนุญาตให้บุคคลรักเพศเดียวกันสมรสกันได้ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ (พ.ศ. 2544) ประเทศเบลเยียม (พ.ศ. 2546) ประเทศสเปน (พ.ศ. 2548) ประเทศแคนาดา (พ.ศ. 2548) ประเทศแอฟริกาใต้ (พ.ศ. 2549) ประเทศนอร์เวย์ (พ.ศ. 2552) ประเทศสวีเดน (พ.ศ. 2552) ประเทศโปรตุเกส (พ.ศ. 2553) ประเทศไอซ์แลนด์ (พ.ศ. 2553) ประเทศอาร์เจนตินา (พ.ศ. 2553) ประเทศเดนมาร์ก (พ.ศ. 2554) ประเทศบราซิล (พ.ศ. 2556) ประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. 2556) ประเทศอังกฤษ (พ.ศ. 2556) ประเทศอูรุก (พ.ศ. 2556) ประเทศนิวซีแลนด์ (พ.ศ. 2556)<sup>60</sup> และประเทศลัมเซมเบิร์ก (พ.ศ. 2558) สำหรับประเทศที่อนุญาตให้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันเท่านั้นซึ่งสิทธิและหน้าที่ไม่เท่ากับคู่สมรสระหว่างชายและหญิงแต่ก็เป็นการเริ่มต้นที่ก้าวสู่การยอมรับถึงความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มากขึ้น เช่น ประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย ฮังการี เป็นต้น แต่ในบางประเทศก็ยังอนุญาตให้บุคคลรักเพศเดียวกันสมรสและจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้โดยให้บุคคลดังกล่าวเลือกที่จะต้องการให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต สิทธิและหน้าที่ของตนเองเป็นเช่นไร

จากการศึกษาถึงการเรียกร้องกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะเห็นว่าตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันแต่ละสังคม วัฒนธรรมประเพณี ศาสนาของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันซึ่งมีผลต่อการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสมรสหรือมีความสัมพันธ์กันโดยมีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตซึ่งก็จะขึ้นอยู่กับสังคมนั้นๆ อย่างไรก็ตาม การยอมรับของบุคคลในสังคมต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีมากขึ้นเรื่อยๆ และเห็นว่าไม่ได้เป็นเรื่องที่ผิดหรือแตกต่างไปจากความรักของคู่รักชายหญิงทั่วไปทั้งยังให้ความสำคัญในเรื่องของความเสมอภาคและเปิดกว้างทางความคิดเป็นอย่างมากจึงทำให้มีการยอมรับและอนุญาตให้บุคคลรักเพศเดียวกันสมรสได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสของคู่รักต่างเพศ แต่บางประเทศก็ยังคงไม่ยอมรับหรืออนุญาตให้มีการสมรสกันระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันแต่เพื่อลดแรงต้านทานของกลุ่มที่สนับสนุนและกลุ่มที่ไม่สนับสนุนก็อาจจะมีกฎหมายบันทึกทาง

<sup>60</sup> ไพรอร์จัน กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ 43, 3 (กันยายน 2557): 500.

ทะเบียนคู่ชีวิต และกำหนดสิทธิหน้าที่บางประการให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเพื่อให้สังคมนั้นค่อยๆ ยอมรับและอาจจะมีการพัฒนาเป็นกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลเหล่านี้สามารถสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายต่อไป

สำหรับประเทศไทยเองนั้นก็ยังสามารถถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นในการเดินทางสู่การร่างกฎหมายเพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่อไป

## 2.2 แนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

หลักการและแนวคิดพื้นฐานที่นำมาซึ่งการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้น คือ หลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติจึงถือได้ว่าเป็นแรงผลักดันให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดๆ ก็ตาม ดังนั้นการปฏิเสธการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้นจึงเป็นการเลือกปฏิบัติและไม่เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน และแนวคิดนี้ยังมีความเห็นว่าการรับรองดังกล่าวไม่ได้เกิดผลกระทบต่อสังคมไปในทางที่เสื่อมเสีย ทั้งไม่เป็นผลกระทบในเชิงลบในการสมรสของคู่สมรสต่างเพศหรือต่อสถาบันครอบครัวในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้นโดยมองว่าเป็นเรื่องที่ขัดกับศีลธรรมและเป็นความผิด เนื่องจากการสมรสนั้นจะมีได้เมื่อเป็นบุคคลที่มีเพศต่างกันเท่านั้นเพื่อที่จะสามารถสร้างครอบครัวโดยการมีบุตรจากบุคคลทั้งสองได้เท่านั้น ดังนั้น คู่รักเพศเดียวกันจึงไม่อาจสร้างครอบครัวได้อย่างคู่รักต่างเพศที่เป็นชายและหญิงได้ อีกทั้งยังมองว่าเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวอีกด้วย โดยเนื้อหาในส่วนนี้จะศึกษาเกี่ยวกับหลักการและแนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

### 2.2.1 แนวความคิดที่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

#### 2.2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) หมายถึง สิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติเป็นความชอบธรรมที่มนุษย์พึงมี สิทธินี้มีหลักการอยู่บนความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมนุษย์จำต้องแสวงหาความมั่นคงปลอดภัยซึ่งหลักประกันขั้นต่ำ ได้แก่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต การดำรงชีพ ประกอบ



อาชีพ และทรัพย์สินทั้งที่เป็นความมั่นคงปลอดภัยภายในสังคมและจากการรุกรานของพลังภายนอกสังคม<sup>61</sup> สิทธิธรรมชาตินี้มีสาระสำคัญดังนี้

“มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ หากมีการล่วงละเมิดอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้”<sup>62</sup>

ที่มาของสิทธิธรรมชาตินี้มีด้วยการอยู่หลายทาง เช่น

(1) หลักของเหตุและผล (Rationalism) ถือว่าสิทธิธรรมชาตินี้ของมนุษย์เป็นหลักของความจริงที่ไม่อาจโต้แย้ง เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขได้ ได้แก่ การได้รับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สิน

(2) หลักของความชอบธรรม (Ligitimism) ในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิธรรมชาตินี้ของมนุษย์ ไม่ว่าเวลาใดก็ตามที่ผู้ปกครองใช้อำนาจไม่ถูกต้อง ผู้ถูกปกครองย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมในการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดนี้ปรากฏอยู่ในประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence)

(3) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) เป็นแนวความคิดที่ว่า สิทธิธรรมชาตินี้เกิดขึ้นพร้อมกับการมีสภาพบุคคล เป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลนั้น ไม่สามารถเพิกถอนได้ หรือโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ รัฐจึงมีอำนาจอย่างจำกัดในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของปัจเจกชน และไม่สามารถตรากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิธรรมชาตินี้ของมนุษย์ได้

สิทธิตามกฎหมาย

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายคำว่า “สิทธิ” ว่า อำนาจอันชอบธรรม

สารานุกรมไทยฉบับเยาวชน พ.ศ. 2536 ได้ให้นิยามคำว่า “สิทธิ” ว่า อำนาจอันชอบธรรม ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

<sup>61</sup> ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ทฤษฎีระบบการเมืองไทย กรอบการวิเคราะห์ไตรลักษณ์รัฐ (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 5-6.

<sup>62</sup> วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), หน้า 1.

คำว่า “เสรีภาพ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน มีความหมายว่า ทำได้ คิดได้โดยไม่มีข้อผูกมัด หรือมีอะไรมาเหนี่ยวรั้ง

โดยคำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” มักใช้ในความหมายรวมๆ กัน แต่สิทธิและเสรีภาพ ยังคงมีความแตกต่างกันในเนื้อหาและสาระดังนี้

“สิทธินั้นถือเป็นอำนาจหรือโอกาสที่มีการคุ้มครองว่าถ้าทำไปแล้วไม่ผิด และมีทางเลือกว่าจะทำหรือไม่ก็ได้ ถือเป็นประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยทั่วไปแล้วย่อมมาจากกฎหมาย (Legal Rights) ส่วน เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดๆ”<sup>63</sup> หากพิจารณาแบ่งในเรื่องของสิทธิตามกฎหมายในแง่ของการบังคับใช้ อาจแบ่งสิทธิได้เป็น 2 ประเภท

(1) สิทธิตามกฎหมาย (Legal Rights) หมายถึง สิทธิสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้จริง โดยเกิดจากการที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน

(2) สิทธิทางจริยธรรม (Moral Rights) หมายถึง สิทธิในอุดมคติเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่มนุษย์พึงมี เกิดขึ้นพร้อมกับมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตายแต่เป็นสิ่งที่ขาดสภาพบังคับตามกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ในอดีตยังไม่เป็นที่แพร่หลายจนภายหลังได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว คำว่า “สิทธิมนุษยชน” มีการใช้คำดังกล่าวอย่างกว้างขวางในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ ในอารัมภบทในกฎบัตรสหประชาชาติได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนว่า “เพื่อเป็นการยืนยันและให้การรับรองถึงสิทธิพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษยชาติ”<sup>64</sup> แต่ไม่ได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด เพียงแต่ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) ได้แบ่งประเภทของสิทธิมนุษยชนไว้ดังนี้

(1) สิทธิทางแพ่งหรือทางการเมือง (Political and Civil Rights) เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่เดิม ปรากฏอยู่ในข้อ 1 – 21 ประกอบด้วย สิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหว สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา เป็นต้น

<sup>63</sup> วิษณุ เครืองาม, "สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ," ใน รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 38-39.

<sup>64</sup> To Reaffirm Faith in Fundamental Human Rights, in the Dignity and Worth of the Human Person

(2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic Social and Cultural Rights) เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความเป็นอยู่สภาพแวดล้อมและคุณภาพชีวิตของมนุษย์ ปรากฏอยู่ในข้อที่ 22 ประกอบด้วย สิทธิในการศึกษา สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่ดีและอย่างพอเพียง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นักปราชญ์ทางกฎหมายหลายท่านได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนว่า “สิทธิมนุษยชน คือสิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรมว่า เป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษกับความสำคัญของสิทธิดังกล่าว”<sup>65</sup> สิทธิมนุษยชนจึงหมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงจะมี เป็นสิ่งที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า หากมีการล่วงละเมิดย่อมต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐ

ความแตกต่างระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิตามกฎหมาย<sup>66</sup>

(1) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิตามธรรมชาติ เป็นสิทธิที่มาพร้อมกับการเกิดและการตายของมนุษย์ โดยหลักแล้วสิทธิมนุษยชนไม่ใช่กฎหมาย ส่วนสิทธิตามกฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้กำหนดให้มีขึ้นภายหลังพร้อมทั้งให้มีการรับรองและคุ้มครองเพื่อให้มีผลบังคับใช้

(2) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิไร้พรมแดน เป็นสิทธิที่ปราศจากขอบเขต เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในการนับถือศาสนา ส่วนสิทธิตามกฎหมายเป็นสิทธิที่มีขอบเขต เช่น สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง กรรมสิทธิ์หรือสิทธิบัตร

(3) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคน เช่น ทุกคนเกิดมามีสิทธิในร่างกายโดยเท่าเทียมกัน ส่วนสิทธิตามกฎหมายเป็นสิทธิเฉพาะกลุ่มของบุคคล

(4) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่นิรันดร เป็นสิทธิที่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีอยู่จริงนำไปใช้ได้จริงในทุกยุคทุกสมัย ส่วนสิทธิตามกฎหมายเป็นสิทธิที่ใช้ได้อย่างจำกัดในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง

(5) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิเฉพาะตัวของมนุษย์ เป็นสิทธิที่ไม่สามารถจำหน่าย ง่าย โอนให้กับบุคคลอื่นได้ ส่วนสิทธิตามกฎหมายสามารถโอนแก่กันได้โดยการทำนิติกรรม

(6) สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ปราศจากสภาพบังคับ การที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนมีสภาพบังคับจะต้องนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย

<sup>65</sup> วีระ โฉจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, หน้า 1.

<sup>66</sup> อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 25-26.

จากการศึกษาถึงความหมายและความแตกต่างของสิทธิต่างๆ พร้อมทั้งเสรีภาพ แล้วพบว่า แนวความคิดต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นแนวความคิดหนึ่งที่เป็นส่วนสนับสนุนให้มีความหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งสิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์แต่จะมีเฉพาะเพียงแต่บางกลุ่มเท่านั้น นั่นก็คือ ชายและหญิงที่สามารถจะเข้าถึงสิทธิในการสมรสได้เพราะเป้าหมายที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การสืบเผ่าพันธุ์ ดังนั้น การสมรสจึงเป็นสิทธิของชายและหญิงที่มีความประสงค์ที่จะสมรสและสร้างครอบครัวต่อไป แต่สิทธิดังกล่าวนี้เองในบางประเทศมีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในฐานะที่เขาเป็นพลเมืองของประเทศนั้น และให้ได้รับสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดให้ เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ไม่ว่าพวกเขาจะมีเพศอะไร หรือมีความชอบแบบไหน รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิของพลเมืองของรัฐตนเองเช่นเดียวกับพลเมืองคนอื่นๆ เหตุที่พวกเขาไม่ปฏิบัติกรรมแตกต่างไปจากคนทั่วไปไม่เป็นเหตุผลที่รัฐจะต้องละเลยในการคุ้มครองสิทธิของพวกเขาเหล่านี้

### 2.2.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>67</sup> เป็นแนวความคิดพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้นั้นเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนหนึ่งที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจพรากได้ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทุกคน โดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา

แนวความคิดในสมัยกลางของอิตาลี

แนวความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่กล่าวกันมาตั้งแต่ในสมัยกรีกโรมัน แต่ยังไม่เป็นการเรียกร้องถึงระดับที่เป็นสิทธิอันไม่อาจแตะต้องได้ กล่าวคือยังไม่เป็นที่รู้จักกันในสมัยนั้น ในสมัยกลางของยุโรปซึ่งแนวความคิดทั้งหลายถูกครอบงำด้วยความเชื่อทางศาสนา โดยนักบุญโรมาส อีควอนัส เริ่มมีการใช้คำว่า “Dignitas humana” ซึ่งหมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีการศึกษาอย่างจริงจังในยุคแห่งการฟื้นฟูซึ่งมีนักมนุษยนิยมชาวอิตาลี ชื่อว่า Giovanni Pico เห็นว่า มนุษย์มีความแตกต่างจากสัตว์ตรงที่มนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้ ซึ่งเป็นลักษณะโดยแท้ของมนุษย์ทำให้มนุษย์สามารถถกฐานะของตนให้ต่างจากสัตว์อื่นๆ

<sup>67</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 520-527.

เนื่องจากสติปัญญามนุษย์ทำให้มนุษย์มีจิตสำนึกของตนเองและสามารถกำหนดความเป็นไปของตัวเอง สามารถสร้างสรรค์ตัวเองและสิ่งแวดล้อมได้

#### แนวความคิดของเยอรมัน

นักคิดชาวเยอรมัน Samuel Pufendorf ได้จุดประเด็นความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และนักคิดท่านอื่นๆ อีกมากมายที่บุกเบิกแนวความคิดนี้ แต่ในยุคนั้นเป็นเหตุการณ์ที่อยู่ภายใต้ระบอบการปกครองแบบเผด็จการของ Hitler ซึ่งก่ออาชญากรรมต่อชาวยิว โดยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กันเป็นการกระทำที่ทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกันเองอย่างที่ยุคสมัยไม่ควรจะกระทำต่อมนุษย์ด้วยกันเอง ต่อมา มีการร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมนีฉบับ ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติในมาตรา 1 (1) ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่มีอาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้การเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นการเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชาวเยอรมัน

#### (1) แนวความคิดของ Immanuel Kant

นอกจาก Pufendorf ซึ่งเป็นนักวิชาการชาวเยอรมันรุ่นแรกๆ ยังมีนักปราชญ์ชาวเยอรมันที่เดินตามรอย Pufendorf คือ Immanuel Kant ซึ่งเกณฑ์สำคัญที่นำมาพิจารณา คือ ความเป็นตัวเองตามจารีตประเพณี แนวความคิดของ Kant การที่จะมีศักดิ์ศรีได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขบางประการในแง่ของเหตุผลและศีลธรรมเสียก่อน เพราะฉะนั้น แนวความคิดนี้ไม่ได้หมายความว่ามนุษย์ทุกคนจะมีศักดิ์ศรีโดยสาเหตุเพียงแค่ออกเกิดเป็นคนเท่านั้น จึงสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามแนวคิดนี้จึง ไม่ได้มีไว้สำหรับมนุษย์แต่ละคน แต่มีไว้สำหรับมนุษยชาติเท่านั้น แต่ในความเป็นจริง แนวความคิดในเรื่องนี้ฟังจะต้องเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

#### (2) ความเชื่อในทางศาสนาของคริสต์ศาสนิกชน

มีความเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของสร้างมนุษย์ขึ้นมาให้มีรูปลักษณะที่เหมือนกับพระองค์เอง ทำให้มนุษย์มีค่าในตัวเอง มนุษย์จึงเป็นสิ่งที่มีความค่าจากสวรรค์ที่ก่อปรด้วยจิตวิญญาณอันเปี่ยมด้วยเหตุผลและมีเจตจำนงอันเป็นเสรี อย่างไรก็ตาม ความเชื่อทางศาสนาคริสต์ไม่ใช่เป็นสิ่งที่ยึดถือกันโดยทั่วไปในปัจจุบัน โดยนักวิชาการส่วนหนึ่งของเยอรมันมีความเห็นว่าจะไม่สมควรที่จะนำความเชื่อของคนบางกลุ่มมาเป็นพื้นฐานในสิ่งที่มีลักษณะเป็นสากล แม้แต่ในกฎหมายของเยอรมันเองยังใช้ถ้อยคำที่เป็นกลางให้ทุกฝ่ายสามารถยอมรับได้

## เหตุผลของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### (1) ธรรมชาติของมนุษย์และภารกิจของรัฐ

สมัย Aristotle ได้มีคำกล่าวว่า “zoon politikon” หรือ “animal soziale” เป็นการดำรงชีวิตของมนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพาผู้อื่น การอยู่อย่างไม่พึ่งพาผู้ใดเลยในสังคมย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก ซึ่ง Pufendorf เคยใช้คำว่า “socialitas” หมายถึง ธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันในสังคม เมื่อมนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ร่วมกันในสังคมทำให้มีการอยู่ร่วมกันเป็นประชาคม อาจมีการ “จำกัด” หรือก้าวล่วงเข้าไปในเสรีภาพต่างๆ ซึ่งมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อาจกลายเป็นว่ามนุษย์ทั้งหลายอาจถูกช่วงชิงในส่วนที่เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นหนึ่งเดียวของมนุษย์แต่ละคนไป ดังนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่รักษากฎเกณฑ์สำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์จะต้อง “เคารพ” ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และกำหนดเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่จะต้องทำหน้าที่ในการ “คุ้มครอง” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### (2) ความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของสิทธิต่างๆ

ลักษณะของความเป็นปัจเจกชนนิยม เริ่มสะท้อนให้เห็นในตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับในศตวรรษที่ 16 ก่อนหน้านั้น มนุษย์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของประชาคมที่ตนดำรงชีวิตอยู่ จะมีสิทธิมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับประชาคมจะมอบให้ คือ กลุ่มต้องมาก่อนปัจเจกบุคคลเป็นเรื่องรอง การยอมรับความเป็นปัจเจกบุคคลเป็นขั้นตอนที่มีพัฒนาการสูงขึ้นอีกขั้นหนึ่ง บุคคลหรือสิ่งที่เป็นส่วนบุคคลมีบทบาทที่มีความสำคัญมากขึ้น

นอกจากนั้น ลักษณะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้มนุษย์มีฐานะความเป็นบุคคลในระบบกฎหมาย มีฐานะเป็นเจ้าของและกำหนดความเป็นไปแห่งสิทธิของตนได้ และเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงคุณค่าในตัวปัจเจกบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ โดยมีลักษณะการคุ้มครองหลายรูปแบบ เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนเอง การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกัน การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลโดยรัฐ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า คุณค่าของมนุษย์ทุกคนควรจะได้รับ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน เสมอภาค และไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งเชื้อชาติ อายุ เพศ ศาสนา เพราะมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นชาย หญิง หรือบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันย่อมมีอิสระในการเลือกทางเดินชีวิตของตนเองไม่ว่าจะมีความต้องการเป็นอย่างไร หรืออยากจะใช้ชีวิตร่วมกับใคร ก็ย่อมต้องสามารถกระทำได้โดยไม่ถูกดูหมิ่น รังเกียจ หรือถูกปฏิเสธการดูแลจากรัฐ เพราะมนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในตัวเอง หรือที่เรียกว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### 2.2.1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค

ความเสมอภาคเป็นแนวคิดที่มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน และเป็นสิทธิอันเป็นพื้นฐานของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>68</sup> เริ่มต้นตั้งแต่ยุคอาณาจักรโรมันในอดีตเป็นยุคที่ยังไม่มีการยอมรับถึงความเสมอภาคกันอย่างแท้จริง เนื่องจากในสมัยนั้นยังมี ทาส ระบบศักดินา และการแบ่งชนชั้นในสังคมอยู่ จนกระทั่งใน ค.ศ. 1789 มีเอกสารทางประวัติศาสตร์หลายชิ้นที่ระบุถึงความเสมอภาคไว้ คือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ซึ่งเป็นการตราหลังจากมีการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ได้รับรอง 3 มาตรา<sup>69</sup> หลังจากนั้นเป็นต้นมาประเทศต่างๆ ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน ไม่เพียงแต่นานาประเทศที่มีการตระหนักถึงแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคเท่านั้น ยังมีองค์กรระหว่างประเทศที่มีการบัญญัติรับรองในเรื่องดังกล่าวเช่นกัน เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) หรือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development)

#### ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค เป็นหลักการที่สัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกได้จากหลักเสรีภาพ เพราะเป็นหนึ่งในสามของเสรีภาพพื้นฐานของมนุษย์<sup>70</sup> ความเสมอภาคมีส่วนที่ทำให้การใช้เสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าหากเสรีภาพนั้นมีเพียงกลุ่มบางกลุ่มหรือคนบางคนที่สามารถเข้าถึงได้ ในขณะที่กลุ่มบางกลุ่มหรือคนบางคนไม่สามารถเข้าถึงได้ ในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่อย่างใด<sup>71</sup> ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพ

<sup>68</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 47.

<sup>69</sup> ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง  
“มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 6 กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐตามความสามารถ โดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน

มาตรา 13 เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน”

<sup>70</sup> เสรีภาพ (la liberté) เสมอภาค (l'égalité) และภราดรภาพ (la fraternité)

<sup>71</sup> Claude Albert Colliard, *Libertés Publiques*, 6<sup>e</sup> edition (Paris: Dalloz, 1982), p.198, อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2543: 165

นั้นเกิดขึ้นอย่างจริงจัง หลักความเสมอภาค คือ “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน” แต่หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน กรณีนี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ดังนั้น ความเสมอภาคจึงหมายถึง “ความเสมอภาคในทางกฎหมาย กล่าวคือ มีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่หมายความว่าต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ และความเสมอภาคในกฎหมายนี้อาจเป็นทั้งในทางสิทธิและในหน้าที่หรือภาระ<sup>72</sup> อย่างไรก็ตาม การที่จะทราบถึงหลักของความเสมอภาคได้เป็นอย่างดีนั้น จะต้องศึกษาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้วยการเลือกปฏิบัติโดยรัฐต่อสิ่งเดียวกันในสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันอาจจะไม่ใช่การเลือกปฏิบัติเสมอไป<sup>73</sup> รวมถึง การเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยปราศจากการคำนึงถึงในทางภาวะวิสัยอย่างมีเหตุผลต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน นอกจากนั้น สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศ การเลือกปฏิบัติ คือ การก่อให้เกิดความแตกต่างบนพื้นฐานของเชื้อชาติ เพศ การกำเนิด ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุผลอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

การเลือกปฏิบัติสามารถแบ่งรูปแบบออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) การเลือกปฏิบัติโดยตรง เป็นการแบ่งแยกหรือกีดกันอันส่งผลกระทบต่อคุณลักษณะเฉพาะประการใดประการหนึ่งซึ่งหลักแห่งความเสมอภาคมุ่งหมายที่จะคุ้มครองโดยตรง และไม่มีเหตุผลแห่งการกระทำนั้นได้อย่างเพียงพอ เช่น

(1.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม (Unequal Treatment) เป็นเลือกปฏิบัติ โดยการแสดงออกที่แตกต่างกัน ลำเอียง แบ่งแยก เช่นในสถานการณ์ที่เหมือนกันแต่กลับถูกกระทำแตกต่างกัน

(1.2) การปฏิบัติอย่างเสียเปรียบ (Unfavorable Treatment) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยการเปรียบเทียบกับกลุ่มคนหรือตัวบุคคลที่ถูกกระทำโดยได้รับความเสียเปรียบหรือผลกระทบกับกลุ่มคนหรือบุคคลในสถานการณ์เดียวกัน

(1.3) การแบ่งแยกชนชั้นอย่างน่ากังขา (Based on a Suspect Classification) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยการแบ่งแยกในเชิงคุณลักษณะภายนอกโดยไม่ได้คำนึงถึงสภาวะที่แท้จริงของสิ่งนั้นมีมีลักษณะที่เป็นเชิงลบหรือไม่

<sup>72</sup> หลวงประดิษฐมนูธรรม, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 154.

<sup>73</sup> W. Kälin, and Künzil, J', *The Law of International Human Right Protection* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 345.



(1.4) การปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล (Without Justification) เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่สามารถอธิบายถึงเหตุผลของการกระทำนั้นโดยเหตุผลทางกฎหมายได้

(2) การเลือกปฏิบัติทางอ้อม เป็นการกระทำในเชิงนโยบายของรัฐซึ่งก่อให้เกิดผลเสียอันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หากพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำแล้วอาจจะไม่มีลักษณะของการกระทำโดยการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติแล้วกลับส่งผลบวกหรือลบต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของสถานการณ์นั้นอย่างไม่เท่าเทียมกัน เช่น ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีกฎหมายบังคับให้การจัดการศพจะต้องกระทำโดยวิธีการเผาเท่านั้น ในเบื้องต้นหากพิจารณาดูแล้วอาจจะไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้ใดก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวกลับส่งผลเสียต่อกลุ่มคนที่มีเชื้อศาสนาอิสลามซึ่งตามหลักของศาสนาแล้วการจัดการในเรื่องศพจะกระทำโดยวิธีการฝังเท่านั้น<sup>74</sup>

อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค ซึ่งไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในลักษณะที่แตกต่างกันไม่ได้ หากเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน การมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการมุ่งขจัดความเหลื่อมล้ำ การเลือกปฏิบัติดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นการขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค สามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากสภาพของเรื่องที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในเรื่องเดียวกัน ในสถานการณ์เดียวกัน หรือในสภาพเดียวกัน บุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน ดังนั้น หากไม่ใช่เรื่องสถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกัน ก็ย่อมสามารถตรากฎหมายกำหนดเนื้อหาและรายละเอียดที่แตกต่างกันได้

(2) การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กล่าวคือ หลักการสำคัญในกฎหมายมหาชน คือ ประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน ความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมจึงอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ แต่การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจะต้องคำนึงถึงลักษณะของการบริการสาธารณะและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกปฏิบัติด้วย

(3) การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ กล่าวคือ การดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความ

<sup>74</sup> Ibid., p. 355.

ไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่<sup>75</sup> เช่น คำพิพากษาคดี Weber V. Kaiser Aluminium, 463 US 193 (1979) ศาลฎีกาตัดสินว่าการที่บริษัทกัน 50 เปอร์เซ็นต์ของที่นั่ง ให้แก่คนผิวดำที่เข้าร่วมในการอบรม เพื่อพัฒนาบุคลากรโดยได้รับความเห็นชอบจากสหภาพแรงงานแล้วนั้น เป็นเรื่องที่บริษัทสามารถกระทำได้ เพราะเป็นการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อสู้กับความไม่เสมอภาคในสีผิว หลักการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ได้รับการยอมรับจากศาลประชาคมยุโรปเช่นเดียวกัน โดยศาลประชาคมยุโรปได้นำกติกายุโรป ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาตัดสินคดีอื่นๆ อีกต่อไป

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคมีความสำคัญของมนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะมีเพศ อายุ เชื้อชาติใดๆ ก็ตาม เช่นเดียวกันกับคู่รักต่างเพศที่กฎหมายได้รับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามกฎหมาย แต่คู่รักที่มีเพศเดียวกันต่างไม่ได้รับสิทธิใดๆ จากกฎหมาย จึงทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคนในสังคมได้ แม้ว่าหลายๆ ประเทศจะมีความตระหนักถึงสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยการตรากฎหมายให้มีกฎหมายรับรองสถานะของกลุ่มคนดังกล่าว และกำหนดสิทธิและหน้าที่บางประการหรือเทียบเท่าคู่รักต่างเพศก็ตาม แต่ในบางประเทศก็ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่ทำให้ความเสมอภาคของกลุ่มคนดังกล่าวไม่ได้รับจากรัฐเท่าที่ควร ดังนั้น จึงต้องพิจารณาศึกษาในเรื่องดังกล่าวให้ครอบคลุมมากขึ้นและผู้เขียนมีความเชื่อว่าในปัจจุบันประเทศต่างๆ มีพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวไม่มากนัก

## 2.2.2 แนวความคิดที่ไม่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

การศึกษาแนวคิดของการมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้น นอกจากการศึกษาแนวความคิดที่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วแล้ว ย่อมต้องศึกษาในอีกมุมมองหนึ่งที่ไม่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนดังกล่าวด้วยเช่นกัน สำหรับในส่วนนี้ ผู้เขียนมีความประสงค์จะนำเสนอแนวความคิด ทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ ที่ไม่สนับสนุนให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน เนื่องจากหากศึกษาอย่างรอบด้านแล้วเราจะพบว่า แนวความคิดที่สนับสนุนหรือไม่สนับสนุนแนวทางไหนกันที่จะนำไปสู่พัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับกลุ่มคนที่มีเพศ

<sup>75</sup> Soucramenien, F., M., *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires*, RFDA., 1997, p. 911 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2543: 170

วิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยเป็นที่ยอมรับของสังคมและเกิดปัญหา รวมถึงผลกระทบตามมาให้น้อยที่สุด

### 2.2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น

การศึกษาแนวความคิดในเชิงวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ส่งผลกระทบต่อความคิดความอ่านของมนุษย์ในการไม่ยอมรับ ต่อต้าน ดูหมิ่นเกลียดชัง ดังเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา เพราะวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น และความเชื่อของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ถือเป็นกลไกสำคัญในการกำหนดสภาพจิตใจของมนุษย์ว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิดในทุกยุคทุกสมัย<sup>76</sup> นำไปสู่แนวคิดในการออกกฎหมายต่อต้านและลงโทษกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็แนวคิดของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันเป็สิ่งผิดกฎหมาย มีบทลงโทษ ตลอดจนแนวคิดที่ให้การยอมรับนั้นมีที่มาอย่างไร รวมถึงยอมรับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน<sup>77</sup> วัฒนธรรมและประเพณีท้องถิ่นเกิดจากศรัทธาและความเชื่อร่วมกันของคนในสังคมนั้นๆ มีมาอย่างยาวนานเปรียบเสมือนเจตนารมณ์ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ที่สืบทอดกันมาจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง และเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ดีงามและยอมรับกันของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ดังนั้น วัฒนธรรมและประเพณีจึงเป็สิ่งนำทางให้กัมนุษย์ทุกคน เพราะเชื่อว่หากปฏิบัติตามแล้วจะเกิดความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต นอกจากนั้นยังเป็นสิ่งที่วางรากฐานความคิดของมนุษย์ว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิด สิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควร ถือได้ว่าเป็นอีกปัจจัยหนึ่งในการกำหนดรูปแบบการดำเนินดำเนินชีวิต จารีตประเพณีที่สืบทอดกันมาอย่างยาวนานอันเป็นที่ยอมรับและเป็นสิ่งที่ถูกต้องและดีงามของคนในสังคมนั้นๆ จารีตประเพณีเหล่านี้เกิดขึ้นและมีพัฒนาการจากยุคหนึ่งไปยังยุคหนึ่ง ดังนั้น การสืบทอดกระบวนการต่างๆ ตามความเชื่อของบรรพบุรุษของตนมาเป็ทอดๆ จึงเรียกว่ “ประเพณีนิยม” ประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการสืบทอดเผ่าพันธุ์ที่สำคัญ คือ ประเพณีการแต่งงาน เป็นการตกลงใจของชายและหญิงที่จะตกลงปลงใจในการร่วมเรียงเคียงหมอนกัน และเพื่อที่จะประกาศให้สาธารณชนมาเป็สักขีพยานว่าบุคคลทั้งสองนี้จะเป็สามีและภริยากันอย่างถูกต้องตามประเพณีและวัฒนธรรม โดยประเพณีการแต่งงานของแต่ละท้องถิ่นหรือสังคมนั้นๆ ย่อมมีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับประเพณีและวัฒนธรรมของท้องถิ่นหรือสังคมนั้นๆ จึงส่งผลให้รูปแบบของประเพณีแต่งงานเป็ประเพณีที่เกิดขึ้นมาจากการขัดเกลาของสังคมนั้นๆ ได้รับการยอมรับว่าเป็นประเพณีที่ดีงามและสมควรได้รับการสืบทอดจากลูกหลานต่อไป

<sup>76</sup> จุมพต สายสุนทร, "ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์: 60.

<sup>77</sup> จันทร์จิรา บุญประเสริฐ, "สิทธิมนุษยชนของผู้หญิง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550," วารสารมุมมองสิทธิ 1, 7 (มกราคม - มีนาคม): 14.

ในอดีตของไทยนั้น เจ้านายเชื้อพระวงศ์จะทรงหาหม่อมห้ามได้ตามความพึงพอใจ แต่จะไม่มีพิธีแต่งงานหรือสถาปนาใดๆ เกิดขึ้น ต่อมาในรัชกาลที่ 5 มีการจัดงานให้เจ้านายเป็นครั้งแรก เรียกว่า “พิธีอภิเษกสมรส” แล้วมีการสืบทอดมาจนสมัยรัชกาลที่ 6 ทรงบัญญัติคำว่า “สมรส” ขึ้นเพื่อให้สามัญชนได้ใช้ แต่ตัดคำว่า “อภิเษก” ออกเพราะว่าเป็นคำราชาศัพท์ที่ใช้เฉพาะงานแต่งงานของเจ้านายชั้นสูงเท่านั้น และให้ใส่คำว่า “มงคล” แทน เพื่อให้มีความหมายเป็นสิ่งที่ดีงาม จึงเป็น “งานมงคลสมรส”

มนุษย์ทุกคนต่างมีสัญชาตญาณในการสืบพันธุ์เพื่อให้เกิดบุตรหลานสืบแทนตนเอง ต่อไปในภายภาคหน้า การสมรส จึงหมายถึง สถานะของชายและหญิงตกลงมาอยู่ร่วมกันเพื่อมีจุดมุ่งหมายบางประการในทางสังคมและทางกฎหมาย สารสำคัญของสมรสไม่ได้มีเพียงการยินยอมของชายหญิงที่จะมาอยู่กินร่วมกัน ทำพิธีกรรมทางศาสนา หรือการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการผูกสัมพันธ์ของชายและหญิงตามที่กฎหมายและสังคมให้คำรับรอง อันทำให้เกิดสถานะความเป็นสามีหรือภรรยาและบุตร โดยขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ ทัศนคติและกฎหมายได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสแต่ละฝ่ายไว้เพื่อการนี้ด้วย<sup>78</sup>

ดังนั้น การสมรสของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจึงเป็นเรื่องยากมาก แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาที่เห็นว่าเป็นดินแดนแห่งเสรีภาพก็ยังคงมีการถกเถียงกันในเรื่องการสมรสของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันอยู่ไม่น้อย ถือได้ว่าเป็นการปะทะกันในเชิงวัฒนธรรมอย่างดุเดือดเลยทีเดียว ในบางครั้งการต่อสู้เพื่อได้มาซึ่งกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีมากจนมองไม่เห็นหลักความเชื่อ วัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีเกี่ยวกับการสมรส ซึ่งการสมรสให้ความชอบธรรมกับความสัมพันธ์ทางเพศและเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างครอบครัวซึ่งประกอบไปด้วย บิดา มารดา และบุตร ความรักเดียวใจเดียว ความผูกพัน และที่พิถีพิถันทางจิตใจของคนในสังคม และสิ่งสำคัญคือ การสืบทอดเผ่าพันธุ์ทำให้เชื่อว่า การสมรสเป็นเรื่องระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ประกอบกับหลักศาสนาที่ทำให้การสมรสเป็นสถาบันศักดิ์สิทธิ์เพราะความเชื่อเกี่ยวกับรากฐานที่มาของการสมรสระหว่างชายหญิงต่อหน้าพระเจ้า จึงทำให้ฝ่ายอนุรักษนิยมในสหรัฐอเมริกาที่ยึดมั่นกับความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันการสมรสระหว่างชายและหญิงเห็นว่า การขยายความของการสมรสไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยเป็นภัยอันตรายอย่างใหญ่หลวงต่อสถาบันนี้<sup>79</sup> เช่นเดียวกับจารีตประเพณี ขนบธรรมเนียมของสังคมไทยที่การสมรสของชายหญิงเป็นการสมรสตามเงื่อนไข

<sup>78</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 110.

<sup>79</sup> ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, "สงครามเชิงวัฒนธรรม : การแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.sapaan.org/article/28.html>

ธรรมชาติและศาสนาประกอบกัน จึงส่งผลให้จารีตประเพณีอันดีงามจึงมีเฉพาะการสมรสของคู่รักต่างเพศที่ได้รับการยอมรับเท่านั้น เพราะมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ดังนั้น จึงไม่สามารถตอบสนองและให้ความยอมรับกับแนวความคิดแปลกใหม่ที่ไม่เคยได้รับการยอมรับในอดีตอย่างการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันได้ แนวความคิดของการนำจารีตประเพณีและขนบธรรมเนียมมาบัญญัติเป็นกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงไม่เป็นที่ยอมรับ แม้ในปัจจุบันในหลายๆ ประเทศจะมีการพัฒนาในเรื่องการสมรสครอบคลุมไปถึงการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันก็ตาม

### 2.2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับศาสนา

มนุษย์แต่ก่อนมักจะมี ความเชื่อทางด้านศาสนา ความเชื่อความศรัทธาในเรื่องดังกล่าวค่อนข้างสูง เนื่องจากเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในสังคม ดังนั้นหากหลักคำสอนของศาสนา นั้นสอนว่าอย่างไรก็จะเป็นแบบอย่างหรือเป็นแนวทางให้บุคคลในสังคมนั้นๆปฏิบัติตาม หากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามแล้วนั้นก็ทำให้เกิดความขัดแย้งในสังคมและถูกมองว่าเป็นพวกที่แปลก ศาสนาจะเป็นผู้ที่วางรากฐานให้กับมนุษย์ไม่ว่าจะทางความคิดหรือการใช้ชีวิตประจำวันว่าสิ่งใดถูกต้องหรือควรปฏิบัติและสิ่งใดไม่ถูกต้องหรือไม่ควรปฏิบัติ ดังนั้นมุมมองในแง่ของศาสนาย่อมมีอิทธิพลไม่น้อยต่อการยอมรับหรือไม่ยอมรับของการมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

#### แนวความคิดของศาสนาคริสต์

ศาสนาคริสต์มีหลักคำสอนเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกัน ไม่ใช่เรื่องส่วนตัวแต่เป็นเรื่องของสังคมที่สังคมต้องร่วมกันรับผิดชอบ<sup>80</sup> ในตำนานเยเนซิส การมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นทำให้พระเจ้าไม่พอใจและลงโทษมนุษย์อย่างรุนแรง เผาบ้านเผาเมือง ทรงบันดาลให้ไฟบรรลัยกัลป์เผาเมืองวอดวาย ประชากรหรือสรรพสิ่งต่างๆที่ออกเงยขึ้นมาจากแผ่นดินเป็นอันพินาศย่อยยับทั้งสิ้น เมืองที่ประชาชนมีความประพฤตินิยมชมชอบพวกบุคคลรักร่วมเพศนี้ได้แก่ เมืองโซโดม (Sodom) และอโมรา (Gomarrah)<sup>81</sup> เรื่องเล่าในตำนานได้กล่าวไว้ว่า พระผู้เป็นเจ้าได้ส่งทูตสวรรค์มาสององค์ไปตรวจความประพฤติของชาวเมือง เมื่อทูตสวรรค์ทั้งสองได้ไปถึงโดยการแปลงตัวมาอาศัยอยู่กับชายคนหนึ่งซึ่งมีนามว่า Lot (หลานของอับราฮามซึ่งเป็นสาวกคนสำคัญของพระยะโฮวา) ปรากฏว่าชาวเมืองโซโดมผู้นิยมร่วมเพศกับคนเพศเดียวกันเมื่อทราบว่ามีทูตสวรรค์มาอาศัยอยู่กับ Lot ทั้งคนหนุ่มคนแก่ยกขบวนมาล้อมบ้านของ Lot และบอกให้ Lot นำทูต

<sup>80</sup> วิชา หิริบุญการ, กฎหมายศาสนาจักรโรมันคาทอลิก, (นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม) 2551 หน้า 30

<sup>81</sup> สำราญ วงศ์เสงี่ยม, พิธีกรรมเบื้องต้น, (นครปฐม: วิทยาลัยแสงธรรม) 2529 หน้า 61

สวรรคตทั้งสององค์นั้นมาเพื่อที่พวกตนจะได้ร่วมประเวณีกับชายทั้งสองตามประเพณีที่ยึดถือกันมานาน โดยชาวเมืองเซโดมมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับคนเดินทางมาพำนักในเมืองของตนได้ แม้ว่า Lot จะเป็นเจ้าของบ้านได้ไปเจรจาขอร้องให้ปล่อยและละเว้นทูตสวรรค์ทั้งสององค์ และจะมอบลูกสาวสองคนของตนให้คนเหล่านั้นแทนแต่ชาวเมืองเซโดมไม่ยอมและพยายามจะจับตัว Lot ไปทำมิถิมีร้าย ทูตสวรรค์จึงต้องยื่นมือมาช่วยและให้ Lot หนีไปพร้อมลูกเมียออกไปจากเมืองนั้นก่อนที่พระผู้เป็นเจ้าจะทำลายเมืองนี้ ก่อนที่พระองค์จะทำลายเมืองนี้เพราะชาวเมืองนิยมการสมสู่กับคนเพศเดียวกัน อับราฮัมได้เคยของชีวิตที่ไม่ได้ประพฤติชอบธรรมไม่ประพฤติตนเป็นคนลามกในสายตาของพระเจ้าเพียงสิบคน พระองค์ก็จะเห็นแก่ผู้บริสุทธิ์สอบคนนั้นไม่ทำลายเมือง แต่ปรากฏว่าพระผู้เป็นเจ้าทรงบันดาลให้ไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญเมืองนั้นจนไม่เหลือซาก จึงแสดงว่าคนในเมืองนั้นเป็นคนลามกในสายตาพระผู้เป็นเจ้ามากจนเรียกได้ว่าเป็นเมืองเกย์ โดยการสมสู่กับคนรักเพศเดียวกันมีโทษถึงตาย หรือถ้ามีใครถูกรักษาโดยไม่ไต่ยินยอมแม้จะไม่ต้องถูกลงโทษถึงตายแต่ก็ต้องออกจากค่ายไปทำพิธีล้างราศีก่อนกลับเข้ามาอยู่ร่วมกับผู้อื่นในกองทัพได้<sup>82</sup> จะเห็นได้ว่าในพระคริสตธรรมคัมภีร์เป็นคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ที่อยู่เหนือจิตใจและความเชื่อของชาวคริสต์มาเป็นเวลาหลายพันปี และในคัมภีร์พันธสัญญาใหม่ ตอนอาจารย์เปาโลเป็นอัครสาวกของพระเยซูได้มีหนังสือไปถึงคริสต์ศาสนิกชนในกรุงโรมกล่าวว่าการสมสู่กับบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับตนเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ มีใจกำเริบไปด้วยตัณหาราคะ ผู้ชายกับผู้ชายที่ได้กระทำการอันชั่วร้ายน่าละอายจะต้องได้รับกรรมในสิ่งที่ตอนได้ทำขึ้น ไม่เพียงเท่านั้นการสมสู่กับเพศเดียวกัน ไม่ใช่เรื่องส่วนตัวที่ใครทำผิดคนนั้นก็รับไป แต่เป็นเรื่องที่หากเกิดขึ้นในสังคมใดแล้ว บ้านเมืองนั้นจะต้องรับผิดชอบ ถูกลงโทษ หรืออาจจะถึงขนาดที่ทำให้บ้านเมืองพินาศล่มจม หรือทำให้กองทัพพ่ายแพ้ศัตรูก็เป็นได้<sup>83</sup>

ในจักรวรรดิโรมันได้นำเอาศาสนาคริสต์มาเป็นศาสนาประจำจักรวรรดิ การสมรสกับเพศเดียวกันจึงถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงและผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษด้วยการเผาไฟทั้งเป็น จักรพรรดิจัสติเนียนผู้มีพระบรมโองการให้จัดทำประมวลกฎหมายของจักรวรรดิโรมันขึ้นในราวคริสต์ศตวรรษที่ 6 ได้อธิบายโทษเกี่ยวกับฐานนี้ว่า “โดยที่ชนบางเหล่า ผู้ถูกขังด้วยบาปกิเลส ได้ทอดตกลงสู่ทรมานวิสัย ทั้งได้บังอาจกระทำอาชญากรรมต่อธรรมชาติ เราจึงจะบังคับขยเหล่านั้นให้มีความเกรงกลัวในองค์พระผู้เป็นเจ้าและคำพิพากษาของพระองค์ในอนาคต ให้ละเสียจากทรมานวิสัยอันชั่วร้ายและอปมงคลเหล่านั้นเสีย มิให้กรรมอันชอนเหล่านั้นได้ล่วงสู่บาปชักนำพระอาญาแห่งพระผู้

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติพระคริสตธรรมคัมภีร์ บทที่ 24 จารึกว่า “...เมื่อพลโยธาของเจ้าได้ยกออกไปรบกับพวกศัตรู เจ้าทั้งหลายจงระวังตัวเว้นจากการชู้ลามกทั้งปวง ถ้าชายผู้หนึ่งผู้ใดในพวกเจ้าเป็นมลทินไปเพราะเหตุการณ์ซึ่งบังเกิดแก่ตัวในเวลากลางคืน ผู้นั้นต้องออกไปข้างนอกค่าย อย่าให้อยู่ในค่ายนั้นเลย เมื่อเวลาเย็น ผู้นั้นต้องเอาน้ำล้างตัว และครั้นอาทิตย์ตกแล้ว ผู้นั้นก็กลับเข้ามาในค่ายได้ ...

<sup>83</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศของไทย," วารสารนิติศาสตร์ 88.

เป็นเจ้าของทรงเดช เช่น หรือเป็นทางสู่เหตุวิบัติฉิบหายแก่พระนครและชาวอาณาจักร ... อาชญากรรมต่อธรรมชาติเช่นนั้นจักต้องรับผิดชอบ อัครศิษย์ แผ่นดินไหว ธรณีสูบ โรคห่า ไข้พิษ... เพื่อขจัดรังควาญแห่งบาป เช่นนั้น และเพื่อรักษามนุษย์ไว้มิให้สูญเสียชีวิตวิญญาณแห่งตน ดังนั้นเราต้องให้ชนเหล่านี้ละเสียจากการทอดตนลงสู่การอันไร้ศรัทธาแห่งพระธรรมเช่นนั้นเสีย..”

นอกจากนั้น ในปรัชญากรีกได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของมนุษย์ให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติ ถ้าหากมีการฝ่าฝืนก็จะเป็นการขัดต่อธรรมชาติถือว่าไม่มีความเป็นธรรม (“Dike” หรือภายหลังเรียกว่า “The concept of unfairness” “Injustice”) ในบางกรณีถือว่าผิดศีลธรรม การมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันเป็นความผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง ดังนั้น ชายที่สมสู่กับชายด้วยกันเองจะอ้างว่าตนเองมีสภาพเป็นหญิงไม่ได้<sup>84</sup> ในศตวรรษที่ 12 ทฤษฎีของ St. Thomas Aquinas อธิบายว่า ธรรมชาติของสิ่งใด คือสาระสำคัญของสิ่งนั้น ดังนั้น การดูธรรมชาติของมนุษย์ก็ต้องดูที่วัตถุประสงค์ เช่น อวัยวะเพศชายมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบเผ่าพันธุ์ร่วมกับหญิง การที่ชายใดไปร่วมประเวณีกับคนเพศเดียวกันย่อมขัดต่อธรรมชาติ

#### แนวความคิดของศาสนาอิสลาม

การรักเพศเดียวกันในศาสนาอิสลามเป็นสิ่งต้องห้าม และในบางประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามให้ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอย่างร้ายแรงมีโทษประหารชีวิต เพราะศาสนาอิสลามมีความเชื่อว่า การมีเพศสัมพันธ์ร่วมกันของคนรักเพศเดียวกันนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อพระบัญชาของพระเจ้า คือ อัลลอฮ์ เชื่อว่าทรงเป็นพระเจ้าผู้สร้างมนุษย์ สิ่งมีชีวิต สิ่งไม่มีชีวิต และทุกสรรพสิ่งในจักรวาล พระองค์ทรงมีโดยไร้จุดเริ่มต้น และทรงมีอยู่นิรันดร์โดยไม่มีจุดจบ แนวคำสอนของศาสนาอิสลาม พระองค์ทรงต้องการให้มนุษย์มีเพศสัมพันธ์เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ซึ่งพระองค์ทรงกำหนดมนุษย์มา 2 เพศ คือเพศชายและเพศหญิง แต่ละเพศมีลักษณะและมีความชัดเจนในตัวเอง ทรงสร้างเพศชายและเพศหญิงแต่ละเพศให้มีหน้าที่ และจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตน เช่น พระองค์กำหนด บรรดาผู้ผู้ชาย เป็นผู้ปกครองดูแลผู้หญิง คัมครอง ดูแล และรับผิดชอบผู้หญิงในฐานะหัวหน้าครอบครัวหรือผู้ปกครอง เพราะพระองค์ทรงประทานความประเสริฐให้แก่บางคนในพวกเขาเหนืออีกคน ส่วนผู้หญิงมีหน้าที่ดูแลบ้าน ดูแลบุตร และเสริมสร้างบรรยากาศในบ้านให้มีความอบอุ่น และให้ความช่วยเหลือสามารถตามความสามารถ และเป้าหมายที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งที่ทรง

<sup>84</sup> รองพล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์," วารสารนิติศาสตร์ 3, 10 (กันยายน 2525): 414.

ประทานให้มนุษย์ที่มีทั้งชายและหญิง คือ เพื่อให้มนุษย์มีการสืบเชื้อสาย และเผ่าพันธุ์ต่อไป ทั้งนี้ โดยการใช้การแต่งงานโดยถูกต้องตามหลักศาสนาบัญญัติไว้เป็นพื้นฐาน<sup>85</sup>

ดังนั้น จากคำกล่าวของพระเจ้ามีความประสงค์ต้องการให้ชายและหญิงสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ ดังนั้น จึงทำให้คนรักเพศเดียวกัน หรือที่เรียกว่า กะเทย ซึ่งตามบัญญัติอิสลาม หมายถึง ผู้ที่ไม่สามารถบ่งชี้จากอวัยวะเพศได้ว่าเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง เป็นการกระทำที่ขัดต่อพระบัญชาของพระเจ้า ถือเป็นการทำสงครามกับพระเจ้าจะต้องถูกประหารชีวิตแล้วเสียบหัวประจาน หรือถูกตัดมือของพวกเขาแล้วสลบข้าง หรือถูกเนรเทศออกจากแผ่นดิน โดยเหตุนี้ ผู้ใดที่ทำตัวเป็นคนจิตวิปริต มีรักร่วมเพศ หรือแกล้งทำเป็นจิตวิปริต ก็จงพยายามปรับปรุงเปลี่ยนแปลง สภาพจิตใจของเขา ให้เป็นที่มิจิตใจปกติ ตามธรรมชาติ ที่อัลลอฮทรงประทานมาเกิด อย่าได้ทำตัวเป็นคนผิดธรรมชาติเลย เพราะนั่นเป็นสิ่งที่น่าละอาย แม้ว่าเขาจะไม่ละอายผู้อื่น ก็ให้ละอายต่อตัวเองบ้าง

อัลลอฮ์ทรงตรัสว่า “ดังนั้น สูเจ้าจงผินหน้าของสูเจ้า สูศาสนา โดยนอบน้อม อันเป็นธรรมชาติของอัลลอฮ ที่พระองค์ทรงประทานให้มนุษย์ดำรงอยู่บนธรรมชาตินั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงในการบังเกิดของอัลลอฮอย่างเด็ดขาด นั้นเป็นศาสนาที่เที่ยงตรง แต่ทว่ามนุษย์ส่วนมากไม่รู้” สำหรับผู้ที่ยังทำตัว ในฐานะผู้มีจิตวิปริต ก็พึงสำเหนียกในอัลอะดิษของท่านเราะซูล ที่ความว่า “อัลลอฮทรงสาปแช่ง บรรดาผู้ชายที่ทำตัวคล้ายหญิง และบรรดาผู้หญิงที่ทำตัวคล้ายผู้ชาย” ถ้าผู้ใดยังสภาพเช่นนี้ อัลลอฮก็จะทรงสาปแช่งเขาตลอดไปโดยที่ไม่ได้รับความเมตตาจากอัลลอฮ และผู้ใดตั้งใจอย่างเด็ดขาดว่าจะไม่แต่งงาน หรือไม่มีชีวิตครอบครัวตลอดชีวิต เขาก็ไม่อยู่ในฐานะประชาชาติของท่านนบีมุฮัมมัด ดังที่ท่านกล่าวความว่า “การนิกะฮ ( สมรส ) เป็นแนวทางของฉัน ใครที่ไม่ปฏิบัติแท้จริงเขาก็ไม่ใช่จากพวกของฉัน”

นอกจากนี้ ศาสนาอิสลามไม่ยอมรับชายและหญิงที่ไม่สมรสกัน มีบุตรก่อนสมรส แม้จะสมรสกันภายหลังก็ถือว่าเป็นการละเมิดประเวณี (การทำซินา) ผู้ชายสมรสกับผู้ชาย ผู้หญิงสมรสกับผู้หญิง ล้วนแล้วแต่เป็นบาป เป็นการทำลายศีลธรรม ทำลายกฎธรรมชาติดั้งเดิมที่พระเจ้าทรงประทานให้ ซึ่งพระองค์ไม่ได้สร้างมนุษย์มาเพื่อมุ่งแสวงความสุขสบายทางเพศ จนคิดลองรูปแบบต่างๆ ที่ผิดธรรมชาติ แต่พระองค์ประสงค์ที่จะให้มนุษย์ของพระองค์ภักดีต่อพระองค์ โดยการดำเนินชีวิตตามที่อัลกุรอานได้บอกไว้และตามแบบอย่างของนบีมุฮัมมัด อย่างไรก็ตาม หากใครที่มีลักษณะเบี่ยงเบนทางเพศมาแต่วัยเด็ก พ่อแม่ผู้ปกครองต้องพยายามแก้ไขพฤติกรรม และอธิบายหลักการศาสนาให้รู้อยู่ตลอดเวลาและต่อเนื่อง แก้ไขสิ่งแวดล้อมทุกอย่างจึงจะเป็นการแก้ต้นเหตุของปัญหา

<sup>85</sup> เสาวนีย์ จิตต์หมวด, วัฒนธรรมอิสลาม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ทางนำ, 2535), หน้า 43



ฉะนั้น การเบี่ยงเบนทางเพศ หรือ การเลียนแบบเพศตรงข้าม พระเจ้าทรงสาปแช่งและประณามการกระทำของผู้เบี่ยงเบนทางเพศเช่นนั้นทำให้ความเป็นอยู่บนโลกนี้ไม่มีความจำเริญ และเป็นที่น่าอนอนอย่างยิ่งว่าบรรดาผู้ศรัทธาจะต้องไม่เห็นดีเห็นงาม กับพฤติกรรมเหล่านี้เป็นอันขาด หรือไม่อาจจะมีการแสดงความไม่พอใจกับพฤติกรรมเหล่านี้ เพราะพฤติกรรมเหล่านี้กำลังเปลี่ยนแปลงธรรมชาติ เปลี่ยนแปลงการสร้างของพระเจ้า เสมือนจะบอกว่าคนเหล่านี้ ไม่พอใจในการสร้างของพระองค์ จะเห็นได้ว่า หลักธรรมคำสอนของศาสนาอิสลามเป็นรากฐานแนวคิดและเป็นแบบอย่างในการดำเนินชีวิตของชาวมุสลิม และค่อนข้างปฏิบัติกันอย่างเคร่งครัด ทำให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันไม่สามารถที่จะเปิดเผยตัวตนหรือทำการอื่นใดนอกเหนือจากที่ศาสนากำหนด หากฝ่าฝืนก็ย่อมต้องได้รับโทษจากการกระทำของตนเอง

#### แนวความคิดของศาสนาพุทธ

ในทางพระพุทธศาสนานั้น ในพระวินัยปิฎกพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารนั้นเป็นเหตุแห่งอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ และในกฎหมายตราสามดวง พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ ทรงมีพระบรมราชโองการให้กำหนดกฎหมายว่าด้วย การให้ราษฎรรักษาศีล ถือศีลห้าในฐานะเป็นนิจศีล ส่วนอีกอย่างหนึ่งคือ ศีลแปดในฐานะเป็นอุโบสถศีล และตามกฎหมายนี้ถือว่าเป็นการเสพเมถุนธรรมโดยทางมุขมรรค แลเวจมรรคในกิริยาตนเอง เป็นการละเมิดศีลห้าข้อที่ว่าด้วย กาเมสุมิจฉาฯ ส่วนการเสพเมถุนธรรมทางเวจมรรคกับผู้หนึ่งผู้ใดที่ไม่ต้องห้ามตามศีลข้อกาเมฯ ก็เป็นการละเมิดศีลข้อ อพรหมจริยาฯ อันเป็นอุโบสถศีล อย่างไรก็ตาม ไม่มีการกำหนดโทษสำหรับการละเมิดศีลตามพระราชกำหนดฉบับนี้ไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่ระบุไว้เป็นการทั่วไปว่า “ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้ จะเอาผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ”<sup>86</sup>

ทางพระพุทธศาสนามีการกำหนดในพระไตรปิฎกซึ่งพระวินัยปิฎกอันเป็นกฎของพระสงฆ์เกี่ยวกับข้อห้ามในการบวช และพระผู้มีพระภาคเจ้าทรงตรัสเกี่ยวกับการห้ามการบรรพชาและอุปสมบทว่า "ดูกรภิกษุทั้งหลาย กะเทยอันภิกษุไม่พึงให้บวช ภิกษุใดให้บวช ภิกษุนั้นพึงทำไม่ดี" ซึ่งอภัพบุคคลที่ต้องห้ามในการบวชมีทั้งเพราะ เพศบกพร่อง ประพฤติผิดพระธรรมวินัย หรือจำพวกมีเพศบกพร่อง คือ “บัณเฑาะก์” แปลว่า กะเทย ได้ความตามบาลีและอรรถกถาว่า ได้แก่ ชายที่มีราคะกล้า ประพฤตินอกจารีตในทางเสพกามและยั่ววนชายอื่นให้เป็นเช่นนั้น หรือผู้ที่มีความพอใจให้

<sup>86</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศของไทย," วารสารนิติศาสตร์ 90.

ผู้ชายมาเกี่ยวข้องกับตนเองโดยมีความรู้สึกเหมือนผู้หญิง<sup>87</sup> และอุกโตพยัญชนก คือคนที่มีสองเพศ ส่วนบุคคลที่ต้องห้ามไม่ให้บวชตามหลักฐานอรรถกถาจารย์ คือ

(1) บุคคลที่ไม่ใช่ชายหรือหญิง มีกิเลสแน่นหนา มีความเร่าร้อนกลัดกลุ้มอยู่เสมอ เรียกว่า “บัณเฑาะก์” หรือกะเทย

(2) กะเทยที่มีนิสัยชอบพวกเพศเดียวกัน เมื่อถูกราคะครอบงำแล้วปรารถนาเป็นมิตรกับพวกผู้ชายบางคน

อรรถกถาจารย์แบ่งกะเทยไว้ 5 ประเภท คือ

(1) กะเทยพวกที่ชอบใช้ปากอมองคชาติของผู้อื่น ความเร่าร้อนสงบไปเมื่อถูกน้ำอสุจิรั้วรดแล้ว พวกนี้เรียกว่า อาสิตตบัณเฑาะก์

(2) กะเทยพวกที่เห็นคนอื่นเขาประพฤติกว้างประเวณี หรือเห็นคนอื่นเขาเสพสังวาสกันความเร่าร้อนด้วยราคะที่ฟุ้งซ่านของเขาก็สงบไป พวกนี้เรียกว่า อุตสขยบัณเฑาะก์ พวกชอบแอบดู (ชายปกติที่ชอบแอบดู ไม่เกี่ยวกับกรณีนี้)

(3) กะเทยพวกที่ถูกตอนแล้ว ถ้าเป็นประเพณีเก่าของจีนคือพวกขันที คือคนพวกที่ถูกเขาคัดเอาอวัยวะออกแล้ว พวกนี้เรียกว่า โอปักกมยบัณเฑาะก์

(4) กะเทยพวกนี้เป็นกะเทยมีราคะกล้าเฉพาะวันข้างแรมไปจนถึงเดือนดับเพราะอกุศลวิบาก แต่พอข้างขึ้นก็สงบไป พวกนี้เรียกว่า ปักขบัณเฑาะก์

(5) กะเทยพวกนี้มี 2 เพศในร่างเดียวกัน คือ พวกอุกโตพยัญชนกเมื่อทำหน้าที่ของผู้ชายให้หญิง ก็ซ่อนรูปเพศหญิงไว้แต่เพศชายปรากฏ เมื่อทำหน้าที่เป็นหญิง เพศชายหายไปแต่เพศหญิงปรากฏ, เรียกพวกนี้ว่า บุริสอุกโตพยัญชนกฯ ส่วนอิตถิอุกโตพยัญชนก ท้องเองก็ได้ และทำผู้อื่นท้องก็ได้ ส่วนบุริสอุกโตพยัญชนกไม่ได้ตั้งท้องเอง แต่ทำให้หญิงท้องก็ได้<sup>88</sup>

แม้ว่าในทางพระพุทธศาสนาไม่ได้ถือว่าการมพฤติกกรรมแบบรักเพศเดียวกันจะเป็นบาป แต่หลักธรรมคำสอนทางศาสนาพุทธก็ไม่ได้ยอมรับชะที่เดียวและยังมีข้อห้ามในทางพระพุทธศาสนาด้วย โดยในหนังสือของท่านดาไล ลามะ ได้กล่าวถึงบุคคลที่มีพฤติกกรรมแบบรักเพศเดียวกันว่าเป็นการกระทำที่ผิดประเวณี (Sexual Misconduct) หมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์ทาง

<sup>87</sup> สุชีพ ปุญญานุภาพ, พระไตรปิฎกฉบับปัจจุบัน พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2522), หน้า 224

<sup>88</sup> โพธิ์สัจตะ เรียบเรียงโดย พระรัชพล ปภาโต, “บุคคลที่ถูกห้ามบวชเป็นพระภิกษุ” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: <https://sites.google.com/site/watluangpreechakul/prohibit-to-monk>

ร่างกายไม่ถูกต้องเหมาะสม โดยการใช้ปากหรือทวารหนักไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ตาม<sup>89</sup> อย่างไรก็ตาม การตีความปรัชญาทางพระพุทธศาสนาเป็นหน้าที่ของชาวพุทธทุกคนที่จะร่วมกันหาข้อตกลงโดยคำนึงถึงสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัย

### 2.2.2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับมานุษยวิทยาและสังคมศาสตร์

การศึกษาเรื่องเพศในทางมานุษยวิทยาให้ความสำคัญในเรื่องวัฒนธรรมเป็นอันดับแรก ซึ่งวัฒนธรรมเป็นตัวกำหนดทัศนคติ ความเชื่อ การแสดงออก และพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ นักมานุษยวิทยาปฏิเสธความเป็นสากลในเรื่องเพศเพราะวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นในแต่ละสังคมทำให้ความคิดในเรื่องเพศมีความแตกต่างกัน ความหลากหลายทางความคิดจึงเป็นหัวใจสำคัญในการศึกษาทางมานุษยวิทยา<sup>90</sup> การนำเอาความเรื่องเพศภาวะและเพศวิถีมาศึกษาจะต้องทบทวนให้ดี เนื่องจากบางสังคมอาจมีวิธีคิดเรื่องเพศแตกต่างกันออกไป บางสังคมอาจไม่มีความคิดเรื่องเพศวิถี บางสังคมไม่ได้นิยามอารมณ์ ความรู้สึกทางเพศ บางสังคมอารมณ์ทางเพศไม่ใช่อัตลักษณ์ บางสังคมการแสดงบทบาททางเพศไม่ได้ตัดสินจากเพศสรีระ บางสังคมมีการนิยามเพศมากกว่าเพศชายและเพศหญิง เมื่อมีการนำเอาแนวความคิดเรื่องเพศภาวะและเพศวิถีไปใช้ในสังคมนั้นๆ จึงควรศึกษาให้ดีและควรมองว่าความคิดเรื่องเพศสภาวะและเพศวิถีเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรมของแต่ละสังคม

การแสดงความเป็นชายหญิงที่ไม่ได้ยึดติดอยู่กับอวัยวะเพศ หรือเพศสรีระ ได้เปิดมุมมองในการทำความเข้าใจเรื่องเพศภาวะในฐานะเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรม เพศภาวะชายและหญิงจะขึ้นอยู่กับปฏิบัติการทางสังคม ซึ่งบุคคลที่มีอวัยวะเพศชายสามารถแสดงบทบาทผู้หญิงได้เมื่ออยู่ในปฏิบัติบางอย่างที่สังคมให้คุณค่าและยอมรับนับถือ เพศภาวะของมนุษย์จึงถูกกำหนดขึ้นจากการแสดงพฤติกรรม และการสร้างความสัมพันธ์ทางสังคม เช่น เพศภาวะคือการแสดงออกเชิงวัฒนธรรมที่กำกับโดยค่านิยมและความเชื่อบางอย่าง เช่นในสังคมตะวันตก เพศภาวะจะถูกกำกับด้วยความเชื่อวิทยาศาสตร์ที่แบ่งเพศภาวะเป็นสองแบบ คือผู้ชายและผู้หญิง ในสังคมชนเผ่า เพศภาวะถูกกำกับด้วยความเชื่อไสยศาสตร์ที่อาจแบ่งเพศภาวะมากกว่าสองแบบ เป็นต้น

<sup>89</sup> “ท่านดาไล ลามะ เปิดใจชาวเกย์,” อัญจารีสาร 5 (พฤษภาคม – มิถุนายน 2542): หน้า 10

<sup>90</sup> นฤพนธ์ ด้วงวิเศษ, “แนวคิดทฤษฎีเรื่อง “ความหลากหลายทางเพศ” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2558 แหล่งที่มา: <http://www.sac.or.th/main/uploads/article/Sexual-diversity.pdf>

นักมานุษยวิทยาชี้ให้เห็นว่าการแสดงพฤติกรรมข้ามเพศสามารถพบเห็นได้ในหลายวัฒนธรรม และแต่ละแห่งก็มีรูปแบบและความหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งรูปแบบพฤติกรรมของคนข้ามเพศในวัฒนธรรมต่างๆ อาจแบ่งได้เป็น 5 รูปแบบ คือ<sup>91</sup>

(1) ปัจจัยทางเพศสรีระ หรือคนที่เกิดมามีระบบสืบพันธุ์ทั้งชายและหญิง (Hermaphroditic Genders) คนข้ามเพศกลุ่มนี้จึงเกิดมามีเพศสรีระที่คลุมเครือ ซึ่งสังคมจะมองว่าเป็นคนพิเศษและมีอำนาจพิเศษ เมื่อเกิดมามักจะถูกเลี้ยงให้เป็นเด็กผู้หญิง ซึ่งเด็กที่มีเพศคลุมเครือนี้ จะไม่สามารถเข้าพิธีกรรมเปลี่ยนสถานะจากเด็กชายหรือเด็กหญิงไปเป็นผู้ใหญ่ได้ แต่พ่อแม่จะมีการเลี้ยงดูแตกต่างไปจากเด็กทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในสังคมตะวันตกผู้ที่มีเพศคลุมเครือ แพทย์มักจะตัดสินใจตัดสรีระให้กับเด็กตั้งแต่เกิด โดยทำให้เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย

ในทางมานุษยวิทยาพบว่าการแสดงบทบาททางเพศ หรือการสำนึกความเป็นชายและหญิงของคนที่มีเพศสรีระคลุมเครือ ไม่สามารถตัดสินได้ว่าคนๆ นั้นจะเปลี่ยนตัวเองจากผู้หญิงไปเป็นผู้ชายอย่างสิ้นเชิง ฮอรัโมนเพศอาจจะไม่ใช่ตัวตัดสินการแสดงออกทางเพศ เพราะเด็กบางคนที่มีร่างกายพัฒนาเป็นเพศชาย ยังคงใช้ชีวิตแบบผู้หญิง ในสังคมที่มีระบบเพศเพียงหญิงกับชาย บุคคลมักจะถูกตัดสินให้ใช้ชีวิตเป็นผู้หญิงหรือผู้หญิงเท่านั้น แตกต่างจากสังคมที่มีระบบเพศมากกว่าสองแบบ บุคคลที่มีเพศคลุมเครือจะดำรงสถานะทางเพศของตนเองแตกต่างออกไป คือไม่ใช่ผู้ชายและไม่ใช่ผู้หญิง

(2) Two - Spirit หมายถึงบุคคลที่แสดงพฤติกรรมตรงข้ามกับเพศสรีระ เช่น เพศชายแต่แต่งตัวเป็นผู้หญิงและมีเพศสัมพันธ์กับเพศชาย ในการศึกษาทางวัฒนธรรมพบว่า เพศภาวะแบบข้ามเพศเป็นบทบาทที่เพิ่มให้กับชายหญิง ซึ่งอาจจะมีการแสดงพฤติกรรมข้ามเพศได้ เช่น ในสังคมอินเดีย ศาสนาฮินดูมีความเชื่อเกี่ยวกับเทพเจ้าที่มีร่างเป็นทั้งหญิงและชาย มีการเปลี่ยนสภาพจากชายเป็นผู้หญิง หญิงเป็นชาย ซึ่งเป็นสถานะศักดิ์สิทธิ์ที่ทำให้เกิดการเจริญเติบโต เช่น พระศิวะแบ่งภาคเป็นพระนางอุมาเทวี ความเชื่อเหล่านี้มีผลทำให้การแสดงพฤติกรรมข้ามเพศ เช่น ฮีจรา ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นบุคคลที่มีอำนาจศักดิ์สิทธิ์<sup>92</sup>

(3) Cross - Gender หมายถึง หญิงชายที่แสดงออกตรงข้ามกับบทบาททางสังคม โดยไม่จำเป็นต้องแต่งตัวข้ามเพศ เช่น ผู้ชายที่อ่อนหวานและมีจิตใจอ่อนแอ ผู้หญิงที่แข็งแรงและมี

<sup>91</sup> Anne Bolin, "Traversing Gender: Cultural Context and Gender Practices," in *Gender Reversals Gender Cultures*, ed. Sabrina Petra Ramet (London: Routledge, 1996), pp. 22-51.

<sup>92</sup> Serena Nanda, "The Hijras of India: Cultural and Individual Dimensions of an Institutionalized Third Gender Role," in *The Many Faces of Homosexuality*, ed. Evelyn Blackwood (New York: Harrington Park Press, 1986), p. 50.

จิตใจท้าวหาญ เช่น ในวัฒนธรรมพื้นเมืองบางแห่งในอเมริกา ผู้หญิงจะแสดงบทบาทหน้าที่และทำงานแบบเดียวกับผู้ชาย เช่น ออกไปล่าสัตว์ หรือออกไปรบ ผู้หญิงจะแสดงความเป็นชายและสามารถอยู่กินกับผู้หญิงเหมือนสามีภรรยา ในสังคมลักษณะนี้ เพศหญิงและเพศชายจะมีความเท่าเทียมกัน และการแสดงบทบาทชายหญิงก็ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระ ชายหญิงสามารถมีความสัมพันธ์ทางเพศในรูปแบบที่หลากหลายได้<sup>93</sup> สำหรับสังคมที่มีการแบ่งแยกบทบาทหญิงชายอย่างเข้มงวดและหญิงชายมีฐานะไม่เท่ากัน การแสดงบทบาทข้ามเพศจะไม่สามารถกระทำได้ ถ้าหญิงชายแสดงบทบาทข้ามเพศจะถือว่าเป็นการทำลายระบบความเป็นหญิงและความเป็นชาย

(4) Woman - Marriage / Boy - Marriage หมายถึง การแต่งงานระหว่างคนเพศเดียวกันซึ่งอาจไม่มีเรื่องเซ็กซ์เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่การแต่งงานแบบนี้จะเกิดขึ้นในสังคมที่ผู้หญิงเป็นหมั้นและไม่สามารถมีลูกได้ หรือสังคมที่มีผู้หญิงน้อย ผู้ชายจึงจับคู่กัน โดยฝ่ายหนึ่งจะมีอายุมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอายุน้อยกว่า เช่น สังคมของชนเผ่า Azande ผู้ชายที่มีอายุมากกว่า (นักรบ) จะแต่งงานกับเด็กชายซึ่งมีฐานะเป็น “คนรัก” โดยผู้ชายที่เป็นสามีของเด็กชายจะกลายเป็นเครือญาติในครอบครัวของเด็กชาย เด็กชายจะทำหน้าที่เป็นภรรยา ทำงานบ้าน เก็บฟืน และหาอาหาร การแต่งงานเช่นนี้มักจะมีโครงสร้างทางสังคมที่ผู้ชายมีบทบาทเหนือกว่าผู้หญิง

ธรรมเนียมการแต่งงานระหว่างคนเพศเดียวกัน อย่างเช่นกรณี ผู้หญิงกับผู้หญิงส่วนมากจะพบในเขตแอฟริกา สังคมดังกล่าวมักจะมีหัวหน้าในการปกครองเผ่าเป็นผู้หญิงและผู้นำเผ่าส่วนใหญ่จะไม่มีสามี ธรรมเนียมนี้ผู้หญิงที่มีฐานะดีกว่าจะต้องเป็นฝ่ายจ่ายสินสอดให้กับผู้หญิงที่จะมาเป็นภรรยา ซึ่งในสังคมแอฟริกา การแสดงบทบาทไม่ได้ขึ้นอยู่กับอายุเพศแต่อยู่ที่ฐานะทางเศรษฐกิจ หากผู้หญิงคนใดมีความร่ำรวยก็สามารถแสดงบทบาทเป็นผู้ชายได้

(5) Cross - Gender Ritual หมายถึง การแสดงพฤติกรรมข้ามเพศเฉพาะเมื่ออยู่ในพิธีกรรม เช่น ชายแต่งหญิง หญิงแต่งชาย การแสดงออกแบบนี้จะเป็นสภาวะก้ำกึ่ง ซึ่งเป็นสิ่งที่ศักดิ์สิทธิ์เมื่ออยู่ในพิธีกรรม ตัวอย่างในชนเผ่าโมโร เด็กชายที่เข้าพิธีเปลี่ยนสถานะภาพจากวัยเด็กไปสู่วัยผู้ใหญ่จะมีการแต่งตัวเหมือนผู้หญิง ในเขตไซบีเรีย หลายชนเผ่าจะมีผู้ทำหน้าที่เป็นหมอม้าหรือผู้ทำนายโชคชะตาราசி บุคคลเหล่านี้จะแต่งตัวเหมือนผู้หญิงในช่วงประกอบพิธีกรรม ในกลุ่มชนพื้นเมืองของฮังการีจะมีเทศกาลที่เรียกว่า Tikvero เป็นช่วงเวลาพิเศษที่ผู้หญิงและผู้ชายจะแต่งตัวข้ามเพศ โดยผู้หญิงจะนำเอาอวัยวะเพศชายมาห้อยเพื่อแสดงท่าทางเลียนแบบผู้ชาย ส่วนผู้ชายจะแต่งตัวเลียนแบบผู้หญิง แสดงกิริยาอาการเหมือนผู้หญิง และยั่วยวนผู้ชายตามบ้านต่างๆ การแต่งตัว

<sup>93</sup> Ibid., pp. 13-14

ข้ามเพศในเทศกาลนี้เป็นการสลับชั่ววาระเบี่ยงกฎเกณฑ์ทางสังคม เปิดโอกาสให้ผู้หญิงได้แสดงบทบาทแบบผู้ชายซึ่งในชีวิตประจำวันผู้หญิงไม่สามารถทำเช่นนี้ได้

นอกจากนั้น การศึกษาทางมานุษยวิทยาที่ชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างวัฒนธรรมกับการแสดงอารมณ์ปรารถนาทางเพศ มีประเด็นที่สำคัญ 4 เรื่อง<sup>94</sup> ได้แก่

(1) วัฒนธรรมต่างๆ ล้วนมีวิถีคิดและให้ความหมายต่อการปฏิบัติทางเพศในแบบของตัวเอง

(2) การจัดระเบียบของอารมณ์ทางเพศจะสัมพันธ์กับระบบเครือญาติ ครอบครัว สังคม และขนบธรรมเนียมประเพณี

(3) มนุษย์แต่ละวัฒนธรรมมีความหลากหลายของพฤติกรรมทางเพศ และความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันก็ได้รับการยอมรับ

(4) วิถีคิดเรื่องเพศแบบตะวันตก มีประวัติศาสตร์ของตัวเองที่ต่างไปจากสังคมอื่นๆ

ดังนั้น วัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรม สังคมแต่ละสังคมจะมีความคิดหรือนิยามเกี่ยวกับเรื่องเพศไม่เหมือนกัน และผู้ที่เกิดและเติบโตในวัฒนธรรมนั้นๆ ก็จะเชื่อและยึดถือเอาวิถีคิดเรื่องเพศนั้นมาอธิบายประสบการณ์ทางเพศของตัวเอง นักมานุษยวิทยาที่ศึกษาเรื่องเพศวิถีจึงพยายามมองว่าวิถีปฏิบัติ พฤติกรรม อารมณ์ และการกระทำที่เกี่ยวกับเพศเป็นเรื่องที่มีวัฒนธรรมของตัวเอง พฤติกรรมทางเพศจึงเป็นสิ่งที่สังคมสร้างขึ้นแล้วแต่สภาพแวดล้อมรอบตัวที่เกิดขึ้น ประกอบกับการเรียนรู้พฤติกรรมจากการเลียนแบบคนในสังคม สิ่งเหล่านี้เองที่เป็นกลไกในการหล่อหลอมและสร้างแนวทางปฏิบัติว่าการแสดงออกแบบไหนเป็นสิ่งที่สังคมจะยอมรับได้หรือยอมรับไม่ได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของสังคมนั้นๆ ตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>95</sup>

#### 2.2.2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ

แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ เริ่มตั้งแต่สมัยกรีกเมื่อ 2,000 ปีเศษมาแล้ว โดยชาวกรีกเชื่อว่าจักรวาลนี้มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอน กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ในสังคมเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ในจักรวาล กฎเกณฑ์จักรวาลนี้เป็นระบบระเบียบ (Cosmos) เมื่อจักรวาลเป็นระเบียบ

<sup>94</sup> นฤพนธ์ ด้วงวิเศษ, "มานุษยวิทยากับการศึกษาพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกัน" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา: [http://www.sac.or.th/main/content\\_detail.php?content\\_id=228](http://www.sac.or.th/main/content_detail.php?content_id=228)

<sup>95</sup> Diane Richardson, "Sexuality and Feminism," in *Introducing Women's Studies: Feminism Theory and Practice*, ed. Victoria Robinson and Diane Richardson (New York: New York University Press, 1997), p. 78.

สังคมมนุษย์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของจักรวาลย่อมมีกฎเกณฑ์ที่เป็นระเบียบเช่นกัน สำนักกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยม เน้นเรื่องกฎเกณฑ์ต่างๆ มีระเบียบอยู่โดยธรรมชาติของมันเอง ไม่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของบุคคล มนุษย์เป็นเพียงแต่ผู้ใช้สติปัญญาไปค้นพบได้เท่านั้น โดยลักษณะสำคัญของกฎหมายธรรมชาติ<sup>96</sup> คือ กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่แท้จริงหรือมีลักษณะที่สำคัญสองประการ

ประการแรก เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป คือ เป็นจริงในทุกสถานที่ หลักเกณฑ์ที่เป็นจริงในสถานที่หนึ่งต้องเป็นจริงในอีกสถานที่หนึ่งด้วย ถ้ากฎเกณฑ์ใดเป็นจริงในสถานที่บางแห่ง กฎเกณฑ์นั้นไม่ถือเป็นกฎเกณฑ์ธรรมชาติ

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ธรรมชาติจะต้องมีลักษณะนิรันดร คือ เป็นจริงตลอดไป หมายความว่า เมื่อเป็นจริงในสมัยหนึ่งอีกสมัยหนึ่งจะต้องเป็นจริงด้วย หากเป็นจริงในเวลาหนึ่งแต่ไม่จริงในอีกเวลาหนึ่งก็ไม่ใช่กฎเกณฑ์ธรรมชาติ

กฎธรรมชาติ คือ ต้องเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและเป็นนิรันดรเพื่อนำมาใช้เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมมนุษย์ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติกับกฎหมายบ้านเมืองมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวความคิด คือ แนวคิดที่เห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่สูงกว่า (Higher Law) คือ เป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (Positive Law) ในแง่กฎหมายบ้านเมืองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ ส่วนอีกแนวคิดหนึ่งมีความเห็นว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายอุดมคติ (Ideal Law) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายที่เป็นจริง (Reality) ความสัมพันธ์ระหว่างอุดมคติกับความเป็นจริงเป็นความสัมพันธ์ที่ขัดแย้งและมีลักษณะดึงดูดและผลักดันซึ่งกันและกันในการทำนองความสัมพันธ์แบบ Dialectic เพราะความจริงกับอุดมคติแตกต่างกัน

ช่วงก่อนสมัยกลางถือว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (Positive law) ไม่ควรขัดกับกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) แต่ในสมัยกลางนักกฎหมายธรรมชาติสำนักคริสเตียนยืนยันว่ากฎหมายที่มีอยู่จะขัดกับกฎหมายธรรมไม่ได้ ถ้าขัดย่อมไม่เป็นกฎหมายและบังคับใช้ไม่ได้ จึงอาจจะเรียกได้ว่ากฎหมายบ้านเมืองมีสถานะต่ำกว่ากฎหมายธรรมชาติ เสมือนว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ส่วนกฎหมายที่เป็นอยู่เป็นกฎหมายที่ต่ำกว่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ แนวคิดนี้จึงพัฒนามาสู่ความคิดรัฐธรรมนูญนิยม

นักปราชญ์ของสำนักกฎหมายธรรมชาตินี้มีอยู่ด้วยกันหลายท่าน ซึ่งในสมัยกรีกโรมัน Aristotle มีความคิดซึ่งเป็นข้อโต้แย้งและวิจารณ์ความคิดของท่าน Plato เรื่อง ทศณะเกี่ยวกับ

<sup>96</sup> สมยศ เชื้อไทย, *ทฤษฎีกฎหมายนิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 73-75.

ครอบครัว คือ Aristotle วิจารณ์ความเห็นของ Plato ที่เสนอให้ยกเลิกระบบครอบครัว สำหรับกลุ่มที่  
ทำหน้าที่ปกป้องรักษาสังคมเพื่อให้กลุ่มคนเหล่านั้นทำหน้าที่เพื่อสังคมส่วนรวมได้อย่างเต็มที่ ไม่ต้อง  
กังวลกับภาระที่มีต่อครอบครัว แต่ Aristotle เห็นตรงกันข้าม กับ Plato โดยท่านเห็นว่าการมี  
ครอบครัวเป็นธรรมชาติของมนุษย์ และครอบครัวเป็นอุ่อบรมบ่มเพาะความเป็นมนุษย์ของคน คือ ทำ  
ให้คนรู้จักความรัก ความเสียสละให้แก่ผู้อื่น ซึ่งเป็นคุณธรรมอันสูงส่งของมนุษย์ทั้งหลาย การยกเลิก  
ระบบครอบครัว จึงไม่ถูกต้องเพราะขัดต่อธรรมชาติของมนุษย์<sup>97</sup> และสิ่งที่ธรรมชาติสร้างมา เช่น เพศ  
หญิงมีความอ่อนโยน เพศชายมีความเข้มแข็ง เพศภาวะของผู้หญิงและผู้ชายจึงถูกกำหนดจากเพศ  
สรีระที่ต่างกัน และเชื่อว่าเพศวิถีที่เป็นความต้องการทางเพศเป็นแรงขับเคลื่อนตามธรรมชาติที่เพศชายจะมี  
กับเพศหญิงเท่านั้น เพราะถือว่าการสืบพันธุ์เพื่อดำรงเผ่าพันธุ์<sup>98</sup> ดังนั้น แนวความคิดของสำนัก  
กฎหมายธรรมชาติจึงยอมรับเพียงแต่การสมรสของคู่รักต่างเพศ เพราะการสืบเผ่าพันธุ์จะเกิดขึ้นได้ก็มี  
เพียงแต่ชายและหญิงเท่านั้น โดยนักปราชญ์ทั้งหลายของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้มี  
ความเห็นว่าการกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและการให้กำเนิดบุตรมีที่มา 3 ทางด้วยกัน คือ<sup>99</sup>

- (1) เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติโดยตรงเหมือนปรากฏการณ์อื่นๆ ของโลก
- (2) เกิดจากพระเจ้า โดยพระเจ้าเป็นผู้กำหนดให้มีขึ้น
- (3) เกิดจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์เอง เป็นกฎที่สอดคล้องกับความ  
ยุติธรรม มโนธรรมและศีลธรรมของมนุษย์ในการเลือกคู่ครองของตน

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการสมรสของคู่รักต่างเพศและการสืบเผ่าพันธุ์เป็นกฎ  
ธรรมชาติกล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เป็นจริงในทุกสถานที่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นจริงในสถานที่  
หนึ่งและเป็นจริงในอีกสถานที่หนึ่งด้วย และมีลักษณะนิรันดร์ ซึ่งเป็นความจริงตลอดไป กล่าวคือเป็น  
ความจริงในทุกยุคทุกสมัย ดังนั้น การสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงเป็นไปได้  
ตามกฎหมายธรรมชาติเพราะไม่สามารถสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้ เป็นสิ่งที่ขัดหรือแย้งกับกฎธรรมชาติซึ่ง  
ไม่มีผลใช้บังคับ กฎหมายบ้านเมืองจึงควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ

จากที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 ข้างต้น นอกจากประวัติและวิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มี  
เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว ยังเป็นการอธิบายถึงแนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับการรับรองการใช้  
ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนดังกล่าวด้วย ซึ่งแนวความคิดที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนให้มีกฎหมาย

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 79

<sup>98</sup> นฤพนธ์ ต้วงวิเศษ, "มานุษยวิทยากับการศึกษาพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกัน" [ออนไลน์].

<sup>99</sup> ญัฐวุฒิ ชัยสายันท์, "กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน", หน้า 244.



รับรองนั้นย่อมเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่า สังคมนั้นๆ ให้การยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน มากน้อยเท่าไร เมื่อซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และผลกระทบที่จะตามมาแล้วจะยังคงให้มี กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยให้การสนับสนุนกฎหมาย รับรองการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้ว จะวางแนวทางในลักษณะใดไม่ว่า จะเป็นการสมรสหรือการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต อันมีผลนำไปสู่การกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญ ธรรมที่จะกล่าวต่อไป ไม่ว่าจะเป็ความมั่นคง ผลกระทบทั้งในทางสังคมและกฎหมายที่จะตามมา



### บทที่ 3

## ประวัติและวิวัฒนาการ แนวความคิดพื้นฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไปและการรับบุตรบุญธรรม ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

เนื่องจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมีความต้องการที่จะอยู่ร่วมกันและมีความสัมพันธ์ฉันบิดามารดาและบุตรต่อกัน เมื่อบุคคลที่ไม่มีบุตรหรือมีบุตรแต่บุตรนั้นไม่ใช่เพศที่ตนต้องการ หรือบุตรที่เป็นบุตรกำพร้า บุตรที่มีบิดามารดาแต่ไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรของตนได้ จึงทำให้เกิดการรับบุตรบุญธรรมขึ้น โดยบทนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอการศึกษาค้นคว้าถึงประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม แนวคิดในการรับบุตรบุญธรรม สาระสำคัญของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนรักต่างเพศที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ทั้งที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

### 3.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรม คือ การที่บุคคลหนึ่งรับบุคคลอีกคนหนึ่งมาเป็นบุตรบุญธรรมของตน<sup>100</sup> กล่าวคือ การรับบุตรของผู้อื่นมาเลี้ยงเป็นบุตรของตนเองซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม โดยวัตถุประสงค์ในการรับบุตรบุญธรรมเพื่อสนองความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรม แสดงความเมตตาและเพื่อความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมถือได้ว่าการปฏิบัติกันมาแต่โบราณและมีวิวัฒนาการต่อมาเรื่อยๆ จนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นโดยเทียบกับกฎหมายญี่ปุ่น ฝรั่งเศส เยอรมันและสวีเดน<sup>101</sup> และมีหลักการเพื่อคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของผู้เยาว์ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม ไม่ว่าจะ เป็นเพื่อให้เกิดการศึกษาที่ดีแก่บุตรบุญธรรม อุปการะเลี้ยงดูในด้านต่างๆ เพื่อให้มีชีวิตที่ดีขึ้น อย่างไรก็ตาม แนวความคิด ความเป็นมาและวิวัฒนาการของแต่ละสังคมย่อมมีความแตกต่างกันซึ่งจะนำเสนอในหัวข้อต่อไป

<sup>100</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, หน้า 740.

<sup>101</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 469.

### 3.1.1 ความหมายของการรับบุตรบุญธรรม

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า บุตรบุญธรรมไว้โดยเฉพาะ แต่มีการกำหนดความหมายของคำว่า “บุตร” ว่า ลูก และ คำว่า “บุญธรรม” ว่า เรียกลูกของคนอื่นซึ่งเอามาเลี้ยงเป็นลูกของตัวเองว่า ลูกบุญธรรม สำหรับพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน กำหนดคำว่า “บุตรบุญธรรม” ว่า บุตรของผู้อื่นที่บุคคลได้จดทะเบียนรับเป็นบุตรของตน

ความหมายของการรับบุตรบุญธรรมในความเห็นของนักกฎหมายและนักสังคมวิทยาสามารถอธิบายได้ ดังนี้

“การรับบุตรบุญธรรม” เป็นเรื่องระหว่างบุคคลสองคนซึ่งเกิดความสัมพันธ์กันโดยผลของกฎหมาย โดยที่บุคคลทั้งสองอาจมิได้เป็นญาติสายโลหิต<sup>102</sup>

“การรับบุตรบุญธรรม” เป็นเรื่องระหว่างบุคคลสองคนซึ่งเกิดความสัมพันธ์กันโดยผลของกฎหมาย โดยที่บุคคลทั้งสองอาจมิได้เป็นญาติสายโลหิต หรืออาจมิได้มีสัญชาติเดียวกัน<sup>103</sup>

“การรับบุตรบุญธรรม” การรับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงมาเลี้ยงเป็นบุตร ซึ่งเป็นวิธีที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะบิดามารดาและบุตร โดยวิถีทางของกฎหมายอันเป็นการกระทำซึ่งให้มีการรับรู้ถึงความสัมพันธ์ในฐานะบิดามารดาและบุตร ระหว่างผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวพันกันโดยทางสายโลหิต<sup>104</sup>

“การรับบุตรบุญธรรม” คือ การที่หญิงชายเกิดความรักใคร่แก่ผู้อื่น อยากรจะอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรของตนเอง โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของผู้ของผู้รับบุตรบุญธรรมให้มีคุณสมบัติใกล้เคียงกับบุคคลที่จะเป็นบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรม<sup>105</sup>

<sup>102</sup> รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว บิดามารดาและบุตร, 6, บรรณานุกรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 205.

<sup>103</sup> ทองเปลว ชลภูมิ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว) (นิติบรรณาการ, 2478), หน้า 336.

<sup>104</sup> ไกรฤกษ์ ทุมไชสิต, "บุตรบุญธรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 1.

<sup>105</sup> ศรี มลิลลา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 147.

นักสังคมวิทยาบางท่านได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมไว้ เช่น

Alfred Kadushin กล่าวว่า การรับบุตรบุญธรรมเป็นการก่อให้เกิดครอบครัวที่มีความเกี่ยวพันกันในทางกฎหมายและสังคมมากกว่าทางชีววิทยา ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมเป็นกระบวนการที่มีมาแต่สมัยโบราณ โดยเป็นการจัดเตรียมไว้สำหรับครอบครัวที่ไม่มีเด็กหรือเด็กที่ไม่มีครอบครัว เพื่อเป็นการทำหน้าที่ดูแลเด็กเมื่อเขาไม่มีครอบครัวส่งผลให้บุตรบุญธรรมเป็นการสร้างครอบครัวใหม่ให้เขา จึงสามารถจำกัดความของการรับบุตรบุญธรรมได้ว่าเป็นการระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ในอดีตและปัจจุบันของบิดามารดาที่แท้จริงของเด็ก และโอนไปยังครอบครัวใหม่ซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็กด้วยอำนาจของกฎหมาย<sup>106</sup>

S.D. Gokhale กล่าวว่า การรับบุตรบุญธรรม เป็นกระบวนการทางกฎหมายและสังคม ซึ่งถ้าหากมีเด็กที่ถูกทอดทิ้ง การรับบุตรบุญธรรมจะไม่ละเลยการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กและความหวังใยในด้านอื่นๆ แม้ว่าการรับบุตรบุญธรรมจะไม่ใช้การวางรากฐานความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาที่แท้จริง แต่เป็นการสร้างครอบครัวใหม่ที่มั่นคงให้กับเด็ก การรับบุตรบุญธรรมจึงนับว่าเป็นความสมบูรณ์ในชีวิตของเด็กที่จะต้องออกจากครอบครัวธรรมชาติของเขา<sup>107</sup>

การรับบุตรบุญธรรมจึงเป็นวิธีการทดแทนการเลี้ยงดูครอบครัวของเด็ก ซึ่งมีความเกี่ยวข้องทั้งในด้านกฎหมายและสังคม โดยมีความสัมพันธ์แบบบิดามารดา และบุตรระหว่างบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางโดยกำเนิด หรือสายโลหิต และการรับบุตรบุญธรรมไม่ได้เกี่ยวข้องแต่ในทางกฎหมายเท่านั้นแต่ยังเป็นสิ่งสำคัญเกี่ยวกับสังคมด้วย ซึ่งสังคมจะเข้ามามีส่วนร่วมในการคุ้มครองบุคคลทุกฝ่ายในการรับบุตรบุญธรรม

### 3.1.2 ประวัติและวิวัฒนาการของการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมเชื่อว่ามาตั้งแต่สมัยบาบิโลน โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี และปรากฏหลักฐานในสมัยโรมันว่า การรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องอำนาจของหัวหน้าครอบครัว (Patria Potestas) ดังนั้น หญิงโรมันจึงไม่สามารถที่จะรับบุตรบุญธรรมได้เลย

<sup>106</sup> Alfred Kadushin, *Child Welfare Services* (New York: Macmillan Co), p. 519.

<sup>107</sup> S.D. Gokhale, "Inter – Country Adoptions and Consultancy in Guardianship," in *Indian Council of Social Welfare*, p. 100.

แต่ต่อมามีการผ่อนผันให้มารดาผู้เสียบุตรไปสามารถที่จะรับบุตรได้ การรับบุตรบุญธรรมสามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ<sup>108</sup>

Adrogatio เป็นการยกทั้งครอบครัวรวมทั้งทรัพย์สินมายังครอบครัวใหม่ แต่ในกรณีนี้ไม่มีแล้วในปัจจุบันเนื่องจากการทำให้ครอบครัวหนึ่งหายไปจากสังคมอันจะเป็นการส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคมของโรมัน แต่ในประเทศเยอรมนียังมีการรับบุตรบุญธรรมแบบนี้อยู่ในกรณีที่รับผู้ใหญ่เป็นบุตรบุญธรรม

Adoptio เปรียบเสมือนกับการรับบุตรบุญธรรมในปัจจุบันโดยที่ถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นบุตรที่แท้จริง การรับบุตรบุญธรรมในกรณีนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับรัฐอย่างเช่นการรับบุตรบุญธรรมแบบ Adrogatio ซึ่งบุตรบุญธรรมที่เกิดจากการรับบุตรบุญธรรมแบบนี้จะเหมือนกับการใช้ชีวิตกับครอบครัวใหม่โดยแท้ซึ่งบุตรบุญธรรมสามารถใช้นามสกุลของบิดาใหม่ได้ โดยมีลักษณะเป็นการตัดขาดกับครอบครัวเดิมอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น การใช้ชีวิตกับครอบครัวใหม่จะมีลักษณะเป็นเหมือนกับครอบครัวที่เกิดจากสายเลือดเดียวกัน ดังนั้น การแต่งงานกับผู้รับบุตรบุญธรรมจะเป็นไปไม่ได้เลยแต่ความสัมพันธ์กับครอบครัวเดิมนั้น เมื่อมีการรับบุตรบุญธรรมแบบตัดขาดจากครอบครัวเดิมครอบครัวเดิมจึงเหมือนกับครอบครัวหนึ่งที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับบุตรบุญธรรมนั้นเลย จึงทำให้บุตรบุญธรรมสามารถแต่งงานกับคนในครอบครัวเดิมได้ โดยการมองความสัมพันธ์แบบนี้เป็นการยึดความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ใช่ยึดตามความสัมพันธ์ทางสายโลหิต อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมเช่นนี้ย่อมเกิดปัญหาได้หากมีการเลิกรับบุตรบุญธรรมซึ่งบุตรบุญธรรมถูกตัดขาดกับครอบครัวเดิม ชีวิตหลังจากนั้นในเรื่องของการดำรงชีวิตและการรับมรดกก็จะเกิดปัญหาตามมา ต่อมาพระเจ้าจัสติเนียนได้แก้ปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมแบบ Adoptio มี 2 แบบ คือ การรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์แบบ (Adoptio plena) และ การรับบุตรบุญธรรมแบบไม่สมบูรณ์แบบ (Adoptio Minus Plena) การรับบุตรบุญธรรมแบบนี้จะไม่เป็นการตัดความสัมพันธ์กับครอบครัวเดิม

การรับบุตรบุญธรรมของคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายโรมันมีความแตกต่างทางด้านแนวความคิดไม่น้อย กล่าวคือ ระบบกฎหมายโรมันยอมรับบุคคลอื่นที่แปลกหน้าทางสายเลือดเข้ามาเป็นคนในครอบครัวของตนเองได้ แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวคิดที่ว่าครอบครัวเป็นหน่วยทางธรรมชาติ โดยครอบครัวจะมีความเกี่ยวข้องกันได้จะต้องมีเลือดเนื้อเชื้อไขเดียวกันหรือมีการสมรสกัน สำหรับกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ แม้ว่าเดิมจะไม่มี

<sup>108</sup> ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 64-69.

ปรากฏเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเลยแต่ก็มีการพัฒนามาเรื่อยๆ จนมีการเปิดช่องให้รับบุตรบุญธรรม โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของผู้ที่เป็นบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญที่สุด

สำหรับการรับบุตรบุญธรรมในประเทศไทยในสมัยก่อนเป็นไปตามกฎหมายลักษณะ เบ็ดเสร็จ บพทที่ 109 มาตรา 11 ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า การที่บิดามารดาของบุตรของตนเองให้แก่ผู้อื่น เลี้ยงดูหากบุตรนั้นมีอายุต่ำกว่า 7 ปี เมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้เลี้ยงได้เลี้ยงดูบุตรบุญธรรมนั้นเป็น อย่างดีแล้ว หากบุตรนั้นต้องการกลับมาอยู่กับบิดามารดาเดิมนั้นย่อมได้ หากบุตรบุญธรรมนั้นไม่ ยินยอมบิดามารดาจะเรียกคืนบุตรนั้นไม่ได้ กรณีที่กลับมาอยู่กับบิดามารดา บิดามารดาจะต้อง จ่ายเงินบำเหน็จให้แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นด้วย หากเป็นกรณีที่บุตรบุญธรรมนั้นมีอายุตั้งแต่ 7 ปีขึ้นไป หากบิดามารดาจะเรียกบุตรคืนก็ต้องได้รับความสมัครใจแก่บุตรนั้นด้วย โดยที่ไม่ต้องจ่ายบำเหน็จ ให้แก่ผู้เลี้ยง แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่ตัวเด็กซึ่งจะต้องให้ความยินยอมด้วย

เมื่อสังคมได้มีความเปลี่ยนแปลงไปโดยมีชาวตะวันตกเข้ามามีบทบาทอย่างมากใน สังคมไทยและเห็นว่ากฎหมายไทยยังล้าหลังอยู่มาก จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครวั พ.ศ. 2478 ซึ่งมีการปรับปรุงกฎหมายลักษณะผัวเมียที่มีการกำหนดไว้ไม่เป็น หมวดหมู่ให้เป็นหมวดหมู่และมีการพัฒนาบทบัญญัติทางกฎหมายให้มีความเป็นธรรมและชัดเจนมาก ขึ้น และมีการปรับปรุงเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกัน โดยมาตรา 1585 มีการกำหนดไว้ว่า การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม หากไม่มีการจด ทะเบียนดังกล่าวจะส่งผลให้ไม่มีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม แม้ว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะนั้นจะกำหนดไว้ว่าจะต้องจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายก็ตามแต่หากการรับบุตร บุญธรรมนั้นได้เกิดก่อนที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ถือว่าการรับบุตรบุญ ธรรมมีฐานะเป็นบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่เช่นเดิมเพียงแต่จะไม่สามารถรับมรดกของ ผู้รับบุตรบุญธรรมได้เพราะไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย

จากที่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครวั พ.ศ. 2478 เป็นเวลานานก็มีการแก้ไขปรับปรุงขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยเน้นเรื่องของความ เสมอภาคระหว่างชายหญิง ในส่วนของการรับบุตรบุญธรรมก็มีการปรับปรุงเช่นเดียวกันโดยมีการ ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 เรื่องที่มีการตรวจชำระ ใหม่เช่น ความยินยอมของบิดามารดา ความยินยอมของผู้รับผิดชอบในสถานสงเคราะห์เด็ก ความ ยินยอมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ผู้เยาว์จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคล เพียงคนเดียวได้เท่านั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดย ธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกร้องทรัพย์สินที่ตนให้บุตรบุญธรรมคืนหากบุตรบุญธรรมถึงแก่ ความตายไปก่อนตน การเลิกรับบุตรบุญธรรมในกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมสมรสกัน

การเพิ่มเหตุแห่งการฟ้องคดีเลิกรับบุตรบุญธรรม อายุความในการฟ้องคดีเลิกรับบุตรบุญธรรม ผลของการเลิกรับบุตรบุญธรรมซึ่งการตรวจชำระใหม่ทั้งหมดนี้นั้นให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

เนื่องด้วยการตรวจชำระแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 มีการแก้ไขด้วยความเร่งรีบภายในสองปีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญจึงยังคงมีความบกพร่องอยู่ด้วยกันหลายประการจึงมีการพิจารณาชำระใหม่และประกาศใช้ในปี 2533 โดยมีการแก้ไขในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมดังนี้ เจื่อนไขเกี่ยวกับอายุของผู้รับบุตรบุญธรรม กำหนดการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการยินยอมของคู่สมรสที่จะรับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม หลักการให้คู่สมรสที่จะรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสฝ่ายนั้นเสียก่อน การกำหนดให้บิดามารดากลับมาใช้อำนาจปกครองเมื่อมีการเลิกรับบุตรบุญธรรมเว้นแต่จะมีการตั้งผู้ปกครองของผู้รับบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นอยู่ก่อนแล้ว

ในปี 2551 มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมเช่นกันโดยแก้ไขมาตรา 1598/37 โดยเพิ่มให้บิดามารดาโดยกำเนิดกลับมาใช้อำนาจปกครองเมื่อผู้รับบุตรบุญธรรมถึงแก่ความตาย

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ได้กำหนดเงื่อนไขและวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนอกเหนือจากที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการรับผู้เยาว์เป็นผู้บุตรบุญธรรมจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและวิธีการตามพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ด้วย ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้คือ เดิมจากการรับบุตรบุญธรรมที่เคยจำกัดอยู่ในเฉพาะเครือญาติแต่ปัจจุบันมีการแพร่ขยายออกไปสู่บุคคลภายนอกทั้งไทยและต่างชาติเป็นจำนวนมากเพื่อคำนึงถึงประโยชน์และการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กจึงมีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

จากความเป็นมาที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นการรับบุตรบุญธรรมมีมาตั้งแต่สมัยโบราณและมีวิวัฒนาการในเรื่องนี้มาเรื่อยๆ จนมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตัวบุตรบุญธรรมที่จะต้องไปอยู่ในครอบครัวใหม่ สังคมใหม่และผู้รับบุตรบุญธรรมเพื่อตอบสนองความต้องการและการได้อุปการะผู้อื่นเช่นเดียวกับบุตรของตนเอง จึงมีการกำหนดสาระสำคัญของการรับบุตรบุญธรรมไว้เพื่อให้ปฏิบัติไปในทางเดียวกันโดยจะนำเสนอสาระสำคัญของการรับบุตรบุญธรรมในหัวข้อต่อไป

### 3.1.3 วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรม

มีหลักฐานเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมในสมัยโรมัน โดยกฎหมายโรมันยอมรับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้ซึ่งปรากฏหลักฐานว่า จูเลียส ซีซาร์ มหาจักรพรรดิแห่งกรุงโรมได้รับบุตรบุญธรรมของตนเองเพื่อเป็นการแสวงหาทายาท นอกจากนั้น ยังปรากฏว่ามีการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดูแลเด็กหรือประโยชน์อื่นๆ ในระหว่างที่บิดามารดาออกไปทำสงคราม จึงยกบุตรของตนเป็นบุตรบุญธรรมของคนอื่น

ประเทศไทยการรับบุตรบุญธรรมปรากฏขึ้นในกฎหมายลักษณะผัวเมียซึ่งในสมัยนั้นมักทำกันในหมู่เครือญาติและไม่ยุ่งยากซับซ้อน นอกจากนั้น กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้ละเอียดมากนัก วัตถุประสงค์ในการรับบุตรบุญธรรมสามารถสรุปได้ ดังนี้<sup>109</sup>

- (1) เพื่อให้วงศ์ตระกูลมีความมั่นคงมากขึ้น เนื่องจากการขยายครอบครัวให้กว้างใหญ่ขึ้น
- (2) เพื่อเป็นสิริมงคลและความก้าวหน้าของบุตร โดยนิยมนำบุตรของตนเองยกให้เจ้านายเป็นบุตรบุญธรรม
- (3) เพื่อให้บุตรของตนเองได้อยู่ในความอุปการะของญาติพี่น้องที่มีฐานะดี เนื่องจากบิดามารดาของเด็กมีฐานะยากจนและไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กนั้นได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อโลกมีการพัฒนาและมีการติดต่อกับสังคมอื่นๆ มากขึ้น การรับบุตรบุญธรรมไม่ได้เกิดขึ้นแต่เฉพาะในเครือญาติเท่านั้น แม้กระทั่งบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตก็ยังมีกรรับบุตรบุญธรรมเกิดขึ้นจึงทำให้วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมนั้นเปลี่ยนไปดังนี้

- (1) เพื่อบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้ซึ่งอาจจะเป็นหมัน แต่มีความต้องการที่จะให้มีผู้มาสืบทอดตระกูล จึงมีการขอบุตรของผู้อื่นมาเลี้ยงเป็นบุตรของตนเอง และมีความเชื่อว่าหากขอบุตรคนอื่นมาเลี้ยงได้แล้วจะทำให้ตนเองสามารถมีบุตรได้ในเร็ววัน
- (2) เพื่อบุคคลที่มีบุตรน้อย หรือมีบุตรเพียงเพศเดียว หรือมีบุตรหลายคนแต่มีความประพฤติที่ไม่ดีไม่เป็นที่พอใจแก่ตนเอง จึงรับบุตรของผู้อื่นมาเลี้ยงดูเป็นบุตรของตนเองอีก
- (3) เพื่อช่วยเหลือเด็กให้ได้รับการคุ้มครองให้มาอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของผู้ที่ต้องการรับเด็กไปเลี้ยงเสมือนบุตรของตนเอง

<sup>109</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, หน้า 740.



สาเหตุของการรับบุตรบุญธรรมในปัจจุบัน<sup>110</sup> เช่น เป็นบุคคลที่ไม่มีบุตรของตนเอง รับบุตรของภรรยา หรือหลานมาเป็นบุตรบุญธรรม เคยมีความใกล้ชิดหรือผูกพันกับเด็กมาก่อน เด็กเคยอยู่ในครอบครัวอุปถัมภ์ของตนเองมาก่อน มีความต้องการช่วยเหลือเด็กกำพร้า หรือเด็กถูกทอดทิ้ง เป็นบุคคลที่มีบุตรเพียงคนเดียว เป็นบุคคลที่มีบุตรน้อย และไม่มีบุตรอีก มีความต้องการให้เด็กมาเป็นผู้สืบทอดตระกูล มีความต้องการให้มีคนมาดูแลยามแก่เฒ่า จากที่กล่าวมาข้างต้นทำให้วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมเปลี่ยนไป ซึ่งส่วนใหญ่เพื่อต้องการมีบุตรโดยให้ความสำคัญกับผู้รับบุตรบุญธรรมมากพอสมควรจึงทำให้วัตถุประสงค์ขยายไปมากขึ้น เพื่อแสดงถึงความเมตตากรุณา และเสียสละ เพื่อสนองความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรม เพื่อสนองความต้องการของบุคคลที่ขาดบิดามารดา อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมหลักที่ควรคำนึงก็เพื่อความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้ใช้กฎหมายควรระลึกถึงเจตนารมณ์ของการรับบุตรบุญธรรมด้วย

### 3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

#### 3.2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมมีมาตั้งแต่สมัยโบราณเพราะเป็นสัญชาตญาณของมนุษย์ที่ต้องการมีความสัมพันธ์ฉันบิดามารดาและบุตรต่อกัน เกิดจากการกระทำทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นสายโลหิตเดียวกัน ทั้งไม่จำเป็นต้องมีสัญชาติเดียวกัน<sup>111</sup> การรับบุตรบุญธรรมมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะอุปการะเลี้ยงดู ปกป้องคุ้มครองบุตรบุญธรรมในลักษณะเดียวกันกับที่บิดามารดาทั่วไปปฏิบัติต่อบุตรสืบสายโลหิตของตน<sup>112</sup> โดยมีจุดประสงค์เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการให้ความรัก การอุปการะเลี้ยงดู การเข้าใจซึ่งกันและกัน และสนับสนุนพัฒนาการต่างๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเจตนารมณ์ของการรับบุตรบุญธรรมเริ่มเปลี่ยนไปซึ่งมีทั้งบุคคลที่ต้องการรับบุตรบุญธรรมมาเลี้ยงดูอย่างบุตรตนเองให้ความรักและความเอาใจใส่ แต่ในอีกมุมหนึ่งการรับบุตรบุญธรรมโดยนำเด็กไปทรมานก็เป็นการสร้างปัญหาให้กับสังคมเป็นอย่างมาก เช่น การนำเด็กมาเป็นคนรับใช้ที่บ้าน นำมาเพื่อค้าประเวณี หรือทำธุรกิจเชิงพาณิชย์ที่เป็นอันตรายและเป็นผลร้ายแก่ตัวของเด็กเอง เมื่อ

<sup>110</sup> ชาญญา สนิทวงศ์ ณ อยุธยา, อัญมณี บูรมกานนท์ และ วิลาส อยู่ถนอม, “การศึกษาสภาพการณ์การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม,” (รายงานการวิจัย สาขาการจัดการ โครงการสวัสดิการสังคม บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, 2537), หน้า 36

<sup>111</sup> ชาตชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว, หน้า 665.

<sup>112</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 469.

จุดประสงค์เปลี่ยนไปผลที่ตามมาอาจก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมขึ้นมาอีก กล่าวคือ อาจมีการเลิกรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม ในกรณีที่บุตรบุญธรรมนั้นไม่สามารถทำตามที่ผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นต้องการได้ หรือเป็นการเลี้ยงแบบทิ้งๆ ขว้างๆ ทำให้เด็กที่ถูกเลี้ยงมีปัญหาทางด้านจิตใจและพฤติกรรมต่างๆ ก็จะแย่งและเป็นปัญหาที่สังคมก็ต้องช่วยกันแก้ปัญหาต่อไป

การรับบุตรบุญธรรมของไทยมีทั้งการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วและการรับบุตรบุญธรรมที่ยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ปัญหาในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมสำหรับผู้ที่ยังบรรลุนิติภาวะแล้วนั้นมักจะไม่ค่อยเกิดปัญหาแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมสามารถให้ความยินยอมได้เองก่อนที่จะไปเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น แต่ผู้เยาว์นั้นไม่สามารถที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาในหลายๆ ด้าน<sup>113</sup> กล่าวคือ

การรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของการให้ความสำคัญบุตรบุญธรรมมากกว่าผู้รับบุตรบุญธรรม เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เด็กมีความเป็นอยู่ในครอบครัวใหม่ที่ดี และมีความสมบัติที่สามารถเลี้ยงดูและอุปการะเด็กให้มีโอกาสที่ดีขึ้นได้ มิได้ให้ความสำคัญกับความต้องการผู้รับบุตรบุญธรรมที่เกิดจากการที่ตนเองไม่มีบุตร หรือบรรเทาความเหงาที่ตนเองไม่สามารถมีบุตรได้ ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมควรจะต้องมีการคำนึงถึงความต้องการทั้งสองฝ่ายให้สอดคล้องกัน

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีความสามารถทางด้านเศรษฐกิจให้แก่บุตรบุญธรรมได้ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการให้การศึกษาและพัฒนาในด้านต่างๆ ตามความเหมาะสม กล่าวคือ การที่รับบุตรบุญธรรมไปเลี้ยงดูแล้วจะต้องไม่ทำให้รู้สึกว่าเป็นภาระครอบครัว

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีความพร้อมในด้านต่างๆ ให้กับบุตรบุญธรรม เช่น การมีอาชีพที่มั่นคง มีความพร้อมที่จะให้การอบรมเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมให้โตมาเป็นมนุษย์ที่ดีต่อสังคมได้ และมีทัศนคติที่ดีต่อการรับบุตรบุญธรรมเป็นการอุทิศตนเองให้กับบุตรบุญธรรม โดยไม่มีการคาดหวังในตัวบุตรบุญธรรมในการเลี้ยงดูตนเองในยามแก่ชราหรือหวังสมบัติของเด็กที่เป็นญาติของตนเอง

ดังนั้น ก่อนที่จะมีการรับบุตรบุญธรรมควรที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของผู้เยาว์และความสอดคล้องกับความต้องการของผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมด้วย เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมเป็นการให้ครอบครัวใหม่แก่บุตรบุญธรรมโดยอำนาจการปกครองของบิดามารดาเดิมถูกตัดขาดไปและอำนาจดังกล่าวไปอยู่กับผู้รับบุตรบุญธรรมแทน จึงต้องตระหนักและคิดให้รอบคอบกับการรับบุตรบุญธรรมนั้นให้เกิดประโยชน์มากที่สุดและไม่เกิดปัญหาต่อสังคมตามมา

<sup>113</sup> สุพัตรา เพชรหมื่น, รายงานการวิจัย เรื่องทัศนคติของคนไทยบางกลุ่มต่อการรับบุตรบุญธรรม, คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ( กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2527) หน้า 12-19

### 3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว

สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่มีความสำคัญที่สุดของมนุษย์และเป็นรากฐานของสังคม ซึ่งเป็นสถาบันทางสังคมในระดับย่อยที่สุด จะเห็นได้ว่าสถาบันครอบครัวเป็นจุดแรกเริ่มของชีวิตมนุษย์ที่จะเติบโตและก้าวสู่สังคมในอนาคต จึงทำให้กฎหมายเข้ามามีบทบาทกับสถาบันครอบครัวเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองตลอดมา อย่างไรก็ตาม ในแต่ละสังคมย่อมมองสถาบันครอบครัวแตกต่างกันออกไป อันส่งผลต่อความหมายของสถาบันครอบครัว โดยนักวิชาการบางท่านได้ให้ความหมายของคำว่า ครอบครัว ไว้ดังนี้<sup>114</sup>

George P. Murdock กล่าวว่า ครอบครัว คือ กลุ่มคนในสังคมที่อาศัยอยู่ร่วมกัน โดยมีการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจและการผลิตสมาชิกใหม่เพิ่มขึ้น ภายในครอบครัวจะประกอบไปด้วยผู้ใหญ่ทั้ง 2 เพศ อย่างน้อย 2 คน อยู่ร่วมกัน ซึ่งได้รับการยอมรับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกันอย่างถูกต้องและมีลูกอย่างน้อย 1 คน จะเป็นบุตรโดยสายโลหิตหรือเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้

Keesing and Keesing กล่าวว่า ครอบครัว คือ หน่วยเครือญาติที่มีความใกล้ชิดสนิทสนมประกอบด้วยมารดาและบุตร บิดาของบุตรไม่จำเป็นต้องอยู่ร่วมด้วยก็ได้ แต่ในสังคมส่วนใหญ่ครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วยบิดามารดาและบุตร

Hoebel กล่าวว่า ครอบครัว เป็นกลุ่มคนอันประกอบด้วยคู่สมรส และบุตรของคู่สมรสนั้น

นอกจากนี้แนวความคิดของนักสังคมวิทยาได้ให้ความหมายของคำว่า “ครอบครัว” ว่าเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด และมีความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกอย่างแน่นแฟ้นที่สุด เป็นหน่วยของเครือญาติ เริ่มต้นจากชายและหญิงที่ตกลงจะตั้งหน่วยใหม่ในสังคม และชายหญิงนั้นต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามประเพณีและกฎหมายของบ้านเมือง เมื่อผ่านพิธีการต่างๆ นั้นแล้ว สังคมย่อมเคารพและสนับสนุนหน่วยสังคมที่ตั้งขึ้นใหม่นี้<sup>115</sup> และนักสังคมวิทยาได้แบ่งประเภทของครอบครัวออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ครอบครัวเลี้ยงเดี่ยว (Nuclear Family) คือ ครอบครัวที่มีบิดามารดา และบุตรอาศัยอยู่ในบ้าน

<sup>114</sup> ศิริพันธ์ ถาวรทวิวงศ์, ครอบครัวและเครือญาติ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 60-61.

<sup>115</sup> ก่อ สวัสดิ์พาณิชย์, ความสัมพันธ์ในครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วัฒนาพานิช, 2519), หน้า 14.

ครอบครัวขยาย (Extended Family) หรือ ครอบครัวต่อกัน (Stem Family) เป็นครอบครัวที่ใหญ่กว่าครอบครัวเลี้ยงเดี่ยว นอกจากจะประกอบไปด้วย บิดามารดา และบุตรแล้ว ยังมีบุคคลอื่นๆ เช่น ปู่ย่า ตายาย หรือลุงป้า น้าอา อาศัยอยู่รวมกัน

ครอบครัวใหญ่ในปัจจุบันมักจะคลายความสำคัญลง และครอบครัวสมัยใหม่อย่างครอบครัวเลี้ยงเดี่ยวได้มีความสำคัญแทน อย่างไรก็ตาม การพัฒนาของสังคมส่งผลมาถึงสมาชิกของสังคมเป็นอย่างมาก สถาบันที่ได้รับผลกระทบอย่างชัดเจน คือ สถาบันครอบครัว จึงทำให้สถาบันครอบครัวมีโครงสร้างชนิดใหม่ขึ้น ได้แก่ ครอบครัวที่มีหัวหน้าครอบครัวเพียงฝ่ายเดียว (One Parent Family หรือ Single Parent Family) ซึ่งครอบครัวประเภทนี้จะประกอบไปด้วย บิดากับบุตร หรือ มารดากับบุตร เท่านั้น ซึ่งอาจจะเกิดจากการหย่าร้างหรือคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต และครอบครัวประเภทนี้มักจะมีเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ในสังคมปัจจุบัน<sup>116</sup> นอกจากนี้ สถาบันครอบครัวยังเป็นสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญต่อมนุษย์ และสถาบันครอบครัวยังมีบทบาทหน้าที่ในการตอบสนองสังคมในด้านต่างๆ ดังนี้

(1) หน้าที่ทางเพศ (sex) ครอบครัวเป็นสถาบันที่เกิดขึ้นหลังจากมีการสมรสระหว่างบุคคลสองคนขึ้นไป และเมื่อมีการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสก็จะเป็นเรื่องที่ไม่ผิดธรรมเนียมประเพณีอีกต่อไป ทั้งยังส่งผลเป็นการให้กำเนิดบุตรอย่างถูกต้องตามประเพณีและกฎหมายอีกด้วย จึงกล่าวได้ว่า สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ตอบสนองความพึงพอใจทางเพศให้แก่สังคมโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) หน้าที่ในการผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม เป็นภาระหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของสถาบันครอบครัว เนื่องจากหากไม่มีการผลิตสมาชิกเข้าสู่สังคมแล้วอาจทำให้มนุษย์สูญพันธุ์ และด้วยภาระหน้าที่นี้เองจึงทำให้รูปแบบของการสมรสจึงกำหนดให้เป็นเพศชายและเพศหญิง เพราะหากเป็นเพศอื่นแล้วย่อมไม่สามารถผลิตสมาชิกได้เลย

(3) หน้าที่ในการเลี้ยงดูสมาชิกให้อยู่รอดปลอดภัยและเติบโตอย่างแข็งแรง เมื่อครอบครัวมีการผลิตสมาชิกในครอบครัวแล้วนั้น บุตรที่เกิดมาไม่อาจจะเลี้ยงดูหรือใช้ชีวิตได้โดยลำพัง ย่อมมีการปลูกฝังและพัฒนาบุตรนั้นให้มีความแข็งแรงและสามารถเผชิญสู่สังคมภายนอกได้ ดังนั้นมนุษย์ทุกคนจึงจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน โดยเริ่มต้นจากบุคคลในครอบครัวที่มีความใกล้ชิดกันและการเลี้ยงดูที่ดีที่สุดของมนุษย์ คือ ครอบครัวนั่นเอง

<sup>116</sup> J. Ross Eshleman, *The Family : An Introduction*, 7 ed. (Allyn & Bacon, 1993), pp. 92-94.

(4) หน้าที่ในการบรรจุบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งในสังคม ครอบครัวมีหน้าที่ต่อสังคมในการบรรจุสมาชิกเข้าสู่สังคมหลังจากที่สมาชิกได้เกิดขึ้น ซึ่งการบรรจุสมาชิกใหม่เข้าสู่ตำแหน่งทางสังคมนั้นย่อมเป็นไปโดยอัตโนมัติ เช่น ในสังคมนวาระอินเดียทารกแรกเกิดจะได้รับตำแหน่งในสังคมตามวาระของครอบครัวโดยอัตโนมัติ

(5) หน้าที่ในการขัดเกลาและถ่ายทอดประเพณี ได้แก่ การให้การศึกษาแก่สมาชิกใหม่ในครอบครัว อบรมขัดเกลาทางสังคม การอุปการะเลี้ยงดู และหล่อหลอมบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลอย่างค่อยเป็นค่อยไป ซึ่งอาจจะเกิดจากการเลียนแบบพฤติกรรมของคนในครอบครัว ตลอดจนการเรียนรู้ถึงกฎเกณฑ์ แนวความคิด และวิถีชีวิตในการดำรงตนในสังคม

(6) หน้าที่ในการร่วมมือทางเศรษฐกิจหรือช่วยกันทำมาหากิน เนื่องจากครอบครัวของมนุษย์จะประกอบไปด้วยคนอยู่สองช่วงอายุ คือ บิดามารดา และบุตร ซึ่งบิดามารดาย่อมมีหน้าที่ในการทำมาหากินเพื่อหารายได้เข้ามาจุนเจือครอบครัว และมีลักษณะเป็นการพึ่งพาของคนในครอบครัวมากกว่าพึ่งพาผู้อื่นในสังคม และเลี้ยงดูบุตรของตนเองให้ปลอดภัยจากอันตรายภายนอกด้วย

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของสถาบันครอบครัวที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจให้กำเนิดสมาชิกใหม่ของสังคมได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมก็เป็นเครื่องมือหนึ่งในการผ่อนปรนให้คู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมได้<sup>117</sup> โดยกฎหมายเข้ามามีบทบาทในการออกกฎหมายทางสังคม บัญญัติรับรองความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยการกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ เนื่องจากสังคมเล็งเห็นถึงความสำคัญของสถาบันครอบครัว และการรับบุตรบุญธรรมก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสถาบันครอบครัว ครอบครัวใหม่จึงมีหน้าที่เช่นเดียวกันกับครอบครัวเดิมของบุตรบุญธรรม ซึ่งแนวคิดของการรับบุตรบุญธรรมเป็นการให้ความสำคัญแก่เด็กหรือบุตรบุญธรรมมากกว่าการให้ความสำคัญกับผู้ใหญ่ ทั้งบุตรบุญธรรมควรได้รับการเติบโตในครอบครัวที่ให้ความรัก ความสุข ความเข้าใจ และสามารถพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้อย่างเต็มที่และเพียบพร้อม<sup>118</sup>

<sup>117</sup> ก่อ สวัสดิ์พาณิชย์, ความสัมพันธ์ในครอบครัว, หน้า 17-18.

<sup>118</sup> ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ, แปลโดย ดำรง ธรรมารักษ์, (กรุงเทพมหานคร: สหทัยมูลนิธิ, 2538) หน้า 3

### 3.2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับครอบครัวบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมเป็นกระบวนการที่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ของเด็กที่มีความมั่นใจว่าไม่สามารถอาศัยอยู่กับครอบครัวที่แท้จริงของเขาได้อีก ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม การหาครอบครัวให้แก่เด็กจึงต้องมีกระบวนการในการแสวงหาครอบครัวที่เหมาะสมและมั่นใจว่าหากเด็กอยู่ในครอบครัวบุญธรรมนั้นแล้ว จะได้รับการอุปการะและมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น และกระบวนการของการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของสถาบันทางสังคมที่ไม่ใช่เป็นการตกลงกันระหว่างบุคคลเท่านั้น โดยบุคคลที่มีความสำคัญในการรับบุตรบุญธรรมสามารถแบ่งได้ดังนี้

- (1) บิดามารดาที่แท้จริงของเด็ก
- (2) ตัวเด็กเอง
- (3) ผู้ที่จะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม
- (4) สังคมและสิ่งแวดล้อมทั้งหมด

ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทั้งหมดนี้มีความเกี่ยวพันกันอย่างมีนัยสำคัญทีเดียว ไม่ว่าจะเป็ บิดามารดาที่แท้จริงของเด็กที่จะต้องตกลงยกบุตรของตนเองให้แก่ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อดูแล บุตรนั้นต่อไป และบิดามารดาของบุตรที่ยกบุตรให้แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมแล้วจะต้องไม่ทำให้ผู้รับบุตร บุญธรรมได้รับความลำบากใจในการใกล้ชิดบุตรมากเกินไปจนเสมือนว่าตนเองยังอุปการะเลี้ยงดูบุตร นั้นอยู่ อีกทั้งบิดามารดาตนเองย่อมเป็นด้านสำคัญที่จะคอยตรวจสอบและยอมรับว่าจะยกบุตรของตน ให้แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือไม่ และตัวของเด็กเองจะต้องมีความพอใจที่จะไปอยู่กับครอบครัวของ ผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย และที่สำคัญคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนไม่ว่าจะทั้งทาง กฎหมายและสังคม รวมถึง สังคมและสิ่งแวดล้อมต่างๆ ย่อมมีส่วนที่มีผลในการดำเนินชีวิตของเด็ก เช่นกัน หากทุกฝ่ายที่มีความเกี่ยวข้องต่างมีส่วนร่วมในการช่วยแบ่งเบาภาระของภาครัฐ ลดปัญหา ทางสังคม ก็จะช่วยส่งเสริมให้เด็กมีการเจริญเติบโตอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

### 3.2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครอง

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์กับระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ได้รับอิทธิพลที่แตกต่างกัน โดยระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้รับอิทธิพลมาจาก ระบบกฎหมายโรมัน ส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้รับอิทธิพลมาจากหลักศาสนาคริสต์และ กระบวนการพิพากษาคดีโดยศาล สามารถอธิบายได้ดังนี้

- (1) แนวความคิดเรื่องอำนาจทางปกครองในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แนวความคิดนี้ มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน และระบบกฎหมายเยอรมัน โดยกฎหมายครอบครัวของ

อาณาจักรโรมันในทุกๆ ครอบครัวจะมีบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวซึ่งจะเป็นบรรพบุรุษเพศชายที่อาวุโสสูงสุดในครอบครัว หากครอบครัวใดยังมีปู่ซึ่งเป็นผู้มีอาวุโสสูงสุดอยู่ในครอบครัว ปู่ก็จะถือว่าเป็นหัวหน้าครอบครัวนั้น โดยจะปกครองทั้งบิดา และหลานด้วย บิดายังไม่มีอำนาจปกครองหรือเป็นหัวหน้าครอบครัว หากปู่ผู้มีอาวุโสสูงสุดยังไม่ถึงแก่ความตาย และหัวหน้าครอบครัวนี้เองจะเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองบุคคลในครอบครัว ซึ่งเป็นอำนาจที่สืบทอดต่อมาโดยสายโลหิตในระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดานที่มีเพศชาย ผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเหนือบุตรในลักษณะของกรรมสิทธิ์ เช่น การจำหน่าย ทอดทิ้ง ขับไล่ หรือฆ่าบุตรนั้นก็ได้อันเป็นอำนาจซึ่งเข้าชีวิต (Jus Vitae Necisque)<sup>119</sup> นอกจากนี้บิดายังมีอำนาจในตัวบุคคลของบุตรแล้วยังมีอำนาจในทางทรัพย์สินทั้งหมดของบุตรด้วย อำนาจการปกครองนี้จะมีเหนือบุตรไปจนกว่าบิดาจะถึงแก่ความตาย และอำนาจปกครองนั้นก็ตกทอดมาเป็นของบุตรซึ่งบุตรจะมีอำนาจเหนือสมาชิกอื่นในครอบครัวที่เคยอยู่ในความปกครองของบิดามาก่อน อำนาจการปกครองดังกล่าวมีอยู่เรื่อยมาจนกระทั่งอิทธิพลทางศาสนาเข้ามามีบทบาทในสมัยพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียนทำให้อำนาจการปกครองที่บิดามีต่อบุตรถูกลดระดับให้มีสิทธิเพียงลงโทษบุตรของตนตามสมควรเท่านั้น และในสมัยพระเจ้าจักรพรรดิคอนสแตนติน อำนาจฆ่าบุตรถือเป็นที่ผิดกฎหมาย

(2) แนวความคิดเรื่องอำนาจทางปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แนวความคิดนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของศาสนาคริสต์และระบบศาลคดีเด็กและเยาวชน และให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตร โดยหลัก *Parens Patriae* ที่ถือว่ารัฐอยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองสูงสุด รัฐจะเข้ามามีบทบาทหรือสอดเข้ามาเกี่ยวข้อง หากพบว่าบิดามารดาบกพร่องในการดูแลบุตร ซึ่งในคัมภีร์ไบเบิลกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อบรมสั่งสอนบุตรให้เจริญเติบโตโดยไม่ละทิ้งแนวทางที่จะได้รับการสั่งสอนนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองที่บิดามารดามีต่อบุตรยังคงยืนหยัดอยู่เสมอมาไม่ว่าศาสนาคริสต์จะผ่านมาในทุกยุคทุกสมัย โดยครอบครัวยังคงเป็นพื้นฐานของสังคมในการขัดเกลาบุตรอยู่อย่างนั้น

จึงอาจสรุปได้ว่า อำนาจการปกครอง หมายถึง อำนาจในการดูแลผู้เยาว์ทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็อำนาจในการกำหนดที่อยู่ให้แก่บุตร อำนาจในการลงโทษบุตรตามสมควร หรืออำนาจในการให้บุตรทำงานตามสมควร เมื่อบุตรที่เกิดมายังไม่บรรลุนิติภาวะ การจัดการใดๆ อาจจะไม่สะดวกหรืออาจจะมีผลเสียได้ จึงจำเป็นที่จะต้องตกอยู่ภายใต้การดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี เพื่อให้คำแนะนำในการดำเนินชีวิต และไม่ทำกิจการใดๆ อันเป็นผลทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยปกติหากบุตรนั้นมีทั้งบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครองก็

<sup>119</sup> ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน*, หน้า 57.

จะเป็นทั้งบิดามารดาที่ร่วมกันใช้อำนาจปกครองดังกล่าว หรืออาจจะมีผู้ใดผู้หนึ่งเป็นคนใช้อำนาจปกครองแต่อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องให้ความยินยอมด้วย ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าอำนาจปกครองนั้นมีความสำคัญเกี่ยวกับการดูแลบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ เพื่อให้บุตรนั้นดำเนินชีวิตไปให้ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม

### 3.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไปและการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน

การรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไปกำหนดไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่เป็น การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ด้วย อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอในส่วนต่อไป

#### 3.3.1 การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

##### 3.3.1.1 การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องที่รัฐกำหนดกฎเกณฑ์บางประการสำหรับบุคคลที่จะเข้ามามีความสัมพันธ์เยี่ยงบิดามารดากับบุตรซึ่งเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่ก่อสร้างครอบครัวขึ้นมาอีกครอบครัวหนึ่ง โดยการวางเงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมเพื่อเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้ครอบครัวนั้นมีความแข็งแกร่งอันเป็นผลดีต่อรากฐานของประเทศต่อไป<sup>120</sup> โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

##### ก. เงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมในต่างประเทศอาจจะมีหลายรูปแบบ เช่น การรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ การรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา เป็นต้น แต่ของประเทศไทยมีรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมแบบเดียวคือ แบบธรรมดา นั่นคือเป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมกับบิดามารดาโดยกำเนิดไม่ถูกตัดขาดจากกัน และยังคงมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันในเรื่องอื่นๆ ตามปกติคงมีแต่อำนาจปกครองที่โอนมาเป็นของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งเงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมกำหนดไว้ดังนี้

<sup>120</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 471.



## (1) คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดคุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมว่า ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี และจะต้องมีอายุแก่กว่าบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี<sup>121</sup> แต่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ได้กำหนดไว้ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ แต่ปัจจุบันกฎหมายลดอายุของผู้รับบุตรบุญธรรมเหลือ 25 ปี เนื่องจากเห็นว่า คนในปัจจุบันสามารถประสบผลสำเร็จในชีวิตได้เร็วขึ้น และมีความเป็นผู้ใหญ่รวมทั้งยังสามารถเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมได้

สำหรับอายุของบุตรบุญธรรมนั้นไม่ได้มีการจำกัดไว้ว่าจะต้องมีอายุเท่าใด ดังนั้น ไม่ว่าบุตรบุญธรรมจะมีอายุเท่าใดก็ตามผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถรับบุคคลนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้ หากตนเองมีอายุ 25 ปีขึ้นไป และมีอายุห่างจากผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี เหตุที่ต้องอายุห่างกันถึง 15 ปี เพื่อให้บุตรบุญธรรมมีความเคารพนับถือผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับเคารพบิดามารดาตนเอง การบุตรบุญธรรมที่ผู้เยาว์จะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ด้วย อีกทั้ง ผู้เยาว์จะเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่า 2 คนไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม

## (2) การให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมเป็นการกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรม บิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรม หรือแม้กระทั่งคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ย่อมต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลเหล่านี้ด้วยเช่นกัน

ความยินยอมของบุตรบุญธรรม<sup>122</sup> บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไปจะต้องให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมด้วยตามมาตรา 1598/20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะผู้เยาว์ในวัยดังกล่าวมีวิจรรย์ญาณในระดับที่สามารถแยกแยะ และเข้าใจสภาพการเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่หากเป็นการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมไม่สามารถที่จะตัดสินใจในเรื่องสำคัญได้ด้วยตนเองจึงต้องให้บิดามารดาแสดงความยินยอมแทนก็เพียงพอแล้ว

ความยินยอมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม<sup>123</sup> ในการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมจะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกัน อีกทั้งยังมี

<sup>121</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/19

<sup>122</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/20

<sup>123</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25

ผลกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย จะเห็นได้จากมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานจึงมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรม อันส่งผลต่อส่วนแบ่งมรดกของคู่สมรสอีกฝ่าย ดังนั้น ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสนั้นก่อน เช่นเดียวกันกับการขอความยินยอมจากคู่สมรสของบุตรบุญธรรม หากบุคคลที่จะให้ความยินยอมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ต้องร้องขอต่อศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสนั้น<sup>124</sup>

ความยินยอมของบิดามารดา<sup>125</sup> ผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของตนเองเสียก่อน หากผู้เยาว์มีทั้งบิดาและมารดาจะต้องได้รับความยินยอมทั้งสองคน หากมีบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว หรือคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตหรือมีอำนาจปกครองอยู่ หากมีผู้ปกครอง โดยบิดามารดาทั้งสองคนยังมีชีวิตอยู่ หรือมีอยู่คนเดียวแต่ถูกถอนอำนาจการปกครอง หรือบิดามารดาถึงแก่กรรมไปหมดแล้ว อาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้ หากมีบิดามารดาคนใดหรือคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดา ผู้ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนก็ได้

ความยินยอมของผู้รับผิดชอบในสถานสงเคราะห์เด็ก กรณีผู้เยาว์ถูกทอดทิ้งและอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์<sup>126</sup> ตามกฎหมายว่าด้วยการสงเคราะห์และคุ้มครองเด็ก สถานสงเคราะห์จะต้องให้ความยินยอมแทนบิดามารดา โดยไม่จำเป็นต้องไปขอความยินยอมจากบิดาและมารดาของผู้เยาว์ เนื่องจากไม่สามารถหาตัวบิดาหรือมารดาได้ และการทอดทิ้งนั้นเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ต้องการใช้อำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์นั้นอีกแล้ว ซึ่งความหมายของถูกทอดทิ้งตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน คือ การละเลย ทิ้งขว้าง ไม่เอาเป็นธุระ ไม่เอาใจใส่ไม่นำพา เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาว่าได้ทอดทิ้งผู้เยาว์โดยไม่มีเจตนาอุปการะเลี้ยงดูอีกต่อไป หากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนสถานสงเคราะห์เด็กก็ได้

<sup>124</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25

<sup>125</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21

<sup>126</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22

กรณีผู้เยาว์ไม่ได้ถูกทอดทิ้งแต่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของสถานสงเคราะห์เด็ก<sup>127</sup> โดยบิดาและมารดาของผู้เยาว์ หรือบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ เป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมจะมอบอำนาจให้สถานสงเคราะห์มีอำนาจในการยินยอมแทนตนเองก็ได้ หากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนสถานสงเคราะห์เด็กก็ได้

กรณีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนสถานสงเคราะห์มีความต้องการจะรับผู้เยาว์ในสถานสงเคราะห์ที่ตนดูแลอยู่เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลแทนการให้ความยินยอมของสถานสงเคราะห์นั้นเสียก่อน

### (3) แบบของการรับบุตรบุญธรรม

การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม<sup>128</sup> เมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้นเพื่อให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นสมบูรณ์จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนกันด้วย เนื่องจากการจดทะเบียนการรับบุตรบุญธรรมเป็นวิธีการสำคัญที่ทำให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นสมบูรณ์เพราะการรับผู้อื่นมาเลี้ยงดูนั้นไม่มีบทกฎหมายใดให้ถือว่าเป็นบุตรตามกฎหมายของผู้นั้น<sup>129</sup> อีกทั้งยังมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมอีกด้วย

(4) การเลิกรับบุตรบุญธรรม เมื่อมีเหตุทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ก็สามารถเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ โดยการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยความตกลงกันหรือการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการฟ้องก็ได้

### ข. ผลของการรับบุตรบุญธรรม

(1) สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ปัจจุบันบุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงนำสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมมีหน้าที่เสมือนกับบิดามารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรม มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู และบุตรบุญธรรมเองก็มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อผู้รับบุตรบุญธรรมเหมือนดังที่ปฏิบัติต่อบิดามารดาโดยกำเนิดของตนเอง

<sup>127</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/23

<sup>128</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27

<sup>129</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 488/2509

(2) สิทธิในการรับมรดก เมื่อบุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม จึงถือว่าบุตรบุญธรรมมีสิทธิที่จะรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม และเป็นทายาทโดยธรรมลำดับที่ 1 เท่าเทียมกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด

### 3.3.1.2 การรับบุตรบุญธรรมตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.

2522

#### ก. หลักการและเหตุผลของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

เนื่องจากการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแต่เดิมเคยจำกัดอยู่เฉพาะในระหว่างเครือญาติและผู้รู้จักคุ้นเคยกัน แต่ในตอนนี้มีการแพร่ขยายออกไปสู่บุคคลภายนอกอื่นๆ ทั้งคนไทยและคนต่างชาติ จึงเห็นว่าควรมีการกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไว้เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญและป้องกันการค้าเด็กในรูปแบบของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมและเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบิดามารดาที่แท้จริงของเด็ก ตลอดจนประโยชน์ของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จึงตราพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมขึ้น โดยประกาศใช้ในปี 2522 ซึ่งทำให้การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองทางกฎหมายและสังคมเพื่อเป็นประโยชน์ต่อเด็กเป็นสำคัญ

#### ข. สาระสำคัญของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

การพิจารณาเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วยังต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ด้วย ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีการกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์อื่นๆ อันจำเป็นต่อการรับบุตรบุญธรรมเป็นพิเศษมากกว่าการรับบุตรบุญธรรมตามธรรมดา ซึ่งคำว่า “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม<sup>130</sup> หมายความว่า ผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้แก่ผู้ที่มีอายุไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ และไม่เป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส ไม่ว่าจะเป็นการสมรสเมื่ออายุ 17 ปีบริบูรณ์ โดยได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือศาลอนุญาตให้ทำการสมรสเนื่องจากมีเหตุอันสมควร

นอกจากนั้นการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมมีการกำหนดเงื่อนไขบางประการไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 9 เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม กล่าวโดยสรุปได้ว่า

<sup>130</sup> พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 4

การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่การทดลองเลี้ยงดูนี้จะใช้บังคับแก่กรณีและผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเป็น พี่ร่วมบิดามารดา พี่ร่วมบิดาหรือมารดา ทวด ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา หรือผู้ปกครองของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม หรือบุคคลอื่นตามเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

กรณีที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยงดู<sup>131</sup> คือ

(1) กรณีที่ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาของเด็ก คือ ทวด ปู่ ย่า ลุง ป้า อาของเด็ก ในกรณีที่บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันและบิดาไม่ได้จดทะเบียนรับรองบุตร

(2) ผู้ที่เป็นคู่สมรสของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของเด็ก ซึ่งคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี ในกรณีที่ญาติสืบสายโลหิตดังกล่าวได้ยื่นขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม

(3) ผู้ที่ขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือน้อยกว่า 6 เดือนแต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี

(4) กรณีที่ผู้รับอนุญาตจากกรมประชาสงเคราะห์ให้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ถูกทอดทิ้งแบบครอบครัวอุปถัมภ์ และได้เลี้ยงดูเด็กนั้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปีโดยมีผลการเลี้ยงดูเป็นที่น่าพอใจ

(5) ผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ถูกทอดทิ้งไว้กับตน โดยได้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมนั้นมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี และศาลได้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของบิดามารดาในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

ในระหว่างการทดลองเลี้ยงดูผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมอาจถอนคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ หรือบิดามารดาอาจขอให้ยกเลิกคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นก็ได้หากเห็นว่าผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นไม่มีความเหมาะสม

หากครบกำหนดการทดลองเลี้ยงดูแล้วและผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีความเหมาะสม คณะกรรมการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมสั่งอนุมัติให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

<sup>131</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ข้อ 27

ค. กฎหรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

(1) กฎกระทรวงฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เช่น องค์การสวัสดิภาพเด็ก การขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในประเทศไทย โดยมีการกำหนดเกี่ยวกับเอกสารและหลักฐานของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม การขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในต่างประเทศ การทดลองเลี้ยงดูเด็ก กระบวนการตลอดจนข้อยกเว้นในการเลี้ยงดูเด็ก

(2) กฎกระทรวง การสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554

ในการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมว่ามีความเหมาะสมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ และสอบคุณสมบัติหรือสภาพความเป็นอยู่ ความเหมาะสมของบุคคลที่มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม

(3) ระเบียบคณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการเตรียมความพร้อมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554

เป็นระเบียบเกี่ยวกับการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดเตรียมความพร้อมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแก่ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมและเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม โดยพนักงานเจ้าหน้าที่จะให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องแก่การคุ้มครองเด็ก ความรู้ในการเลี้ยงดูเด็ก การพัฒนาการเด็ก และให้ข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับประวัติเด็กที่จะมอบให้แก่ผู้ขอรับบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ จะต้องเตรียมความพร้อมให้แก่เด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมด้วย โดยการตรวจและประเมินพัฒนาการเด็กตามวัย ทางร่างกาย และจิตใจ เป็นต้น พัฒนาทักษะการช่วยเหลือตนเองในกิจวัตรประจำวัน ทักษะทางสังคม ภาษา การสื่อสาร และให้เด็กได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับครอบครัวของผู้ขอรับเด็กและสภาพแวดล้อมตามความเหมาะสม

(4) ระเบียบคณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการขอขยายระยะเวลาการดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีมีพฤติการณ์พิเศษ พ.ศ. 2554

เป็นกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนได้ภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำอนุมัติของคณะกรรมการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือนับแต่ที่ศาลมีคำสั่ง

จากที่ได้ศึกษาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมแล้วนั้นจะพบว่า ทั้งเรื่องข้อกำหนดเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมเป็นการกำหนดไว้กว้างและไม่ได้จำกัดเพศที่จะรับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใดซึ่งหากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะรับบุตรบุญธรรมนั้นย่อมสามารถกระทำได้โดยการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวซึ่งจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 อย่างไรก็ตามในการรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสยังไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายจึงไม่ได้อยู่ในสถานะของคู่สมรสที่จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ จึงมีพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เพื่อให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่จะสามารถรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองและมีอำนาจปกครองร่วมกันได้ซึ่งจะนำเสนอในหัวข้อต่อไป

สำหรับประเด็นเรื่องการนำกระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับสถาบันครอบครัว ปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีวัตถุประสงค์ของการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม และควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง โดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง และรวดเร็ว ส่งผลให้ปัญหาหรือข้อจำกัดในการตั้งครรภ์ของหญิงที่มีบุตรยากหรือไม่อาจมีบุตรได้เริ่มคลี่คลายลง อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ในเรื่องช่วยการเจริญพันธุ์มิได้จำกัดอยู่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น แต่ได้ขยายไปยังบุคคลภายนอก เช่น หญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสที่เข้ามาทำหน้าที่ในการรับตั้งครรภ์แทน ในหลายประเทศจึงมีกฎหมายที่จัดระเบียบการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อป้องกันปัญหาการฟ้องร้องหรือประเด็นทางจริยธรรมในสังคมที่อาจเกิดขึ้นตามมา<sup>132</sup> ซึ่งการอุ้มบุญ หรือการตั้งครรภ์แทนจะสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

<sup>132</sup> เอื้ออารีย์ อัจจะนิล, รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. .... (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 7

(1) วิธีการดำเนินการตั้งครรรค์ คือ การตั้งครรรค์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยนำตัวอ่อนที่เกิดจากไข่และอสุจิของสามีภรรยา หรือ ตัวอ่อนที่เกิดจากไข่หรืออสุจิของสามีภรรยา กับ ไข่หรืออสุจิของผู้อื่นแต่ไม่อนุญาตให้ไข่ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน เข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงอื่นเพื่อให้ตั้งครรรค์แทน<sup>133</sup>

(2) บุคคลที่มีสิทธิดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทน คือ ต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย (จดทะเบียนสมรส) และมีความพร้อมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก ดังนั้น หญิงโสด ชายโสด ชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส และคู่รักเพศเดียวกันจึงไม่มีสิทธิดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนตามกฎหมายฉบับนี้<sup>134</sup>

(3) หญิงที่รับตั้งครรรค์แทน ต้องมีลักษณะดังนี้ หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรรค์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย<sup>135</sup>

(4) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร และให้ผู้มีส่วนได้เสียมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ในกรณีที่สามีและภรรยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นสาระสำคัญทั่วไปในการตั้งครรรค์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อย่างไรก็ตาม มีข้อจำกัดและประเด็นเกี่ยวกับพระราชบัญญัตินี้ว่าจะมีผลไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันหรือไม่ หากกลุ่มคนดังกล่าวได้

<sup>133</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา

<sup>134</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา

<sup>135</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา



จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้ว โดยมีข้อจำกัดกลุ่มบุคคลในการเข้าเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้อ่านาจาสามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรในการเข้าเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดในเรื่องครอบครัวตามบริบทในทางกฎหมายและทางปฏิบัติของประเทศไทย ในเรื่องที่ว่าด้วยการสมรสเป็นเรื่องของชายและหญิง<sup>136</sup> ที่ตกลงอยู่กันโดยการจดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น สิทธิในเรื่องการเข้าเป็นบิดามารดาของเด็กตามร่างกฎหมายฉบับนี้จึงจำกัดเฉพาะสามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม รูปแบบการดำเนินชีวิตในปัจจุบันไม่ได้จอบอยู่ที่การจดทะเบียนสมรสกันเสมอไป การอยู่ร่วมกันของชายและหญิงมีความแตกต่างจากอดีต โดยชายหญิงเหล่านั้นมีความต้องการที่จะใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยาเพียงแต่ไม่ได้ทำการสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายซึ่งอาจจะมีเหตุผลและความจำเป็นบางประการ หากกลุ่มคนเหล่านี้ต้องการมีบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยสาเหตุที่มีบุตรยากก็จะประสบกับปัญหาว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้เปิดโอกาสให้ชายหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสมีบุตรโดยวิธีการตั้งครรภแทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นอกจากนี้ การที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ยินยอมเฉพาะสามีและภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายในการเข้ารับบริการการรับตั้งครรภแทน ย่อมหมายถึง ชายและหญิงเท่านั้น จึงส่งผลให้อาจก่อประเด็นปัญหาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ และละเมิดสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ต้องการมีชีวิตคู่และสร้างครอบครัวเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และส่งผลให้บุตรของคู่รักเพศเดียวกันกลายเป็นเด็กที่ไม่มีกฎหมายรับรอง ซึ่งกฎหมายในหลายประเทศที่มีการยินยอมให้มีการรับตั้งครรภแทนมักจะยินยอมให้คู่สมรสต่างประเทศที่จะเข้ามาเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากกระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ใช่คู่รักเพศเดียวกัน แม้แต่หลายประเทศในยุโรปจะอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ แต่ยังไม่อนุญาตให้เข้าสู่กระบวนการรับตั้งครรภแทน อย่างไรก็ตาม ในสังคมปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ไม่ว่าจะกฎหมายหรือสังคมที่มองว่าเรื่องครอบครัวเป็นเรื่องของชายและหญิงเท่านั้น แต่ความหลากหลายของรูปแบบการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันระหว่างบุคคลสองคนไม่จำเป็นต้องเป็นเพศชายและเพศหญิงอีกต่อไป ซึ่งประเทศไทยมีร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่กำลังเปิดกว้างให้มีการจดทะเบียนและยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน และแน่นอนว่าหากร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับมีผลบังคับใช้ ย่อมเกิด

<sup>136</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1448 การสมรสจะทำได้เมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

ความคาดหวังจากกลุ่มบุคคลดังกล่าวให้สามารถใช้กระบวนการรับตั้งครรรค์แทนได้เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศแน่นอน แต่การรับรองสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันหรือคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้จดทะเบียนกัน อย่างถูกต้องตามกฎหมายควรจะดำเนินการผลักดันต่อไป อีกทั้งต้องพิจารณาให้รอบด้านและถ่วงน้ำหนักทางของประเทศไทยเอง และบทเรียนจากต่างประเทศเพื่อมุ่งหมายถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

ประเทศไทยมีคดีเกี่ยวกับการอุ้มบุญของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน กล่าวคือ คดีอุ้มบุญ Carman โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า นาย Gordon Lake ชาวอเมริกา อยู่กินเป็นคู่ชีวิตกับนาย Manuel Santos ชาวสเปน นายกอร์ดอนดำเนินการโดยให้มีการตั้งครรรค์แทนโดยการถ่ายโอนตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิของนายกอร์ดอน กับไข่ที่ได้รับบริจาคจากหญิงอื่นเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงไทยผู้รับตั้งครรรค์แทน จนกำเนิดเป็นเด็กหญิง คาร์เมน (Carman) หลังจากนั้นนายกอร์ดอนรับเด็กหญิงคาร์เมนไปอุปการะจนถึงปัจจุบัน ต่อมาหญิงไทยผู้รับตั้งครรรค์ไม่ยินยอมให้เด็กหญิงคาร์เมนสามารถมีหนังสือเดินทางออกนอกประเทศพร้อมนายกอร์ดอน นายกอร์ดอนจึงยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางให้มีคำสั่งให้เด็กหญิงคาร์เมนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง ตามบทเฉพาะกาลในมาตรา 56 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558<sup>137</sup> ซึ่งหญิงไทยผู้รับตั้งครรรค์แทนยื่นคำคัดค้านในกรณีดังกล่าว

เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2558 ศาลได้มีคำสั่งคดีหมายเลขแดงที่ พ. 716/2559 ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในบทเฉพาะกาลมาตรา 56 มีเจตนารมณ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนตามสมควรแก่กรณีของแต่ละคดี ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน ส่วนสามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนผู้มีสิทธิยื่นคำร้องก็ไม่จำเป็นต้องเป็นสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คดีนี้ข้อเท็จจริงรับฟังได้เป็นที่ยุติว่า ผู้ร้องเป็นผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนโดยการถ่ายโอนตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิของผู้ร้องกับไข่ที่ได้รับบริจาคจากหญิงอื่นเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้คัดค้านซึ่งเป็นหญิงผู้รับตั้งครรรค์แทน ต่อมาผู้คัดค้านให้กำเนิดเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนครั้งนี้คือเด็กหญิง ข (นามสมมติ) หลังจากนั้น ผู้ร้องรับเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ไปอุปการะเลี้ยงดู

<sup>137</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “มาตรา 56 ให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับไม่ว่าจะมีข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทน หรือพนักงานอัยการ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ทั้งนี้จะไม่อ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้”

นับแต่แรกเกิดจนถึงปัจจุบัน อีกทั้ง พยานหลักฐานที่ผู้ร้องนำมาไต่สวนก็มีน้ำหนักรับฟังได้ว่า ผู้ร้องอุทธรณ์เรื่องเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ด้วยความรักและเอาใจใส่ นอกจากนี้ ในระหว่างพิจารณาผู้คัดค้านยังแถลงไม่คัดค้านหากศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิง ข (นามสมมติ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง จากพฤติการณ์ตามที่วินิจฉัยมา จึงสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิง ข. (นามสมมติ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง

ปัญหาประเด็นสุดท้ายมีว่า สมควรกำหนดให้ผู้ร้องและผู้คัดค้านเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ร่วมกัน หรือสมควรกำหนดให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว เห็นว่า ผู้ร้องรับเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ไปอุปการะเลี้ยงดูตลอดมานับแต่แรกเกิด ปัจจุบันเด็กหญิง ข (นามสมมติ) มีอายุ 1 ปี 3 เดือนเศษ อยู่ในวัยที่พอจะรับรู้ความ และมีความรู้สึกผูกพันกับผู้ที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูอยู่เป็นประจำหากเปลี่ยนผู้อุปการะเลี้ยงดูย่อมก่อผลกระทบต่อจิตใจและความรู้สึกของเด็กหญิง ข (นามสมมติ) อีกทั้ง ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการไต่สวนพยานผู้ร้องก็รับฟังได้ว่า ผู้ร้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ด้วยความรักและเอาใจใส่ และถึงแม้ว่าผู้ร้องเป็นคนที่รักร่วมเพศ แต่ความเป็นคนที่รักร่วมเพศมิใช่อุปสรรคที่จะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่นๆ ส่วนผู้คัดค้านมิใช่ภริยาผู้ร้องทั้งโดยพฤตินัยและนิตินัย อีกทั้งผู้ร้องกับผู้คัดค้านก็มีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ หากศาลมีคำสั่งให้ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านใช้อำนาจปกครองเด็กหญิง ข (นามสมมติ) ร่วมกันย่อมเกิดอุปสรรคในการใช้อำนาจปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งจะไม่เป็นผลดีแก่เด็กหญิง ข (นามสมมติ) จากพฤติการณ์ตามที่วินิจฉัยมาจึงสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิง ข (นามสมมติ) เพียงผู้เดียว ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่เด็กหญิง ข (นามสมมติ)

จึงมีคำสั่งว่า เด็กหญิง ข (นามสมมติ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนาย ก (นามสมมติ) ผู้ร้องและให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิง ข (นามสมมติ) เพียงผู้เดียว ค่าฤชาธรรมเนียมให้เป็นพับ<sup>138</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ ไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวว่า ประเด็นที่ศาลตัดสินให้เด็กหญิงคาร์เมนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายกอร์ดอน และประเด็นที่ให้นายกอร์ดอนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง เนื่องจาก ศาลมีอำนาจอ้างมาตรา 56 ได้ ศาลต้องยกคำร้อง เพราะนายกอร์ดอนผู้ร้องและนายซานโตสมิได้มีฐานะเป็น “สามีและภริยา” ตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น นายกอร์ดอนจะอ้างว่าเด็กหญิงคาร์เมนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตาม

<sup>138</sup> ชาวศาลเยาวชนและครอบครัว ปีที่ 10 ประจำเดือน เมษายน ฉบับที่ 726 วันที่ 26 เมษายน 2559

มาตรา 56 ไม่ได้ จึงไม่มีสิทธิร้องขอใช้อำนาจปกครองของบุตร อย่างไรก็ตามที่ตีที่สูงสุดในปัจจุบันคือ เจรจาขอความยินยอมจากแม่เด็กเพื่อจดทะเบียนรับเด็กหญิงคาร์เมนเป็นบุตรบุญธรรม<sup>139</sup>

### 3.3.2 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ประเทศไทยมีการเรียกร้องสิทธิในเรื่องของการจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยมีคู่รักเพศเดียวกัน คือ นายนที ธีระโรจนพงษ์ และนายอรรถพล จันทวี ได้เดินทางไปที่สำนักทะเบียนอำเภอเมืองเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2555 เพื่อยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส แต่นายทะเบียนไม่สามารถจดทะเบียนสมรสให้ได้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่กำหนดว่า การจดทะเบียนสมรสจะทำได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นชายและอีกฝ่ายเป็นหญิงทำให้ทั้งคู่ไม่ได้รับการจดทะเบียน จึงเห็นว่าคำสั่งปฏิเสธการจดทะเบียนครั้งนี้เป็นการละเมิดสิทธิ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมเพราะความแตกต่างทางเพศ จึงร้องเรียนไปยังกรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร และร้องเรียนกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอีกหลายแห่ง

คณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร จึงตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อศึกษาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แล้วพบบอุปสรรคทางกฎหมายหลายประการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส คณะทำงานจึงเสนอแนวคิดควรมีร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เท่าเทียมกัน แล้วจะเสนอให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผลักดันร่างกฎหมายนี้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา<sup>140</sup>

ภายหลังจากที่มีการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ฉบับดังกล่าว กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ร่วมกับ คณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน ได้จัดโครงการเสวนาทางวิชาการเพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่าง พ.ร.บ. การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ขึ้นใน 5 ครั้ง ทั่วประเทศ ประกอบด้วย

ครั้งที่ 1 จัดขึ้นเมื่อวันศุกร์ ที่ 8 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุมหงส์พันธ์ อาคารคณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม จังหวัดกรุงเทพมหานคร

<sup>139</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "คำสั่งศาลคดีอุ้มบุญ Carmen," ใน *รวมบทความ กฎหมายลักษณะครอบครัว*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 441-442.

<sup>140</sup> รายงานสรุปการเสวนาวิชาการ เพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับ(ร่าง)พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จัดโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ร่วมกับคณะกรรมการการกฎหมายการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร

ผลการสำรวจพบว่าระดับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 222 ราย ร้อยละ 77.56 เห็นด้วย ร้อยละ 11.42 ไม่เห็นด้วย ร้อยละ 11.02 ไม่มีความเห็น<sup>141</sup>

ครั้งที่ 2 จัดขึ้นเมื่อวันศุกร์ ที่ 15 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุมคณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่

ผลการสำรวจพบว่าระดับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 172 ราย ร้อยละ 91.77 เห็นด้วย ร้อยละ 3.74 ไม่เห็นด้วย ร้อยละ 4.49 ไม่มีความเห็น<sup>142</sup>

ครั้งที่ 3 จัดขึ้นเมื่อวันศุกร์ ที่ 22 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุม มหาวิทยาลัยขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น

ผลการสำรวจพบว่าระดับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 243 ราย ร้อยละ 64.30 เห็นด้วย ร้อยละ 19.51 ไม่เห็นด้วย และร้อยละ 16.19 ไม่มีความเห็น<sup>143</sup>

ครั้งที่ 4 จัดขึ้นเมื่อวันศุกร์ ที่ 1 มีนาคม 2556 ณ วิทยาลัยเทคนิคสงขลา จังหวัดสงขลา

ผลการสำรวจพบว่าระดับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 286 ราย ร้อยละ 87.68 เห็นด้วย ร้อยละ 6.60 ไม่เห็นด้วย และร้อยละ 5.72 ไม่มีความเห็น<sup>144</sup>

ครั้งที่ 5 จัดขึ้นเมื่อวันศุกร์ ที่ 19 เมษายน 2556 ณ รัฐสภา จังหวัดกรุงเทพมหานคร

<sup>141</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ผลการวิเคราะห์ข้อมูล แบบสำรวจความคิดเห็นต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, 28 กุมภาพันธ์ 2556 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>142</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ผลการวิเคราะห์ข้อมูล แบบสำรวจความคิดเห็นต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, 15 กุมภาพันธ์ 2556 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>143</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ผลการวิเคราะห์ข้อมูล แบบสำรวจความคิดเห็นต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, 22 กุมภาพันธ์ 2556 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

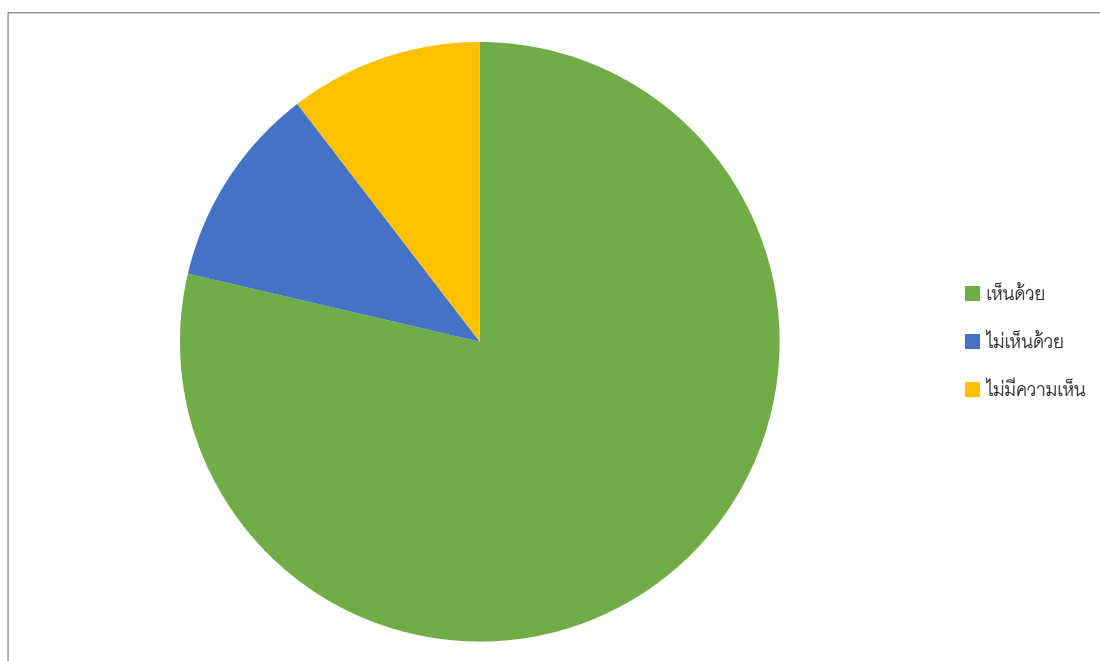
<sup>144</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ผลการวิเคราะห์ข้อมูล แบบสำรวจความคิดเห็นต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, 1 มีนาคม 2556 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ผลการสำรวจพบว่าระดับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 230 ราย ร้อยละ 71.93 เห็นด้วย ร้อยละ 13.38 ไม่เห็นด้วย และร้อยละ 14.69 ไม่มีความเห็น<sup>145</sup>

สรุปผลการประเมินผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ระดับแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ร้อยละ 78.65 เห็นด้วย ร้อยละ 10.93 ไม่เห็นด้วย และร้อยละ 10.42 ไม่เห็นด้วย

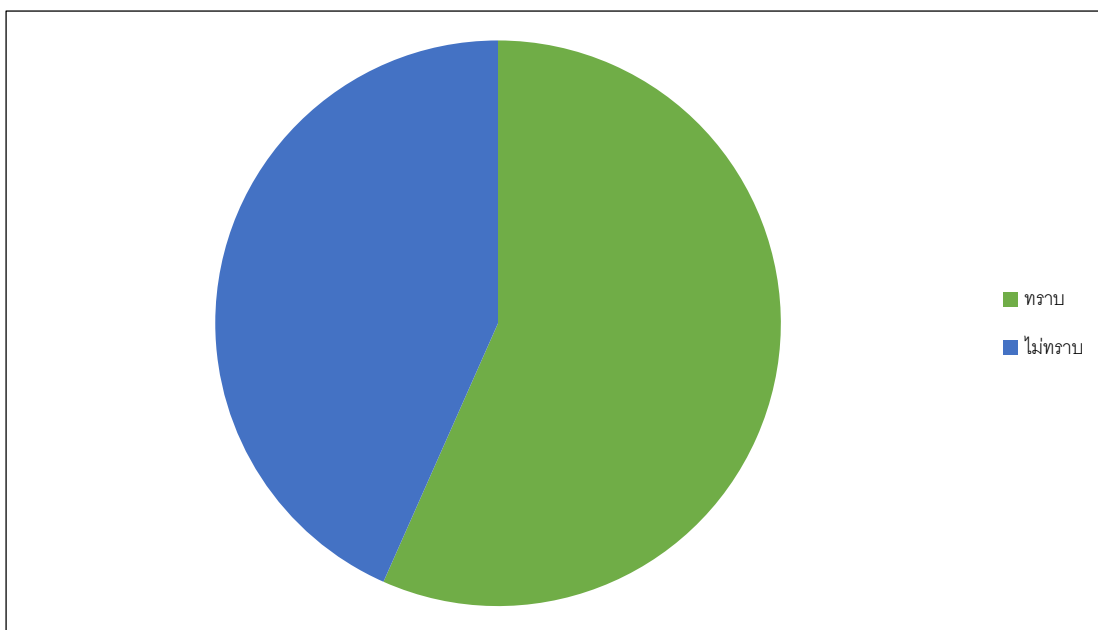
รูปภาพที่ 1 ความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต



ภาพการแสดงความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ  
ทัศนคติการรับรู้สถานการณ์เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นต่อพระราชบัญญัติการ  
จดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จำนวน 1,153 ชุด ร้อยละ 56.64 ทราบ และร้อยละ 43.36 ไม่ทราบ

<sup>145</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ผลการวิเคราะห์ข้อมูล แบบสำรวจความคิดเห็นต่อ (ร่าง) พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”, 19 เมษายน 2556 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

รูปภาพที่ 2 ทศนคติการรับรู้



ภาพการแสดงทัศนคติการรับรู้สถานการณ์ของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

จากผลการสำรวจเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นความคิดเห็นและทัศนคติของผู้ทำแบบสำรวจที่มีต่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยส่วนใหญ่มีความเห็นด้วยกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ทำให้เห็นว่าสังคมมีการเปิดกว้างมากขึ้นในการยอมรับกฎหมายสักตัวหนึ่งที่จะออกมาเพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และไม่ได้ส่งผลกระทบต่ออันจะทำให้สถาบันครอบครัวอันตึงามนั้นเสื่อมไป แต่เป็นการยอมรับถึงความรักของบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องมีความรักที่มั่นคงจะมีได้เฉพาะชายหรือหญิงแต่อาจจะมีความรักขึ้นได้กับบุคคลรักเพศเดียวกัน การสำรวจในครั้งนี้ทำให้ทราบถึงการยอมรับของคนในสังคมและความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตควรมีการปรับปรุงหรือไม่เห็นด้วยตรงไหนบ้างเพื่อจะนำไปแก้ไขให้ดีขึ้นกว่าเดิมตามแนวคิดและความเหมาะสมของประเทศไทย แม้ว่า การยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะไม่ได้แพร่หลายมากนักเมื่อเทียบกับกฎหมายฉบับอื่นๆ แต่ความเคลื่อนไหวของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและร่วมกันผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตนี้ย่อมทำให้สังคมเริ่มมีการยอมรับกฎหมายฉบับนี้และเป็นก้าวแรกของสังคมไทยที่จะมีต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

### 3.3.2.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ต้องการจัดให้มีขึ้นเพื่อให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศ โดยมีการตระหนักว่าในปัจจุบันมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันเป็นจำนวนมากและมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังเช่นครอบครัวทั่วไป แต่คู่รักเพศเดียวกันไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ที่ตนเองพึงจะได้ อีกทั้งยังขัดต่อหลักการสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคของบุคคลในสังคมซึ่งบัญญัติไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันได้แก่ มาตรา 4<sup>146</sup> มาตรา 5<sup>147</sup> มาตรา 26<sup>148</sup> มาตรา 30<sup>149</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงถือได้ว่าเป็นความก้าวหน้าอย่างหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยโดยให้ความสำคัญกับบุคคลทุกคนในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุของเพศ และถูกต้องตามหลักการสิทธิมนุษยชน อีกทั้งทุกคนจะต้องได้รับความเสมอภาคและไม่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิต่างๆ เพียงเพราะวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ จึงมีการร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิตเพศเดียวกันเพื่อให้เกิดความเสมอภาคอย่างแท้จริง<sup>150</sup>

<sup>146</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

<sup>147</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาโดยย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอ”

<sup>148</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

<sup>149</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

<sup>150</sup> อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการปรับปรุงร่างขึ้นใหม่ โดยมีการบันทึกหลักการและเหตุผลว่า “สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนไม่จำกัดว่าบุคคลเหล่านั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นใด ปัจจุบันมีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันดังครอบครัวทั่วไป แต่ไม่กฎหมายรับรองสถานการณเป็นคู่ชีวิตเช่นเดียวกับคู่สมรส ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมีพึงได้สมควรให้มีกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลกลุ่มนี้ ประกอบกับให้คุ้มครองสิทธิทั้งหลายสืบเนื่องจากสถานะครอบครัว ดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการปรับปรุง



### 3.3.2.2 สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

#### ก. เงื่อนไขของการจดทะเบียนคู่ชีวิต

การกำหนดเงื่อนไขของการจดทะเบียนคู่ชีวิตถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้บุคคลสองคนเริ่มเข้าสู่กระบวนการใช้ชีวิตร่วมกันโดยจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดหากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะทำให้การจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆะแล้วแต่กรณี ซึ่งเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดไว้ในหมวด 1 เหตุที่ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขของการจดทะเบียนคู่ชีวิตคงไม่ได้มีเหตุผลที่แตกต่างไปจากการจดทะเบียนสมรสของคู่รักต่างเพศเท่าใดนัก แต่เดิมการสมรสก็เป็นเพียงแค่การแสดงเจตนาของบุคคลสองคนที่ต้องการใช้ชีวิตร่วมกันจากนี้จนถึงอนาคต แต่เนื่องจากการสมรสหรือแม้แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะมีผลกระทบต่อประชาชนเป็นวงกว้างทำให้รัฐไม่สามารถปล่อยให้เอกชนจัดการเรื่องนี้ได้โดยอิสระเสรีทั้งหมด<sup>151</sup> จึงต้องมีการกำหนดเงื่อนไขไว้เพื่อให้ประชาชนได้ปฏิบัติตาม

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิตไว้ดังนี้

(1) บุคคลที่จะมีสิทธิจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นบุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกัน กล่าวคือ ชายกับชาย หรือ หญิงกับหญิง ตามนิยามคำว่า “คู่ชีวิต”<sup>152</sup> ของพระราชบัญญัตินี้

(2) การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้เมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีอายุ 20 ปี บริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย<sup>153</sup>

(3) การจดทะเบียนคู่ชีวิตบุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องให้ความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้น<sup>154</sup>

(4) การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำไม่ได้หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ<sup>155</sup>

<sup>151</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, เงื่อนไขและความเป็นโมฆะของการสมรสในกฎหมายไทย, หน้า 4

<sup>152</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 3

<sup>153</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 5

<sup>154</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 6

<sup>155</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 7(1)

(5) การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำไม่ได้หากบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาซึ่งถือความสัมพันธ์ตามสายโลหิตไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์เป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>156</sup>

(6) การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำไม่ได้หากบุคคลที่จะทำการจดทะเบียนนั้นมีคู่สมรสหรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้มาก่อนแล้ว<sup>157</sup>

#### ข. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเมื่อมีการจดทะเบียนอย่างถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมทำให้เกิดความสัมพันธ์กันขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งความสัมพันธ์นี้อาจเป็นความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวหรือความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินก็ย่อมได้ ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตระหว่างกัน ซึ่งในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม<sup>158</sup> ซึ่งเป็นไปตามความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตั้งแต่มาตรา 1461 - 1464/1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งจะสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) คู่ชีวิตจะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาและต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน<sup>159</sup> ธรรมชาติของมนุษย์ในการใช้ชีวิตอย่างคู่ชีวิตที่มุ่งหมายที่จะอยู่กินด้วยกัน เชิดชูยกย่องอีกฝ่ายหนึ่งไม่ถูกเหยียดหยามและนอกจากนี้ยังมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ไม่จำกัดว่าจะเป็นตัวเงินสิ่งของ เครื่องอุปโภคบริโภคหรือสิ่งอื่นใดนอกจากการเลี้ยงชีพปกติ

(2) หากการอยู่กินด้วยกันมาสามารถอยู่กินกันได้โดยปกติสุขหรือได้รับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก คู่ชีวิตที่ไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้สามารถร้องขอต่อศาลให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนี้ๆ ยังมีอยู่ก็ได้<sup>160</sup>

(3) กรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์<sup>161</sup>

<sup>156</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 7(2)

<sup>157</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 7(3)

<sup>158</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต มาตรา 9 วรรคแรก

<sup>159</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461

<sup>160</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1462

<sup>161</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1463

นอกจากนี้คู่ชีวิตจะมีสิทธิและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีสิทธิกฎหมายอื่นๆ เช่นเกี่ยวกับคู่สมรสด้วย<sup>162</sup> ไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายรัชฎากร หรือกฎหมายอื่นๆ ที่ให้สิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกันกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตนี้เหตุที่กำหนดให้เหมือนกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสนั้นเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมกันในทุกๆ ด้าน เมื่อการรับรองสถานะของคู่ชีวิตแล้วจะต้องมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันเพื่อให้การดำเนินชีวิตคู่เป็นไปอย่างราบรื่น

#### ค. ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตกำหนดไว้ในหมวดที่ 3 ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตในเชิงทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นเรื่องทรัพย์สิน หนี้สินหรือการจัดการทรัพย์สินระหว่างกันซึ่งมีการนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาว่าด้วยเรื่องครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>163</sup> กล่าวคือเป็นการนำมาตรา 1465 ถึง มาตรา 1493 มาใช้บังคับนั่นเอง สามารถสรุปได้ดังนี้

- (1) ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
- (2) การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา
- (3) ความสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญา
- (4) หนี้สินของสามีภริยา
- (5) การแยกสินสมรส

#### ง. การสิ้นสุดความเป็นคู่ชีวิต

บทบัญญัติในเรื่องของการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตกำหนดไว้ในหมวด 4 มีด้วยกันทั้งหมด 4 มาตรา ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

<sup>162</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต “มาตรา 9 วรรคสอง คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและสิทธิอื่นๆ ตามกฎหมาย”

<sup>163</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 10

(1) ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดเหตุที่ทำให้การสมรสสิ้นสุดลงไว้ด้วยเหตุ 3 เหตุ คือ การสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสม์ครใจเลิกกันโดยการจดทะเบียนหรือศาลพิพากษาเพิกถอน<sup>164</sup> ซึ่งมีการกำหนดเหตุไว้เช่นเดียวกับการสิ้นสุดแห่งการสมรสตามมาตรา 15

(2) กำหนดเหตุในการร้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยกำหนดไว้ดังนี้<sup>165</sup>

(2.1) กรณีมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามหมวด 1 ตามมาตรา 5 ถึง มาตรา 8<sup>166</sup>

(2.2) กรณีการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่กระทำไปเพราะสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 1505 ถึง มาตรา 1508 อันเกี่ยวกับสิทธิในการเพิกถอนการสมรสและระยะเวลาในการใช้สิทธิเพิกถอนหากปรากฏว่าสมรสโดยสำคัญผิดตัวคู่สมรส การสมรสที่ถูกกลฉ้อฉล การสมรสที่ถูกข่มขู่ และบุคคลที่มีสิทธิขอเพิกถอนการสมรสเพราะสำคัญผิดตัว ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ นอกจากนี้ยังกำหนดให้นำมาตรา 1511 ถึง มาตรา 1513 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม<sup>167</sup> อีกด้วย

(2.3) กรณีที่มีเหตุหย่าตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 ให้นำมาเหตุแห่งการหย่านั้นมาเป็นเหตุในการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต โดยการพิจารณาเหตุดังกล่าวให้นำมาตรา 1517 ถึง มาตรา 1519 มาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>168</sup> อันได้แก่

เหตุฟ้องหย่าในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดู สามิภริยามิซู้หรือเป็นซู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิม หรือ สามิหรือภริยาประพฤติชั่ว แล้วแต่กรณีโดยอีกฝ่ายได้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำนั้น ฟ้องหย่าไม่ได้<sup>169</sup> หากเป็นเหตุที่สามิหรือภริยามีสภาพกายที่ไม่สามารถร่วมประเวณีได้เพราะเกิดจากการกระทำของอีกฝ่าย เหตุฟ้องหย่าไม่ได้<sup>170</sup> และกรณีเหตุแห่งการผิดทัณฑ์บนเป็นเหตุเล็กน้อยศาลจะไม่พิพากษาหย่าให้ก็ได้<sup>171</sup>

<sup>164</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 11

<sup>165</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 12

<sup>166</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 12(1)

<sup>167</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 12(2)

<sup>168</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 12(3)

<sup>169</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 วรรคหนึ่ง

<sup>170</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 วรรคสอง

<sup>171</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 วรรคสาม

เหตุที่ทำให้สิทธิในการฟ้องหย่าหมดไปโดยการแสดงการให้อภัยแก่การกระทำอันเป็นเหตุหย่านั้น<sup>172</sup>

เหตุที่สามีหรือภริยานั้นเป็นคนวิกลจริตและมีเหตุหย่าขึ้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการเป็นคนวิกลจริตนั้นสามารถขอให้ศาลพิพากษาหย่าขาดจากกันได้<sup>173</sup>

(3) หากการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่มีการฝ่าฝืน มาตรา 5 เรื่องเกณฑ์อายุและสัญชาติในการจดทะเบียนคู่ชีวิต มาตรา 6 เรื่องความยินยอมการจดทะเบียนของบุคคลทั้งสองฝ่าย มาตรา 7 การฝ่าฝืนข้อห้ามการจดทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งการฝ่าฝืนทั้งสามมาตราที่กล่าวมาข้างต้นนั้นไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนโดยสุจริตเสียสิทธิการได้มาก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การฝ่าฝืนมาตรา 7 ไม่ทำให้คู่ชีวิตมีสิทธิในการรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะทายาทโดยธรรม<sup>174</sup>

(4) การนำบรรพ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม<sup>175</sup>

#### จ. การรับมรดก

เรื่องการรับมรดกกำหนดไว้ในหมวด 5 มาตรา 15 เพียงมาตราเดียวและได้บัญญัติว่าให้นำ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม<sup>176</sup> นั้นหมายความว่า ได้นำเรื่องผู้มีสิทธิรับมรดกและส่วนแบ่งมรดก การสูญเสียสิทธิในการรับมรดก การแบ่งมรดก วิธีการแบ่งมรดก อายุความเกี่ยวกับมรดก พันัยกรรม ผลของพันัยกรรม การตีความในพันัยกรรม การเพิกถอนและการตกไปแห่งพันัยกรรมหรือข้อกำหนดพันัยกรรม ความเสียเปล่าแห่งพันัยกรรมหรือข้อกำหนดพันัยกรรม การขอให้ศาลเพิกถอนพันัยกรรม พันัยกรรมหรือข้อกำหนดพันัยกรรมเป็นโมฆะ ผู้จัดการมรดก การรวบรวมจำหน่ายทรัพย์สินมรดกเป็นตัวแทน ซึ่งการกำหนดในเรื่องดังกล่าวเป็นการนำบรรพ 6 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม

จากสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดไว้ทั้งหมด 5 หมวด โดยมีทั้งหมด 15 มาตรา โดยทั่วไปแล้วเป็นการกำหนดถึงการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลรักเพศเดียวกันและกำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต โดยกฎหมายยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองในเรื่องสิทธิและหน้าที่ในเรื่องของบิดามารดาบุตรแต่อย่างใด

<sup>172</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1518

<sup>173</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1519

<sup>174</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 13

<sup>175</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 14

<sup>176</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 15

เนื่องจากได้มีการสัมภาษณ์ผู้ที่มีบทบาทในการร่างพระราชบัญญัติ<sup>177</sup> ดังกล่าวต้องการให้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายทางเลือกของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและต้องการให้มีผลกระทบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องครอบครัววน้อยที่สุด เพราะยังเห็นว่าสังคมไทยนั้นแม้ว่าจะมีการพัฒนาโดยเปิดโอกาสและยอมรับในเรื่องของการใช้ชีวิตร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในแง่ของครอบครัวมากขึ้นแต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ที่สังคมโดยส่วนใหญ่ก็ยังไม่เปิดโอกาสในบางเรื่องที่เห็นว่าเป็นการกระทบต่อวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของไทย

### 3.3.2.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

การมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สิทธิแก่กลุ่มคนดังกล่าว เช่นเดียวกับสิทธิของบุคคลทั่วไปในการที่จะดำเนินการจดทะเบียนคู่ชีวิต รวมถึงสิทธิอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่เปิดโอกาสให้ดำเนินการเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาและนำมาศึกษาไม่น้อยไปกว่าการยอมรับให้กลุ่มคนดังกล่าวสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือไม่นั้น นั่นคือ ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรม มีการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวในการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาครั้งที่สอง ในคณะกรรมการกฤษฎีกาการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร โดยสามารถสรุปประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมในความเห็นของคณะอนุกรรมการและคณะทำงานได้ดังนี้

นางสาวนริศรา แดงไผ่ มีความเห็นว่า การรับบุตรบุญธรรมของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจจะมีผลกระทบต่อเรื่องศีลธรรม และจะต้องมีการศึกษาอย่างรอบคอบเพราะควรให้ความสำคัญในเรื่องของความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วย<sup>178</sup>

พันโทหญิง อนุช คำทอง มีความเห็นว่า ไม่เห็นด้วยให้มีการรับบุตรบุญธรรม เพราะ จะส่งผลกระทบต่อเด็กที่ยังไม่มีวุฒิภาวะ หรือวิจรรย์ญาณเพียงพอ ที่จะทราบว่าใครเป็นบิดาหรือมารดาของตนเอง จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องนี้ได้ในอนาคต<sup>179</sup>

นายดล บุณนาค มีความเห็นว่า การรับบุตรบุญธรรมควรมีบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ด้วย เนื่องจากคู่ชีวิตมีความต้องการที่จะมีครอบครัว

<sup>177</sup> สัมภาษณ์ เกิดโชค เกษมวงศ์จิตร, ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการระงับข้อพิพาท กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 21 ตุลาคม 2557.

<sup>178</sup> สัมภาษณ์ นริศรา แดงไผ่, ผู้อำนวยการ กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 21 มิถุนายน 2557.

<sup>179</sup> คณะอนุกรรมการกฤษฎีกา ครั้งที่สอง ในคณะกรรมการกฤษฎีกาการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...., ครั้งที่ 50,” 7 กุมภาพันธ์ 2556

เช่นกัน โดยมีข้อกังวลในบางประการเกี่ยวกับเด็กที่จะโตขึ้นมาในครอบครัวดังกล่าว แต่บุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้วมีความสามารถในการพิจารณาและแยกแยะได้ ควรที่จะให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้<sup>180</sup>

นายกันตพงษ์ รัชชีสว่าง มีความเห็นว่า การรับบุตรบุญธรรมสามารถกระทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ได้อยู่แล้ว แต่จะต้องพิจารณาว่าจะสามารถนำมาใช้ได้มากน้อยเพียงใด และต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กด้วย<sup>181</sup>

ประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ถือได้ว่าเป็นประเด็นที่มีการกล่าวถึงอยู่ไม่น้อย เนื่องจากเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อสังคมและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้เองในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนั้นจึงทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้โดยบุคคลคนเดียว แต่ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเช่นเดียวกับคู่สมรสได้ เนื่องจากคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ใช่คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว แม้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะให้สิทธิและหน้าที่บางประการเช่นเดียวกับคู่สมรสก็ตาม

#### ก. กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

เนื่องจาก การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมในเรื่องของเพศไว้ ดังนั้น หากพิจารณาตามตัวบทกฎหมายแล้วนั้น ไม่ว่าจะบุคคลใดที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้วย่อมสามารถกระทำได้ แต่หากพิจารณาถึงผลกระทบต่อสภาพปัญหาของการรับบุตรบุญธรรมที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วย่อมทำให้เกิดประเด็นของถกเถียงกันหลายประการ อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายกำหนดแต่เพียงคุณสมบัติทางด้านเกณฑ์อายุ ความยินยอมของบิดามารดา แต่ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นเพศกำเนิดชาย หรือหญิงเท่านั้น ดังนั้น กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน

<sup>180</sup> คณะอนุกรรมการฯ คณะที่สอง ในคณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...., ครั้งที่ 50,” 7 กุมภาพันธ์ 2556

<sup>181</sup> คณะอนุกรรมการฯ คณะที่สอง ในคณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...., ครั้งที่ 50,” 7 กุมภาพันธ์ 2556

## (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

## (1.1) คุณสมบัติของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี และจะต้องมีอายุแก่กว่าบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี<sup>182</sup> สำหรับอายุของบุตรบุญธรรมนั้นไม่ได้มีการจำกัดไว้ว่าจะต้องมีอายุเท่าใด ดังนั้น ไม่ว่าบุตรบุญธรรมจะมีอายุเท่าใดก็ตามผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถรับบุคคลนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้หากตนเองมีอายุ 25 ปีขึ้นไป และมีอายุห่างจากบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี เหตุที่ต้องอายุห่างกันถึง 15 ปี กรณีดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## (1.2) การให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมเป็นการกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรม บิดามารดาเดิมของบุตรบุญธรรม ย่อมต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลเหล่านี้ด้วยเช่นกัน

ความยินยอมของบุตรบุญธรรม<sup>183</sup> บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปี ขึ้นไป จะต้องให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมในครั้งนั้นๆ ด้วย ตามมาตรา 1598/20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหาผู้เยาว์ในวัยดังกล่าวมีวิจรรย์ญาณในระดับที่สามารถแยกแยะและเข้าใจสภาพการเป็นบุตรบุญธรรมได้แต่หากเป็นการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไม่สามารถที่จะตัดสินใจในเรื่องสำคัญได้ด้วยตนเองจึงต้องให้บิดามารดาแสดงความยินยอมแทนก็เพียงพอแล้ว

ความยินยอมจากคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม<sup>184</sup> แม้ว่าการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จะมีลักษณะใกล้เคียงกับคู่สมรสก็ตาม แต่สำหรับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวในสายตาของกฎหมายไม่ได้มองว่าคู่ชีวิตเป็นคู่สมรส และการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวแม้ว่าจะมีคู่ชีวิตก็ตามก็มองว่าเป็นเพียงสถานะของบุคคลคนเดียว ดังนั้น คู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิต หากต้องการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวสามารถดำเนินการตามกฎหมายได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตของตนเอง อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการได้รับความยินยอมของคู่ชีวิต เนื่องจาก ในการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมจะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกัน อีกทั้งยังมีผลกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่ชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรม จะเห็นได้จากมาตรา 1627 แห่งประมวล

<sup>182</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/19

<sup>183</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/20

<sup>184</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25



กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานจึงมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม อันส่งผลต่อส่วนแบ่งมรดกของคู่ชีวิตอีกฝ่าย

ความยินยอมของบิดามารดา<sup>185</sup> ผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของตนเองเสียก่อน หากผู้เยาว์มีทั้งบิดาและมารดาจะต้องได้รับความยินยอมทั้งสองคน หากมีบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว หรือคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมจากบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตหรือมีอำนาจปกครองอยู่ หากมีผู้ปกครอง โดยบิดามารดาทั้งสองคนยังมีชีวิตอยู่ หรือมีอยู่คนเดียวแต่ถูกถอนอำนาจการปกครอง หรือบิดามารดาถึงแก่ความตายไปหมดแล้ว ให้ขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้ หากมีบิดามารดาคนใดหรือคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรอันเป็นอุปสรรคต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดา ผู้ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนก็ได้

ความยินยอมของผู้รับผิตชอบในสถานสงเคราะห์เด็ก

กรณีผู้เยาว์ถูกทอดทิ้งและอยู่ในความดูแลของสถานสงเคราะห์<sup>186</sup> ตามกฎหมายว่าด้วยการสงเคราะห์และคุ้มครองเด็ก สถานสงเคราะห์จะต้องให้ความยินยอมแทนบิดามารดา โดยไม่จำเป็นต้องไปขอความยินยอมจากบิดาและมารดาของผู้เยาว์

กรณีผู้เยาว์ไม่ได้ถูกทอดทิ้งแต่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของสถานสงเคราะห์เด็ก<sup>187</sup> โดยบิดาและมารดาของผู้เยาว์ หรือบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ เป็นผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมจะมอบอำนาจให้สถานสงเคราะห์มีอำนาจในการยินยอมแทนตนเองก็ได้

### (1.3) แบบของการรับบุตรบุญธรรม

การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม<sup>188</sup> เมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้นเพื่อให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นสมบูรณ์จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนกันด้วย นอกจากนั้น การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมมีการกำหนดเงื่อนไขบางประการไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 9 เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบังคับใช้ โดยอนุโลมด้วย การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีการทดลองเลี้ยงดูเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่การทดลองเลี้ยงดูนี้จะใช้บังคับแก่กรณีที่ผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเป็น พี่ร่วมบิดามารดา พี่ร่วม

<sup>185</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21

<sup>186</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/22

<sup>187</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/23

<sup>188</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27

บิดาหรือมารดา ทวด ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา หรือผู้ปกครองของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม หรือบุคคลอื่นตามเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง สำหรับกรณีที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยงเด็กคู่ชีวิตไม่สามารถใช้ช้อยกเว้นในกฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ข้อ 27 อนุมาตรา 2 และ 3 ได้<sup>189</sup>

(1.4) การเลิกรับบุตรบุญธรรม เมื่อมีเหตุทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ก็สามารถเลิกการรับบุตรบุญธรรมได้ โดยการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยความตกลงกันหรือการเลิกรับบุตรบุญธรรมโดยการฟ้องก็ได้

## (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรม

(2.1) สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ปัจจุบันบุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมจึงนำสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมมีหน้าที่เสมือนกับบิดามารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรม มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู และบุตรบุญธรรมเองก็มีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อผู้รับบุตรบุญธรรมเหมือนดังที่ปฏิบัติต่อบิดามารดาโดยกำเนิดของตนเอง...อย่างไก็ตามคู่ชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ ต่อบุตรบุญธรรม

(2.2) สิทธิในการรับมรดก เมื่อบุตรบุญธรรมมีฐานะเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม จึงถือว่าบุตรบุญธรรมมีสิทธิที่จะรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมและเป็นทายาทโดยธรรมลำดับที่ 1 เท่าเทียมกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่อย่างไรก็ตามผู้รับบุตรบุญธรรมไม่มีสิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด

## ข. กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

ในประเด็นเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ไม่ได้มีการกล่าวถึงในการประชุมร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งปัญหาของการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งคืออำนาจปกครองร่วมกันของบุตรผู้เยาว์ หากมีการรับบุตรบุญ

<sup>189</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 “ข้อ 27

(2) ผู้ซึ่งเป็นคู่สมรสของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของเด็กซึ่งคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ในกรณีที่ญาติสืบสายโลหิตดังกล่าวได้ยื่นคำขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมด้วย

(3) ผู้ซึ่งขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี”

ธรรมตามกระบวนการของกฎหมายแล้วจะทำให้บิดาหรือมารดาโดยกำเนิดของผู้เยาว์หมดอำนาจปกครองในตัวบุตรผู้เยาว์นั้น และจะส่งผลให้อำนาจปกครองดังกล่าวโอนไปยังคู่ชีวิตซึ่งรับบุตรผู้เยาว์นั้นเป็นบุตรบุญธรรมแทนจะเห็นได้ตามมาตรา 1598/28<sup>190</sup>

#### ค. กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

เนื่องจากพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีวัตถุประสงค์ให้คู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตมีสิทธิและหน้าที่บางประการเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนเป็นหลักโดยสิทธิในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมมิได้กำหนดให้แก่คู่ชีวิตเช่นเดียวกับคู่สมรส ซึ่งในทางปฏิบัติคู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ตามมาตรา 1598/19 อีกทั้งตามมาตรา 1598/26 วางหลักว่าผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม เมื่อคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรส ดังนั้น คู่ชีวิตจึงไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้มีการปรับปรุงโดยเพิ่มจากเดิมจำนวน 15 มาตรา มาเป็น 71 มาตรา ให้มีความครอบคลุมและชัดเจนมากขึ้นแล้วนั้น แต่ในประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมยังคงเป็นประเด็นโต้แย้งกันอยู่จึงยังไม่มีมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้ชัดเจน แต่ในร่างการหารือภายในของหน่วยงาน มีการกำหนดไว้ดังนี้

“มาตรา \*\*\* (ยังเป็นประเด็นโต้แย้ง) คู่ชีวิตย่อมมีสิทธิจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับคู่สมรส การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

บุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุตรบุญธรรมของคู่สมรส

ผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอภาคกับผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก”

<sup>190</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันเวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

ให้นำบทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

จากการศึกษาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตสามารถสรุปได้ว่า คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้นจะบรรลุนิติภาวะหรือเป็นผู้เยาว์ก็ได้ตามหลักสิทธิและเสรีภาพตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้อยู่แล้ว หากจะมีการกำหนดไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้อยู่ก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิต แล้วต่อมาได้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้แล้วไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องของความเสมอภาค สิทธิ เสรีภาพตามที่กฎหมายได้ให้กลุ่มคนดังกล่าวได้อยู่แล้ว เพียงแต่ไม่สามารถรับร่วมกันในฐานะสามีหรือภรรยากันอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะนักวิชาการบางท่านมีความกังวลเกี่ยวกับครอบครัวที่ไม่เหมือนครอบครัวทั่วไปแล้ว ยังมีความเห็นว่าลักษณะของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้ให้สิทธิได้อย่างเทียบเท่าคู่สมรส แต่เพียงต้องการให้สิทธิและประโยชน์ระหว่างคู่ชีวิตเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการรับบุตรบุญธรรม หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตร

### 3.3.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

#### 3.3.3.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

หลักการให้มีพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29<sup>191</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

โดยมีเหตุผลของการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... คือ การสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของบุคคลในการเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยความยินยอมอย่างเสรีและความเต็มใจของบุคคลที่จะกระทำการสมรสซึ่งได้มีการยอมรับถึงสิทธิดังกล่าวได้อย่างชัดเจนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

แม้ว่าในช่วงเวลาที่มีการรับรองสิทธิในการสมรสว่าจะได้กำหนดไว้ว่าเป็นการกระทำระหว่างชายและหญิงเท่านั้น อันเป็นข้อจำกัดของความเข้าใจที่มีต่อเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศของ

<sup>191</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

บุคคล แต่ในปัจจุบันได้มีการตระหนักถึงความหลากหลายทางเพศที่มีได้จำกัดความเข้าใจไว้ในแบบทวิเพศ หากยังมีความหมายถึงบุคคลเพศหลากหลาย และได้มีการรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวไว้ดังที่ปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในหลักการयोगยาคาร์ตา (The Yogyakarta Principle) พ.ศ. 2549 ซึ่งได้ประกาศถึงการยอมรับสิทธิพื้นฐานในวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ว่าเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล อันจะไม่นำมาซึ่งการเลือกปฏิบัติหรือการทารุณกรรม

บทบัญญัติตามมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ด้รับรองความเสมอภาคและการให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันต่อบุคคลและไม่ว่าจะมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางด้านเพศ รวมทั้งมาตรา 4 ด้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล บุคคลเพศหลากหลายก็ย่อมได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว ยังคงจำกัดให้การใช้ชีวิตคู่ของบุคคลหรือที่เรียกว่าการสมรสให้สามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงเท่านั้น แต่ไม่ได้รับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ในลักษณะอื่นๆ จึงควรที่จะต้องมีการมีบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเปิดกว้างให้บุคคลสองคนที่ต้องการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและดำเนินชีวิตในลักษณะของคู่ชีวิตให้สามารถกระทำได้

กฎหมายคู่ชีวิตมีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลสองคนที่ได้แสดงเจตนาในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้เปิดกว้างให้สิทธิกับบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือคู่รักเพศเดียวกันโดยไม่ว่าจะมีการแปลงเพศหรือไม่ก็สามารถที่จะดำเนินการตามกฎหมายนี้ได้

กฎหมายฉบับนี้ใช้ชื่อว่า “ กฎหมายคู่ชีวิต “ โดยต้องการให้มีความหมายถึงการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลสองคนซึ่งมีได้จำกัดไว้ว่าจะต้องเป็นเฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น หากยังรวมถึงบุคคลทั่วไปที่ใช้ชีวิตคู่กับอีกบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายครอบครัวได้ใช้คำว่า การสมรสอันมีความหมายถึงการรับรองด้วยกฎหมายในการใช้ชีวิตคู่ของชายและหญิง กฎหมายนี้จึงจะไม่ใช้คำว่า การสมรสซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนแต่ต้องการให้คำว่า “ คู่ชีวิต ” เพื่อให้มีความหมายที่กว้างกว่าการสมรส โดยการใช้ชีวิตคู่ระหว่างชายและหญิงที่เรียกว่าการสมรสก็เป็นส่วนหนึ่งของระบบคู่ชีวิตตามกฎหมายนี้

### 3.3.3.2 สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นกฎหมายที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ซึ่งจะมีเนื้อหาเปิดกว้างครอบคลุมบุคคลทุกคนที่จะสามารถเข้ามาใช้สิทธิได้ โดยเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตจะครอบคลุมประเด็นที่สำคัญดังนี้

(1) ร่างพระราชบัญญัตินี้จะรับรองว่าบุคคลที่จะจดทะเบียนภายในร่างพระราชบัญญัตินี้จะสามารถกระทำได้ระหว่างบุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศกำเนิดเป็นเพศใดก็ตาม โดยมีการนำเอาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับเรื่องความสามารถและข้อห้ามในการสมรสมาบังคับใช้โดยอนุโลม และยอมรับให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยกับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นสามารถทำการจดทะเบียนได้

(2) ยอมรับการจดทะเบียนว่าเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคน หากบุคคลสองคนที่อยู่กินร่วมกันหากมิได้จดทะเบียนก็จะไม่สามารถได้รับสิทธิตามร่างพระราชบัญญัตินี้

(3) ร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของการหมั้นตามกฎหมายครอบครัว

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนที่ได้จดทะเบียนแล้วจะต้องอยู่กินกันด้วยความเคารพและปฏิบัติต่อกัน

(5) การจัดการทรัพย์สินเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว โดยยอมรับหลักการจัดการทรัพย์สินซึ่งแบ่งเป็น สิ้นส่วนตัวอันเป็นทรัพย์สินที่ได้มาก่อนมีการจดทะเบียนคู่ชีวิต และสินสมรสอันเป็นทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียน และยอมรับการทำสัญญาก่อนสมรสระหว่างบุคคลทั้งสองคนในเรื่องทรัพย์สินด้วย

(6) การสิ้นสุดการจดทะเบียนคู่ชีวิตด้วยการหย่าให้เป็นไปตามความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ในกรณีที่เป็นการฟ้องหย่าโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนอกจากจะใช้หลักการยุติความสัมพันธ์ด้วยความผิดของอีกฝ่ายแล้ว (Fault Base) ยังยอมรับหลักการยุติความสัมพันธ์โดยไม่มี ความผิด (No-Fault Base) เพิ่มเติมด้วย

(7) การรับบุตรบุญธรรมสามารถกระทำได้เช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งยังเพิ่มเติมการรับบุตรที่ติดมากับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีการใช้อำนาจปกครองร่วมกันด้วย

(8) การได้รับสิทธิต่างๆ ระหว่างคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนภายใต้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... นี้ มีสิทธิเทียบเท่ากับคู่สมรสที่จะได้รับสิทธิและประโยชน์ต่างๆ ที่รัฐได้มอบให้

### 3.3.3.3 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดสาระสำคัญไว้ทั้งหมด 9 หมวด ซึ่งสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมมากขึ้นกว่าพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งมีรายละเอียดทั้งหมด 51 มาตรา โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้ในหมวด ความสัมพันธ์ระหว่างบุตร บุตรบุญธรรม ซึ่งบทบัญญัติเรื่องความสัมพันธ์ของคู่ชีวิต บุตรและบุตรบุญธรรม กำหนดไว้ในหมวด 7 มีทั้งหมด 6 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 40 ถึงมาตรา 45 โดยสรุปได้ดังนี้

หากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ให้นำความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยเรื่องบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>192</sup>

กำหนดเรื่องบุตรที่ติดมากับคู่ชีวิตอีกฝ่ายโดยให้มีอำนาจปกครองร่วมกันกับบุตรที่ติดมานั้นเมื่อมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว<sup>193</sup>

บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ได้รับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมหรือรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมให้ใช้บทบัญญัติเป็นหลักฐานทดแทนใบทะเบียนการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>194</sup>

กรณีที่คู่ชีวิตที่เป็นญาติสืบสายโลหิตฝ่ายบิดาหรือมารดาเด็ก คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งสามารถได้รับยกเว้นการทดลองเลี้ยงการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้เมื่อได้จดทะเบียนกับคู่ชีวิตมาไม่น้อยกว่า 6 เดือนหรือน้อยกว่า 6 เดือนแต่เคยอยู่กับเด็กมาไม่น้อยกว่า 1 ปี<sup>195</sup>

กรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งจะรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนเอง หากได้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตไม่น้อยกว่า 6 เดือนหรือน้อยกว่า 6 เดือนแต่เคยอยู่กับเด็กมาไม่น้อยกว่า 1 ปี ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยง<sup>196</sup>

<sup>192</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 40

<sup>193</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 41

<sup>194</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 42

<sup>195</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 43

<sup>196</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 44

บุคคลที่เป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ก่อนจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก่อน หากคู่ชีวิตไม่สามารถให้ความยินยอมได้อาจร้องขอศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่ชีวิตได้<sup>197</sup>

#### ก. การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดว่า หากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ให้นำความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยเรื่องบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับโดยอนุโลม และการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตที่ได้จัดบันทึกทางทะเบียนสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเป็นการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ซึ่งเงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวเป็นเช่นเดียวกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... อย่างไรก็ตาม มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขเกี่ยวกับการได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตด้วย โดยวางหลักว่า

“มาตรา 45 บุคคลที่จะจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ ที่จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ก่อน ในกรณีที่คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ก่อน ในกรณีที่คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ไม่อาจให้ความยินยอมหรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้”

จากการกำหนดมาตราดังกล่าวทำให้การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก่อน เนื่องจาก บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานจึงมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรม อันส่งผลต่อส่วนแบ่งมรดกของคู่ชีวิตอีกฝ่าย ดังนั้น ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตนั้นก่อน

<sup>197</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 45



ข. กรณีการรับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดว่า กรณีที่มีการรับบุตรบุญธรรมแล้วให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครอง<sup>198</sup> หากกรณีเป็นเช่นว่านี้ ผู้รับบุตรบุญธรรมที่เป็นคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดาโดยกำเนิดของผู้เยาว์จะมีอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมแล้ว จะเห็นได้ว่า อำนาจปกครองของบิดามารดาโดยกำเนิดจะถูกตัดและโอนมายังผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งกรณีเช่นนี้ไม่ทำให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองร่วมกันได้ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงได้เพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรที่ติดมาจากอีกฝ่ายดังนี้

“มาตรา 41 ในกรณีคู่ชีวิตฝ่ายใดมีบุตรมาก่อนการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจปกครองในบุตรที่ติดมานั้น จนกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วให้อำนาจปกครองในบุตรมีเท่ากัน โดยถือว่าคู่ชีวิตอีกฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้ปกครองบุตรร่วมกันกับคู่ชีวิตอีกฝ่ายที่มีบุตรติดมาด้วยโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ”

จะเห็นได้ว่าการเพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กล่าวมาข้างต้นทำให้บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์และคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดานั้นมีอำนาจปกครองร่วมกันเมื่อได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม

ค. กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

หลักการของการรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีความประสงค์จะให้มีการรับรองการรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถึงแม้ว่าเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเป็นประเด็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนในต่างประเทศซึ่งมีการคัดค้านและไม่เห็นด้วยที่จะให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ใน การเสนอร่างฉบับนี้ประสงค์จะให้คู่ชีวิตมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศซึ่งมีการกำหนดไว้ว่า

<sup>198</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันเวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

ให้นำบทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

“มาตรา 42 บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ได้รับสิทธิในการรับบุตรธรรมและรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม และจะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม ให้ใช้ใบทะเบียนคู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นหลักฐานทดแทนสำเนาใบทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ได้รับศักดิ์และสิทธิจากการเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้เทียบเท่าและเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการปฏิบัติตาม ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวงใด ๆ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522”

หากให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมได้เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศ การรับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม จะเห็นได้ว่าสถานะภาพของคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีความเท่าเทียมกับสถานะภาพของคู่สมรสต่างประเทศ

นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเพิ่มเติมข้อยกเว้นเกี่ยวกับระยะเวลาในการทดลองเลี้ยงผู้เยาว์ให้กับคู่ชีวิตด้วยกัน 2 มาตราดังนี้

“มาตรา 43 ผู้ซึ่งเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของเด็กซึ่งคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือ จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ในกรณีที่ญาติสืบสายโลหิตดังกล่าวได้ยื่นคำขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยงดูเด็ก ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522”

“มาตรา 44 ผู้ซึ่งจะขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือ จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือนแต่เด็กเคยอยู่กับบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยงดูเด็ก ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522”

จะเห็นได้ว่า ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ข้อ 27 (2) และ (3)<sup>199</sup> กำหนดยกเว้นให้คู่

<sup>199</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 “ข้อ 27

สมรสของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ และคู่สมรสที่ประสงค์จะขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรส แต่พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้แก้ไขให้ข้อยกเว้นดังกล่าวรวมถึงคู่ชีวิตของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ และคู่ชีวิตที่ประสงค์จะขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต

**ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....**

ประเด็นปัญหา	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์		ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....		ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	
	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน
การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว	ได้	ไม่อนุญาตให้สมรส	ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนคู่ชีวิต <sup>200</sup>	ได้	ได้ <sup>201</sup>	ได้
การรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม	ได้	ไม่อนุญาตให้สมรส	ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนคู่ชีวิต	ได้ <sup>202</sup> *มีปัญหาเรื่องอำนาจปกครอง	ได้	ได้ <sup>203</sup> *ไม่มีปัญหาเรื่องอำนาจปกครอง
การรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน	ได้	ไม่อนุญาตให้สมรส	ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนคู่ชีวิต	ไม่ได้ <sup>204</sup>	ได้	ได้ <sup>205</sup>

(2) ผู้ซึ่งเป็นคู่สมรสของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของเด็กซึ่งคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ในกรณีที่ญาติสืบสายโลหิตดังกล่าวได้ยื่นคำขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมด้วย

(3) ผู้ซึ่งขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี”

<sup>200</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 3

<sup>201</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 4

<sup>202</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28

<sup>203</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 41

<sup>204</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/19 ประกอบกับมาตรา 1598/26

<sup>205</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 42

## บทที่ 4

### กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อการสมรสเป็นสิ่งที่กฎหมายรองรับการสร้างครอบครัวของชายหญิงที่ตกลงใจใช้ชีวิตอยู่กินด้วยกันประจวบกับความคิดของคนในสมัยก่อนยังคงเข้าใจว่าการสร้างครอบครัวอยู่บนพื้นฐานของการผลิตสมาชิกใหม่ให้กับสังคมนั้นๆ ความสามารถในการสืบพันธุ์จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญประการแรกของการสมรสมาโดยตลอด<sup>206</sup> ดังนั้น การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแต่เดิมจึงเป็นไปได้ยาก แต่เมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ จนถึงช่วงระยะเวลาหนึ่งที่มีการเปลี่ยนแปลงทางความคิดเกี่ยวกับการสร้างครอบครัวโดยมีความเห็นว่าการสร้างครอบครัวไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการอยู่กินฉันสามีภริยา และการมีบุตรเสมอไปแต่ควรให้ความสำคัญ หรือรับรองความรัก การใช้ชีวิตร่วมกันโดยรวมทุกขั้วร่วมสุข และช่วยเหลือกันยามแก่เฒ่า และในปัจจุบันมีการตระหนักถึงความเสมอภาคของบุคคลไม่ว่าจะมีเพศหรือมีรสนิยมแบบใดก็ตาม เป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคลและเป็นเรื่องที่รัฐควรรับรองสถานะ และการใช้ชีวิตร่วมกันของประชากรในรัฐ ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรจะจำกัดการตกลงที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักต่างเพศเท่านั้น ในต่างประเทศมีการคำนึงถึงการรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ อย่างไรก็ตาม วัฒนธรรมประเพณี ศาสนา และสังคม อันเป็นตัวแปรสำคัญที่จะส่งผลให้ประเทศนั้นๆ สามารถยอมรับการอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้มากแค่ไหน ซึ่งในบางประเทศรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยตรากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต บางประเทศอนุญาตให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย หรือบางประเทศที่ไม่ยินยอมให้มีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือการสมรส ซึ่งในบทความนี้จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเพราะเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... อย่างไรก็ตาม เมื่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วมีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมจะกระทำได้หรือไม่ และมีความเป็นไปได้เพียงใด ประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องละเอียดอ่อน และส่งผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่ายเป็นจำนวนมาก ผู้เขียนจึงต้องศึกษากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษว่ามีกำหนด

<sup>206</sup> ไทโรจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ 500.

ในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นไร ซึ่งแต่ละประเทศมีแนวคิดและกำหนดไว้ต่างกัน เพื่อนำมาเป็นต้นแบบเพื่อพัฒนากฎหมายของประเทศไทยให้เหมาะสมต่อไป

#### 4.1 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคูชีวิตในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

##### 4.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต

มลรัฐฟลอริดาได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านการล่วงประเวณี การเป็นชู้ การจดทะเบียนสมรสซ้อน และการสมรสกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน เช่นเดียวกับการแสดงออกถึงความลามกหรือการกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทำอนาจารต่อที่สาธารณะซึ่งมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดศีลธรรมของสังคม<sup>207</sup> ในปี 1868 มลรัฐฟลอริดาตรากฎหมายเกี่ยวกับการสังวาสที่ผิดธรรมชาติ (Sodomy Law) เป็นครั้งแรก โดยการเล่นสวาทเป็นความผิดทางอาญาซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดกระทำการอันเป็นที่น่ารังเกียจและการกระทำที่น่ารังเกียจนั้นผิดธรรมชาติไม่ว่าจะกระทำต่อมนุษย์หรือสัตว์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินยี่สิบปี” ซึ่งศาลฟลอริดาตีความกฎหมายดังกล่าวว่า เป็นการห้ามกิจการทางเพศระหว่างชายสองคนหรือหญิงสองคน ต่อมาปี 1917 พระราชบัญญัติการลงโทษสำหรับการกระทำที่ผิดธรรมชาติและศีลธรรม มาตรา 1 กำหนดว่า ผู้ใดกระทำความผิดธรรมชาติและศีลธรรมใดๆ ต่อบุคคลอื่นต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>208</sup> และกิจกรรมทางเพศของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันยังคงผิดกฎหมายจนกระทั่งปี 2003 ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาในคดี Lawrence v. Texas<sup>209</sup> ส่งผลให้กฎหมายเกี่ยวกับการสังวาสที่ผิดธรรมชาติถูกยกเลิกในทุกมลรัฐ อย่างไรก็ตาม ในปี 2015 กฎหมายดังกล่าวในมลรัฐฟลอริดาไม่มีผลบังคับแต่สภานิติบัญญัติไม่ได้ดำเนินการยกเลิกเช่นกัน

กฎหมายรับรองการชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับแต่ละมลรัฐจะยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน สำหรับมลรัฐฟลอริดา ในปี 1977 มีการตรากฎหมายห้ามการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน และเพิ่มเติมการไม่

<sup>207</sup> John Pope Duval, *Compilation of the Public Acts of the Legislative Council of the Territory of Florida, Passed Prior to 1840* (Tallahassee: Samuel S. Sibley, Printer, 1839), p. 120.

<sup>208</sup> Florida Statutes “Section 800.02 Unnatural and lascivious act.— A person who commits any unnatural and lascivious act with another person commits a misdemeanor of the second degree, punishable as provided in s. 775.082 or s. 775.083. A mother’s breastfeeding of her baby does not under any circumstance violate this section.”

<sup>209</sup> Lawrence v. Texas (02-102) 539 U.S. 558 (2003)

อนุญาตรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันจากเขตอำนาจศาลอื่นด้วย นอกจากนี้ Florida Amendment 2 เพื่อแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญของมลรัฐฟลอริดาในปี 2008 โดยได้เพิ่ม Article I มาตรา 27 เกี่ยวกับนิยามของคำว่า “สมรส” เป็นการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างชายหนึ่งคนและหญิงหนึ่งคนอย่างสามีภรรยา และไม่มีกฎหมายการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันใดที่จะทำได้เช่นเดียวกับการสมรส หรือสาระสำคัญของความเท่าเทียมกันจะได้รับการยอมรับ<sup>210</sup> ซึ่งในปัจจุบันด้วยผลของศาลแขวงสหรัฐอเมริกา (U.S. district court) มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2014 ในคดี Brenner v. Scott ประกอบกับ คดี Grimsley v. Scott<sup>211</sup> ว่าการห้ามไม่ให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันเป็นกฎหมายของมลรัฐฟลอริดา และมีผลใช้บังคับในวันที่ 6 มกราคม 2015 โดยเงื่อนไขในการสมรสเป็นเช่นเดียวกับการสมรสของคู่สมรสต่างเพศ กล่าวคือ บุคคลสองคนสามารถสมรสกันได้เมื่อมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับคู่สมรส<sup>212</sup> และได้รับสิทธิประโยชน์เช่นเดียวกับคู่สมรสอย่างเสมอภาค เช่น สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่ได้จากรัฐบาลกลาง ในฐานะคู่สมรส สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของคู่สมรสหลังจากสมรส สิทธิในการแสดงรายการภาษีในฐานะคู่สมรส เป็นต้น

#### 4.1.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ว่าจะมีการใช้ชื่อว่า Civil Union, Domestic Partnership หรือ Civil Partnership เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันซึ่งสถานะทางกฎหมายมีลักษณะแตกต่างจากการกฎหมายสมรสของคู่รักต่างเพศอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะได้รับสิทธิและหน้าที่น้อยกว่ากฎหมายสมรสของคู่รักต่างเพศ แม้ว่าจะเป็นการตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคมระหว่างคู่รักเพศเดียวกันและคู่รักต่างเพศก็ตาม โดยสาเหตุที่ไม่ให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสได้ เนื่องจากประเทศแถบทางตะวันตกมีความผูกพันเกี่ยวกับศาสนาคริสต์เป็นอย่างมาก และส่วนใหญ่การสมรสควรจะสงวนไว้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักต่างเพศเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความเท่าเทียม

<sup>210</sup> Amendment 2 added Article I Section 27 to the Florida constitution “In as much as marriage is the legal union of only one man and one woman as husband and wife, no other legal union that is treated as marriage or the substantial equivalent there of shall be valid or recognized”

<sup>211</sup> คดี Brenner v. Scott ประกอบกับ คดี Grimsley v. Scott Cases No. 4:14cv107-RH/CAS and 4:14cv138-RH/CAS

<sup>212</sup> Florida Statutes Title XLIII Domestic Relations Chapter 741 Marriage; Domestic Violence Section 741.212 Marriages between persons of the same sex.

มากที่สุด และลดความรุนแรงในสังคมเกี่ยวกับการต่อต้านการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน รัฐจึงตรากฎหมายรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ และหน้าที่ระหว่างกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดกฎหมายไว้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐจะสามารถยอมรับคู่รักเพศเดียวกันได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งบางมลรัฐอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศทุกประการ อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตเท่านั้น สำหรับมลรัฐฟลอริดาที่มีจำนวน 9 เทศมณฑล (County) ได้แก่ Palm Beach, Monroe, Broward, Miami-Dade, Pinellas, Orange, Leon, Sarasota, and Volusia ที่มีกฎหมายการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) ซึ่งจะอธิบายในรายละเอียดภาพรวมดังนี้

#### 4.1.2.1 เจือนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

บุคคลที่จะจดทะเบียนทางทะเบียนโดยภาพรวมจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

- (1) ต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเทศมณฑล (County) แห่งใดแห่งหนึ่งใน 9 แห่ง (ขึ้นอยู่กับว่าจะดำเนินการจดทะเบียนที่เทศมณฑลใด)
- (2) ต้องเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และเลือกที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน
- (3) ต้องไม่เป็นบุคคลที่ได้สมรสหรือจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตกับผู้อื่นอยู่ก่อนแล้ว
- (4) ต้องไม่จดทะเบียนทางทะเบียนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางสายเลือด
- (5) การจดทะเบียนทางทะเบียนจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลทั้งสองฝ่ายโดยไม่ถูกข่มขู่ ถูกหลอกลวง
- (6) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมที่จะต้องแบ่งปันสิ่งบริโภคนและที่อยู่อาศัยซึ่งกันและกัน
- (7) บุคคลใดประสงค์จะจดทะเบียนทางทะเบียนครั้งใหม่จะกระทำได้อีกเมื่อพ้นระยะเวลา 30 วัน หลังจากสิ้นสุดความสัมพันธ์ครั้งก่อน

#### 4.1.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

##### (1) หน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

หน้าที่ของคู่ชีวิตเป็นตามแต่ละเทศมณฑลกำหนด เช่น การกำหนดให้มีหน้าที่ในการอุปการะซึ่งกัน ดูแลซึ่งกันและกัน หรืออาจจะกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวของอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

##### (2) สิทธิระหว่างกันของคู่ชีวิต

สิทธิประโยชน์ที่คู่ชีวิตจะได้รับ เช่น สิทธิที่คู่ชีวิตจะได้รับจะเป็นไปตามที่เทศมณฑลนั้นกำหนดเช่นกัน เช่น สิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่ชีวิต สิทธิในการให้ความยินยอมคู่ชีวิตที่จะต้องเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ สิทธิในการจัดการศพ สิทธิในการแจ้งเหตุของบุคคลในครอบครัว สิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่ชีวิตหรือบุคคลในครอบครัวในสถานที่กักขัง สิทธิในการแต่งตั้งตนเองเป็นผู้อุปบาลของคู่ชีวิตที่ไร้ความสามารถ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นต้น

#### 4.1.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์

คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยุติความสัมพันธ์ระหว่างกันได้โดยการยื่นใบรับรองการสิ้นสุดความสัมพันธ์ต่อเทศมณฑลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจ หลังจากนั้นเสมียนเขตจะประกาศและออกใบรับรองการสิ้นสุดความสัมพันธ์แก่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งจะมีผลนับจากวันที่ได้ออกใบรับรองการสิ้นสุดความสัมพันธ์ หรือหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วจะจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นจะมีผลเป็นการสิ้นสุดโดยอัตโนมัติ สิทธิประโยชน์ต่างๆ และสิทธิโดยชอบธรรมจะสิ้นสุดนับแต่วันที่การสมรสนั้นมีผล คู่ชีวิตที่จดทะเบียนสมรสจะต้องยื่นประกาศการสิ้นสุดความสัมพันธ์ภายใน 10 นับแต่ได้จดทะเบียนสมรส หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่กรรม ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละเทศมณฑลจะกำหนดให้เป็นเช่นไร



### 4.1.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

#### 4.1.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

##### (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุมากกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว หรือรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สามีภรรยา หรือเป็นการรับบุตรที่ติดมาของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และแม้ผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีความผิดปกติทางร่างกายก็จะไม่ถูกห้ามให้รับบุตรบุญธรรม เว้นแต่ความผิดปกติทางร่างกายนั้นส่งผลให้ไม่สามารถเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีประสิทธิภาพได้ หรือผู้รับบุตรบุญธรรมมีความประสงค์จะสอนหนังสือผู้เยาว์ในบ้านก็ไม่สามารถเป็นเหตุในการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมได้ และผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมเป็นบุคคลใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลบรรลุนิติภาวะ<sup>213</sup>

การรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาโดยกำเนิดหรือบุคคลที่มีอำนาจปกครอง และหากผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมมีอายุ 12 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์<sup>214</sup> หากผู้เยาว์มีอายุน้อยกว่า 6

<sup>213</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption “Section 63.042

(1) Any person, a minor or an adult, may be adopted.

(2) The following persons may adopt:

(a) A husband and wife jointly;

(b) An unmarried adult; or

(c) A married person without the other spouse joining as a petitioner, if the person to be adopted is not his or her spouse, and if:

1. The other spouse is a parent of the person to be adopted and consents to the adoption; or

2. The failure of the other spouse to join in the petition or to consent to the adoption is excused by the court for good cause shown or in the best interest of the child.

(3) No person eligible under this section shall be prohibited from adopting solely because such person possesses a physical disability or handicap, unless it is determined by the court or adoption entity that such disability or handicap renders such person incapable of serving as an effective parent.

(4) No person eligible under this section shall be prohibited from adopting solely because he or she desires to educate the adopted child at home.”

<sup>214</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption “Section 63.062(1)(c) The minor, if 12 years of age or older, unless the court in the best interest of the minor dispenses with the minor’s consent.”

เดือน มารดาจะให้ความยินยอมได้จนกว่าจะครบ 48 ชั่วโมงหลังจากผู้เยาว์ถือกำเนิด สำหรับการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นบุคคลอายุมากกว่า 18 ปีบริบูรณ์ไม่ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา อย่างไรก็ตาม ผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมต้องแจ้งให้บิดามารดาโดยกำเนิดทราบด้วย

หลังจากนั้น ก่อนที่ผู้เยาว์จะถูกส่งไปยังครอบครัวของผู้จะรับบุตรบุญธรรมโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยหน่วยงานดังกล่าวมีทั้งเป็นของเอกชนและรัฐบาล หากเป็นหน่วยงานของเอกชนจะต้องได้รับใบอนุญาตจากกระทรวงเด็กและครอบครัว (Department of Children and Families : DCF) และการเสนอรับบุตรบุญธรรมจะต้องรายงานไปยังศาลด้วย สำหรับหน่วยงานของรัฐจะมีเพียง DCF เท่านั้น จะต้องมีการประเมินผลการทดลองเลี้ยง (Home study) ผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมโดยนักสังคมสงเคราะห์หรือผู้เชี่ยวชาญทางด้านจิตวิทยาเสียก่อน เพื่อให้มั่นใจว่าผู้เยาว์จะได้รับประโยชน์สูงสุดหากได้รับการบรรจุเข้าไปอยู่ในครอบครัวดังกล่าวแล้ว ซึ่งระยะเวลาการทดลองเลี้ยงจะต้องใช้เวลาอย่างน้อย 90 วัน เว้นแต่จะเป็นการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่ง และการรับบุตรบุญธรรมจะเสร็จสิ้นอย่างสมบูรณ์ เมื่อนักสังคมสงเคราะห์หรือผู้เชี่ยวชาญทางด้านจิตวิทยาได้ส่งรายงานไปยังศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาความเหมาะสมเป็นขั้นตอนสุดท้าย หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเห็นเป็นผลประโยชน์ต่อผู้เยาว์ในการบรรจุเข้าสู่ครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีสิทธิและอำนาจการปกครองเหนือผู้เยาว์

## (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมเป็นการต่อตั้งความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวคล้ายกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรโดยกำเนิด การรับบุตรบุญธรรมจะต้องพิจารณาผลประโยชน์ของทุกฝ่ายอย่างสมดุลกันไม่ว่าจะเป็น บิดามารดาโดยกำเนิด ผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรม เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เยาว์ หลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้มีการรับบุตรบุญธรรม ครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีอำนาจการปกครองเหนือผู้เยาว์และมีหน้าที่รับผิดชอบต่อผู้เยาว์ และทำให้อำนาจการปกครองและความรับผิดชอบทั้งปวงของบิดามารดาโดยกำเนิดสิ้นสุดลง<sup>215</sup> นอกจากนี้ ผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถเปลี่ยน

<sup>215</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption “ Section 63.172 Effect of judgment of adoption.

(1) A judgment of adoption, whether entered by a court of this state, another state, or of any other place, has the following effect:

(a) It relieves the birth parents of the adopted person, except a birth parent who is a petitioner or who is married to a petitioner, of all parental rights and responsibilities.

(b) It terminates all legal relationships between the adopted person and the adopted person’s relatives, including the birth parents, except a birth parent who is a petitioner or who is married to a

ชื่อสกุลของผู้เยาว์ได้ และบุตรบุญธรรมจะเปรียบเสมือนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับบุตรคนอื่นๆ ของผู้รับบุตรบุญธรรม พร้อมทั้ง มีสิทธิได้รับมรดกในจำนวนที่เท่ากับบุตรแท้ๆ ของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย

#### 4.1.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ปัญหาการรับบุตรบุญธรรมโดยกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเข้ามาเป็นประเด็นถกเถียงกันอย่างมากระหว่างเมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา และแม้ว่าครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นปัจจัยหนึ่งในการเจริญเติบโตของบุตรบุญธรรมจึงทำให้เกิดคำถามว่า การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะส่งผลกระทบต่อบุตรบุญธรรมหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกาการต่อต้านครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกันลดลงจากเดิมจะเห็นได้ว่า หลายมลรัฐมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม ทั้งเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว รับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตหรือคู่สมรสจากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม หรือเป็นการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน แต่ในบางมลรัฐมีกฎหมายเขียนห้ามกลุ่มบุคคลดังกล่าวรับบุตรบุญธรรม

เดิมมลรัฐฟลอริดาเป็นเพียงมลรัฐเดียวที่ห้ามไม่ได้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมโดยกำหนดไว้ใน Florida Statutes Section 63.042(3) “No person eligible to adopt under this statute may adopt if that person is a homosexual” ว่า ไม่มีบุคคลที่มีความเหมาะสมในการรับบุตรบุญธรรม หากบุคคลนั้นเป็นกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีการร่างกฎหมายอย่างน้อย 5 ฉบับที่มีความพยายามจะยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวตั้งแต่มีการบังคับใช้<sup>216</sup> ซึ่งในจำนวนนั้นมีกฎหมาย 2 ฉบับได้เสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของวุฒิสภา โดยฉบับแรก ในปี 2005 เสนอโดย Senator Rich ซึ่งต้องการปรับปรุงกรณีการห้ามกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม โดยควรมีข้อยกเว้นในกรณีที่ศาลเห็นว่า ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมอาศัยอยู่กับบุคคลที่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรม กรณีปรากฏต่อศาลว่า ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้นถือผู้จะรับบุตรบุญธรรมเสมือนบิดามารดาของตน และมีการเลี้ยงดูผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างเป็นทางการถาวรที่บ้านของผู้จะรับบุตรบุญธรรมมากกว่าการเลี้ยงดูแบบชั่วคราว และฉบับที่ 2

---

petitioner, so that the adopted person thereafter is a stranger to his or her former relatives for all purposes, including the interpretation or construction of documents, statutes, and instruments, whether executed before or after entry of the adoption judgment, that do not expressly include the adopted person by name or by some designation not based on a parent and child or blood relationship, except that rights of inheritance shall be as provided in the Florida Probate Code.

<sup>216</sup> การบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมได้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี 1977

เสนอโดย Senator Dawson มีความประสงค์จะแทนที่บทบัญญัติของมลรัฐฟลอริดาโดยให้พิจารณาเป็นกรณีของการรับบุตรบุญธรรมเป็นกรณีไปซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นสำคัญ และให้บัญญัติใหม่ว่า “บุคคลใดที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับการพิจารณาถึงความเหมาะสมสำหรับผู้เยาว์แต่ละคนเป็นรายกรณี”<sup>217</sup> แต่เนื่องจากไม่มีร่างกฎหมายฉบับใดผ่านกฎหมายมลรัฐฟลอริดาจึงยังคงห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมต่อไป

บทบัญญัติของมลรัฐฟลอริดาดังกล่าวถูกคัดค้านโดยศาลในระดับมลรัฐและรัฐบาลกลางเป็นเวลากว่า 10 ปี ดังเช่นในคดี James W. Cox v. Florida Department of Health and Rehabilitative<sup>218</sup> เป็นกรณีที่ James W. Cox และ Rodney M. Jackman มีความประสงค์จะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม แต่ Department of Health and Rehabilitative (HRS) ตรวจสอบและพบว่าพวกเขาทั้งสองคนเป็นคู่รักเพศเดียวกันจึงปฏิเสธโอกาสในการรับบุตรบุญธรรมด้วยเหตุดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คดีขึ้นสู่ศาลโดยที่ศาลชั้นต้นตัดสินว่ากฎหมายมลรัฐฟลอริดา Florida Statutes Section 63.042(3) ขัดต่อรัฐธรรมนูญของมลรัฐฟลอริดา ต่อมา HRS ยื่นอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ฟลอริดาได้พิจารณาแล้วคัดค้านประเด็นบทบัญญัติที่มีความคลุมเครือ ประเด็นเรื่องความเป็นส่วนตัว และประเด็นเรื่องความเท่าเทียมกัน แม้ว่าศาลฎีกาฟลอริดาจะยืนยันในหลักกฎหมาย แต่ได้ส่งเรื่องให้ไปตรวจสอบข้อเท็จจริงในรายงานใหม่ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ไม่มีการส่งกลับไปตรวจสอบเนื่องจากผู้ฟ้องคดีถอนฟ้องไป แต่ถึงกระนั้น คดีนี้ได้ให้คำนิยามของคำว่า “Homosexual” ในที่นี้จำกัดเฉพาะผู้ที่ยื่นคำขอรับบุตรบุญธรรมที่มีส่วนร่วมหรือสมัครใจในกิจกรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังนั้น จึงเกิดความแตกต่างระหว่างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน กับกลุ่มคนที่ทำกิจกรรมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน<sup>219</sup>

<sup>217</sup> The new section would state : “ A prospective adoptive parent of a minor must undergo an individual assessment of his or her capacity to understand and meet the needs of the particular child”

<sup>218</sup> Cox v. Dept. of Health & Rehab, 656 So. 2d 902, 902 (Fla. 1995)

<sup>219</sup> Florida Dep’t of Health and Rehab. Servs. v. Cox, 627 So. 2d 1210, 1215 (Fla. 2d Dist. Ct. App. 1993).

ก. กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว (Individuals Adoption)

คดี Lofton v. Department of Children and Family Services.<sup>220</sup> คดีนี้เป็นที่แพร่หลายอย่างมากและมีโจทก์หลายคนซึ่งคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมของแต่ละรายถูกปฏิเสธตามกฎหมายมลรัฐฟลอริดาด้วยเหตุผลที่เป็นกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน ในศาลแขวง คดี Lofton v. Kearney ซึ่งจำเลยคือ Kathleen A. Kearney ตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงเด็กและครอบครัว โดยยื่นยันการใช้กฎหมายมลรัฐฟลอริดาด้วยเหตุผล 2 ประการ ประการแรก เป็นการสะท้อนให้เห็นว่ามลรัฐไม่เห็นด้วยกับการที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันที่จะมีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด ประการที่สอง กระทรวงเด็กและครอบครัวอ้างว่าจะเป็นผู้เยาว์มากที่สุดหากเติบโตมาในครอบครัวที่สมรสกันอย่างมั่นคง และประกอบไปด้วยบิดามารดา เนื่องจากชายและหญิงที่สมรสกันจะเป็นแบบอย่างที่ดีที่แสดงถึงความแตกต่างของเพศได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งยังลดปัญหาทางสังคมให้กับผู้เยาว์ซึ่งเหมือนกับมลรัฐอื่นๆ ที่ใช้หลัก “ผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์” โดยศาลพิพากษาโดยอ้างเหตุผลของกระทรวงเด็กและครอบครัว แม้ว่าเหตุผลจะมีข้อบกพร่องอยู่บ้างแต่ในข้อเท็จจริงก็สามารถพิสูจน์เพียงพอที่ได้ที่จะถือได้ว่าไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้ศาลยังชี้ให้เห็นเกี่ยวกับการป้องกันพระราชบัญญัติการสมรสของรัฐบาลกลางว่า “กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันไม่เหมือนกับบุคคลที่ไม่ได้ทำการสมรส และเมื่อพิจารณาในแง่ของผลประโยชน์ของผู้เยาว์แล้วบุคคลที่ไม่ได้สมรสยังสามารถทำการสมรสได้ซึ่งต่างจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันที่ไม่สามารถทำการสมรสได้ ดังนั้นจึงไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐ” เป็นเหตุให้ผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมยื่นอุทธรณ์

ต่อมาศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาเขตที่ 11 พิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาของศาลล่าง โดยอธิบายเหตุผลหลายประการว่า กฎหมายมลรัฐฟลอริดาเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในแง่ของเหตุผลทางศีลธรรม และกฎหมายเป็นการขยายนโยบายโดยสร้างระบบของการรับบุตรบุญธรรมให้คล้ายคลึงกับครอบครัวเดี่ยว (ครอบครัวที่ประกอบไปด้วยบิดามารดาและบุตร) และโครงสร้างของครอบครัวเป็นโครงสร้างที่มีมายาวนานนับพันปีของมนุษย์ ดังนั้น การที่มลรัฐฟลอริดาจะพิจารณาแล้วเห็นว่า การคำนึงถึงประโยชน์ของผู้เยาว์นั้นคือการได้อยู่กับบิดามารดาซึ่งสามารถเป็นแบบอย่างทางเพศที่มีอิทธิพลกับผู้เยาว์ และมีผลสำคัญกับพัฒนาการในวัยเด็กและการเข้าสังคมซึ่งการเป็นกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันทำให้ขาดหายไปซึ่งความเป็นบิดามารดาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และขาดไปซึ่งประโยชน์ที่จะได้มาจากการสมรส นอกจากนี้ ศาลได้ให้ความเห็นสนับสนุนทฤษฎีที่ว่า “การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของบุคคลปกติไม่เพียงแต่จะเหมือนคู่สมรส แต่ยิ่งดีกว่าการที่

<sup>220</sup> Lofton v. Sec’y of the Dep’t of Children & Family Servs., 358 F.3d 804 (11th Cir. 2004)

ผู้เยาว์จะไปอยู่กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เนื่องจากสามารถให้การศึกษาและแนะนำพัฒนาการทางเพศตั้งแต่วัยรุ่นจนถึงวัยผู้ใหญ่ โดยเฉพาะวัยรุ่นที่ต้องการเรียนรู้เพศตรงข้าม ยิ่งไปกว่านั้นศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาเขต 11 ได้ปฏิเสธการอุทธรณ์เพื่อพิจารณาคดีใหม่ของผู้ร้องอีกด้วย (En Banc the Lofton Case)

คดี Florida Department of Children and Family Services v. X.X.G221 คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ F.G. เป็นบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ในปี 2004 X.X.G. และ N.R.G. ต้องออกจากบ้านของพวกเขาเนื่องจากถูกละเลยและทอดทิ้ง หลังจากนั้น F.G. ขอรับอุปการะผู้เยาว์ทั้งสองคนโดยให้เจริญเติบโตในครัวเรือนของ F.G. ซึ่งจัดให้มีการดูแลความปลอดภัย สุขภาพความมั่นคงและการสั่งสอนที่ดี รวมถึงความต้องการพื้นฐานอย่างเช่นการศึกษา และการเข้าสังคม222 อย่างไรก็ตาม F.G. มีความประสงค์จะขอรับผู้เยาว์ทั้งสองคนเป็นบุตรบุญธรรมแต่กระทรวงเด็กและครอบครัวปฏิเสธด้วยเหตุผลที่เขาเป็นบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งศาลพิพากษาว่ากฎหมายมลรัฐฟลอริดาที่ห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ223 โดยให้เหตุผลว่า กระทรวงเด็กและครอบครัวได้แย้งไม่สำเร็จกรณีที่ว่า เหตุผลสำคัญของการห้ามกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรมเนื่องจากผู้เยาว์จะได้แบบอย่าง และบทบาทที่ดีในครอบครัว และได้รับการเลือกปฏิบัติไม่น้อยกว่าถ้าหากได้ครอบครัวที่เป็นคู่รักต่างเพศมารับบุตรบุญธรรม และจะส่งผลดีกับผู้เยาว์หากมีบิดาและมารดาที่มีเพศที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้สมรสกันถูกต้องตามกฎหมายสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ และกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเองก็ยังสามารถเป็นผู้อุปถัมภ์ได้ ดังนั้นเหตุผลของกระทรวงเด็กและครอบครัวที่อ้างเกี่ยวกับการเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดี่ยวอาจก่อให้เกิดปัญหากับผู้เยาว์นั้นฟังไม่ขึ้น นอกจากนี้ ยังมีพยานผู้เชี่ยวชาญอ้างข้อมูลว่าการอบรมเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้มีความแตกต่างจากคู่รักต่างเพศ และไม่มีผลต่อการปรับตัวของผู้เยาว์เช่นกัน และเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติห้ามไม่ให้รับบุตรบุญธรรมก็จะเป็นเหตุผลที่ฟังไม่ขึ้นอีกเช่นกันในเมื่อความเป็นจริงกฎหมายอนุญาตให้ F.G. ซึ่งเป็นบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถเป็นผู้อุปถัมภ์ ในขณะที่ไม่อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้น Florida

<sup>221</sup> Fla. Dep't of Children & Families v. X.X.G., 45 So.3d 79 (Fla. Ct. App. 2010).

<sup>222</sup> กฎหมายมลรัฐฟลอริดาห้ามมิให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมแต่ไม่ห้ามให้เป็นผู้อุปถัมภ์ โปรดดู Matthews v. Weinberg, 645 So.2d 487 (Fla. Ct. App. 1994)

<sup>223</sup> Florida Statutes Section 63.042(3) "No person eligible to adopt under this statute may adopt if that person is a homosexual"

Statutes Section 63.042(3) เป็นการละเมิดต่อสิทธิแห่งความเท่าเทียมกันที่พึงจะต้องได้รับการคุ้มครองตาม article I, section 2, of the Florida Constitution<sup>224</sup>

จากคดีดังกล่าวทำให้มีผลผูกพันในทุกคดีของมลรัฐฟลอริดา นอกจากนี้กระทรวงเด็กและครอบครัวจะต้องยุติการซักถามเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศของผู้จะรับบุตรบุญธรรม และด้วยรสนิยมทางเพศจะต้องไม่นำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมซึ่งจะต้องพิจารณาคุณภาพในการเลี้ยงดูของผู้จะรับบุตรบุญธรรมมากกว่า ส่งผลให้การห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมทั้งสิ้น 33 ปี ได้สิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม สภานิติบัญญัติมลรัฐฟลอริดามีความพยายามที่จะปรับปรุงบทบัญญัติเป็นเวลานานจนกระทั่งปี 2015 ซึ่ง House Bill 7013 ได้ผ่านสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียง 68 ต่อ 50 เมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2015 แต่ผ่านวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 27 ต่อ 11 และในรัฐสภาพรรครีพับลิกัน โดย นาย Rick Scott ได้ลงนามในเมื่อที่ 11 มิถุนายน 2015 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2015 อย่างไรก็ตาม การแก้ไขบทบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมได้เกิดขึ้นภายหลังจากที่มลรัฐฟลอริดาอนุญาตให้มีการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2015

ปัจจุบัน Florida Statutes Section 63.042(3) ที่บัญญัติว่า “No person eligible to adopt under this statute may adopt if that person is a homosexual” ได้ตัดออกจากมาตราดังกล่าวเป็นที่เรียบร้อยแล้วซึ่งจะปรากฏคุณสมบัติในลักษณะทั่วไปในการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น<sup>225</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามลรัฐฟลอริดาตั้งแต่ ปี 1977 มีการกำหนดกฎหมายอย่างชัดเจนในเรื่องการห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรม แต่เนื่องจากมีคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลและทำให้เกิดการตีความ และการโต้เถียงกันบ่อยครั้งจนกระทั่งศาลมีความตระหนักถึงความเท่าเทียมกันในสังคมจึงส่งผลให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตาม การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตยังไม่ได้รับการอนุญาต

---

<sup>224</sup> The Florida Constitution article I, “section 2 Basic rights. All natural persons, female and male alike, are equal before the law and have inalienable rights, among which are the right to enjoy and defend life and liberty, to pursue happiness, to be rewarded for industry, and to acquire, possess and protect property; except that the ownership, inheritance, disposition and possession of real property by aliens ineligible for citizenship may be regulated or prohibited by law. No person shall be deprived of any right because of race, religion, national origin, or physical disability.”

<sup>225</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption Section 63.042

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

ประเด็นปัญหา	กฎหมาย		การสมรส (Marriage)		การบันทึกทางทะเบียน (Domestic Partnership)	
	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน
การรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2015)	ได้	ได้ <sup>226</sup>	ได้	ได้ <sup>226</sup>
การรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่าย เป็นบุตรบุญธรรม	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2015)	ไม่ได้	ไม่ได้ <sup>227</sup>	ไม่ได้	ไม่ได้ <sup>227</sup>
การรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2015)	ไม่ได้	ไม่ได้ <sup>228</sup>	ไม่ได้	ไม่ได้ <sup>228</sup>

<sup>226</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption Section 63.042(2)(b) และ 63.042(2)(c)2.

<sup>227</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption Section 63.042(2)(c)1.

<sup>228</sup> Florida Statutes Title VI Civil Practice and procedure Chapter 63 Adoption 63.042(2)(a)



## 4.2 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศส (Le Pacte Civil de Solidarité – PACS)

เดิมการรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันอย่างถูกกฎหมายของฝรั่งเศสสามารถกระทำได้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้น แม้ว่าคู่รักเพศเดียวกันจะมีความรักและช่วยเหลือเกื้อกูลกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศก็ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิและหน้าที่เอาไว้ ต่อมาประเทศฝรั่งเศสมีวิถีชีวิตที่เปลี่ยนไป การใช้ชีวิตร่วมกันของชายหญิงมักจะไม่จดทะเบียนสมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่า ทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการผูกมัดตนเองอย่างแน่นแฟ้นเช่นเดียวกับสามีภรรยา ในปี 1968 คนรุ่นใหม่ต้องการที่จะชะลอการเข้าสู่กระบวนการแต่งงานหรือการมีบุตร<sup>229</sup> โดยต้องการทดลองใช้ชีวิตร่วมกันก่อนซักระยะหนึ่งก่อนที่จะตัดสินใจทำการสมรสต่อไป อย่างไรก็ตาม ในบางคู่อาจจะไม่ต้องจดทะเบียนสมรสกันเลยซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่ควรจะเพิกเฉย<sup>230</sup> ถึงแม้ว่าการที่คู่รักไม่จดทะเบียนสมรสกันอันเป็นเหตุให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายก็ตาม รัฐจะปฏิเสธการเข้าไปดูแลบุคคลเหล่านั้นไม่ได้ ประจวบกับคู่รักเพศเดียวกันก็ใช้ชีวิตเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศที่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรสเป็นจำนวนมาก และมีความเคลื่อนไหวทางสังคมและการเรียกร้องทางศาลเป็นจำนวนมากจนเป็นเหตุให้รัฐบาลมีกฎหมายมาคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการสร้างครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกันอยู่ 3 รูปแบบ คือ การใช้ชีวิตร่วมกัน (Le Concubinage) การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (Le Pacte Civil de Solidarité หรือ PACS) การสมรส (Le Mariage) ระดับความสัมพันธ์และการรับรองสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายจะมีความแตกต่างกันโดยการใช้ชีวิตร่วมกันตามกฎหมายจะมีระดับความคุ้มครองทางกฎหมายน้อยกว่าการสมรส

### 4.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

วิวัฒนาการของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของประเทศฝรั่งเศสมีความยาวนาน เดิมในยุคที่ประเทศฝรั่งเศสถูกครอบงำโดยความเชื่อทางศาสนา และมักเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่ยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและเคยมีกฎหมายลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ซึ่งในยุคก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสถือว่าการกระทำ

<sup>229</sup> Claude Martin and Irène Théry, The Pacs and Marriage and Cohabitation in France, *International Journal of Law, Policy and the Family* 14,3 (December 2000) : p.135-158.[Online] Accessed 10 Jan 2015 from <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00199963/document>

<sup>230</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," *วารสารนิติศาสตร์* 501.

ดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดร้ายแรง และอาจลงโทษถึงตายโดยวิธีการเผาได้ เมื่อประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคปฏิวัติ ตั้งแต่มีการใช้ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1811 พฤติกรรมที่แสดงถึงความรักระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันก็ไม่ถือเป็นความผิดอีกต่อไป แต่พฤติกรรมดังกล่าวยังคงถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอยู่เช่นนั้น

การที่กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองกับคู่รักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศเป็นการกระทำที่รัฐไม่ให้ความเท่าเทียมกันกับคนในสังคมและยังเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงทำให้เกิดการเรียกร้องและการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันทางกฎหมายให้แก่บุคคลรักเพศเดียวกัน

ตั้งแต่ปี 1990 มีการนำเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับบันทึกทะเบียนคู่วิวิตอยู่หลายฉบับด้วยกันซึ่งสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายซ้ายเป็นผู้เสนอร่างกฎหมาย โดยวันที่ 25 มิถุนายน 1990 ร่างกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับคู่วิวิต (Un Contrat de Partenariat Civil) ถูกเสนอต่อวุฒิสภา (Sénat) โดย Jean-Luc Mélenchon และถัดมาในปี 1991 มีการเสนอสัญญาคู่วิวิต (Le Contrat d'union Civile - CUC) โดยคณะทำงานร่วมกันของ Jan-Paul Pouliquen, Gérard Bach-Ignasse และ Jean-Yves Autexier ซึ่งร่าง CUC นี้มีเนื้อหาที่ค่อนข้างสมบูรณ์เกี่ยวกับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เช่น สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการประกันสังคม การรับโอนกรรมสิทธิ์ เป็นต้น ต่อมาในวันที่ 25 พฤศจิกายน แต่ร่าง CUC ก็ไม่ผ่านการลงคะแนน ในเดือนมิถุนายน 1994 องค์กรต่อต้านเชื้อเอชไอวีได้รวมตัวกันเพื่อเสนอกฎหมาย Contrat de Vie Sociale (CVS) และต่อมาในเดือนกันยายนของปีเดียวกันก็มีการเสนอร่าง Contrat d'union Sociale (CUS) ซึ่งเกิดจากการรวบรวม CUC และ CVS เข้าด้วยกัน ซึ่งถือเป็นรูปแบบใหม่ของร่างกฎหมายที่เกิดขึ้น และนำเสนอการเคลื่อนไหวของกลุ่มคนรักร่วมเพศ ความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนคู่วิวิตโดยกลุ่มคนรักร่วมเพศทำให้เกิดเป็นที่มาของกฎหมายบันทึกทะเบียนคู่วิวิตหรือกฎหมายสัญญาทางแพ่งเพื่ออยู่ร่วมกัน (Pacte Civil de Solidarité - PACS) ที่ถูกเสนอโดยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Lionel Jospin โดยที่ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกคัดค้านโดยนักการเมืองพรรคสังคมนิยมผู้ซึ่งคัดค้านสิทธิของเลสเบี้ยน เกย์ คนรักสองเพศและคนข้ามเพศ (LGBT Right) Christine Boutin และ Philippe de Villiers ได้โต้แย้งว่ากฎหมายบันทึกทะเบียนคู่วิวิตหรือกฎหมายสัญญาทางแพ่งเพื่ออยู่ร่วมกัน (PACS) จะทำลายสังคมฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Christine Boutin ได้อภิปรายในสมัชชาแห่งชาติฝรั่งเศสเป็นเวลากว่า 5 ชั่วโมงว่า “อารยธรรมทั้งหมดที่ยอมรับคนรักเพศเดียวกันให้ดำเนินชีวิตได้ตามปกติจะพบกับความเสื่อมโทรม<sup>231</sup>” อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 19 ตุลาคม 1999 ที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติฝรั่งเศส

<sup>231</sup> วลีทธี เล็งเลียม, “สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย”, (ภาคินพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 32.

ก็ได้ลงมติยอมรับร่างกฎหมาย PACS และได้ตราเป็นกฎหมาย (La Loi n°99-944) ในวันที่ 15 พฤศจิกายนในปีเดียวกัน

การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตนั้น เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1999 ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใน Article 515-1 ถึง 515-7 โดยการบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตนี้เกิดขึ้นเพื่อหาจุดสมดุลระหว่างการจดทะเบียนสมรส (Marriage) กับการตกลงอยู่ร่วมกัน (Le Concubinage) กล่าวคือ ในเรื่องการสมรสแต่เดิมนั้นกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสรับรองให้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้นที่จะจดทะเบียนสมรสได้ การตกลงอยู่ร่วมกันเป็นการยอมรับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามข้อเท็จจริงของบุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศต่างกันหรือเพศเดียวกันก็ตามซึ่งจะต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาตามความเป็นจริง โดยมีลักษณะมั่นคงและต่อเนื่อง และบุคคลดังกล่าวจะต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ คู่ชีวิตในลักษณะไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆ ระหว่างกัน กล่าวคือ ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ไม่มีหน้าที่ที่ต้องซื่อสัตย์ในประเวณีต่อกัน ไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของอีกฝ่าย ไม่มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบร่วมกัน และไม่มียระบบทรัพย์สินร่วมกัน กล่าวคือ ต่างฝ่ายต่างจัดการทรัพย์สินของตนเองแยกจากกัน<sup>232</sup> ทั้งนี้ ทั้งสองฝ่ายอาจทำข้อตกลงระหว่างกันในเรื่องทรัพย์สินก็ได้ หากไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนการสิ้นสุดความสัมพันธ์ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถแสดงเจตนาได้อย่างเสรีโดยไม่ต้องมีเหตุในการเลิก อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายใดใช้สิทธิในการเลิกแล้วทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายโดยไม่สุจริต ฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1382 ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลซึ่งตกลงอยู่ร่วมกันมีเจตนาที่จะไม่สร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกันในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องเคารพต่อเจตนาของบุคคลดังกล่าว

ดังนั้น การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงเป็นทางออกให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน และคู่รักต่างเพศที่ยังไม่ปรารถนาที่จะสมรสได้ใช้ชีวิตร่วมกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่ยังคงได้รับสิทธิต่าง ๆ ในระดับหนึ่งที่ไม่ใกล้เคียงกับการสมรส เช่น ต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ได้รับสิทธิในทางภาษี สิทธิในการประกันสังคม เป็นต้น

นอกจากนี้การเลิกบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตยังทำได้ง่ายกว่าการหย่าที่ต้องทำโดยกระบวนการทางศาลเท่านั้น และต้องใช้ทุนความ แม้ว่าจะเป็นกรณีที่การหย่าด้วยความยินยอมทั้งสองฝ่าย จากความยุ่งยากดังกล่าวในอดีตก่อนที่จะมีการบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตทำให้คู่สมรสฝรั่งเศสบางคู่ที่ไม่ต้องการอยู่ร่วมกันแล้วจึงเลือกที่จะใช้ชีวิตแบบมีสองบ้าน หรือเรียกว่า "Une Double Vie"

<sup>232</sup> ในบางกรณีหากเป็นหนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนหรือสิ่งของจำเป็นภายในบ้านที่ทั้งสองฝ่ายแสดงให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าอยู่กันอย่างคู่ชีวิต ศาลอาจพิพากษาให้ทั้งคู่ร่วมกันรับผิดชอบในหนี้นั้นร่วมกัน

ที่ต่างฝ่ายต่างไปสร้างครอบครัวใหม่โดยที่ไม่มีการหย่าตามกฎหมาย ดังนั้น การบันทึกทางทะเบียน คู่ชีวิตจึงเข้ามาแก้ไขปัญหาในการเลิกร้างให้ง่ายขึ้น จนอาจจะเรียกได้ว่าการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต นั้นเป็น "สัญญาทดลองอยู่ร่วมกัน" ที่กฎหมายให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ในการอยู่ร่วมกันของคู่รักและการสร้างครอบครัว แต่มีกระบวนการให้สามารถเลิกร้างกันได้ง่ายขึ้น<sup>233</sup> จะเห็นได้ว่าการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะมีวิธีการที่ง่าย และสะดวกรวดเร็วกว่าการสมรส บางครั้งคู่รักที่ตัดสินใจที่จะบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตก็เพื่อเป็นขั้นตอนนี้ก่อนที่จะทำการสมรสต่อไปในอนาคตและทดลองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างนั้นเอง คู่รักก็ประสงค์ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐ เพื่อจะนำไปสู่การสมรสต่อไป

แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะเปิดโอกาสให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนทางทะเบียนได้แล้วนั้น โดยรัฐให้สิทธิที่จำเป็นบางประการแก่บุคคลที่ตกลงจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเสมือนคู่รักต่างเพศ อย่างไรก็ตาม เมื่อความพยายามของบุคคลรักเพศเดียวกันที่จะสามารถทำการสมรสได้ เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศก็ไม่หยุดอยู่เท่านี้ การผลักดันให้มีกฎหมายการสมรสสำหรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ดำเนินมาเรื่อยๆ โดยมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่ไม่สนับสนุน ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแถบยุโรป โดยส่วนใหญ่จะนับถือศาสนาคริสต์โรมันคาทอลิก ความเชื่อเรื่องหลักคำสอนของพระเจ้าในเรื่องการสมรสที่สร้างชายและหญิงขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการสืบพันธุ์และให้กำเนิดลูกหลานต่อไป และการสมรสจะต้องประกอบพิธีในโบสถ์โดยทำพิธีต่อหน้าบาทหลวงซึ่งเป็นตัวแทนของพระเจ้า การสมรสนั้นก็จึงจะสมบูรณ์ จะเห็นได้ว่าความเชื่อทางศาสนาของการสมรสมีได้เพียงแค่ชายและหญิงซึ่งเป็นเรื่องที่พระเจ้าสร้างขึ้นมา และการสมรสในโบสถ์ก็เป็นเรื่องที่มีความศักดิ์สิทธิ์ที่มอบให้สำหรับชายและหญิงที่จะทำการสมรสเพื่อใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป การสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงเป็นเรื่องยากที่จะเป็นที่ยอมรับได้

ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่ง การกำหนดเงื่อนไขการสมรสของประเทศฝรั่งเศส ก็ไม่ได้มีความแตกต่างไปจากประเทศอื่นๆ ทั่วโลก ที่กำหนดไว้ว่าการสมรสจะต้องเป็นชายและหญิง โดยที่จะสามารถทำการสมรสได้ก็ต่อเมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์<sup>234</sup> ดังนั้น จึงทำให้การตีความไม่ได้ครอบคลุมถึงการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันด้วย และในขณะที่มีการบังคับใช้กฎหมาย PACS ก็ยังคงมีความขึ้นสู่ศาลไม่ว่าจะเป็นทั้งในประเทศและต่างประเทศเกี่ยวกับการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2004 มีคดีขึ้นสู่ศาลบอร์โดซ์ (Bordeaux) มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการสมรสระหว่าง Stephane Chapin กับ Bertrand Charpentier เป็นโมฆะ และทั้งคู่ยื่นคดีต่อศาลสิทธิ

<sup>233</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

<sup>234</sup> French Code civil “Article 144 A male and a female may not contract marriage before they have completed their eighteenth year”

มนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปในปีเดียวกัน<sup>235</sup> เนื่องจากการสมรสตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องเป็นการสมรสของชายและหญิงเท่านั้น ในเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นเพศชายทั้งคู่จึงไม่สามารถสมรสได้ การสมรสจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งทำให้คำพิพากษาเป็นไปในทำนองเดียวกันนี้ตลอดมา

ความเคลื่อนไหวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและการยอมรับของสังคมก็เป็นไปในทางที่ดีขึ้น เมื่อปี 2004 รัฐบาลฝรั่งเศสผ่านกฎหมายห้ามการดูหมิ่นเหยียดหยามด้วยเหตุของการถูกเพศตรงข้าม (Sexism) หรือความหวั่นเกรงกลุ่มรักเพศเดียวกัน (Homophobia) ผู้กระทำการฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษปรับ 45,000 ยูโร และโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือนในความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือฐานยุยงให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง ความรุนแรง ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากเพศของบุคคล หรือรสนิยมทางเพศ<sup>236</sup> การเปิดโอกาสและมองบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศที่ไม่เหมือนกับตนเองเป็นบุคคลคนหนึ่งเหมือนกับเราทุกประการ เพียงแต่มีความชอบหรือรสนิยมที่แตกต่างกันเท่านั้น บุคคลทุกคนไม่ควรกระทำการในลักษณะดูถูกเหยียดหยามบุคคลเหล่านี้ หากมีผู้ฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ต่อมาในวันที่ 12 กรกฎาคม 2012 วุฒิสภาลงมติเป็นเอกฉันท์โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ในเรื่อง “ลักษณะทางเพศ” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225 - 1 ซึ่งเป็นการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลรักเพศเดียวกัน

นอกจากนี้ในเดือนเมษายน 2009 รัฐบาลฝรั่งเศสลงมติรับรองว่าคู่ชีวิตตามกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการอยู่กินร่วมกันเฉยๆ การเป็นคู่ชีวิต (Partnership) และการสมรส (Marriage) ให้มีสถานะเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS ซึ่งต่อมาประธานาธิบดีนิโกลา ซาร์โกซี (Nicolas Sarkozy) ได้นำมติดังกล่าวมาประกาศใช้บังคับ ส่งผลให้ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้คู่ชีวิตตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้รับเงินคืนภาษีมรดกที่ได้ชำระจากการรับมรดกบ้านของคู่ชีวิตที่เสียชีวิตไปก่อนและคณะรัฐมนตรีมีมติรองรับคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายประเทศอังกฤษเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS ทำให้คู่ชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่ได้คืนภาษีที่ได้ชำระในส่วนที่เรียกเก็บจากคู่ชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่และอยู่กินมาตั้งแต่เดือนสิงหาคม 2007 เป็นจำนวนเงิน 30,000 ปอนด์ อีกทั้งฝรั่งเศสยังได้ตราพระราชกฤษฎีกาว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้มีอาการป่วยทางจิตแต่อย่างใดในเดือนกุมภาพันธ์ 2010

การยอมรับของสังคมต่อกิจกรรมที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีแนวโน้มไปในทางที่ดีขึ้น จนกระทั่งเมื่อต้นปี 2011 ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเห็นว่า การออกกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสสำหรับคู่รักเพศเดียวกันเพื่อตระหนักถึงความเสมอภาคของบุคคลนั้น ไม่ขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

<sup>235</sup> คดี (Chapin & Charpentier v. France) No.40183/07

<sup>236</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน(ภาคสาม)," วารสารนิติศาสตร์: 251.

แต่อย่างไรก็ตาม ซึ่งทำให้มีการร่างกฎหมายเพื่อการสมรสสำหรับคู่รักเพศเดียวกันและเสนอสู่รัฐบาลฝรั่งเศส แต่ผลปรากฏว่าในวันที่ 14 มิถุนายน 2011 รัฐบาลฝรั่งเศสลงมติไม่รับร่างกฎหมายการให้สิทธิของคู่รักเพศเดียวกันด้วยคะแนนเสียงไม่เห็นชอบ 293 ต่อคะแนนเห็นชอบ 222 คะแนน หลังจากนั้นในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2012 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างกฎหมายการสมรสสำหรับทุกคน (Le Projet de Loi du Mariage pour Tous) และรัฐบาลได้นำร่างดังกล่าวนี้เข้าสู่รัฐสภา โดยวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2013 และวันที่ 12 เมษายน 2013 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาลงมติผ่านร่างกฎหมาย ดังกล่าวตามลำดับ โดยวาระสุดท้ายของการพิจารณา รัฐสภาได้ลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 329 คะแนน ต่อมติไม่เห็นชอบ 229 คะแนน นอกจากนี้ให้ความเห็นชอบการสมรสสำหรับคู่รักเพศเดียวกันแล้วยังให้สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมด้วย แม้ว่ารัฐบาลฝรั่งเศสเห็นชอบร่างกฎหมายการสมรสสำหรับทุกคนแล้ว แต่ก็ยังไม่อาจปฏิเสธได้ว่ายังมีอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังคงคัดค้านการอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันทำการสมรสกัน จึงมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าร่างกฎหมายนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในเดือนพฤษภาคม 2013 ศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้อง โดยปฏิเสธว่าเป็นนโยบายของฝ่ายบริหารที่เห็นชอบร่างกฎหมายและส่งผลให้มีการแก้กฎหมายต่อมา เนื่องจากเป็นเรื่องของนโยบายของฝ่ายบริหารซึ่งศาลไม่อาจเข้าไปแทรกแซงได้

นับจากที่ฝรั่งเศสประกาศใช้กฎหมาย PACS วันที่ 15 พฤศจิกายน 1999 จนมาถึงวันที่ 18 พฤษภาคม 2013 ที่ประธานาธิบดี François Hollande ลงนามประกาศใช้กฎหมายและประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา นับเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่า 14 ปี ที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่อสู้และมีความเคลื่อนไหวทางสังคมเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนที่จะสามารถทำการสมรสกันได้เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ และกฎหมายการสมรสสำหรับคู่รักเพศเดียวกัน (Same-Sex Marriage Bill) นี้ก็สามารถใช้บังคับได้อย่างแท้จริง โดยเปิดโอกาสให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้ในวันที่ 28 พฤษภาคม 2013 เป็นต่อไป โดยเนื้อหาของการสมรสของเพศเดียวกันแบ่งออกเป็น 5 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่ 1 เป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าด้วยเรื่องสมรสอันเกี่ยวกับเงื่อนไขของการสมรส ส่วนที่ 2 เป็นการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมเดิมให้สอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีเพศเดียวกัน ส่วนที่ 3 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนามสกุล ส่วนที่ 4 เป็นการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสต่างเพศให้รวมถึงคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันด้วย ส่วนที่ 5 เป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศส<sup>237</sup> เมื่อพิจารณาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมในขณะที่มีการ

<sup>237</sup> "Loi N° 2013-404 Du 17 Mai 2013 Ouvrant Le Mariage Aux Couples De Personnes De Même Sexe," [Online] Accessed: 20 March 2015. Available from: <https://web.archive.org/web/20160115130840/http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte=&categorieLien=id>

บังคับใช้กฎหมาย PACS ไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในฐานะกฎหมายทั่วไป ดังนั้น ในการตีความเรื่อง “คู่สมรส” ย่อมไม่อาจครอบคลุมถึงคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS ได้ ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วนั้น มีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้อย่างชัดเจน และให้ถือว่าเป็นคู่สมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น การดำเนินการเรื่องการรับบุตรบุญธรรมย่อมต้องพิจารณาโดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและกฎหมายสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

#### 4.2.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

##### 4.2.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

(1) มาตรา 515 – 1 กำหนดไว้ว่าบุคคลที่จะมีสิทธิทำบันทึกทางทะเบียนเพื่อใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น (18 ปีบริบูรณ์) และบุคคลทั้งสองฝ่ายจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้

(2) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่มีคุณสมบัติต้องห้าม คือ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีการจดทะเบียนทางทะเบียนแล้ว หรือมีคู่สมรสอยู่แล้ว

(3) ห้ามมิให้บุพการีและผู้สืบสันดานโดยตรง ระหว่างพี่น้อง หรือลูกกับหลานใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน หากฝ่าฝืนก็จะทำให้การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นเป็นโมฆะ

(4) บุคคลทั้งสองฝ่ายไม่จำเป็นต้องมีสัญชาติฝรั่งเศสหากได้กระทำในประเทศฝรั่งเศส แต่หากทำนอกประเทศบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติฝรั่งเศสโดยจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใน

(5) คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะต้องดำเนินการตามแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 515 – 3 โดยจะต้องทำข้อตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐานระหว่างกันและเพื่อเป็นประโยชน์ต่อบุคคลภายนอก หลังจากนั้นทั้งสองจะต้องนำข้อตกลงไปมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ศาลด้วยตัวเอง จะให้ผู้อื่นดำเนินการแทนมิได้ ซึ่งศาลนั้นอาจเป็นศาลที่ตั้งอยู่ในภูมิลำเนาของทั้งคู่หรือเป็นภูมิลำเนาของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ ต่อมากฎหมายอนุญาตให้โนตารีพับลิกมีสิทธิให้คำแนะนำและจัดทำบันทึกทางทะเบียนให้แก่คู่ชีวิตได้ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 30 มีนาคม 2011

#### 4.2.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

##### (1) หน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างคู่ชีวิตมีหน้าที่ที่จะต้องอยู่กินร่วมกัน และอุปการะเลี้ยงดูช่วยเหลือกัน และมีหน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์เช่นเดียวกับสามีภรรยา แม้จะไม่มีตัวบทกำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่มีคำพิพากษาว่า คู่ชีวิตมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ต่อกันเพราะคู่สัญญาจะต้องมีความสุจริตในระหว่างที่สัญญายังมีผลผูกพัน และต้องเคารพ ให้เกียรติซึ่งกันและกัน เพื่อไม่ให้เกิดการทำร้ายร่างกาย ใช้วาจาทำร้ายจิตใจ หรือถูกเหยียดเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งอย่างร้ายแรง หากเกิดกรณีดังกล่าวก็อาจจะต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดซึ่งกฎหมายได้คุ้มครองไว้ในมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และกฎหมาย PACS เองก็ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองไว้ในมาตรา 515 – 9 เช่นกัน

ความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สิน นอกจากคู่ชีวิตจะต้องช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันซึ่งกันและกันแล้ว หากจะต้องมีการรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในหน้าที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อนขึ้นเพื่อจัดหาสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตและการจัดการบ้านเรือนคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ร่วมดังกล่าวด้วย<sup>238</sup>

##### (2) สิทธิระหว่างกันของคู่ชีวิต

สำหรับระบบทรัพย์สิน แต่เดิมเป็นระบบทรัพย์สินร่วมกันแต่แต่ละฝ่ายมีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังจากการตกลงอยู่ร่วมกันจะต้องแบ่งกันคนละครึ่ง เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ต่อมาเมื่อปี 2006 มีการแก้ไขกฎหมายให้ระบบทรัพย์สินแยกเป็นของใครของมัน กล่าวคือ เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ทรัพย์สินอะไรมาก็ตามระหว่างเป็นคู่ชีวิตกันทรัพย์สินนั้นตกเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของฝ่ายนั้น เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันให้ใช้ระบบสินสมรส ตลอดจนการจัดการต่างๆ ร่วมกัน<sup>239</sup>

สิทธิประการอื่นๆ ที่คู่ชีวิตได้รับ เช่น เดิมสิทธิในการยื่นภาษีร่วมและได้รับคืนภาษีจะต้องรอระยะเวลา 3 ปี หลังจากอยู่กินร่วมกัน ต่อมา มีกฎหมายฉบับลงวันที่ 21 สิงหาคม 2007 และฉบับลงวันที่ 7 เมษายน 2009 ให้สิทธิในการยื่นภาษีร่วมและได้รับคืนภาษีทันทีโดยไม่ต้องรอเวลา 3 ปีอีกต่อไป นอกจากนั้น ยังมีสิทธิในการร้องขอให้นายจ้างเปลี่ยนสถานทำงานให้มาอยู่ใกล้กับที่ทำงานของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งและขอลาหยุดในวันหยุดร่วมกัน รวมถึงสิทธิจากกองทุนประกันสังคม

<sup>238</sup> Civil Solidarity Pact Article 1 แก้ไขเพิ่มเติม French Civil Code Article 515-4

<sup>239</sup> Civil Solidarity Pact Article 1 แก้ไขเพิ่มเติม French Civil Code Article 515-5



หากไม่มีผู้ที่มีสิทธิรับเงินก่อนตน และในกรณีที่คู่ชีวิตถึงแก่กรรมไปก่อนด้วยเหตุจากการกระทำละเมิดของผู้อื่น คู่ชีวิตฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิด มีสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือที่ให้กับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งหลังเกษียณ และแม้ว่าคู่ชีวิตจะไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม แต่ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายที่ถึงแก่ความตายได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้และไม่มีปัญหาจากการกันส่วนแบ่งมรดกภาคบังคับตามกฎหมาย คู่ชีวิตก็ย่อมได้รับทรัพย์สินในพินัยกรรมนั้นโดยไม่ต้องเสียภาษีมรดก แต่คู่ชีวิตทั้งสองต้องมีสถานภาพคู่ชีวิตระหว่างกันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองปีก่อนคู่ชีวิตอีกฝ่ายจะถึงแก่ความตาย สำหรับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคมบัญญัติรองรับให้เงินและสิทธิประโยชน์ตามประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมฝรั่งเศสสามารถตกลงแก่คู่ชีวิตด้วย ซึ่งสิทธิดังกล่าวตกแก่บิดามารดาของผู้ที่มีสถานภาพเป็นคู่ชีวิตด้วย<sup>240</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม คู่ชีวิตไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และไม่มีสิทธิใช้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรมร่วมกัน ทั้งนี้ไม่มีสิทธิใช้วิธีการผสมเทียมในคู่ชีวิตเพศเดียวกัน โดยการผสมเทียมอนุญาตให้มีการผสมเทียมมนุษย์ในคู่สมรสชายหญิงที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไปเท่านั้น

#### 4.2.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์

การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตมีเหตุแห่งการสิ้นสุดลงด้วย 4 ประการ คือ ความตาย การสมรส การแสดงเจตนาาร่วมกันของคู่ชีวิต หรือโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว<sup>241</sup> ซึ่งการสิ้นสุดไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามไม่ต้องผ่านกระบวนการใดๆ ของศาลทั้งสิ้น

การสิ้นสุดความสัมพันธ์โดยความตาย ไม่ว่าจะเป็นการตายของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตย่อมสิ้นสุดลงนับแต่วันที่คู่ชีวิตนั้นได้ถึงแก่กรรม นายทะเบียน ณ ที่ว่าการอำเภอจะจดบันทึกความตกลงไปในสูติบัตรและแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของศาลหรือโนตารีพับลิกที่ทำการบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตทราบเพื่อดำเนินการประกาศต่อสาธารณะต่อไป

การสิ้นสุดความสัมพันธ์โดยการสมรส ไม่ว่าจะเป็นการสมรสของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับบุคคลที่สามหรือคู่ชีวิตสามารถกันเองย่อมทำให้การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเป็นอันสิ้นสุดนับตั้งแต่วันที่มีการจดทะเบียนสมรส ส่วนกระบวนการต่างๆ ในขั้นตอนต่อไปก็จะดำเนินการเช่นเดียวกับการสิ้นสุดในกรณีความตาย

การสิ้นสุดความสัมพันธ์โดยการตกลงยินยอมของทั้งสองฝ่าย กรณีนี้คู่ชีวิตจะต้องทำข้อตกลงยุติความสัมพันธ์ร่วมกันและยื่นต่อศาลหรือโนตารีพับลิกและประกาศอย่างเป็นทางการ

<sup>240</sup> Civil Solidarity Pact Article 10 แก้ไขเพิ่มเติม Code de la Sécurité Sociale Article L. 356-3

<sup>241</sup> Civil Solidarity Pact Article 1 แก้ไขเพิ่มเติม French Civil Code Article 515-7

ต่อไป โดยระหว่างคู่ชีวิตจะมีผลเป็นการสิ้นสุดความสัมพันธ์เมื่อเจ้าหน้าที่ศาลหรือโนตารีพับลิกจดทะเบียนให้ แต่สำหรับบุคคลภายนอกจะมีผลเมื่อได้ประกาศอย่างเป็นทางการแล้ว สำหรับทรัพย์สินสิทธิและหน้าที่ต่างๆ คู่ชีวิตสามารถตกลงระหว่างกันได้ หากมีปัญหาหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นอาจขอให้ศาลครอบครัวเข้ามาชี้ขาดในเรื่องดังกล่าวได้

การสิ้นสุดความสัมพันธ์โดยการแสดงเจตนาบอกเลิกของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ต้องชี้แจงหรือให้เหตุผลในการเลิกแก่ผู้ใดว่าจะเป็นผู้กรณีหรือศาลหรือโนตารีพับลิก เพียงแต่แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงเจตนาของตนและแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ศาลหรือโนตารีพับลิก โดยมีผลนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ศาลหรือโนตารีพับลิกจดทะเบียน และมีผลต่อบุคคลภายนอกเมื่อได้มีการประกาศอย่างเป็นทางการ กรณีนี้จะเห็นได้ว่า การใช้ชีวิตคู่ในลักษณะนี้ไม่มีความมั่นคง หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อหรือไม่ต้องการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแล้วก็สามารถเลิกกันได้โดยง่าย และไม่จำเป็นต้องบอกเหตุผลอีกด้วยซึ่งมีความแตกต่างจากการใช้ชีวิตคู่โดยการสมรส เนื่องจากการสมรสแม้แต่จะหย่าโดยความยินยอม ศาลก็จะมีการประนีประนอมกัน และจะต้องเข้ามาพิจารณาอย่างรอบด้านก่อนจึงจะอนุญาตให้หย่าขาดจากกัน

#### 4.2.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต หรือ PACS เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตในหลายๆ เรื่อง แต่ยังคงมีบางเรื่องที่ยังไม่ได้กำหนดสิทธิเอาไว้เป็นการเฉพาะอันได้แก่ การรับบุตรบุญธรรม การมีบุตรโดยใช้วิธีทางวิทยาศาสตร์หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสมีการถกเถียงกันเป็นจำนวนมาก และสิทธิการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะได้รับหรือไม่ ก่อนที่จะไปศึกษาประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนขอเสนอภาพรวมของการรับบุตรบุญธรรมในหัวข้อต่อไป

##### 4.2.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมในประเทศฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์ (L'Adoption Plénière หรือ A Plenary Adoption) การรับบุตรบุญธรรมแบบนี้จะตัดความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวโดยกำเนิดอย่างสิ้นเชิง และการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา (L'Adoption Simple หรือ A Simple Adoption) เป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวโดยกำเนิดยังคงมีอยู่ในขณะที่บุตรบุญธรรมยังอยู่ในครอบครัวผู้รับบุตรบุญธรรม

### ก. การรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์

#### (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์

กรณีผู้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีสถานะ โสด หรือบุคคลที่สมรสแล้วคนเดียว โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 28 ปีบริบูรณ์<sup>242</sup> อย่างไรก็ตาม หากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ในขณะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของตนเองเสียก่อน<sup>243</sup> และผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุต่ำกว่าบุตรบุญธรรม 15 ปี เว้นแต่เป็นกรณีที่ได้รับเอาบุตรที่ติดตามมาของคู่สมรสของตนมาเป็นบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุต่ำกว่าบุตรบุญธรรม 10 ปี<sup>244</sup> หากมีเหตุอันสมควร ศาลอาจจะพิพากษาให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้ แม้ว่าความแตกต่างระหว่างอายุของผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรมจะน้อยกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้<sup>245</sup> กรณีที่คู่สมรสรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะต้องไม่แยกกันอยู่ และจะต้องสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุมากกว่า 28 ปี บริบูรณ์<sup>246</sup>

สำหรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และได้อยู่กับครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 6 เดือน เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะรับบุตรบุญธรรมมาอุปการะก่อนหน้าที่จะมีอายุครบ 15 ปี และในขณะนั้นไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายได้ หรือมีการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดามาก่อนหน้าที่เด็กจะอายุ 15 ปี กรณีเช่นนี้สามารถรับบุตรบุญธรรมได้จนถึงผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะหรือภายใน 2 ปีนับตั้งแต่วันที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ

ในการรับบุตรบุญธรรมหากผู้เยาว์มีอายุเกินกว่า 13 ปีบริบูรณ์ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์ก่อน<sup>247</sup> เช่นเดียวกับการขอความยินยอมจากคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้เยาว์ที่สามารถเป็นบุตรบุญธรรมได้ แบ่งออกเป็น 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง คือ ผู้เยาว์ที่บิดามารดาหรือองค์กรที่ปรึกษาเกี่ยวกับครอบครัวเป็นผู้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และบิดามารดาจะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเอง หากบิดามารดาของผู้เยาว์ถึงแก่กรรม ถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่สามารถให้ความ

<sup>242</sup> French civil Code Article 343-1 วรรคแรก

<sup>243</sup> French civil Code Article 343-1 วรรคสอง

<sup>244</sup> French civil Code Article 344 วรรคแรก

<sup>245</sup> French civil Code Article 344 วรรคสอง

<sup>246</sup> French civil Code Article 343

<sup>247</sup> French civil Code Article 345

ยินยอมได้ องค์กรที่ปรึกษาเกี่ยวกับครอบครัวจะเป็นผู้ให้ความยินยอมโดยพิจารณาความเห็นจากผู้ดูแลผู้เยาว์

ประการที่สอง คือ ผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของรัฐ ผู้เยาว์ที่จะตกอยู่ในฐานะเช่นนี้จะต้องผ่านกระบวนการทางกฎหมายเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐจำเป็นต้องเข้าไปดูแลอย่างแท้จริง ซึ่งในกรณีที่ยึดตามารดาตัดสินใจที่จะมอบบุตรผู้เยาว์ให้อยู่ในความดูแลของรัฐตลอดไปจะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย โดยผู้เยาว์ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นผู้เยาว์ที่ตกอยู่ในความดูแลของรัฐ คือ ผู้เยาว์ที่ไม่สามารถหาตัวบิดามารดาได้ และอยู่ในความดูแลของรัฐนานเกินกว่า 3 เดือน ผู้เยาว์ที่กำพร้าบิดาหรือมารดา และอยู่ในความดูแลของรัฐเกินกว่า 3 เดือน ผู้เยาว์ที่บิดาและมารดาถูกถอนอำนาจปกครอง และอยู่ในความดูแลของรัฐ ผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของรัฐตามมาตรา 350 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ประการที่สาม คือ ผู้เยาว์ที่ศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้เยาว์ที่ถูกทอดทิ้ง

## (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์

เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์มีผลทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมและครอบครัวกำเนิดถูกตัดขาดอย่างสิ้นเชิง<sup>248</sup> จึงทำให้บุตรบุญธรรมเสียสิทธิในการรับมรดก การอุปการะเลี้ยงดูหรือการใช้ชื่อสกุลของครอบครัวโดยกำเนิดทั้งสิ้น และส่งผลให้บุตรบุญธรรมมีฐานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมแทน และได้รับสิทธิและหน้าที่ต่างๆ เช่นเดียวกับบุตรของผู้รับบุตรบุญธรรมทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดู การใช้ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรม การรับมรดก และสิทธิในด้านภาษีอากร โดยการรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้ไม่สามารถเพิกถอนได้ (Irrevocable) ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงในชีวิตของเด็ก โดยมากมักเป็นกรณีของการรับเด็กต่างชาติเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและครอบครัวเดิมจะหมดไปโดยสิ้นเชิง

### ข. การรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา

การรับบุตรบุญธรรมแบบนี้เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการรับบุตรบุญธรรมของประเทศฝรั่งเศส โดยบุตรบุญธรรมยังคงมีความสัมพันธ์กับครอบครัวโดยกำเนิดอยู่ และไม่ต้องมีการทดลองเลี้ยงดูโดยครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรม เงื่อนไขต่างๆ ของการรับบุตรบุญธรรมแบบ

<sup>248</sup> French civil Code Article 356

ธรรมดากำหนดให้นำเอาเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณในบางข้อมาใช้บังคับกับการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาด้วย<sup>249</sup>

#### (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

ผู้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ อย่างไรก็ตาม หากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ในขณะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสของตนเองเสียก่อน และผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่าบุตรบุญธรรม 15 ปี เว้นแต่เป็นการรับบุตรของคู่สมรส ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่าบุตรบุญธรรม 10 ปี บุคคลใดเมื่อเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลคนหนึ่งแล้วจะเป็นบุตรบุญธรรมของคนอื่นอีกมิได้ หากเป็นกรณีที่คู่สมรสเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม คู่สมรสจะต้องสมรสกันมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี และจะต้องไม่แยกกันอยู่ โดยทั้งสองฝ่ายจะต้องมีอายุเกินกว่า 28 ปีบริบูรณ์ โดยการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาสามารถรับได้ทั้งผู้เยาว์และบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ

#### (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรม

การรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวโดยกำเนิดไม่ถูกตัดขาดจากกัน หน้าที่และการอุปการะยังคงมีอยู่ กล่าวคือ การรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดามีความคล้ายคลึงกับการรับบุตรบุญธรรมของประเทศไทยเป็นอย่างมาก แม้มีการรับบุตรบุญธรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว อำนาจปกครองบิดามารดาจะโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม หากผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ทำหน้าที่ในการอุปการะบุตรบุญธรรม บิดามารดาก็สามารถเข้ามาอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ได้ และเมื่อบิดามารดาชราภาพลง ผู้เยาว์ก็ย่อมมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นกัน

นอกจากผู้รับบุตรบุญธรรมมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรมแล้ว บุตรบุญธรรมยังสามารถใช้ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมได้อีกด้วย บุตรบุญธรรมจึงมีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม หากการรับบุตรบุญธรรมไม่ได้เป็นไปอย่างราบรื่น บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเพิกถอนการรับบุตรบุญธรรมนั้นก็ได้หากประพฤตินั้นไม่สมควรหรือบกพร่องในหน้าที่อย่างร้ายแรง<sup>250</sup> (Revocable) ไม่ว่าจะเป็นการร้องขอของบุตรบุญธรรมหรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรือกระทรวงที่เกี่ยวข้องร้องขอ

<sup>249</sup> French civil Code Article 361

<sup>250</sup> French civil Code Article 370

กรณีการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องที่มีข้อถกเถียงกันอยู่ไม่น้อย เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมจะส่งผลกระทบต่อตัวบุตรบุญธรรมเป็นสิ่งสำคัญ โดยแนวความคิดหลักของการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของการคำนึงถึงสิทธิประโยชน์และความผาสุกของบุตรบุญธรรมเป็นสิ่งสำคัญ การยอมรับให้บุคคลรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันนั้นคู่สมรสจะส่งผลกระทบต่อตัวบุตรบุญธรรมที่อาจจะทำให้เกิดความสับสนของความเป็นบิดาหรือมารดาหรือไม่ บุตรบุญธรรมจะต้องปรับตัวใหม่ให้เข้ากับครอบครัวที่ประกอบไปด้วยพ่อหรือแม่ 2 คน ได้หรือไม่ และการรับบุตรบุญธรรมเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรมหรือเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของบุตรบุญธรรมที่จะมีสิทธิที่จะมีบิดาและมารดาในครอบครัวใหม่ ซึ่งตามกฎหมายการใช้ชีวิตร่วมกัน (Le Concubinage) หรือ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (PACS) ไม่ได้กำหนดเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมเอาไว้

ก่อนที่จะมีกฎหมายอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม ในปี 2006 ศาลฎีกาพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันทั้งคู่มีอำนาจปกครองบุตร ซึ่งจะมีเฉพาะบิดาและมารดาที่แท้จริงเท่านั้น แต่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้คัดค้านอำนาจปกครองที่มารดาในฐานะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวจะมอบอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนของตนให้แก่บุคคลที่ตนได้ร่วมชีวิตอยู่อย่างต่อเนื่องและมั่นคง โดยคำพิพากษาดังกล่าวใช้บังคับเช่นเดียวกับคู่รักชายรักชายที่ฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>251</sup> ต่อมาในเดือน พฤศจิกายน 2009 ศาลปกครองฝรั่งเศสพิพากษาตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปให้คู่รักเพศเดียวกัน หญิงรักหญิง (Emmanuelle B. และ Laurence R.) สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ หลังการสู้คดีในศาลมายาวนานกว่า 11 ปี<sup>252</sup> แต่ในวันที่ 15 มีนาคม 2012 ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป พิพากษาว่าฝรั่งเศสไม่ได้เลือกปฏิบัติ ในกรณีที่ไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันที่เป็นหญิงรักหญิงรับบุตรที่ติดตามมาจากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม เพื่อที่จะได้เป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของผู้เยาว์ (Gas & Dubois v. France)<sup>253</sup>

#### 4.2.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

การรับบุตรบุญธรรมมีหลายปัจจัยที่จะต้องพิจารณาเพื่อให้การรับบุตรบุญธรรมในแต่ละกรณีเป็นผลดีแก่บุตรบุญธรรมมากที่สุด ซึ่งควรคำนึงถึงบุคคลที่จะรับบุตรบุญธรรม และบุคคลที่จะเป็นบุตรบุญธรรม (ผู้เยาว์หรือบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ) โดยในประเด็นดังกล่าวได้มีการถกเถียงกันไม่

<sup>251</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน(ภาคสาม)," วารสารนิติศาสตร์: 252.

<sup>252</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 253

<sup>253</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 255

ว่าจะเป็นศาลภายในประเทศและศาลระหว่างประเทศ รวมถึงศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (The European Court of Human Rights: ECHR) ซึ่งได้มีการถกเถียงเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมหลายครั้ง

### ก. กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว (Adoption by Individual)

#### (1) Fretté v. France (Application no. 36515/97)

##### (1.1) ข้อเท็จจริง

Mr. Philippe Fretté ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมในเดือนตุลาคม 1991 ระหว่างอยู่ในกระบวนการรับบุตรบุญธรรม นักจิตวิทยาสัมภาษณ์และทดสอบกระบวนการต่างๆ พบว่า Fretté เป็นบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน (Homosexual) ซึ่งเป็นบุคคลที่มีคุณภาพ และมีทัศนคติที่ต้องการจะรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม แต่ในประเด็นที่ผู้ร้องเป็นบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันส่งผลให้ไม่ได้รับความไว้วางใจในการรับบุตรบุญธรรม โดยให้เหตุผลว่า Fretté มีการขาดหายไปซึ่งความเป็นมารดา

ในวันที่ 3 พฤษภาคม 1993 ศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมปารีส (The Paris Social Services Department) ปฏิเสธการขอรับบุตรบุญธรรม และ Fretté ขอยื่นคำร้องขอทบทวนการปฏิเสธในรูปแบบของการร้องเรียนภายในอีกครั้งแต่ถูกปฏิบัติกลับมาในวันที่ 15 ตุลาคม 1993 หลังจากนั้น Fretté ได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองปารีส (The Paris Administrative Court) เพื่อเพิกถอนการปฏิเสธการขอรับบุตรบุญธรรมของศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมปารีส และในวันที่ 25 มกราคม 1995 ศาลปกครองปารีสมีคำวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่มีหลักฐานเพียงพอว่า Fretté จะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อบุตรบุญธรรม ซึ่งในการนี้ศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมปารีส ได้โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลปกครองปารีสและส่งเรื่องไปที่ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

##### (1.2) คำตัดสินจากศาลภายในประเทศฝรั่งเศส

เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด ตุลาการผู้แถลงคดีในคดีนี้เห็นว่า ประเด็นเรื่องความเป็นมนุษย์และสติปัญญาอันเฉลี่ยฉลาดของ Mr. Fretté ไม่เพียงพอต่อการรับบุตรบุญธรรมหรือไม่ ซึ่งความสามารถต่างๆ ของ Mr. Fretté ไม่ได้เป็นปัญหาในการรับบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด มีเพียงกรณีที่ Mr. Fretté มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น หาก Mr. Fretté สามารถพิสูจน์ได้ว่าการมีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันไม่เป็นอุปสรรคต่อการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมแล้ว การขอรับบุตรบุญธรรมนั้นย่อมไม่ถูกปฏิเสธ ดังนั้น การปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมของ Mr. Fretté ย่อมเป็นการไม่ชอบ เนื่องจากการปฏิรูปกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมรับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไม่ว่าผู้ร้องจะเป็นชายโสดหรือหญิงโสด ดังนั้น การปฏิเสธชายโสดโดย

อ้างว่าผู้ร้องมีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน จึงถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายและถือเป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่เคารพการเลือกใช้ชีวิตของผู้ร้อง อีกทั้ง สิทธิในการมีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันไม่ควรได้รับการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากเป็นสิทธิในการดำรงชีวิตซึ่งกฎหมายรับรองไม่ว่าจะเป็นมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 และมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส<sup>254</sup> นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการดูแลบุตรของคู่สมรสที่มีการหย่าร้างกันจากสาเหตุที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน ศาลยุติธรรมไม่ได้ห้ามให้บิดาหรือมารดาที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันเข้าพบปะหรือดูแลบุตรได้ อย่างไรก็ตาม การพบปะหรือเลี้ยงดูบุตรนั้นอาจทำให้บุตรเกิดความสับสนจากสภาพแวดล้อมในครอบครัวของมารดาหรือบิดาที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่าบิดาที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งอันตรายต่อสภาพจิตใจของบุตร และถือเป็นการละเมิดสิทธิของบิดาหรือมารดาที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันในการดูแลเลี้ยงดูหรือพบปะกับบุตร กล่าวคือ ศาลเห็นว่าการที่บิดาหรือมารดาที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้แสดงว่าบิดาหรือมารดานั้นจะไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดูบุตร แต่ศาลมีความกังวลในเรื่องความเสี่ยงที่อาจส่งผลให้บุตรมีพฤติกรรม และสภาพจิตใจที่ไม่พึงประสงค์เท่านั้น และจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานจึงไม่ควรปฏิเสธคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมของ Mr. Fretté

อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าวจะต้องพิจารณาอย่างรอบด้านสำหรับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันควรจะได้รับการยอมรับหรือไม่ เป็นหน้าที่ของตุลาการที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาสิทธิของบุตรบุญธรรมควบคู่ไปกับการเสียประโยชน์ที่บุตรบุญธรรมนั้นอาจจะได้รับในอนาคตในด้านศีลธรรมและสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นมากกว่าความถูกต้องตามกฎหมายที่จะรับรองสิทธิดังกล่าวของบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งปัญหาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกันเป็นปัญหาที่ไม่ได้รับการแก้ไขจากฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่ากรณีใดจะต้องดำเนินการอย่างเคร่งครัด และรสนิยมทางเพศของผู้ร้องไม่ได้เป็นเพียงอุปสรรคเดียวในการขอรับบุตรบุญธรรมแต่ยังคงคำนึงถึงปัญหาในด้านต่างๆ ด้วย เช่น จำนวนผู้เยาว์ที่มีจำนวนน้อยกว่าปริมาณคำร้องขอรับบุตรบุญธรรม การทดสอบผู้รับบุตรบุญธรรมในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะจำเป็นด้านจิตวิทยา การตรวจสอบรายละเอียดด้านการประกอบอาชีพ ความสัมพันธ์ในครอบครัวและคนใกล้ชิด เป็นต้น

<sup>254</sup> “Everyone has the right to respect for his private life.

Without prejudice to compensation for injury suffered, the court may prescribe any measures, such as sequestration, seizure and others, appropriate to prevent or put an end to an invasion of personal privacy; in case of emergency those measures may be provided for by interim order.”



ต่อมาในวันที่ 9 ตุลาคม 1996 ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสพิจารณาคำคัดค้านของศาลปกครองและยกเลิกร่างของผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่า Mr. Fretté ไม่ได้พิสูจน์อย่างเพียงพอว่า การเลือกใช้ชีวิตของผู้ร้องแบบรักเพศเดียวกันจะไม่มีผลกระทบต่อสภาพสิ่งแวดล้อม การเลี้ยงดู และสภาพจิตใจของบุตรบุญธรรมในอนาคต เมื่อศาลปกครองแห่งปารีสโดยอ้างเหตุการณ์ขาดไปซึ่งความเป็นมารดาและมีความยากลำบากในการใช้ชีวิตของผู้เยาว์ในอนาคตถือเป็นการอ้างเหตุผลที่ไม่ชอบ ศาลแห่งรัฐจึงมีคำวินิจฉัยยกเลิกร่างของศาลปกครองแห่งปารีสและยกเลิกร่างของผู้ร้องในกรณีนี้

### (1.3) คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป

Mr. Fretté ไม่พอใจการตัดสินของศาลภายในประเทศของตนจึงได้ยื่นคำร้องโดยอ้างการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป สำหรับในประเด็นที่วินิจฉัยคือ คำตัดสินของศาลภายในประเทศขัดต่อมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 หรือไม่ ในกรณี Mr. Fretté ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปให้เหตุผลว่า สิทธิในการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว หมายความว่ารวมถึงกรณีที่บุคคลที่มีสถานภาพโสดจะมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมเสมอไป และในประเด็นที่ผู้ร้องจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมโดยเหตุของรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน แต่ศาลพิจารณาเห็นว่า การที่ผู้ร้องจะได้รับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะก่อให้เกิดผลเสียแก่บุตรบุญธรรมในอนาคตไม่ว่ากรณีใดๆ ศาลก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธคำร้องของผู้ร้อง ดังนั้น เหตุที่ศาลจะปฏิเสธสิทธิการรับบุตรบุญธรรมของผู้ร้องควรมาจากเหตุผลเดียวกับที่บุคคลที่มีสถานภาพโสดที่จะได้รับการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรม โดยอ้างถึงคุณภาพชีวิต การอบรมเลี้ยงดูที่บุตรบุญธรรมพึงจะได้รับในอนาคต ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาจากผลประโยชน์ของบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ นอกจากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปยังได้วางหลักในกรณีนี้ก็คือ สิทธิในการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเมื่อความเป็นครอบครัวได้เกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงสิทธิในการที่จะพยายามสร้างครอบครัว

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปจึงมีความเห็นว่าคำตัดสินของศาลภายในฝรั่งเศสไม่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้องแต่อย่างใด

## (2) E.B. v. France (Application no. 43546/02)

## (2.1) ข้อเท็จจริง

Ms E.B. ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมและมีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันซึ่งผู้ร้องเป็นเพศหญิงมีอายุ 45 ปี ประกอบอาชีพเป็นอาจารย์โรงเรียนประถมแห่งหนึ่งมา 13 ปี และมีการใช้ชีวิตร่วมกันกับจิตแพทย์หญิงคนหนึ่งตั้งแต่ปี 1990

ในวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1998 Ms E.B. ได้ยื่นคำร้องขอต่อศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมซึ่งกระบวนกรยื่นคำร้องขอ Ms E.B. ได้เปิดเผยรสนิยมทางเพศของตน และความสัมพันธ์กับ Ms R. โดยเจ้าหน้าที่ได้มีความเห็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของ Ms E.B. ดังนี้ “Ms E.B. และ Ms R. ไม่ถือว่าเป็นคู่สมรส และแม้ว่า Ms R. จะได้ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมแต่กลับไม่มีความมุ่งมั่นที่จะรับอุปการะ อย่างไรก็ตาม เมื่อคำนึงถึงวิถีชีวิต การไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย และการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับคู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกันแล้ว จึงไม่สามารถให้บุตรบุญธรรมอยู่ในครอบครัวที่อาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยและพัฒนาการของบุตรบุญธรรม”

หลังจากนั้น ได้มีรายงานอีก 6 ฉบับ ได้มาสนับสนุนว่า สมควรปฏิเสธคำร้องขอของ Ms E.B. โดยแต่ละฉบับได้ให้เหตุผลที่คล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ ประการแรก เนื่องจากสังคมโดยรอบและเพื่อนฝูงของ Ms E.B. ขาดความเป็นบิดา และประการที่สอง Ms R. มีความสับสนเกี่ยวกับแผนการรับบุตรบุญธรรมของ Ms E.B. และเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 1998 ประธานกรรมการศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมปฏิเสธคำร้องขอดังกล่าว และในคำร้องขอพิจารณาใหม่ก็มีผลการพิจารณาเช่นเดียวกัน

## (2.2) คำตัดสินจากศาลภายในประเทศฝรั่งเศส

ในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2000 ศาลปกครอง Besançon (Administrative Court) ได้รับคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมจาก Ms E.B. โดยศาลได้วินิจฉัยว่า การปฏิเสธคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก Ms E.B. เป็นอาจารย์ที่มีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี มีครอบครัวที่สมบูรณ์ มีการศึกษา มีสภาพจิตใจที่ปกติ ศาลปกครองพิจารณาแล้วตัดสินว่า Ms E.B. มีความเหมาะสมที่จะรับบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม ศูนย์ความช่วยเหลือด้านสังคมได้ยื่นอุทธรณ์ไปยัง Nancy Administrative Court of Appeal ซึ่งในวันที่ 21 ธันวาคม 2000 ได้กลับคำวินิจฉัยของศาลปกครอง Besançon โดยกล่าวว่า มีเหตุผล 2 ประการ ที่จะปฏิเสธคำร้องขอการรับบุตรบุญธรรมของ Ms E.B. กล่าวคือ ประการแรก ขาดบทบาทความเป็นบิดาในพัฒนาการของผู้เยาว์ และประการที่สอง ขาดไปซึ่งความดูแลเอาใจใส่ที่เพียงพอของคู่ชีวิตของผู้ร้อง

ต่อมา Ms E.B. ได้ฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งในวันที่ 5 มิถุนายน 2002 ได้พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์โดยให้เหตุผลเช่นเดียวกับ Nancy

Administrative Court of Appeal ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงรสนิยมทางเพศ เนื่องจากต้องคำนึงถึงความต้องการและประโยชน์ของบุตรบุญธรรมเป็นหลัก ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงปฏิเสธการขอรับบุตรบุญธรรมโดยไม่เป็นการละเมิดมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950: ECHR)

### (2.3) คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 เป็นเครื่องมือที่สามารถประยุกต์ใช้กับสังคมในทุกยุคทุกสมัย ไม่ว่าจะเป็ อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 หรือหลักกฎหมายที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปต่างก็ได้วางหลักสำหรับการรับบุตรบุญธรรมไว้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐสมาชิกจะได้บัญญัติกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวซึ่งอาศัยพื้นฐานของรสนิยมทางเพศยอมไม่ได้รับการอนุญาต

ในกรณีของ Ms E.B. ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้ยืนยันกฎหมายที่สำคัญ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิโดยเหตุของรสนิยมทางเพศจะต้องมีเหตุผลที่เพียงพอในการปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวอย่างแตกต่างกันภายใต้มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ซึ่งในกรณีนี้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยรสนิยมทางเพศ และปราศจากเหตุผลอันเพียงพอ ทั้งที่ Ms E.B. มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะรับบุตรบุญธรรม ไม่ว่าจะเป็ บุคคลที่มีคุณภาพ มีทัศนคติที่ดีกับผู้เยาว์ และเป็นประโยชน์แก่บุตรบุญธรรม

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้มีมติ 10 : 7 เสี่ยงว่ารัฐบาลฝรั่งเศสละเมิดมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ซึ่งผู้พิพากษามีความเห็นดังนี้

Judge Costa ไม่เห็นด้วยกับมติที่ประชุมว่า อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ไม่ได้วางหลักไว้ชัดเจนเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม และแม้หน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมจะไม่ได้อ้างในประเด็นการขาดบทบาทความเป็นบิดา แต่ในประเด็นทัศนคติคู่ชีวิตของ Ms E.B. สามารถนำมาเป็นเหตุผลในการปฏิเสธได้

Judge Mularoni เห็นว่าการปฏิเสธ Ms E.B. ขาดบทบาทความเป็นบิดาไม่ขัดต่อมาตรา มาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ไม่ว่าจะกฎหมายภายในหรือระหว่างประเทศสิ่งสำคัญที่สุดในการ

พิจารณาคือ ประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรม ทั้งการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีрсนิยมแบบรักเพศเดียวกัน

Judge Zupančič เห็นว่า Ms E.B. ควรจะมีเหตุผลที่เพียงพอโดยการอ้างข้อมูลทางสถิติในการกล่าวอ้างว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีการเลือกปฏิบัติอย่างต่อหญิงที่มีрсนิยมรักเพศเดียวกัน

Judge Loucaide เห็นว่า มาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ไม่ได้คุ้มครองเรื่องเพศเอาไว้

อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของหน่วยงานภายในของรัฐว่า บุคคลที่จะรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่สมรสหรือไม่สมรสก็ตาม ไม่ควรพิจารณาโดยอาศัยเหตุแห่งрсนิยมทางเพศในการตัดสิน ซึ่งแตกต่างจากคดีของ Fretté v. France โดยคดีดังกล่าวมีความเห็นที่เป็นเอกฉันท์ว่า การรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีрсนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องผิดปกติ

หลังจากที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินคดีดังกล่าวแล้ว ในวันที่ 28 เมษายน 2008 Ms E.B. ได้พยายามที่จะยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมอีกครั้ง แต่หน่วยงานทางปกครองฝรั่งเศสได้ปฏิเสธในวันที่ 26 มกราคม 2009 Ms E.B. ได้อุทธรณ์ไปองค์การความเท่าเทียมทางโอกาสและการต่อต้านการเลือกปฏิบัติฝรั่งเศส (The French Equal Opportunities and Anti - Discrimination Commission : HALDE) ว่าถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลของрсนิยมทางเพศแม้ว่าจะมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยหน่วยงานทางปกครองฝรั่งเศสเห็นว่า Ms E.B. ไม่สมควรที่จะรับอุปการะบุตรบุญธรรมโดยยกประเด็นใหม่เกี่ยวกับ ความแตกต่างระหว่างอายุของ Ms E.B. คู่ชีวิตของ Ms E.B. และผู้เยาว์ และการมีส่วนร่วมของคู่ชีวิตของ Ms E.B. ในการรับบุตรบุญธรรม โดยคู่ชีวิตของ Ms E.B. มีส่วนร่วมในการรับบุตรบุญธรรมน้อย และไม่เหมาะสมที่จะเป็นแม่บุญธรรม

อย่างไรก็ตาม HALDE เห็นว่าการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองฝรั่งเศสมีความบกพร่องในการตัดสิน แต่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยการหยิบยกประเด็นที่คู่ชีวิตของ Ms E.B. ไม่มีส่วนร่วมในการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่ชอบ เนื่องจากคู่ชีวิตของ Ms E.B. มีส่วนร่วมในกระบวนการรับบุตรบุญธรรม ยิ่งไปกว่านั้นรายงานของนักสังคมสงเคราะห์และนักจิตวิทยาได้ยืนยันว่า Ms E.B. และคู่ชีวิตของ Ms E.B. เป็นคู่ที่สมบูรณ์ และทั้งคู่แสดงออกว่ามีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมอย่างยิ่ง และจากคำตัดสินของศาลปกครอง Besançon ที่ได้เคยพิจารณาไว้มีการนำเอาความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตของ Ms E.B. มาเป็นประเด็นในการตัดสินนั้นย่อมไม่ถูกต้อง เนื่องจากการขอรับบุตรบุญธรรมตามข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

จากคำตัดสินที่ผิดพลาดของศาลปกครอง Besançon สาเหตุที่ต้องพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมของคู่ชีวิตของ Ms E.B. เพราะคู่ชีวิตของ Ms E.B. จะต้องอาศัยอยู่กับบุตรบุญธรรม และอาจส่งผลกระทบต่อบุตรบุญธรรมได้ รวมถึงความมั่นคงแข็งแรงของคู่ชีวิตทั้งสองด้วย HALDE ได้พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับกรณีที่ Ms E.B. รับบุตรบุญธรรมฐานะที่เป็นผู้หญิงที่มีรสนิยมรักต่างเพศ จะเห็นว่า ศาลปกครอง Besançon กระทำการโดยเลือกปฏิบัติ และในสังคมมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของครอบครัวเกิดขึ้น อีกทั้งกฎหมายแห่งฝรั่งเศสกำหนดรับรองสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ฉะนั้น มาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 จะต้องคุ้มครองการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวในทุกกรณี แม้อินอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ไม่ได้กำหนดเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศไว้อย่างชัดเจนแต่ศาลก็ได้วางหลักคุ้มครองกรณีดังกล่าวด้วย เป็นผลให้ ศาลปกครอง Besançon มีคำตัดสินใหม่โดยอนุมัติให้ Ms E.B. สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ จะเห็นได้ Ms E.B. เป็นคนที่ประสบผลสำเร็จในหน้าที่การงาน และหน่วยงานทางปกครองได้รับรู้ถึงจุดนี้ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับรสนิยมทางเพศ ดังนั้น การปฏิเสธคำร้องของ Ms E.B. จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมเหตุที่เป็นนามธรรม แม้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้ยืนยันว่ารัฐภาคีของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 จะเป็นอิสระ โดยรัฐสามารถปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้เพียงแต่จะปฏิเสธโดยอ้อมเหตุผลเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศได้

#### ข. กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตเป็นบุตรบุญธรรม (Step - parent Adoption)

(1) Gas and Dubois v. France (Application no. 25951/07)

##### (1.1) ข้อเท็จจริง

Ms Valerie Gas และ Ms Nathalie Dubois ได้อยู่ร่วมกันในรูปแบบความสัมพันธ์แบบ Concubinage ตั้งแต่ปี 1989 ต่อมาทั้งสองฝ่ายต้องการมีบุตรร่วมกัน เพื่อให้ครอบครัวมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดย Ms Dubois ทำการผสมเทียมในประเทศเบลเยียม โดยได้รับการบริจาคสเปิร์มซึ่งทุกอย่างเป็นไปอย่างราบรื่นตามความประสงค์ของทั้งคู่ ซึ่งในปี 2000 Ms Dubois ได้ให้กำเนิดเด็กหญิงคนหนึ่ง และทั้งคู่ได้เลี้ยงดูเด็กผู้หญิงคนนั้นมาโดยตลอด

ต่อมาในปี 2002 ทั้งคู่ได้จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (PACS) อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการยืนยันการอยู่ร่วมกันอีกรูปแบบหนึ่งที่ไม่ใช่การสมรส โดยกฎหมายดังกล่าวรับรองสิทธิบางประการระหว่างคู่ชีวิต เนื่องจากในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสไม่ยอมรับให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้

## (1.2) คำตัดสินจากศาลภายในประเทศฝรั่งเศส

ศาลชั้นต้น (Tribunal de grande instance)

ในปี 2006 Ms Gas ได้ยื่นคำร้องขอรับบุตรของ Ms Dubois เป็นบุตรบุญธรรมโดยได้รับความยินยอมจาก Ms Dubois แล้ว แต่ศาลชั้นต้นปฏิเสธคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าผู้ร้องจะมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ และยังปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นได้อาศัยอยู่เป็นครอบครัวเดียวกัน และได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากมารดาของเด็กและผู้ร้อง แต่ศาลเห็นว่าการรับบุตรบุญธรรมอาจจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่พึงปรารถนาและไม่เป็นผลดีแก่เด็ก เนื่องจากหากศาลอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมตามคำร้องของผู้ร้องแล้วนั้น Ms Dubois จะสูญเสียอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดไปทันทีตามมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel)

ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์โดยให้เหตุผลว่า การที่ศาลชั้นต้นตัดสินเรื่องการรับบุตรบุญธรรมจะส่งผลให้ Ms Dubois ซึ่งเป็นมารดาโดยกำเนิดของเด็กจะเสียอำนาจปกครองบุตร อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องอ้างว่าผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ Ms Dubois ได้ในอนาคต อีกทั้งในหลายประเทศในยุโรปก็อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ ต่อมาศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้ว พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลเช่นเดียวกับศาลชั้นต้นว่า Ms Dubois และ Ms Gas ไม่สามารถใช้ “อำนาจปกครองร่วมกัน” ได้ ทั้งนี้ไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ว่า หากเป็นกรณีที่ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นคู่สมรสของบิดา หรือคู่สมรสของมารดาโดยกำเนิดของเด็ก กฎหมายอนุญาตให้บุคคลทั้งสอง กล่าวคือ ผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้ เช่น หากนาย A มีบุตรที่ติดมาด้วย และได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายกับนาง B เช่นนี้นาง B สามารถขอรับบุตรของสามี (นาย A) เป็นบุตรบุญธรรมได้ โดยจะส่งผลให้ทั้งนาย A และนาง B สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้

คำพิพากษาของศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de cassation)

ศาลฎีกาฝรั่งเศสปฏิเสธคำร้องขอรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตที่จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต PACS โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่ามารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์จะให้ความยินยอมก็ตาม เนื่องจากศาลตีความว่ากฎหมายมุ่งให้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์โอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว อีกทั้ง Ms Dubois ก็ยังคงต้องการมีอำนาจปกครองในตัวบุตรผู้เยาว์นั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงปฏิเสธคำร้องของ Ms Gas ที่จะรับบุตรของ Ms Dubois เป็นบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ ศาลได้ยืนยันว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาแห่ง

ยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหากบุตรบุญธรรมเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วปัญหาดังกล่าวก็อาจจะหมดไป

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจปกครองบุตร (la délégation d'autorité parentale) ศาลได้วินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้ร้องได้ยกข้อต่อสู้เรื่องดังกล่าวว่าสามารถมอบอำนาจให้แก่มารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ภายหลังจากการรับบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งศาลเคยวางหลักเกี่ยวกับอำนาจปกครองไว้สองเรื่อง คือ Cass. 1er civ. 24 février 2006 ซึ่งศาลสูงฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันที่มีเพศหญิงกับเพศหญิงมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายแพ่งไม่ได้มีข้อห้ามมารดาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวจะมอบอำนาจหน้าที่ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของตนให้แก่คู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันอย่างต่อเนื่อง ถาวร และมีความมั่นคง ที่สำคัญจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นตามพฤติการณ์และวิธีการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องหรือเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ตัวผู้เยาว์<sup>255</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลได้พิพากษาวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมใน Cass. 1er civ. 8 juillet 2010 ว่าในเรื่องของการมอบอำนาจปกครองบุตรนั้น ผู้ร้องทั้งสองจะต้องแสดงเหตุผลให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาลได้ว่าการมอบอำนาจปกครองบุตรตามกรณีดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์และทำให้การดำรงชีวิตของเด็กนั้นดีขึ้น และต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าการมอบอำนาจปกครองเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งจนไม่อาจจะเลยได้<sup>256</sup>

นอกจากนี้ ผู้ร้องทั้งสองยังร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ตีความว่าบทบัญญัติในมาตรา 365 ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในประเด็นเกี่ยวกับความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อเสรีภาพในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เพียงแต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่เปิดโอกาสให้ก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสายเลือด หรือความสัมพันธ์ที่เกิดจากการรับบุตรบุญธรรมระหว่างคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดา และผู้เยาว์ และยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายไม่ได้ห้ามให้คู่ชีวิตของบิดาหรือมารดาผู้เยาว์อุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่ผู้เยาว์นั้นแต่อย่างใด

### (1.3) คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป

เมื่อศาลฎีกาฝรั่งเศสปฏิเสธคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมจึงทำให้ผู้ร้องเสนอคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป โดยอ้างว่าขัดต่อมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ซึ่งมาตรา 8

<sup>255</sup> Civil Chamber 1 Court of Cassation, [Online] Accessed: 1 February 2016. Available from: [https://www.courdecassation.fr/IMG//C1\\_arret0417090\\_060224\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//C1_arret0417090_060224_EN.pdf)

<sup>256</sup> Civil Chamber 1 Court of Cassation, [Online] Accessed: 1 February 2016. Available from: [https://www.courdecassation.fr/IMG//C1\\_arret0912623\\_100708\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//C1_arret0912623_100708_EN.pdf)

เป็นการรับรองสิทธิในการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว และมาตรา 14 การวางหลักเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยผู้ร้องเห็นว่า มาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในการเข้าถึงสิทธิการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งมาตราดังกล่าวจะกระทำได้เฉพาะกรณีการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลรักต่างเพศเท่านั้น และมาตราดังกล่าว ได้กล่าวถึง “การสมรส” ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสและแนวคำพิพากษาหมายถึง การสมรสระหว่างเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น มาตราดังกล่าวจึงขัดกับหลักมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

นอกจากนี้ ผู้ร้องอ้างต่อศาลว่า การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ผู้ร้องรับบุตรบุญธรรมส่งผลกระทบต่อผู้ร้องไม่สามารถมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรม และไม่มีสิทธิให้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการให้ใช้นามสกุล หรือสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมแก่ผู้เยาว์ อีกทั้ง ผู้เยาว์ควรจะมีสิทธิที่จะมีทั้ง “บิดาและมารดา” ซึ่งถ้าเป็นกรณีของชายหญิงที่จดทะเบียนที่ทางทะเบียน หรือคู่ชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภริยาก็ยังถือได้ว่ามีสิทธิดีกว่าคู่รักเพศเดียวกัน เนื่องจากคู่รักต่างเพศสามารถรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้ร้องจึงขอให้ศาลพิพากษาว่า รัฐบาลฝรั่งเศสกระทำการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องโดยอาศัยเรื่อง เพศ เป็นหลัก และขอให้ศาลสั่งให้รัฐบาลฝรั่งเศสแก้ไขกฎหมายมาตราดังกล่าวให้สอดคล้องกับอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ด้วย

อย่างไรก็ตาม รัฐบาลฝรั่งเศสได้ต่อสู้ว่า ผู้ร้องไม่ได้ให้เหตุผลที่เพียงพอในการอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมเพื่อที่ผู้ร้องจะได้มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ และเมื่อย้อนไปถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์ และการสมรสเป็นสถาบันที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะรับรองความมั่นคงให้แก่ผู้เยาว์ถือได้ว่า การสมรสเป็นสถาบันที่สำคัญกว่าการอยู่ร่วมกันในรูปแบบอื่นๆ และการสมรสมีการกำหนดเกี่ยวกับการหย่าโดยให้ศาลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องด้วยโดยอัตโนมัติ ในขณะที่รูปแบบความสัมพันธ์อื่นๆ สามารถเลิกกันได้ง่าย สะดวก และรวดเร็ว จึงไม่อาจรับประกันความมั่นคงตลอดจนให้ความคุ้มครองผู้เยาว์หรือบุตรบุญธรรมได้ ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐบาลฝรั่งเศสจึงยืนยันที่จะปฏิบัติคำร้องขอรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต PACS โดยไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้ เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายในเรื่องดังกล่าวควรเป็นการตัดสินใจแก้ไขกฎหมายร่วมกันของคนฝรั่งเศสทั้งหมดไม่ใช่ขึ้นอยู่กับคำกล่าวอ้างเรื่องการรับบุตรบุญธรรม หรืออำนาจปกครองที่ผู้ร้องใช้ในการต่อสู้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออาศัยเรื่องนี้ไปสู่การสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ได้พิจารณาว่า การกระทำใดที่จะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่า มีความแตกต่างหรือไม่จากการปฏิบัติ



ของรัฐต่อสถานการณ์อย่างเดียวกันซึ่งการเลือกปฏิบัติจะไม่เป็นธรรมเมื่อปราศจากเหตุผลที่เป็นภาวะวิสัยมารองรับ กล่าวคือ การนำเรื่องความแตกต่างกันทางเพศมาเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธสิทธิบางประการแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจะสามารถรับฟังได้ก็ต่อเมื่อรัฐสามารถอธิบายได้ว่าอาจมีเหตุร้ายแรงเกิดขึ้น หากยอมรับให้บุคคลหรือกลุ่มดังกล่าวได้รับสิทธินั้น อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้เคยตัดสินคดีที่ใกล้เคียงกับคดีนี้คือ คดี E.B. v. France และศาลยังคงยืนยันตามคำพิพากษาดังกล่าว โดยศาลเห็นว่า กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอนุญาตให้บุคคลโดยทั่วไปไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามซึ่งรวมถึงบุคคลรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสได้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม แต่สำหรับคดีนี้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงบางประการแล้วมีความแตกต่างกับคดีข้างต้น เนื่องจากผู้ร้องโต้แย้งการปฏิบัติการณ์ขอรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา โดยรัฐบาลฝรั่งเศสแถลงว่ามีความจำเป็นต้องปฏิเสธการขอรับบุตรบุญธรรมเพราะกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นมีผลให้อำนาจการปกครองโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม ทั้งที่มารดาของผู้เยาว์ก็ยังคงมีความประสงค์ที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้นอยู่ต่อไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากยอมให้มีการรับบุตรบุญธรรมยอมขัดต่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ศาลจึงเห็นควรยกประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของผู้ร้องขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยเปรียบเทียบกับสถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย และเห็นว่าในมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติอนุญาตให้ “คู่สมรส” สามารถรับบุตรบุญธรรมได้โดยใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งในมาตราดังกล่าวส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันซึ่งไม่ได้มีสถานะเป็นเสมือนคู่สมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศจึงทำให้ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้

อย่างไรก็ตาม มาตรา 12 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950<sup>257</sup> ไม่ได้บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องยอมรับหรือแก้ไขกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ อีกทั้งไม่สามารถอนุมานได้ว่ามาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 จะเป็นการบังคับให้ต้องยอมรับการสมรสของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในกฎหมายภายในด้วย และการที่ผู้ร้องไม่ได้ขอให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสได้แต่จะเห็นว่า เป็นผลสืบเนื่องมาจากที่ผู้ร้องได้กล่าวอ้างถึงการเลือกปฏิบัติ ศาลจึงเห็นว่าฟังไม่ขึ้น และมาตรา 12 เป็นการรับรองสถาบันครอบครัวที่มีการสมรสที่มีผลทางกฎหมาย ทางสังคม และในทางส่วนบุคคล ศาลจึงไม่เห็นว่าการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะสามารถมาปรับใช้กับกรณีของผู้ร้องได้

<sup>257</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 Article 12 - Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right

สำหรับประเด็นที่ศาลจะพิจารณาต่อไป คือ ชายและหญิงที่อยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่ได้สมรสกับกรณีของผู้ร้อง เช่น คู่รักต่างประเทศที่เลือกจดทะเบียนที่กทางทะเบียนคู่ชีวิต โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส เช่นเดียวกับกรณีของคู่รักเพศเดียวกัน ศาลเห็นว่า สถานะของคู่รักเช่นนี้ไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา และกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ห้ามเฉพาะกรณีของคู่รักเพศเดียวกันเท่านั้น แต่ยังห้ามคู่รักต่างประเทศด้วยโดยพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายของการอยู่ร่วมกันของแต่ละคู่ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดรัฐบาลฝรั่งเศสจึงไม่ได้กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดต่อ มาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

### ค. กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน (Joint Adoption)

สำหรับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน หากมีการจดทะเบียนที่กทางทะเบียนคู่ชีวิตแล้ว ในประเด็นปัญหาดังกล่าวไม่มีคดีที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะกระทำได้อาจจะคู่สมรสตามที่กฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมกำหนดไว้จากที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้แล้ว อีกทั้ง การรับบุตรบุญธรรมจะเป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมมากกว่าหนึ่งคนไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่เป็นคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นนั้น แสดงให้เห็นว่าการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตจะกระทำไม่ได้ อีกทั้งกฎหมายบันทึกทางทะเบียนไม่ทำให้คู่ชีวิตเป็นเครือญาติของอีกฝ่าย และได้จำกัดการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายและการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตด้วย<sup>258</sup>

ชาวฝรั่งเศสที่คัดค้านการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักเพศเดียวกันเพราะเกรงว่า อาจจะทำให้ผู้เยาว์สับสนจากความเข้าใจที่เคยมีมาก่อนหน้านั้นว่าปกติบิดาต้องเป็นชายและมารดาต้องมีเพศหญิง การปลูกฝังความคิดใหม่ว่าบิดามารดาอาจมีเพศเดียวกันอาจจะเปลี่ยนทัศนคติของผู้เยาว์<sup>259</sup> และบทบาทของความเป็นบิดามารดาจะขยายไปถึงคู่รักเพศเดียวกันหรือไม่ และแม้ว่าคู่รักเพศเดียวกันที่จะใช้ความรักที่มีต่อผู้เยาว์ในการต่อรองว่าความรักของพวกเขาต่อผู้เยาว์ไม่ได้น้อยไปกว่าความรักของคู่รักต่างประเทศแต่อย่างใด แต่ความรักในบางครั้งไม่เพียงพอในการก่อตั้งโครงสร้างพื้นฐานทางจิตวิทยาที่ผู้เยาว์มีความต้องการทราบว่าพวกเขามาจากไหน ซึ่งความแตกต่างทางเพศที่ทำให้ผู้เยาว์ทราบว่าตัวเขามาจากความรักที่มาจากบิดาที่มีเพศชายและมารดาที่มาจากเพศหญิง แม้แต่ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมก็ทราบว่าตัวเขาเองเกิดมาจากความรักและความปรารถนาของบิดา

<sup>258</sup> Karen B. Brown and David V. Snyder, *General Reports of the Xviiith Congress of the International Academy of Comparative Law* (Springer Netherlands), p. 129.

<sup>259</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน(ภาคสอง),” ใน รพี 56 นางสาวพิชญา ดิลกวุฒิสวัสดิ์. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556) หน้า 36

และมารดาซึ่งคู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถเป็นบิดามารดาทางชีวภาพได้ อีกทั้ง บิดามารดา ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงวงศ์ตระกูล หรือเครือญาติ สำหรับผู้เยาว์การลำดับวงศ์ตระกูลที่ชัดเจนและสอดคล้องกันทำให้ผู้เยาว์ทราบถึงบทบาทหน้าที่ของตนเองและบุคคลในครอบครัว และการเรียนรู้ของมนุษย์มักจะเกิดจากการกระทำหรือการแสดงออกทางกายภาพได้ดีที่สุดผ่านความแตกต่างทางเพศที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทและหน้าที่ของแต่ละบุคคลในครอบครัว แทนที่จะเรียนรู้จากคำสอนที่อาจจะไม่สามารถสอนผู้เยาว์ได้อย่างชัดเจน และสิ่งเหล่านี้เองเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดที่แสดงให้เห็นถึงคนแต่ละยุคสมัย และคำว่า “บิดามารดา” นี้เองมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องความแตกต่างกับเพศโดยตรง หากจะต้องใช้คำว่า “ผู้ปกครอง” หรือคำที่ใกล้เคียงกัน ก็ดูเหมือนว่าจะทำให้ผู้เยาว์ไม่สามารถหาความหมายที่แท้จริงในความสัมพันธ์ได้

ประเด็นเรื่องสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ใช่สิทธิของผู้ที่มีความประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรม ไม่ว่าจะเป็ นสิทธิของผู้ที่บุตรยากหรือแม้กระทั่งคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่สามารถมีบุตรร่วมกันได้ตามธรรมชาติ แต่เป็นสิทธิของผู้เยาว์ที่จะมีครอบครัวที่ดี มีการศึกษาที่ดี และหมาย ความรวมถึงสิทธิที่จะมีทั้งบิดาและมารดาด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ การจดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS เป็นกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต มอบสิทธิบางประการให้แก่คู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นความสัมพันธ์ที่เป็นเสมือนทางผ่านไปยังสมรส เพื่อให้ดูแลและศึกษากันก่อนที่จะตัดสินใจสมรสกันจึงทำให้การเลิกกันของความสัมพันธ์แบบนี้เป็นไปอย่างง่ายดายเมื่อเปรียบเทียบกับ การหย่าร้างของคู่สมรสต่างเพศแล้ว ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมสำหรับความสัมพันธ์เช่นนี้ยังคงไม่ควรเกิดขึ้น เพราะถ้าหากให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันแล้วและเลิกกันจะทำให้เป็นปัญหากับผู้เยาว์และผลกระทบในด้านอื่นๆ ของสังคม แม้แต่การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรสจะต้องมีการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือคู่สมรสแต่ละฝ่ายมีอายุ 28 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และจะต้องไม่แยกกันอยู่ ซึ่งการที่กฎหมายบังคับระยะเวลาที่คู่สมรสต้องอยู่กินกันมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปีเพื่อประโยชน์และความผาสุกของทั้งสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายบุตรบุญธรรมมีความหวังว่าจะได้ครอบครัวใหม่ที่บิดามารดามีจิตใจมั่นคงต่อกันในชีวิตครอบครัว มิฉะนั้นแล้วบุตรบุญธรรมย่อมต้องประสบปัญหาเดิมที่ตนเองมาจากครอบครัวที่แตกร้าง และฝ่ายผู้จะรับบุตรบุญธรรม หลังได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมา 2 ปี หากตัดสินใจรับบุตรบุญธรรมย่อมแสดงว่าคู่สมรสได้วางแผนการล่วงหน้าและคิดไตร่ตรองมาอย่างดีแล้ว ดังนั้น ผู้เยาว์ควรจะอยู่ในครอบครัวที่มั่นคง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันและการรับบุตรบุญธรรม มีกรณีศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการโต้แย้งเรื่องการสมรสและการรับ

บุตรบุญธรรมของบุคคลรักเพศเดียวกัน จึงเป็นเหตุให้เป็นการเปิดทางแก่ประธานาธิบดี François Hollande ลงนามและประกาศใช้กฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันในเวลาต่อมา

เมื่อบุคคลรักเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว การรับบุตรบุญธรรมระหว่างคู่รักเพศเดียวกันก็สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ด้วย โดยในกฎหมายการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันได้กำหนดเพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้ใน หมวดที่ 2 เกี่ยวกับการสืบสกุลโดยการรับบุตรบุญธรรมและการรักษาความสัมพันธ์กับบุตร อีกทั้งยังมีการกำหนดในเรื่องของสิทธิในใช้นามสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมอีกด้วยในหมวดที่ 3 เรื่องบทบัญญัติเกี่ยวกับนามสกุล ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดการใช้นามสกุลในการรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ์และการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา และในหมวด 4 กำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งในมาตรา 371-1 โดยคำว่า “พ่อและแม่” ถูกแทนที่ด้วยคำว่า “บุพการี”<sup>260</sup> ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

### ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศฝรั่งเศส

กฎหมาย ประเด็นปัญหา	การสมรส (Le mariage)		การบันทึกทางทะเบียน (PACS หรือ Le pacte civil de solidarité)		การใช้ชีวิตร่วมกัน (Le concubinage)	
	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน
การรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2013)	ได้	ได้ <sup>261</sup>	ได้	ได้
การรับบุตรที่ติดตาม ของอีกฝ่ายเป็น บุตรบุญธรรม	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2013)	ไม่ได้	ได้ <sup>262</sup> *มีปัญหา เรื่องอำนาจ ปกครอง	ไม่ได้	ไม่ได้
การรับบุตรบุญธรรม ร่วมกัน	ได้	อนุญาตให้สมรส (ตั้งแต่ปี 2013)	ไม่ได้	ไม่ได้ <sup>263</sup>	ไม่ได้	ไม่ได้

<sup>260</sup> Same-sex marriage bill 2013 Article 13 ข้อ 4° แก้ไขเพิ่มเติม Code Civil Article 371-1

<sup>261</sup> French Civil Code Article 343-1

<sup>262</sup> French Civil Code Article 344 ประกอบ Article 365

<sup>263</sup> French Civil Code Article 343

### 4.3 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี (Act on Registered Life Partnerships)

ประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งที่กำหนดเรื่องการสมรสระหว่างบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกัน คือ เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น การที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะทำการสมรสกันย่อมเป็นไปได้ แต่ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีมีกฎหมายรับรองการอยู่ร่วมกันของบุคคลรักเพศเดียวกันในลักษณะของบันทึกทางทะเบียน เรียกว่า Act on Registered Life Partnerships (Eingetragene Lebenspartnerschaft) ระยะเวลาของการมีกฎหมายเพื่อรับรองคู่ชีวิตนี้ถือได้ว่าเป็นเรื่องยากลำบากและมีประวัติอันยาวนานซึ่งผู้เขียนจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

#### 4.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

เดิมในประมวลกฎหมายอาญาในยุคจักรวรรดิเยอรมนี กำหนดโทษการกระทำ ความผิดทางเพศของบุคคลที่มีเพศเดียวกันไว้ในมาตรา 175 และถือความผิดนั้นเป็นความผิดเด็ดขาดจนกระทั่ง หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ปล่อยตัวผู้ถูกคุมขัง ไม่เพียงแต่ในประวัติศาสตร์ที่ต่อต้านการกระทำทางเพศของบุคคลเพศเดียวกัน ในปี 2500 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีสนับสนุนกฎหมายต่อต้านการกระทำทางเพศของบุคคลรักเพศเดียวกัน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ต่อมาประเทศเยอรมนียกเว้นความผิดเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว และเริ่มตระหนักถึงรสนิยมทางเพศที่มีความแตกต่างกัน การเปิดใจยอมรับและเริ่มต่อสู้ในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับบุคคลรักเพศเดียวกันก็ขยายออกไปมากขึ้น โดยในปี 1994 ผู้แทนจากพรรคกรีนได้ต่อสู้เพื่อสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันและนำประเด็นเข้าสู่รัฐสภายุโรป (European Union) ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มเกย์หรือกลุ่มเลสเบียน และในรัฐสภายุโรปก็ได้ตระหนักและสนับสนุนถึงสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน และยังเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติต่อคู่รักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับการปฏิบัติต่อคู่รักต่างเพศ

กฎหมายการรับรองความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันเริ่มต้นตั้งแต่ ปี 1999 โดยพรรคเสรีนิยม (Free Democratic Party) เรียกร้องให้รัฐบาลของ Helmut Kohl ออกกฎหมายดังกล่าว ที่เคยให้คำมั่นไว้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ต่อมาพรรคเสรีนิยมยื่นร่างกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎร โดยร่างกฎหมายใช้ชื่อว่า “On The Regulation of The Legal Relations of Registered Life Partnership” กฎหมายฉบับนี้จะนำมาเพื่อการจัดการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การเสนอร่างกฎหมายนี้ยังไม่ได้รับการสนับสนุนมากนัก โดยพรรคสังคมนิยมและพรรคกรีนวิจารณ์ร่างกฎหมายว่าไม่เป็นการ

สนับสนุนชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน นอกจากนี้ พรรค Christain Democrats ซึ่งเป็นพรรคที่มีแนวคิดผสมผสานระหว่างศาสนาคริสต์และระบอบประชาธิปไตย เห็นว่าร่างกฎหมายนี้เป็นไปได้ยากเพราะร่างฉบับนี้อาจจะเป็นการทำลายการคุ้มครองการสมรสและชีวิตครอบครัว<sup>264</sup> จนสุดท้ายร่างกฎหมายของพรรคเสรีนิยมตกไปในเดือนมิถุนายน 1999

ต่อมาในวันที่ 4 กรกฎาคม 2000 สมาชิกพรรคสังคมนิยมและพรรคกรีนเสนอร่างกฎหมาย เสนอร่างกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า “The Law to End Discrimination against Same-sex Union : Life Partnerships” (The Life Partnership Act) โดยการลงคะแนนเสียงร่างกฎหมายยังคงไม่ได้รับการสนับสนุนจากสภาผู้แทนรัฐ จึงแบ่งร่างกฎหมายดังกล่าวออกเป็น 2 ฉบับ คือ “Law to End Discrimination against Same-Sex Unions และ Law to Supplement The Life Partnership Act” เมื่อแบ่งร่างกฎหมายออกเป็น 2 ฉบับแล้ว สภาผู้แทนราษฎรยอมรับร่างกฎหมายทั้งสองฉบับในวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2001 โดยร่างฉบับแรกประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2001 ส่วนร่างฉบับที่ 2 เมื่อลงมติแล้วแต่ไม่ได้รับการลงมติเสียงข้างมากในสภาผู้แทนรัฐจึงตกไป

ต่อมาวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2001 ประธานาธิบดีได้ลงนามในประกาศ The Law to End Discrimination against Same-sex Union หรือ The Life Partnership Act ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 สิงหาคม 2001 ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็น ชายกับชาย หรือ หญิงกับหญิง ต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เพื่อมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายนี้ต่อไป

ก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้เกิดประเด็นสำคัญที่ว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดหรือแย้งต่อหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะตามมาตรา 6 รัฐธรรมนูญเยอรมนี ได้กล่าวไว้ว่า การสมรสและสถาบันครอบครัวจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐเป็นพิเศษ แล้วการที่มีพระราชบัญญัตินี้เพื่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นการทำลายความชอบธรรมและความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสระหว่างชายหญิงและประเพณีครอบครัวหรือไม่ ซึ่งกลุ่มอนุรักษ์นิยม เห็นว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องและส่งเสริมความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสเป็นกรณีพิเศษ แต่แล้วศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ตัดสินว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กระทบถึงสิทธิการสมรสที่ได้รับรองตามมาตรา 6 เนื่องจากกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจะถูกจำกัดสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตและสิทธิที่ได้มาจากการสมรสจะจำกัดเฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น

<sup>264</sup> German Constitution “Article 6 (1) marriage and the family shall enjoy the special protection of the state”

ในช่วงแรกของพระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้ให้สิทธิแก่คู่ชีวิตที่บันทึกการอยู่ร่วมกันค่อนข้างจำกัดอยู่ในกรอบแคบๆ ยังไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้และไม่ได้รับสิทธิทางภาษี แต่พอใช้ไประยะหนึ่งมีการขยายขอบเขตสิทธิเพิ่มมากขึ้น ซึ่งมีเหตุการณ์สำคัญๆ ดังต่อไปนี้ เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2002 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีมีคะแนนเสียงว่าการออกกฎหมายคู่ชีวิตไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญและควรให้สิทธิแก่คู่ชีวิตเช่นเดียวกับคู่สมรสด้วย อีกสองปีต่อมา พระราชบัญญัติดังกล่าวเพิ่มสิทธิให้แก่คู่ชีวิตเพิ่มมากขึ้น โดยการให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดมาจากอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมได้ สิทธิของคู่ชีวิตที่ได้รับบำนาญเมื่อคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่กรรม และกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการหย่า เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สิทธิต่างๆ ของคู่ชีวิตก็ยังไม่เทียบเท่าคู่สมรสต่างประเทศ ในเดือนกรกฎาคม 2008 ศาลรัฐธรรมนูญให้ชายที่เคยสมรสกับหญิงมากกว่า 50 ปี แปลงเพศเป็นหญิงสามารถคงสถานะว่าได้สมรสกับหญิงและให้สิทธิของชายที่แปลงเพศเป็นหญิงโดยกำเนิด และในเดือนตุลาคมในปีถัดไป ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้นายจ้างให้สิทธิประโยชน์บำนาญของคู่ชีวิตให้เทียบเท่ากับการสมรส ไม่เพียงแต่เรื่องของสิทธิบำนาญแต่ยังรวมถึงสิทธิและหน้าที่ให้เท่าเทียมกับคู่สมรสด้วย นอกจากนี้ในเดือนสิงหาคม 2010 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีกำหนดให้คู่ชีวิตมีสิทธิชำระภาษีมรดกเท่ากับสิทธิของคู่สมรส และในปี 2013 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้มีคำพิพากษาให้ขยายขอบเขตการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต โดยการให้คู่ชีวิตมีสิทธิรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายได้นอกเหนือจากการรับบุตรที่ติดมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่าย อย่างไรก็ตาม กฎหมายคู่ชีวิตยังไม่ได้กำหนดแน่ชัดในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายแต่อย่างใด

เมื่อมีการใช้กฎหมายบันทึกทางทะเบียนไปประมาณ 8 ปี ก็ได้มีการนำเสนอร่างกฎหมายการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน (Same-Sex Marriage) โดยพรรคกรีน ซึ่งเป็นพรรคที่สนับสนุนให้มีการออกกฎหมายการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันแต่ร่างกฎหมายก็ไม่ได้รับการยอมรับ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวางบรรทัดฐานว่าคู่รักเพศเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ซึ่งแม้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวจะตกไปก็ได้มีการเสนอกฎหมายเพื่อการสมรสของกลุ่มคนดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงตกไปเหมือนกันในปี 2012

### 4.3.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

#### 4.3.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

(1) บุคคลที่จะสามารถจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนได้จะต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน<sup>265</sup> ไม่ว่าจะ เป็นชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ซึ่งการจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนดังกล่าวบุคคลรักต่างเพศไม่สามารถกระทำได้

(2) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมในการจดทะเบียนด้วย<sup>266</sup>

(3) คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่เป็นผู้เยาว์ซึ่งผู้เยาว์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมนี<sup>267</sup> ได้วางหลักไว้ว่า ผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี

(4) คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่มีคู่สมรส หรือมีการจดทะเบียนทางทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอยู่ก่อนแล้ว

(5) ห้ามมิให้จดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ได้แก่ บุคคลที่เป็นญาติโดยตรง พี่น้องร่วมบิดาและมารดา หรือพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดา<sup>268</sup>

#### 4.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

(1) หน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

เมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายได้จดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนแล้วย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ที่ทั้งคู่พึงจะต้องมีและปฏิบัติต่อกัน โดยทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือดูแล เกื้อกูลกัน มีความรับผิดชอบซึ่งกันและกัน<sup>269</sup> ดังนั้น คู่ชีวิตย่อมได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเหมือนสามีภรรยาตามกฎหมาย คู่ชีวิตมีหน้าที่ต้องดูแลซึ่งกันและกันเพียงพอที่ตนดูแลเรื่องส่วนตัวของตนเองเท่านั้น<sup>270</sup> และมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน<sup>271</sup> คู่ชีวิตเมื่อจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตย่อมมีความสัมพันธ์เรื่องทรัพย์สินซึ่งคู่ชีวิตจะต้องแจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อนที่จะมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้วแต่จะ

<sup>265</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 1(1)

<sup>266</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 1(2)

<sup>267</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 1(3)

<sup>268</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 1(3) 2, 3

<sup>269</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 2

<sup>270</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 4

<sup>271</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 5



เลือกว่าจะผูกพันตามระบบทรัพย์สิน Regime of Aquests หรือทำสัญญาการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามมาตรา 7 แห่งกฎหมายบันทึกทางทะเบียนเยอรมนี<sup>272</sup>

## (2) สิทธิระหว่างกันของคู่ชีวิต

คู่ชีวิตมีสิทธิใช้ชื่อนามสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยคู่ชีวิตมีสิทธิเลือกชื่อสกุลเดิมของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ และจะมีผลสมบูรณ์เมื่อมีการแจ้งตามกฎหมายและรัฐรับรอง ทั้งนี้ คู่ชีวิตฝ่ายที่ไม่ได้ใช้ชื่อสกุลของตนเองในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถเพิ่มชื่อสกุลของตนเองลงในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้<sup>273</sup> สิทธิในการให้อำนาจการปกครองเด็กแก่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมด้วย<sup>274</sup> สิทธิโดยธรรมในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมโดยมีสิทธิหนึ่งในสี่ของทรัพย์สินมรดกร่วมกับทายาทอันดับที่ 1 และมีสิทธิได้รับมรดกครึ่งหนึ่งร่วมกับทายาทอันดับที่ 2 กรณีดังกล่าวเป็นไปเช่นเดียวกับทายาทโดยธรรมในฐานะคู่รักต่างเพศ<sup>275</sup> นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ครอบครัวของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันถือเป็นสมาชิกครอบครัวของคู่ชีวิตอีกฝ่ายด้วย และความสัมพันธ์ดังกล่าวยังคงมีอยู่แม้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนี้จะสิ้นสุดลงก็ตาม กรณีการแยกกันอยู่ของคู่ชีวิตสามารถกระทำได้แต่อาจมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันอยู่ และสิทธิในการแบ่งทรัพย์สินที่ใช้ร่วมกัน

### 4.3.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์

การเป็นคู่ชีวิตตามบันทึกทางทะเบียนนี้จะสิ้นสุดเมื่อมีเหตุและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งสิ้นสุดโดยคำสั่งศาล เมื่อคู่ชีวิตคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอ โดยจะต้องมีเหตุดังนี้ คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกต่อไป และได้แยกกันอยู่มาแล้ว 1 ปี หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และได้แยกกันอยู่มาแล้ว 3 ปี หรือหากใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปจะทำให้คู่ชีวิตฝ่ายนั้นจะต้องได้รับความทุกข์ทรมานเกินสมควร<sup>276</sup>

<sup>272</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 6

<sup>273</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 3(1)

<sup>274</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 9

<sup>275</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 10(1)

<sup>276</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 15

### 4.3.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

#### 4.3.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

##### (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุตั้งแต่ 25 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นสูงของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ สำหรับคู่สมรสที่จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์และอีกฝ่ายหนึ่งมีอายุอย่างต่ำ 21 ปีบริบูรณ์ก็สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ คู่สมรสจะต้องรับบุตรบุญธรรมร่วมกันแม้ว่าทั้งคู่จะแยกกันอยู่และยื่นฟ้องแล้วก็ตาม เว้นแต่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือมีอายุต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์ คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ อย่างไรก็ตาม ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายด้วย และคู่สมรสที่จะรับบุตรบุญธรรมจะไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้หากขัดต่อผลประโยชน์ของผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม สำหรับคู่ที่อยู่กันโดยไม่ได้สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้เท่านั้น และผู้เยาว์ที่ได้รับบุตรบุญธรรมแล้วจะไม่สามารถเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นได้อีก เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมคนใหม่จะเป็นคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมเดิม

ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ ซึ่งบิดามารดาของผู้เยาว์อาจจะไม่ให้ความยินยอมจนกว่าผู้เยาว์จะมีอายุครบ 8 สัปดาห์ได้ และกฎหมายแพ่งเยอรมนีไม่จำกัดอายุขั้นสูงไว้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ การรับบุตรบุญธรรมผู้เยาว์จะต้องให้ความยินยอมด้วย หากผู้เยาว์อายุยังไม่ถึง 14 ปีบริบูรณ์หรือเป็นคนไร้ความสามารถ ผู้แทนโดยชอบธรรมต้องให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ ถ้าผู้เยาว์มีอายุ 14 ปีบริบูรณ์และไม่ได้เป็นผู้ไร้ความสามารถ ผู้เยาว์อาจถอนความยินยอมนั้นต่อศาลครอบครัวก่อนที่การรับบุตรบุญธรรมจะมีผล สำหรับความยินยอมของบิดามารดาของผู้เยาว์ย่อมมีความสำคัญเช่นกัน

##### (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรม

คู่สมรสที่รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือคู่สมรสที่รับบุตรของอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้เยาว์ย่อมมีสถานะทางกฎหมายเป็นบุตรของทั้งสองฝ่าย และมีอำนาจปกครองผู้เยาว์ร่วมกัน หากเป็นกรณีที่รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวผู้เยาว์ย่อมมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นก็มีอำนาจปกครองผู้เยาว์ ความสัมพันธ์ของบุตรบุญธรรมกับครอบครัวเดิมจะถูกตัดขาด รวมถึงสิทธิและหน้าที่ด้วย แต่สำหรับการรับบุตรของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสที่มีบุตรกับบุตรผู้เยาว์ยังคงมีอยู่ นอกจากนี้ บุตรบุญธรรมยังมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย

#### 4.3.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ปัจจุบันรูปแบบครอบครัวมีความหลากหลายแตกต่างไปจากครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีซึ่งมีใช้มาตั้งแต่ปี 1900 เมื่อไม่มีกึ่งศวรรษที่ผ่านมาการเปลี่ยนแปลงของสังคมสิ่งแวดล้อมถือได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้โครงสร้างครอบครัวมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามข้อเท็จจริงหรือการหย่าร้างจะถูกริขารณ์เป็นอย่างมากในอดีต แต่ปัจจุบันเรื่องดังกล่าวถือเป็นเรื่องปกติ นอกจากนี้ คู่ชีวิตสามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันโดยการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของผู้เยาว์เช่นกัน และมีจำนวนผู้เยาว์มากกว่า 800,000 คน ที่เติบโตขึ้นในครอบครัวที่ใช้ชีวิตร่วมกันตามข้อเท็จจริง และมีจำนวนไม่น้อยที่อาศัยอยู่กับครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ซึ่งมีแค่บางส่วนเท่านั้นที่จะจดทะเบียนทางทะเบียนในขณะที่ส่วนใหญ่ไม่จดทะเบียนทางทะเบียน นอกจากนี้ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็เป็นอีกหนทางหนึ่งสำหรับที่จะทำให้ครอบครัวเพศเดียวกันสามารถมีบุตรได้ อย่างไรก็ตาม การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังคงไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ในประเทศเยอรมนี

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตมีการกำหนดเกี่ยวกับประเด็นของผู้เยาว์และคู่ชีวิตเอาไว้ในมาตรา 9 โดยกำหนดเกี่ยวกับอำนาจปกครองของคู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกัน รวมถึงการรับบุตรบุญธรรมด้วย สำหรับกรณีเกี่ยวกับอำนาจปกครอง โดยมาตรา 9 วางหลักว่า หากคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีผู้เยาว์ที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิในการตัดสินใจร่วมกันในการดำเนินชีวิตประจำวันของผู้เยาว์ และหากเกิดภัยอันตรายใดๆ ซึ่งหน้า คู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถกระทำการใดๆ ภายใต้กฎหมายที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ แต่จะต้องแจ้งให้บิดาหรือมารดาทราบทันที อย่างไรก็ตาม กฎหมายให้อำนาจศาลในการจำกัดอำนาจหรือตัดอำนาจของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ และสิทธิในการตัดสินใจร่วมกันในการดำเนินชีวิตของผู้เยาว์ของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตร่วมกันจะไม่มีอำนาจปกครองผู้เยาว์หากคู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันนั้นแยกกันอยู่<sup>277</sup>

<sup>277</sup> Act on Registered Life Partnerships “ Section 9 Stipulations in respect of children of a life partner

(1) If a parent in a life partnership has sole custody over a child, his life partner in agreement with the parent exercising custody shall have the power of co decision in matters relating to the everyday life of the child. Section 1629 (2), first sentence, of the Civil Code, shall apply mutatis mutandis.

(2) In exigent circumstances, the life partner shall be entitled to undertake all legal actions that are necessary in order to protect the child’s best interests; the parent exercising custody shall be informed without delay.

(3) The family court may restrict or withdraw the powers pursuant to subsection (1) if such measure is necessary in order to protect the child’s best interests.

นอกจากนั้น หากคู่ชีวิตไม่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตกับคู่ชีวิตที่มีอำนาจการปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ คู่ชีวิตฝ่ายนั้นมีอำนาจเฉพาะเท่าที่คู่ชีวิตที่มีอำนาจเหนือบุตรผู้เยาว์ยินยอม อย่างไรก็ตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจำกัดเรื่องความเป็นบิดาหรือมารดา กล่าวคือ เดิมในประเทศไทยเยอรมนีขัดขวางในการให้สิทธิในความเป็นบิดาหรือมารดาของคู่ชีวิต ซึ่งในปัจจุบันสำหรับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตยังคงไม่ได้รับการอนุญาต แต่การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้รับอนุญาตแล้ว<sup>278</sup> อีกทั้งยังไม่มีสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

### ก. กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว (Adoption by Individual)

การรับบุตรบุญธรรมในประเทศไทยกำหนดให้บุคคลคนเดียวสามารถรับบุตรบุญธรรมได้โดยลำพังตามมาตรา 1741 (2)<sup>279</sup> และบุคคลนั้นจะต้องมีอายุตั้งแต่ 25 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป<sup>280</sup> แต่ไม่ได้กำหนดอายุขั้นสูงของผู้รับบุตรบุญธรรมไว้ โดยผู้ที่มีความประสงค์จะยื่นขอรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมสามารถยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมได้ และก่อนที่คำร้องขอจะถูกประกาศ ศาลจะต้องรับฟังความเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรม หากไม่มีหน่วยงานดังกล่าว ก็จะต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับสวัสดิการเด็กและเยาวชนของท้องถิ่น และศาลจะต้องรับฟังความเห็นจากผู้เยาว์ด้วย ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรม รวมถึงพัฒนาการความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม และระยะเวลาในการทดลองเลี้ยงเพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีไป นอกจากนี้ ในการขอรับบุตรบุญธรรมความยินยอมของผู้เยาว์ถือเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น ผู้เยาว์จะต้องให้ความยินยอมดังกล่าวและจะต้องสอดคล้องและเป็นไปในทางเดียวกันกับความเห็นของผู้ปกครอง หากผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีบริบูรณ์ หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถผู้ปกครองจะต้องยืนยันความยินยอมของผู้เยาว์ หากผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความ

---

(4) The powers pursuant to subsection (1) shall not apply if the life partners live apart for a period that is not merely temporary.”

<sup>278</sup> Gerard-René de Groot, "Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples " 11, 3 (December 2007).

<sup>279</sup> German Civil Code "Section 1741 Admissibility of the adoption

(2) A person who is not married may adopt a child only alone. A married couple may adopt a child only jointly. A spouse may adopt a child of his spouse alone. He may also adopt a child alone if the other spouse cannot adopt the child because he is incapable of contracting or has not yet reached the age of twenty-one.”

<sup>280</sup> German Civil Code "Section 1743 Minimum age

The adoptive parent must have reached the age of twenty-five,”

ยินยอมดังกล่าวได้ และผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีบริบูรณ์ อาจเพิกถอนความยินยอมได้ก่อนที่คำขอรับบุตรบุญธรรมจะมีผลโดยที่ผู้เยาว์ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง<sup>281</sup> สำหรับบิดามารดาของผู้เยาว์จะต้องให้ยินยอมด้วยเช่นกัน ทั้งนี้บิดามารดาจะให้ความยินยอมขณะที่ผู้เยาว์มีอายุน้อยกว่า 8 สัปดาห์ไม่ได้<sup>282</sup> อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดเกี่ยวกับความยินยอมของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในกรณีที่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะขอรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม<sup>283</sup> โดยให้นำบทบัญญัติเรื่องความยินยอมของคู่สมรสมาบังคับใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลครอบครัวมีอำนาจให้ความยินยอมแทนคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ ความยินยอมจะไม่มีผลหากผลประโยชน์ของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และ/หรือครอบครัวขัดกับบุตรบุญธรรม และความยินยอมนั้นไม่มีความจำเป็นหากคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็น

---

<sup>281</sup> German Civil Code “Section 1746 Consent of the child

(1) For the adoption, the consent of the child is necessary. For a child that is incapable of contracting or is not yet fourteen years old, only its legal representative may give the consent. Apart from this, the child may give the consent only without a representative; the approval of its legal representative is necessary for this. The consent, where the adoptive parent and the child are of different nationalities, is subject to the approval of the family court; this does not apply if the adoption is subject to German law.

(2) If the child has reached the age of fourteen and if it is not incapable of contracting, it may revoke the consent to the family court before the pronouncement of the adoption takes effect. The revocation must be notarially recorded. The approval of the legal representative is not required.

(3) If the guardian or curator refuses the consent or approval without a sound reason, the family court may substitute it; there is no need for a declaration by the parents under subsection (1) to the extent that they irrevocably consented to the adoption under sections 1747 and 1750 or their consent was substituted by the family court under section 1748.”

<sup>282</sup> German Civil Code “Section 1747 Consent of the parents of the child

(1) For the adoption of a child, the consent of the parents is necessary. To the extent that no other man is to be regarded as father under section 1592, then in the meaning of sentences 1 and section 1748 (4), the person is deemed to be the father who credibly establishes the requirements of section 1600d (2) sentence 1.

(2) The consent may not be given until the child is eight weeks old. It is effective even if the person consenting does not know the adoptive parents, who have already been decided on.”

<sup>283</sup> Act on Registered Life Partnerships “Section 9 Stipulations in respect of children of a life partner

(6) If a life partner adopts a child on his own, the consent of the other life partner shall be required. Section 1749 (1), second and third sentences, and subsection (3) of the Civil Code shall apply mutatis mutandis.”

บุคคลที่ได้ไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่อย่างถาวร หรือไม่มีใครรู้แน่ว่าคุณคนนั้นมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่แห่งใด<sup>284</sup>

ผลของการรับบุตรบุญธรรมจะทำให้ความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างผู้เยาว์และผู้รับบุตรบุญธรรมเหมือนบิดามารดาและบุตรโดยผลของกฎหมายหรือที่เรียกว่าการรับบุตรบุญธรรมโดยสมบูรณ์<sup>285</sup> และความสัมพันธ์กับครอบครัวเดิมย่อมยุติลง<sup>286</sup> และผู้เยาว์จะได้รับนามสกุลจากผู้รับบุตรบุญธรรมเสมือนเป็นนามสกุลของตนเอง<sup>287</sup> ผู้เยาว์จะกลายเป็นพลเมืองของเยอรมนีหากผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นชาวเยอรมัน คำสั่งอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมจะมีผลเป็นการถาวร เว้นแต่บางกรณีที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงในกระบวนการรับบุตรบุญธรรมอาจจะทำให้คำสั่งดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้<sup>288</sup> ถ้าการรับบุตรบุญธรรมจะมีอยู่อย่างถาวรแต่ก็มีบางกรณีที่ความบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ทำให้ความสัมพันธ์นั้นยุติลงแล้ว เช่น การให้ความยินยอมผิดพลาดโดยสำคัญผิด หรืออยู่ในสภาวะที่ทำให้การแสดงเจตนาไม่สมบูรณ์ ซึ่งจะทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆะ จนกว่าจะมีการแสดงเจตนาอีกครั้งโดยปราศจากข้อบกพร่อง<sup>289</sup> อย่างไรก็ตาม คำสั่งจะไม่ถูกยกเลิกถ้าการแสดงเจตนา

<sup>284</sup> German Civil Code “Section 1749 Consent of the spouse

(1) For one spouse alone to adopt a child, the consent of the other spouse is necessary. The family court may, on the application of the adoptive parent, substitute the consent. consent may not be substituted if justified interests of the other spouse and or the family conflict with the adoption.

(3) The consent of the spouse is not necessary if he is permanently not in a position to make the declaration or his abode is permanently unknown.”

<sup>285</sup> German Civil Code “Section 1754 Effect of adoption

(2) In the other cases the child attains the legal position of a child of the adoptive parent.”

<sup>286</sup> German Civil Code “Section 1755 Extinction of relationships

(1) On the adoption, the relationship of the child and its descendants to the previous relatives and the rights and duties arising from this are extinguished.”

<sup>287</sup> German Civil Code “Section 1757 Name of the child

(1) The child receives as its birth name the family name of the adoptive parent.”

<sup>288</sup> German Civil Code “Section 1759 Cancellation of the adoption relationship

The adoption relationship may be cancelled only in the cases of section 1760 and 1763.”

<sup>289</sup> German Civil Code “Section 1760 Cancellation for lack of declarations

(1) The adoption relationship may, on application, be cancelled by the family court if it was created without an application of the adoptive parent, without the consent of the child or without the necessary consent of a parent.

(2) The application or consent is ineffective only if the person declaring

a) at the time of the declaration was in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance, if the applicant was incapable of contracting or the child, which was incapable of contracting or not yet fourteen years old, gave the consent itself,

ได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย หรือคำสั่งนั้นหากมีการเพิกถอนแล้วจะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงกับเด็ก ผู้มีสิทธิเพิกถอนคำสั่งรับบุตรบุญธรรมมีได้แต่เฉพาะบุคคลที่ได้แสดงเจตนาหรือคำร้องขอขึ้นไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม จะต้องเพิกถอนภายในสามปีนับจากมีคำสั่งอนุญาตหรือภายในหนึ่งปีนับแต่ทราบถึงข้อบกพร่องของการแสดงเจตนา หรือนับแต่เหตุแห่งความบกพร่องสิ้นสุดลง และเมื่อบุตรบุญธรรมเป็นผู้เยาว์ ศาลอาจเพิกถอนหากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับสวัสดิภาพของบุตรบุญธรรม การยกเลิกการรับบุตรบุญธรรมอาจมีการประกาศให้ทราบหากเป็นความต้องการของพ่อแม่ที่แท้จริง หรือเพื่อประโยชน์ในการดูแลบุตรบุญธรรม หรือการเพิกถอนมีผลเป็นการอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมครั้งใหม่ การยกเลิกการรับบุตรบุญธรรมจะเป็นผลลบถึงความสัมพันธ์ที่เกิดจากการรับบุตรบุญธรรมและจะมีผลให้สิทธิของบิดามารดาที่แท้จริงเกิดขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง<sup>290</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายแพ่งเยอรมนีอนุญาตให้สามารถรับบุคคลบรรลุนิติภาวะเป็นบุตรบุญธรรมได้แต่จะต้องไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี โดยเป็นการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมมาบังคับใช้โดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติบางมาตราไม่ถูกนำมาบังคับใช้ได้แก่ มาตรา 1742, 1744, 1745, 1746 (1) และ (2) และมาตรา 1747 ซึ่งหากการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่เป็นคู่ชีวิตในความสัมพันธ์คู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย<sup>291</sup> ทั้งนี้ การรับบุตรบุญธรรมย่อมไม่ได้รับอนุญาตหากขัดต่อผลประโยชน์ของบุตรที่แท้จริงและผู้

b) did not know that it was an adoption, or if he knew this but did not wish to make an application for adoption or did not want to give consent to adoption or if the adoptive parent was mistaken as to the person of the child to be adopted or if the child to be adopted was mistaken in the person of the adoptive parent,

c) was induced to make the declaration by deceit as to material circumstances, d) was unlawfully induced to make the declaration by duress, e) gave the consent before the end of the period laid down in section 1747 (2) sentence 1.”

<sup>290</sup> German Civil Code “Section 1764 Effect of cancellation

(1) The cancellation has effect only in the future. Where the family court cancels the adoption relationship after the death of the adoptive parent on the application of the adoptive parent or after the death of the child on the application of the child, this has the same effect as if the adoption relationship had been cancelled before the death.

(2) On the cancellation of the adoption, the relationship, created by the adoption, of the child and its descendants to the previous relatives and the rights and duties arising from this is extinguished.

(3) At the same time, the relationship of the child and its descendants to the blood relatives of the child, and the rights and duties arising from this, are revived, with the exception of parental custody.”

<sup>291</sup> German Civil Code “Section 1767 Admissibility of adoption, applicable provisions”

จะเป็นบุตรบุญธรรม สำหรับผลของการรับบุตรบุญธรรมของผู้บรรลุนิติภาวะกำหนดไว้เฉพาะใน มาตรา 1770 และมาตรา 1772<sup>292</sup>

### ข. กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตเป็นบุตรบุญธรรม (Step - parent adoption)

ตั้งแต่ปี 2001 ที่ประเทศเยอรมนีอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตได้และมีสิทธิรับบุตรบุญธรรมได้ตามกฎหมายแต่ไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ ภายใต้กฎหมายรับบุตรบุญธรรมของเยอรมนีมองว่าการจดทะเบียนทางทะเบียนของคู่ชีวิตเพศเดียวกันเสมือนเป็นบุคคลคนเดียวที่อยู่ด้วยกัน 2 คน ดังนั้น คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ อย่างไรก็ตาม หลังจากที่มิคาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีเมื่อปี 2002 ว่า การจดทะเบียนทางทะเบียนเป็นส่วนที่จำเป็นที่จะสนับสนุนในการให้สิทธิแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยมีการปฏิรูปผ่านในเดือนพฤศจิกายน 2004 ซึ่งก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวหากบุคคลใดมีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง คู่ชีวิตฝ่ายนั้นย่อมสูญเสียความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้เยาว์ไปทั้งหมด เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2005 คู่รักเพศเดียวกันที่อาศัยอยู่ร่วมกันโดยการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้<sup>293</sup> โดยกำหนดไว้ในมาตรา 9 (7) ซึ่งในกรณีที่มีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายให้นำประโยคแรกของมาตรา 1743, มาตรา 1751 (2) และประโยคที่ 2 ของมาตรา 1751 (4), มาตรา 1754 (1) และ (3), มาตรา 1755 (2), มาตรา 1756 (2), ประโยคแรกของมาตรา 1757 (2) และประโยคแรกของมาตรา 1772 (1) และหัวข้อย่อย C ของมาตรา 1772 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>294</sup>

<sup>292</sup> German Civil Code “ Section 1770 Effect of adoption and Section 1772 Adoption with the effects of the adoption of a minor”

<sup>293</sup> Bente Braat and Ian Curry – Sumner Katharina Boela – Woelki, *European Family Law in Action* Volume Iii : Parental Responsibilities (Intersentia Oxford, 2005), p. 410.

<sup>294</sup> Act on Registered Life Partnerships “ Section 9 Stipulations in respect of children of a life partner

(7) A life partner may adopt the child of his life partner alone. In this case, section 1743, first sentence, section 1751 (2) and (4), second sentence, section 1754 (1) and (3), section 1755 (2), section 1756 (2), section 1757 (2), first sentence, and section 1772 (1), first sentence, letter c of the Civil Code shall apply mutatis mutandis.”



เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมในกรณีที่รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นเช่นเดียวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวซึ่งกำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุ 25 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป เมื่อมีการยินยอมของบิดาหรือมารดาให้มีการรับบุตรบุญธรรม อำนาจการปกครองของบิดามารดาจะถูกตัดขาด รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและผู้เยาว์ด้วย โดยองค์กรสวัสดิการเด็กและเยาวชนจะกลายเป็นผู้ปกครอง แต่จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่บิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจการปกครองเด็ดขาดหรือมีการมอบหมายให้มีผู้ปกครองผู้เยาว์แล้ว ความมีอยู่ในสิทธิของผู้ปกครองจะไม่ถูกกระทบกระเทือน ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงคู่ชีวิตที่รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และถ้าหากมีการรับบุตรที่ติดตามจากอีกฝ่ายหนึ่ง คู่ชีวิตจะต้องมีการทำสัญญาและจ่ายค่าเลี้ยงดูให้กับญาติของผู้เยาว์ก่อนโดยเร็วที่สุดหลังจากที่บิดาและมารดาของผู้เยาว์ให้สิทธิในการเลี้ยงดู และผู้เยาว์จะได้รับการเลี้ยงดูจากผู้รับบุตรบุญธรรมตามหน้าที่ของการรับบุตรบุญธรรม<sup>295</sup> กล่าวคือ หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมแล้วอำนาจการปกครองของบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์จะยังไม่ถูกตัดขาดรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างกันด้วย

ผลของการรับบุตรบุญธรรม กรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ผู้เยาว์จะถือว่าเป็นบุตรของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และอำนาจการปกครองของผู้เยาว์ก็อยู่ที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายเช่นกัน<sup>296</sup> เช่นเดียวกับกับผล

<sup>295</sup> German Civil Code “Section 1751 Effect of parental consent, maintenance obligation

(1) On the consent of one parent to the adoption, the parental custody of this parent is suspended; the power to have personal contact with the child may not be exercised. The youth welfare office becomes the guardian; this does not apply if the other parent exercises parental custody alone or if a guardian has already been appointed. An existing curatorship is unaffected. The adoptive parent, during the time of personal care prior to adoption, is governed by section 1688 (1) and (3) with the necessary modifications.

(2) Subsection (1) does not apply to a spouse whose child is adopted by the other spouse.

(4) The adoptive parent has an obligation to pay maintenance before the relatives of the child as soon as the parents of the child have given the necessary consent and the child has been taken into the care of the adoptive parent with the purpose of adoption. If a spouse wishes to adopt a child of his spouse, the spouses have an obligation to the child before the other relatives of the child to pay maintenance as soon as the necessary consent of the parents of the child has been given and the child has been taken into the care of the adoptive parent with the purpose of adoption”

<sup>296</sup> German Civil Code “Section 1754 Effect of adoption

(1) If a married couple adopt a child or if a spouse adopts a child of the other spouse, the child attains the legal position of a child of both the spouses.

(2) In the other cases the child attains the legal position of a child of the adoptive parent.

การรับบุตรบุญธรรมที่ติดมาของคู่ชีวิต นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์และครอบครัวเดิมย่อมสิ้นสุดลง กล่าวคือ หากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาหรือมารดาโดยกำเนิด (ที่ไม่ใช่คู่ชีวิต) สิ้นสุดลง เช่น นาย A สมรสกับนาง B และมีบุตรร่วมกัน ต่อมา นาย A หย่ากับนาง B แล้วมาจดทะเบียนคู่ชีวิตกับนาย C หลังจากนั้น นาย C ต้องการรับบุตรที่ติดมาของนาย A เป็นบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ของผู้เยาว์จะสิ้นสุดลง แต่เฉพาะกับนาง B และญาติพี่น้องของนาง B กล่าวคือ สิทธิหน้าที่เดิมที่เคยมีกับครอบครัวนาง B จะสิ้นสุดไปเมื่อนาย C รับบุตรที่ติดมาของนาย A เป็นบุตรบุญธรรม<sup>297</sup> อย่างไรก็ตาม จากกรณีดังกล่าว ถ้าหากขณะที่นาย C รับบุตรที่ติดมาของนาย A เป็นบุตรบุญธรรม ในขณะที่นาง B มีอำนาจปกครอง และได้เสียชีวิตลง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์กับญาติพี่น้องของนาง B จะยังคงไม่สิ้นสุดลง ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวจะยังคงสิ้นสุดลงไม่ได้ เนื่องจาก นาง B ยังคงมีอำนาจปกครอง และด้วยอำนาจปกครองดังกล่าวจึงเป็นตัวเชื่อมให้ผู้เยาว์และญาติพี่น้องของนาง B ยังคงมีความสัมพันธ์กันอยู่ ซึ่งหากว่าตราบไต่ยังไม่มีการตั้งอำนาจปกครองผู้เยาว์ให้แก่ผู้ที่เหมาะสมก็ไม่สามารถตัดความสัมพันธ์ดังกล่าวได้<sup>298</sup> สำหรับชื่อสกุลของผู้เยาว์ กรณีที่ผู้รับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่ง หากทั้งสองฝ่ายไม่มีชื่อสกุลก็สามารถตั้งชื่อสกุลให้แก่ผู้เยาว์ได้ ทั้งนี้ หากผู้เยาว์มีอายุมากกว่า 5 ปีบริบูรณ์ การตั้งชื่อสกุลจะมีผลเมื่อผู้เยาว์ให้ความยินยอมและเห็นด้วยก่อนที่การรับบุตรบุญธรรมจะมีผล<sup>299</sup> นอกจากนี้ หากผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมบรรลุนิติภาวะแล้วผลของการรับบุตรบุญธรรมเป็นเช่นเดียวกับการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นผู้เยาว์ (มาตรา 1754 - 1756) หากผู้รับบุตรบุญธรรมรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>300</sup>

---

(3) The parental custody is held in the cases of subsection (1) by the spouses jointly, and in the cases of subsection (2) by the adoptive parent.”

<sup>297</sup> German Civil Code “Section 1755 Extinction of relationships

(2) If a spouse adopts the child of his spouse, the extinction of the relationship occurs only in relation to the other parent and his relatives.”

<sup>298</sup> German Civil Code “Section 1756 Continuation of relationships

(2) Where a spouse adopts the child of his spouse, the relationship is not extinguished in relation to the relatives of the other parent, if the other parent had the parental custody and has died.”

<sup>299</sup> German Civil Code “Section 1757 Name of the child

(2) If a married couple adopt a child or if a spouse adopts a child of the other spouse and if the spouses have no family name, they determine the birth name of the child, before the pronouncement of the adoption, by declaration to the family court; section 1617 (1) applies with the necessary modifications. Where the child has reached the age of five, the determination is effective only if the child agrees with the determination, before the pronouncement of the adoption, by declaration to the family court; section 1617c (1) sentence 2 applies with the necessary modifications.”

<sup>300</sup> German Civil Code “Section 1772 Adoption with the effects of the adoption of a minor

### ค. กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน (Joint adoption)

ตั้งแต่มีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนในปี 2001 คู่ชีวิตก็สามารถจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี 2004 มีการปฏิรูปกฎหมายโดยมีความแตกต่างเล็กน้อยระหว่างการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตและการสมรส โดยส่วนมากจะถูกยกเลิกโดยคำพิพากษาศาลสูง พัฒนาการในการยอมรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในสังคมเยอรมนีมีมากขึ้นและนำไปสู่สังคมที่มีผู้เยาว์เติบโตในครอบครัวเพศเดียวกัน

ในประเทศเยอรมนี ผู้เยาว์สามารถเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีความประสงค์จะรับเลี้ยงผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวหรือการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรสก็ได้<sup>301</sup> ในทางตรงกันข้าม คู่ชีวิตเพศเดียวกันที่จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ และแม้ว่าในมาตรา 9 (7) ของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะดูเหมือนกฎหมายมีการอนุญาตให้คู่ชีวิตสามารถรับผู้เยาว์ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง (The child his or her partner has adopt) เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า The Child จึงอาจจะถือว่าเป็นการรวมถึงการรับบุตรบุญธรรมที่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งรับผู้เยาว์มาก่อนหรือไม่ ซึ่งจากการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวมีความตั้งใจที่จะจำกัดสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมเพียงแค่เป็นบุตรที่ติดตามมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเท่านั้น (The biological child) ดังนั้นในมาตรา 1742 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี ที่อนุญาตให้บุคคลสองคนรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้นั้นก็มีได้แต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตแต่อย่างใด หากคู่ชีวิตเกิดไปรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตที่รับมาก่อนหน้านี้ คู่ชีวิตที่รับบุตรบุญธรรมนั้นมาก่อนย่อมสูญเสียความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ในปี 2013 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีพบว่ากรณีที่ไม่อนุญาตให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งที่รับบุตรบุญธรรมนั้นอยู่ก่อนเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายอนุญาตให้รับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลจึงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อสิทธิในความเท่าเทียม

---

(1) The family court may, when pronouncing the adoption of a person of full age, on the application of the adoptive parent and of the person to be adopted, rule that the effects of the adoption are based on the provisions on the adoption of a minor or of a related minor (sections 1754 to 1756) if

c) the adoptive parent adopts the child of his spouse or”

<sup>301</sup> German Civil Code “Section 1741 Admissibility of the adoption

(2) A person who is not married may adopt a child only alone. A married couple may adopt a child only jointly. A spouse may adopt a child of his spouse alone. He may also adopt a child alone if the other spouse cannot adopt the child because he is incapable of contracting or has not yet reached the age of twenty-one.”

กันของผู้เยาว์และความคาดหวังของบิดามารดา ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมของบิดามารดาที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการเจริญเติบโตของผู้เยาว์ สวัสดิภาพหรือผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์<sup>302</sup>

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ที่กฎหมายบันทึกทางทะเบียนมีการแก้ไขแล้ว ในส่วนของการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของเพศเดียวกันก็ยังคงไม่ได้รับการอนุญาตแต่อย่างใด ซึ่งสถานการณ์ของกฎหมายปัจจุบันก็ดูจะเป็นที่ไร้เหตุผล เนื่องจากกฎหมายอนุญาตให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ และยิ่งไปกว่านั้นยังอนุญาตให้รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วยทั้งที่ผลทางกฎหมายก็เหมือนกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน

แม้ว่ากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตยังไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของเพศเดียวกันไว้ เนื่องจากประเทศเยอรมนีไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันแต่สามารถจดทะเบียนได้ตั้งแต่ปี 2001 ส่งผลให้รัฐบาลถูกกล่าวหาว่าเป็นต้นเหตุให้มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของคู่เพศเดียวกันเป็นไปอย่างล่าช้า เมื่อเทียบกับประเทศฝรั่งเศสหรือสหราชอาณาจักร ซึ่งมีการจัดการปัญหาดังกล่าวได้อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ศาลได้ให้เหตุผลว่า การยกเว้นไม่ให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเป็นการฝ่าฝืนหลักว่าด้วยความเท่าเทียมกัน และศาลยังให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าไม่ว่าจะเป็นผู้สมรสต่างเพศ หรือคู่ชีวิตเพศเดียวกันควรจัดให้มีการรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวมาจากเหตุที่แพทย์ท่านหนึ่งถูกปฏิเสธสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันมาเป็นระยะเวลานาน ซึ่งการพัฒนาการหรือปฏิรูปกฎหมายในส่วนดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่จะต้องติดตามต่อไปในอนาคต

---

<sup>302</sup> German Constitutional Court, judgment of 19 February 2013, 1 BvR 3247/09. See for an English translation Bundesverfassungsgericht "Judgment of 19 February 2013" (19 February 2013) <[www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)>.

ตารางที่ 4 ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศเยอรมนี

กฎหมาย ประเด็นปัญหา	การสมรส (marriage)		การบันทึกทางทะเบียน (Registered partnerships)		การใช้ชีวิตร่วมกัน (Informal cohabitation)	
	ต่างเพศ	เพศ เดียวกัน	ต่างเพศ	เพศ เดียวกัน	ต่างเพศ	เพศเดียวกัน
การรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	ไม่ได้	ไม่อนุญาต ให้สมรส	ไม่อนุญาต ให้จดบันทึก ทางทะเบียนคู่ชีวิต	ได้ <sup>303</sup>	ได้	ได้
การรับบุตรที่ติดมา ของอีกฝ่ายเป็น บุตรบุญธรรม	ได้ ตั้งแต่ ปี 2001	ไม่อนุญาต ให้สมรส	ไม่อนุญาต ให้จดบันทึก ทางทะเบียนคู่ชีวิต	ได้ <sup>304</sup> ตั้งแต่ปี 2005	ไม่ได้	ไม่ได้
การรับบุตรบุญธรรม ร่วมกัน	ได้	ไม่อนุญาต ให้สมรส	ไม่อนุญาต ให้จดบันทึก ทางทะเบียนคู่ชีวิต	ไม่ได้ <sup>305</sup>	ไม่ได้	ไม่ได้

4.4 บันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ (Civil Partnership Act 2004)

สหราชอาณาจักรมีการออกกฎหมายบันทึกทางทะเบียนปี 2004 อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกัน และกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2005 ซึ่งเป็นวันแรกที่คู่ชีวิตสามารถแสดงความประสงค์ที่จะขอจดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต และคู่ชีวิตสามารถจดบันทึกทางทะเบียนได้ในวันที่ 19 ธันวาคม สำหรับประเทศไอร์แลนด์เหนือ วันที่ 20 ธันวาคม สำหรับประเทศสกอตแลนด์ และวันที่ 21 ธันวาคม สำหรับประเทศอังกฤษและเวลส์ โดยเป็นการรับรองความสัมพันธ์ในรูปแบบใหม่ให้กับคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งคู่ชีวิตที่จดบันทึกทางทะเบียนจะได้รับรองทางกฎหมายและได้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านภาษี อำนาจหน้าที่ในการเลี้ยงดูผู้เยาว์ และทรัพย์สินการเงิน สำหรับหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายบันทึกทางทะเบียนเฉพาะประเทศอังกฤษและเวลส์ โดยเริ่มต้นจากความเป็นมา ภาพรวมของการรับบุตรบุญธรรม และประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

<sup>303</sup> German Civil Code Section 1741(2) และ Act on Registered Life Partnerships Section 9

<sup>304</sup> Act on Registered Life Partnerships Section 9(7)

<sup>305</sup> German Civil Code Section 1741(2)

#### 4.4.1 ความเป็นมาของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

ในอดีตที่ผ่านมาได้มีการถกเถียงกันในเรื่องแนวคิดการมีความสัมพันธ์ทางเพศและการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ประเทศเสรีประชาธิปไตยหลายประเทศได้เปิดโอกาสให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนที่ประชาชนทุกคนพึงมี และรัฐจะต้องส่งเสริมสิทธิดังกล่าวให้แก่ประชาชนในรัฐเพื่อเปิดโอกาสให้คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิเลือกในการใช้ชีวิตของตนเอง รัฐจึงต้องแสวงหานโยบายสาธารณะและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมสิทธิของประชาชนที่จะเลือกใช้ชีวิตตามธรรมเนียมทางเพศของตนเอง รวมถึงสิทธิในการตัดสินใจการเลือกใช้ชีวิตภายใต้เสรีภาพ ความเสมอภาค ที่รัฐไม่ควรเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความรักและความต้องการที่จะใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลสองคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อีกทั้ง สิทธิต่างๆ ที่คู่รักเพศเดียวกันพึงจะได้รับจากรัฐในฐานะพลเมืองของรัฐ

ประเทศอังกฤษเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน เนื่องจาก ฝ่ายนิติบัญญัติมีความต้องการให้เกิดความเสมอภาคระหว่างคู่รักเพศเดียวกันและคู่รักต่างเพศ ไม่ว่าจะเลือกใช้ชีวิตแบบใดรัฐจำต้องรับรองสิทธิดังกล่าวให้กับประชาชนทุกคน โดยแต่เดิมก่อนที่จะมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะต้องต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมกันของพวกเขา ในปี 1949 เป็นปีที่พระราชบัญญัติการสมรส (The Marriage Act) ได้กำหนดนิยามของคำว่า “สมรส” ว่า การรวมตัวกันระหว่างชายและหญิง<sup>306</sup> ซึ่งศาลเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ดังนี้

คำพิพากษาคดี Hyde v. Hyde and Woodmansee (1866)<sup>307</sup> ศาลเกี่ยวกับการพิสูจน์พินัยกรรมและการหย่าร้างพิพากษาว่า การสมรสความเข้าใจของในคริสตจักรคือความสมัครใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไปจนชั่วชีวิตของชายคนหนึ่งและหญิงอีกคนหนึ่ง<sup>308</sup> แม้ว่าคดีนี้จะกล่าวถึงประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายแบบพหุสามี – ภรรยา (Polygamy) ของผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายมอร์มอน และแม้ว่าคดีดังกล่าวจะไม่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องเพศของคู่สมรสโดยตรง แต่จากคำพิพากษาดังกล่าว การสมรสเป็นเรื่องระหว่างบุคคลสองคนที่ประกอบไปด้วยเพศชายหนึ่งคนและเพศหญิงหนึ่งคนเท่านั้น และความหมายของการสมรสไม่เหมือนกับรัฐยูทาห์ (Utah) ที่ชายใดจะมีเสรีภาพ

<sup>306</sup> The union between a man and a woman, to the exclusion of all others.

<sup>307</sup> The House of Commons, "The Law Commission Family Law Report on Polygamous Marriages," [Online] Accessed: 7 May 2016. Available from: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/235315/0227.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235315/0227.pdf)

<sup>308</sup> Hyde v. Hyde and Woodmansee (Court of Probate and Divorce, 1866), [Online] Accessed: 7 May 2016. Available from: <http://www.uniset.ca/other/th/LR1PD130.html>

ในการสมรสกับหญิงอื่นใดได้อย่างที่เขาปรารถนา<sup>309</sup> จะเห็นได้ว่า แม้จะไม่ได้กล่าวอย่างชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องเพศในการสมรส และแม้แต่ความหมายของการสมรสในแต่ละที่ไม่ว่าจะเป็นในประเทศอังกฤษหรือรัฐยูทาห์ สหรัฐอเมริกา แต่ก็ถือได้ว่าการสมรสจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เฉพาะชายคนหนึ่งและหญิงคนหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ คำพิพากษาดังกล่าวยังคงมีอิทธิพลต่อไปในคดีอื่นๆ ในอนาคตอีกด้วย

คำพิพากษาคดี Talbot v. Talbot (1967) ในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้หญิงคนหนึ่งที่มีลักษณะภายนอก และการแต่งกายเป็นผู้ชายโดยเรียกตนเองว่า John ได้เข้าพิธีสมรสกับผู้หญิงอีกคนหนึ่ง โดยที่ศาลศาลเกี่ยวกับการพิสูจน์พินัยกรรมและการหย่าร้างพิพากษาว่าการสมรสในโบสถ์โดยเจ้าสาวผู้เป็นหญิงฝ่ายหนึ่งไม่ทราบว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้หญิงเช่นกัน แม้ว่าภายหลังจากนั้นจะทราบว่าอีกฝ่ายเป็นผู้หญิงแล้ว และอยู่กินด้วยกันเรื่อยมาเป็นระยะเวลาเกือบหนึ่งปีนั้น ก็ไม่สามารถขอให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการสมรส จะเห็นได้ว่า เมื่อการสมรสเกิดขึ้นได้ระหว่างชายคนหนึ่งและหญิงคนหนึ่งเท่านั้น เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการสมรสระหว่างหญิงสองคนจึงไม่ถือว่าเป็นการสมรส ดังนั้น เมื่อการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการสมรส ย่อมไม่สามารถขอให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะได้ อย่างไรก็ตาม ในปี 1971 พระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นโมฆะของการสมรส (The Nullity of Marriage Act) ห้ามไม่ได้คู่รักเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษและเวลส์สมรสกัน<sup>310</sup> โดยรัฐบาลได้อภิปรายปัญหาดังกล่าว และยังรวมไปถึงประเด็นเกี่ยวกับบุคคลที่มีจิตใจเหมือนเพศตรงข้ามด้วย (Transsexualism)<sup>311</sup> ต่อมาพระราชบัญญัติดังกล่าวถูกแทนที่ด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีเพื่อให้ขาดจากการสมรส 1973 (The Matrimonial Causes Act 1973) และยังคงมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

คำพิพากษาคดี Harrogate BC v Simpson (1986)<sup>312</sup> ในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้หญิงที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน หรือ เลสเบี้ยน (Lesbian) อาศัยอยู่กับผู้หญิงอีกคนหนึ่งโดยมีความสัมพันธ์อย่างถาวรเช่นเดียวกับคู่สามีภรรยาทั่วไป เมื่อหญิงฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายหญิงอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับสิทธิตกทอดในบ้านสวัสดิการ (Council House) โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า คู่รักเพศเดียวกันไม่ใช่บุคคลในครอบครัวของอีกฝ่ายหนึ่ง และในความคิดเห็นส่วนใหญ่ของคนในสังคมคู่รัก

<sup>309</sup>The meaning of marriage in Christendom (ie England) was

“...the union of two people who promise to go through life alone with one another. It does not mean the same thing in Utah, as the man is at liberty to marry as many women as he pleases.”

<sup>310</sup> Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History* (Oxford University Press, 2005), pp. 70-71.

<sup>311</sup> Law Reform Commission Report, [Online] Accessed: 10 May 2016. Available from: [http://www.lawreform.ie/\\_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10](http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10)

<sup>312</sup> Harrogate BC v Simpson (1986) 2 FLR 91, CA

เพศเดียวกันไม่ถือว่าเป็นญาติซึ่งกันและกัน จึงทำให้หญิงที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่มีสิทธิตกทอดในบ้าน สวัสดิการของอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ ศาลระหว่างประเทศดังเช่นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับบุคคลที่มีการผ่าตัดแปลงเพศด้วย เช่น คำพิพากษาคดี *Rees v. United Kingdom* (1986)<sup>313</sup> คดีนี้เป็นกรณีที่หญิงซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นชาย และมีการเปลี่ยนแปลงชื่อของตนเอง โดยอ้างว่าในกฎหมายของประเทศอังกฤษห้ามไม่ให้เขาสมรสกับหญิง ซึ่งขัดต่อมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป ซึ่งให้ความคุ้มครองในเรื่องการเคารพในการดำเนินชีวิตส่วนตัว และสิทธิในการสมรส โดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิพากษาว่า ในสื่อบัตรของเขาปรากฏว่าเขาจะมีเพศกำเนิดเป็นผู้หญิง แม้ว่าในเอกสารราชการอื่นๆ รวมถึงหนังสือเดินทางเป็นเพศชาย ศาลก็ปฏิเสธว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ขัดต่อมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป เนื่องจาก ในใบสื่อบัตรเป็นประวัติข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงเพศโดยกำเนิดและสัญชาติ และการสมรสเป็นแนวคิดดั้งเดิมที่ขึ้นอยู่กับเพศกำเนิดที่ต่างกัน ดังนั้นรัฐบาลย่อมมีสิทธิในการกำหนดกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการสมรส<sup>314</sup> และในคดี *X Y & Z v. United Kingdom*<sup>315</sup> ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปพิพากษาว่าหญิงที่ได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศเป็นชายมีสถานะทางครอบครัวไม่แตกต่างไปจากครอบครัวของคู่สมรสต่างประเทศ ในการเป็นบิดาของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากหญิงที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา และด้วยการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยากับคู่รักของตนไปจนชั่วชีวิตนั้นทำให้ครอบครัวมีลักษณะชัดเจนในความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักและบุตรตามความเป็นจริง อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายอังกฤษก็ยังคงไม่มีรูปแบบในทางปฏิบัติสำหรับความสัมพันธ์ดังกล่าว<sup>316</sup>

ด้วยเหตุที่ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายรองรับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างประเทศ และประกอบกับสภาพสังคมในประเทศอังกฤษมีการอาศัยอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันเป็นจำนวนมากไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการสิทธิในทางทรัพย์สิน ประกันสังคม ภาษี การได้รับสิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่อุปถัมภ์ของคนที่ป่วยหนัก สิทธิตกทอดในบ้านของคู่อุปถัมภ์เมื่ออีกฝ่ายต้องถึงแก่กรรมก่อน สิทธิในการจัดการศพของคู่อุปถัมภ์ รวมถึงสิทธิ

<sup>313</sup> *Rees v United Kingdom* (1986) 9 EHRR 56, ECHR

<sup>314</sup> European Court Of Human Rights, "Transsexuals' Rights," [Online] Accessed: 10 May 2016. Available from: <http://www.refworld.org/pdfid/4e3131293.pdf>

<sup>315</sup> *X Y & Z v United Kingdom (or Whittle v UK)* (1997) 24 EHRR 143, ECHR

<sup>316</sup> European Court Of Human Rights, "X, Y and Z V. The United Kingdom," [Online] Accessed: 10 May 2016. Available from: <http://swarb.co.uk/x-y-and-z-v-the-united-kingdom-echr-22-apr-1997/>



เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม หรือบุตรผู้เยาว์ นอกจากนี้ เมื่อสังคมยังไม่ได้ให้การยอมรับในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันย่อมส่งผลให้คนในสังคมหวาดกลัวและแสดงพฤติกรรมรังเกียจพฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกัน<sup>317</sup>

สำหรับการยกร่างกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต ปี 2004 เริ่มต้นจากร่างกฎหมาย 2 ฉบับ ก่อนที่รัฐบาลจะมีการประชุมเพื่อปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาในประเทศอังกฤษและเวลส์ (ไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม) โดยใช้ชื่อว่า The Relationships (Civil Registration) Bill ซึ่งนำเสนอสู่ชั้นนิติบัญญัติโดย เจน กริฟฟิธส์ (Jane Griffiths) เพื่อให้บุคคลสองคนที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตและได้รับสิทธิตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับแรกนี้ก็ตกไป จนกระทั่ง เมื่อวันที่ 9 มกราคม 2002 ลอร์ดเลสเตอร์ สมาชิกสภาขุนนาง พรรคเสรีประชาธิปไตย (The Liberal Democrat Peer) เสนอร่างกฎหมายส่วนตัวชื่อ The Civil Partnerships Bill ซึ่งเป็นการรับรองความสัมพันธ์ในรูปแบบใหม่ระหว่างบุคคลสองคน หรือที่เรียกว่า คู่ชีวิต (Civil partnership) ให้มีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึง การสิ้นสุดความสัมพันธ์<sup>318</sup> โดยร่างกฎหมายดังกล่าวได้รับการตอบรับจากรัฐบาลอย่างรวดเร็ว เนื่องจากเชื่อว่าหลักกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตทำให้คู่รักเพศเดียวกันได้รับความเสมอภาคเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ซึ่งในปัจจุบันความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันมีอยู่เป็นจำนวนมากในสังคมและไม่มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันมาก่อน ทำให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งในสังคมที่กฎหมายไม่ได้ให้การรับรองความสัมพันธ์ไว้ อีกทั้ง คู่รักเพศเดียวกันจะต้องเผชิญกับปัญหาที่ไม่จำเป็นในชีวิตประจำวันเพียงเพราะขาดการรับรู้ทางกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงมีจุดมุ่งหมายที่จะขจัดปัญหาดังกล่าว โดยการให้คู่รักเพศเดียวกันมีโอกาสที่จะได้รับการยอมรับจากสังคม ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงคุณค่าของความหลากหลายสังคมที่เราอาศัยอยู่<sup>319</sup> และจากความพยายามและการต่อสู้เพื่อมีกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกัน เมื่อมีการจดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วย่อมได้ไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม เหตุผลหลักของการมีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าเกิดจากการที่สังคมต้องการให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียม และเสมอภาคกัน แต่กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตยังคงถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการและคู่รักเพศเดียวกันอย่างกว้างขวาง นับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเป็นต้นมา ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้

<sup>317</sup> Lorraine Conway and Catherine Fairbairn, "The Civil Partnership Bill [H] : Background and Debate," [Online] Accessed: 10 May 2016. Available from: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-64/RP04-64.pdf>

<sup>318</sup> Ibid., 9.

<sup>319</sup> Ibid., 11.

คุ้มครองสิทธิความเท่าเทียม และเสมอภาคได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีการบัญญัติจำนวนมาตราไว้มากถึง 264 มาตรา และตารางแนบท้ายอีก 30 ตาราง ซึ่งเป็นการสร้างขึ้นตอนที่ยุ่งยากและไม่จำเป็นแทนที่จะใช้วิธีการที่ง่ายโดยการตรากฎหมายที่มีเนื้อความว่า การสมรสคือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคน<sup>320</sup> เพียงเท่านั้นก็สามารถแก้ปัญหาที่มีอยู่ได้ นอกจากนี้ ยังมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับบุคคลที่จะมีสิทธิใช้กฎหมายฉบับนี้ได้บ้าง โดยที่รัฐบาลได้ให้ความเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้คู่รักต่างเพศมาจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจาก คู่รักต่างเพศมีกฎหมายสมรสสำหรับพวกเขาอยู่แล้ว และผลทางกฎหมายฉบับนี้และกฎหมายสมรสมีความคล้ายคลึงกัน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งสองฉบับก็ยังคงมีความแตกต่างกัน และแม้ว่าจะได้มีการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายในประเทศที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้ ซึ่งการสมรสดังกล่าวไม่ถือเป็นการสมรสตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่จะมีผลเพียงแค่ว่าเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเท่านั้น เนื่องจาก ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้ ดังเช่นในคดี *Wilkinson v. Kitzinger and Others* (2006)<sup>321</sup> ในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้หญิงสองคนที่สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายในประเทศแคนาดา และเมื่อพวกเขากลับมาที่ประเทศอังกฤษ การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายประเทศแคนาดาไม่ได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ภายใต้กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งได้รับการยอมรับในประเทศอังกฤษจึงทำให้การสมรสดังกล่าวเปลี่ยนแปลงมาเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนเท่านั้น ส่งผลให้เกิดการฟ้องเพื่อเรียกร้องความยุติธรรม และการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันซึ่งการสมรสดังกล่าวควรจะต้องได้รับการยอมรับ โดยศาลสูงได้มีคำพิพากษาในวันที่ 31 กรกฎาคม 2006 ว่าการสมรสของทั้งคู่จะไม่ได้รับการยอมรับสถานการณ์สมรสแต่จะยอมรับในฐานะเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษและเวลส์ เนื่องจากการสมรสเป็นสถาบันที่เก่าแก่ซึ่งมีค่านิยมของคำว่า “สมรส” ที่ยาวนานและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง<sup>322</sup> และแม้ว่าจะเห็นด้วยกับข้อเรียกร้องที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตแต่การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายที่ถูกต้องและสมเหตุสมผล

<sup>320</sup> Joshua Rozenberg, "All – Embracing Partnership Act," [Online] Accessed: 13 May 2016. Available from: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1499995/All-embracing-partnership-Act.html>

<sup>321</sup> *Wilkinson v. Kitzinger and Others* (2006) EWHC 2022 (Fam)

<sup>322</sup> BBC NEWS, "Lesbians Lose Legal Marriage Bid," [Online] Accessed: 13 May 2016. Available from: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/5230708.stm>

นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตมีผลบังคับใช้ กำหนดห้ามไม่ให้ คู่รักเพศเดียวกันทำการสมรสในโบสถ์เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศโดยที่คู่รักเพศเดียวกันสามารถทำการจดทะเบียนได้ในสำนักงานหรือสถานที่ที่อนุญาตให้มีการจดทะเบียนได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ภายใต้ The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013

#### 4.4.2 สรุปสาระสำคัญของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

##### 4.4.2.1 เงื่อนไขการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

- (1) บุคคลที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องเป็นบุคคลสองคนจะต้องเป็นเพศเดียวกัน<sup>323</sup>
- (2) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องไม่เป็นผู้ที่ได้จดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลอื่นอยู่ก่อนในขณะที่จดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนนี้<sup>324</sup>
- (3) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีอายุตั้งแต่ 16 ปีบริบูรณ์<sup>325</sup> ซึ่งหากบุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จะทำการจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองเสียก่อน<sup>326</sup> ทั้งนี้ ตามตารางแนบท้าย 2 ส่วนที่ 1
- (4) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามตารางแนบท้าย 1 ส่วนที่ 1<sup>327</sup> กล่าวคือ บุคคลที่จะจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องไม่ปรากฏว่า มีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยสืบสายโลหิตหรือโดยการรับบุตรบุญธรรมขึ้นไปหรือลงมาดังนี้ บุตรหรือบุตรบุญธรรม หลาน บิดามารดาหรือบิดามารดาบุญธรรม อดีตบุตรบุญธรรมหรือบิดามารดาบุญธรรม ปู่ย่าตายาย พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของตน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของบิดามารดาของตน บุตรของพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา<sup>328</sup>

<sup>323</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 3(1)(a)

<sup>324</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 3(1)(b)

<sup>325</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 3(1)(c)

<sup>326</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 4

<sup>327</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 3(1)(d)

<sup>328</sup> Civil Partnership Act 2004 Schedule 1 Part 1

สำหรับกระบวนการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตมีความแตกต่างจากการสมรสของคู่รักต่างประเทศ เนื่องจากการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตเป็นการดำเนินการทางเอกสารฝ่ายบ้านเมืองเท่านั้น แต่ไม่มีการดำเนินการทางศาสนา บุคคลที่มีความประสงค์จะจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องให้คำบอกกล่าวแสดงความจำนงต่อสำนักงานทะเบียนที่มีอำนาจ โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องมีถิ่นพำนักอยู่ในประเทศอังกฤษก่อนวันยื่นคำบอกกล่าวแสดงความจำนงติดต่อกันไม่น้อยกว่า 7 วัน<sup>329</sup> และคำบอกกล่าวแสดงความจำนงจะต้องมีข้อมูลตามที่กำหนดในข้อบังคับ<sup>330</sup> และผู้ให้คำบอกกล่าวแสดงความจำนงจะต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ<sup>331</sup> อย่างไรก็ตาม สำนักงานทะเบียนที่มีอำนาจสามารถขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ให้คำบอกกล่าวแสดงความจำนงตามที่นายทะเบียนกำหนดได้ เช่น หลักฐานเกี่ยวกับชื่อสกุล หลักฐานการสมรสหรือคู่ชีวิตในอดีต หลักฐานการหย่าร้าง หลักฐานเกี่ยวกับสัญชาติ หลักฐานถิ่นพำนักอยู่ในประเทศอังกฤษตลอดระยะเวลา 7 วัน<sup>332</sup> เมื่อได้แจ้งคำบอกกล่าวแสดงความจำนงแก่นายทะเบียนแล้ว สำนักงานทะเบียนมีอำนาจหน้าที่ต้องปิดประกาศรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อบุคคลที่ให้คำบอกกล่าวแสดงความจำนง ชื่อบุคคลที่มีความประสงค์จะจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิต รวมถึงข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องต่อสาธารณชน<sup>333</sup> ระยะเวลาจะต้องไม่น้อยกว่า 15 วัน นับแต่วันถัดจากวันที่ได้ให้คำบอกกล่าว<sup>334</sup> อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาดังกล่าวสามารถลดระยะเวลาปิดประกาศได้หากนายทะเบียนเห็นว่ามิเหตุอันสมควร<sup>335</sup> เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการปิดประกาศคำบอกกล่าว นายทะเบียนต้องออกใบอนุญาตให้จดทะเบียนที่ทางทะเบียนแก่ผู้ประสงค์จะจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิต<sup>336</sup> หากมีบุคคลใดคัดค้านการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิต นายทะเบียนจะไม่สามารถออกใบอนุญาตจดทะเบียนที่ทางทะเบียนได้จนกว่าจะมีการสอบสวนข้อเท็จจริงเป็นที่พอใจแล้วว่าไม่มีมูลพอที่จะยับยั้งการจดทะเบียนดังกล่าว หรือบุคคลนั้นได้ถอนคำคัดค้านเสีย<sup>337</sup> เมื่อได้รับการอนุญาตให้จดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิต คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายสามารถลงชื่อในใบอนุญาตภายในระยะเวลา 12 เดือน นับแต่วันวันที่ลงในคำบอกกล่าวแสดงความจำนงที่จะจดทะเบียนที่ทางทะเบียนต่อนายทะเบียน<sup>338</sup>

<sup>329</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 8(1)

<sup>330</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 8(2)

<sup>331</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 8(3)

<sup>332</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 9

<sup>333</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 10

<sup>334</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 11

<sup>335</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 12

<sup>336</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 14(1)

<sup>337</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 14(4)

<sup>338</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 17(4)

#### 4.4.2.2 สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

##### (1) หน้าที่ระหว่างกันของคู่ชีวิต

คู่ชีวิตมีหน้าที่ในการดูแลและอุปการะซึ่งกันและกันเช่นเดียวกับคู่สมรส และหน้าที่ของบิดามารดาในการใช้อำนาจปกครองของบุตรที่เกิดจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และขยายความหมายของคำว่าบุตรของครอบครัว (Child of the Family) ให้หมายความรวมถึงบุตรของคู่สมรสหรือคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย และขยายคำว่าญาติ (Relative) รวมถึงคู่ชีวิตด้วย<sup>339</sup>

##### (2) สิทธิระหว่างกันของคู่ชีวิต

เมื่อคู่ชีวิตได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตแล้ว ทั้งสองย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน โดยกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตได้รับรองสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ดังนี้ สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตมีผลการแก้ไขกฎหมายฉบับต่างๆ ของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสต่างประเทศให้รวมถึงคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตด้วยทั้งในขณะที่ยังเป็นคู่ชีวิตและภายหลังจากการสิ้นสุดสถานภาพคู่ชีวิต สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร รวมถึงบุตรบุญธรรม สิทธิในการกำหนดถิ่นที่อยู่และการติดต่อบุตร<sup>340</sup> การจัดการทางการเงินสำหรับผู้เยาว์<sup>341</sup> รวมถึงสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต<sup>342</sup> สิทธิและหน้าที่ด้านสวัสดิการสังคม โดยให้สิทธิอาศัยหรือการเข้าบ้านในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพการสมรสให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตด้วย สิทธิในการคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว<sup>343</sup> สิทธิในการได้รับความเยียวยาจากการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น<sup>344</sup> สิทธิตามกฎหมายลักษณะพยาน โดยในส่วนที่ใช้บังคับแก่สามี ภรรยาให้มีผลเช่นเดียวกับกรณีของคู่ชีวิตด้วย โดยคำว่าคู่ชีวิตไม่รวมถึงอดีตคู่ชีวิต<sup>345</sup>

<sup>339</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 75

<sup>340</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 77

<sup>341</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 78

<sup>342</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 79

<sup>343</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 82

<sup>344</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 83

<sup>345</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 84

#### 4.4.2.3 การสิ้นสุดความสัมพันธ์

คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างตนกับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจดำเนินต่อไปได้ คู่ชีวิตฝ่ายนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตได้<sup>346</sup> อย่างไรก็ตาม คำร้องขอสิ้นสุดความสัมพันธ์จะไม่สามารถยื่นภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่ได้จดทะเบียนที่กทางทะเบียนคู่ชีวิต และศาลจะยังไม่มีคำสั่งให้ความสัมพันธ์นั้นสิ้นสุดลงเว้นแต่จะปรากฏพฤติการณ์ดังต่อไปนี้ ผู้คัดค้านมีพฤติกรรมที่เป็นเหตุให้คู่ชีวิตฝ่ายที่ร้องขอไม่สามารถทนอยู่ร่วมกันได้ ผู้ร้องและผู้คัดค้านแยกกันอยู่มาแล้วอย่างน้อย 2 ปี ติดต่อกันก่อนมีการยื่นคำร้องขอยุติความสัมพันธ์ ในฐานะคู่ชีวิตและผู้ร้องยินยอมให้มีการสิ้นสุดความสัมพันธ์ทางศาล หรือผู้ร้องและผู้คัดค้านแยกกันอยู่มาแล้วอย่างน้อย 5 ปี ติดต่อกันก่อนยื่นคำร้อง หรือผู้คัดค้านทิ้งร้างผู้ร้องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 2 ปี ติดต่อกันก่อนยื่นคำร้อง<sup>347</sup>

#### 4.4.3 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมในอดีต ประเทศอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมขึ้นครั้งแรกในปี 1926 ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า Adoption of Children Act 1926 เนื่องจากมีเด็กกำพร้าเป็นจำนวนมากหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ต่อมามีการปฏิรูปกฎหมายขึ้นใหม่ โดยปัจจุบันประเทศอังกฤษบังคับใช้ Adoption and Children Act 2002 แทนกฎหมายฉบับเดิม และมีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2005 ในส่วนนี้จะนำเสนอเกี่ยวกับภาพรวมของการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม และผลของการรับบุตรบุญธรรม หลังจากนั้น ผู้เขียนจะนำเข้าสู่ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่อไป

##### 4.4.3.1 ภาพรวมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

###### (1) เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์ในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันหรือรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว เว้นแต่การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์นั้น บุคคลนั้นสามารถขอรับบุตรบุญธรรมได้ต่อเมื่อมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์

<sup>346</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 41(1)

<sup>347</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 44

และผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในส่วนใดส่วนหนึ่งใน The United Kingdom, Channel Islands, Isle of Man หากเป็นการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว สำหรับอายุขั้นสูงของผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลมักจะมีความไม่อนุญาตให้บุคคลที่มีอายุมากกว่า 40 ปีขึ้นไป หรือในบางกรณีบุคคลที่มีอายุ 35 ปีขึ้นไปเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม<sup>348</sup> และผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องเป็นผู้เยาว์เท่านั้น กล่าวคือ ผู้เยาว์จะต้องมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และจะต้องไม่เคยสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตมาก่อน<sup>349</sup> และการรับบุตรบุญธรรมนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของผู้เยาว์ด้วย เว้นแต่ไม่สามารถพบตัวบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือปรากฏต่อศาลอย่างเป็นที่พอใจแล้วว่าผู้เยาว์อาจได้รับความเสี่ยงหากไม่ได้รับบุตรบุญธรรม โดยเปรียบเทียบ กับสวัสดิการและผลประโยชน์ของผู้เยาว์และสิทธิของบิดามารดาเดิม อย่างไรก็ตาม ศาลจะต้องพิจารณาผลกระทบของการสิ้นสุดการเป็นสมาชิกของครอบครัวเดิมกับความเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ของครอบครัวใหม่ ทั้งนี้ มารดาของผู้เยาว์จะให้ความยินยอมในขณะที่ผู้เยาว์มีอายุไม่เกิน 6 สัปดาห์มิได้ เมื่อมีการให้ความยินยอมแล้ว ในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความดูแลขององค์กรเอกชนเพื่อการรับบุตรบุญธรรม (An adoption agency) จะเป็นผู้จัดส่งผู้เยาว์ให้ไปอยู่กับผู้จะรับบุตรบุญธรรม หรือมีคำสั่งของศาลสูง หรือผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็นบิดามารดาของผู้เยาว์ กรณีดังกล่าวระยะเวลาในการทดลองเลี้ยงจะต้องไม่น้อยกว่า 10 สัปดาห์ หากเป็นกรณีของการรับบุตรที่ติดตามของคู่สมรสหรือคู่ชีวิตของอีกฝ่ายหนึ่ง ระยะเวลาในการทดลองเลี้ยงจะต้องไม่น้อยกว่า 6 เดือน และในกรณีอื่นๆ ระยะเวลาในการทดลองเลี้ยงจะต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี และต้องอยู่ภายในระยะเวลา 5 ปี ก่อนมีการขอรับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายของประเทศอังกฤษจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาคำขอรับบุตรบุญธรรม และมีคำสั่งให้รับบุตรบุญธรรม โดยศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคำขอรับบุตรบุญธรรมนั้นอาจเป็นศาลสูง (High Court) ศาลท้องถิ่น (County Court) หรือศาลแขวง (Magistrates Court) และการพิจารณาทำคำสั่งเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมจะกระทำไม่ได้ หากผู้เยาว์ไม่ได้เข้ารับฟังการพิจารณาด้วย เว้นแต่มีพฤติการณ์พิเศษที่ผู้เยาว์ไม่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ ศาลจะต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดและสวัสดิการของผู้เยาว์ นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อมูลรายละเอียดอื่นๆ เช่น ใบสูติบัตรของผู้เยาว์ เอกสารการให้ความยินยอม

<sup>348</sup> P.M. Bromley and N.V. Lowe, *Bromley's Family Law*, 8 ed. (London: Butterworths, 1992), p. 409.

<sup>349</sup> Government United Kingdom, "Child Adoption," [Online] Accessed: 16 May 2016. Available from: <https://www.gov.uk/child-adoption/overview>

ของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง เอกสารการรายงานทางการแพทย์ของผู้เยาว์และผู้ขอรับบุตรบุญธรรม รายงานจากองค์กรเอกชนเพื่อการรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

#### (2) ผลของการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อมีคำสั่งอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมแล้ว บุตรบุญธรรมจะกลายมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับครอบครัวเดิมของบุตรบุญธรรมจะสิ้นสุดลง อำนาจปกครอง รวมถึงสิทธิต่างๆ จะโอนมายังผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมจะได้รับสิทธิต่างๆ เช่นเดียวกับสิทธิที่ตนมีอยู่ครอบครัวเดิม รวมถึง สิทธิในการรับมรดกเสมือนว่าบุตรบุญธรรมได้เกิดมาในครอบครัวของผู้รับบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ บุตรบุญธรรมมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย สำหรับการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นชาวต่างชาติ หากมีการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายประเทศอังกฤษแล้ว บุตรบุญธรรมจะได้สัญชาติอังกฤษโดยอัตโนมัติหากผู้รับบุตรบุญธรรมมีสัญชาติอังกฤษในขณะที่มีคำสั่งอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรม

#### 4.4.3.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน

การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นเกย์หรือเลสเบี้ยนในประเทศอังกฤษเป็นหัวข้อที่ถกเถียงกันมานาน และเกิดข้อโต้แย้งบ่อยครั้ง ไม่เพียงแต่ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่รักร่วมเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยอาศัยหลักแห่งความเท่าเทียมกันเท่านั้น ยังมีอีกฝ่ายที่ได้แย้งและมีแนวคิดถึงประโยชน์และความเสียหายของผู้เยาว์ที่จะได้รับทั้งปัญหาทางด้านจิตใจ ปัญหาเกี่ยวกับเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อย่างไรก็ตาม ในช่วงปลายทศวรรษที่ 1980 เป็นจุดเริ่มต้นของการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกัน แม้ว่าจะมีจำนวนไม่มากนักที่ประสบผลสำเร็จในการขอรับบุตรบุญธรรม แต่ส่วนมากไม่ได้เปิดเผยถึงวิถีทางเพศของตนเอง และในทางปฏิบัติมักจะปกปิดไว้ ซึ่งหากเปิดเผยตัวตนของตนเองอาจจะไม่ได้รับผลที่ดีนักจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ในปี 1988 มีการตรากฎหมายซึ่งจัดทำโดย Margaret Thatcher รัฐบาลอนุรักษนิยม ระบุว่าในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น 1987/88 (The Local Government Act 1987/88) กำหนดให้หน่วยงานที่มีอำนาจไม่ควรให้การยอมรับของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันราวกับครอบครัวที่เสถียร<sup>350</sup> ซึ่งมาตรา 28 เป็นครั้งแรกในสหราชอาณาจักรที่มีกฎหมายกล่าวถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศเดียวกันเป็นครั้งแรก ความ

<sup>350</sup> Anna Marie Smith, *New Right Discourse on Race and Sexuality: Britain, 1968–1990* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), p. 183.



เป็นอยู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันถูกเรียกว่าเป็นการเสแสร้งมากกว่าที่จะเป็นความจริง ซึ่งเป็นความพยายามที่จะทำให้การเลือกปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายกับครอบครัวดังกล่าว แต่ส่งผลกระทบต่อให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันออกมาชุมนุมในที่สาธารณะเพื่อต่อต้านมาตราดังกล่าว

ต้นศตวรรษที่ 1990 กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีความสนใจหรือมีความประสงค์ที่จะมีส่วนร่วมในการอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์หรือการรับบุตรบุญธรรมจำนวนมากไม่ต้องการเปิดเผยตัวตนของตนเอง เนื่องจากมีความกังวลว่าอาจจะได้รับการปฏิเสธบนพื้นฐานของวิถีทางเพศของตนเอง อีกทั้งอาจจะมีการโจมตีจากสื่อหรือสิ่งตีพิมพ์ด้วย และแม้ว่าบางกรณีจะได้รับการอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมก็ตามก็อาจจะได้รับผู้เยาว์ที่พิการ หรือให้เลี้ยงดูเพียงแค่วะยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น นอกจากนี้ ในปี 1990 รัฐบาลได้มีรายงานที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการบรรจุตำแหน่งในครอบครัว (Family Placement) ภายใต้ Children Act 1989 ว่า การเลือกใช้ชีวิตของผู้ใหญ่บางคนอาจหมายความว่า พวกเขาไม่สามารถจัดให้มีการพัฒนาที่เหมาะสมสำหรับการดูแลเลี้ยงดูและอบรมสั่งสอนผู้เยาว์ได้ และไม่มีใครมีสิทธิที่จะเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ สิทธิในความเท่าเทียมกัน และสิทธิของเกย์ ไม่มีสิทธิดังกล่าว<sup>351</sup> เป็นผลให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันออกมาต่อต้านข้อความดังกล่าว โดยให้ตัดคำว่า สิทธิของเกย์ ออกไป นอกจากนี้ การสนับสนุนสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้รับการยอมรับมากนัก ซึ่งเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้นักสังคมสงเคราะห์ไม่พิจารณาเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม สิทธิที่ผู้เยาว์จะได้รับประโยชน์สูงสุดในการอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมไม่ลงรอยกันซะทีเดียว เนื่องจาก มีกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจำนวนมากที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเขาสามารถอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ได้เป็นอย่างดี ดังนั้นย่อมไม่มีเหตุผลใดๆ ในการกีดกันความสามารถหรือศักยภาพในการอุปการะเลี้ยงดูของกลุ่มคนดังกล่าวโดยอาศัยพื้นฐานของวิถีทางเพศมาตัดสิน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตที่สำคัญบางประการว่า สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดู หรือการรับบุตรบุญธรรมเป็นสิทธิที่ผู้เยาว์จะได้อยู่ในครอบครัวที่ดีซึ่งผู้ใหญ่ไม่มีสิทธิดังกล่าว และนักสังคมสงเคราะห์ยังคงมีแนวคิดที่ว่าจริงๆ แล้ว ครอบครัวที่ปกติ คือครอบครัวที่ดีที่สุด และผู้เยาว์ควรที่จะได้รับสิทธิในการที่จะมีทั้งบิดาและมารดา และโดยธรรมชาติย่อมมีรูปแบบของบทบาทในแต่ละเพศ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมองว่า ความคิดดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่ยุติธรรมโดยอาศัยพื้นฐานของวิถีทางเพศในการตัดสิน ซึ่งการจะพิจารณาว่าบุคคลใดควรที่จะมีสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์จะต้องพิจารณาจากความสามารถใน

<sup>351</sup> Department of Health, Foster Placement (Guidance and Regulations), Consultation Paper No. 16, London: HMSO, 1990 cited in Stephen Hicks. Lesbian and gay foster care and adoption A brief UK history. Adoption & Fostering 29 (2005): 45

การเลี้ยงดูมากกว่าสิ่งอื่นใด นอกจากนั้น ในบางกรณีก่อนที่จะอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะต้องทำแบบทดสอบทางจิตวิทยาด้วย แต่สำหรับบุคคลรักต่างเพศไม่ต้องทำแบบทดสอบดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการอุปการะเลี้ยงดูหรือการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้รับการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นธรรม แม้ว่าจะมีการยอมรับหรืออนุญาตบ้างในบางกรณีก็ตาม

ปี 1992 รัฐบาลอนุรักษ์นิยมได้จัดทำรายงานการให้คำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรมแจ้งว่า การรักษาความปลอดภัยและความมั่นคงซึ่งบุตรบุญธรรมพึงจะได้รับยังคงมีแนวโน้มที่จะเป็นบิดามารดาที่มีความสัมพันธ์เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณชน และเป็นผู้ที่กฎหมายให้การรับรอง จะเห็นได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมยังคงเป็นที่ยอมรับมากกว่าหากเป็นการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรส สำหรับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ภายใต้ The Adoption Act 1976 นอกจากนี้ มีมุมมองว่าการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันควรที่จะเป็นทางเลือกสุดท้ายที่จะได้รับการพิจารณา อย่างไรก็ตาม รัฐบาลแรงงานใหม่ (New Labour Government) ได้จัดทำ Green paper ในหัวข้อ การสนับสนุนครอบครัว ซึ่งกล่าวว่า ครอบครัวก็ยังคงเป็นสถาบันพื้นฐานสำหรับการเลี้ยงดูผู้เยาว์และยังคงเป็นทางเลือกส่วนใหญ่ของคนในสหราชอาณาจักร และไม่เพียงแต่สนับสนุนแนวความคิดครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น ยังมีการแนะนำมาตรการสำหรับการเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยซึ่งแตกต่างจากช่วงศตวรรษที่ 1980

ต่อมาในปี 2002 มีเหตุการณ์สำคัญที่มีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องการอุปถัมภ์หรือการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยรัฐสภาได้มีการอภิปรายภายใต้ Adoption and Children Act 2002 ซึ่งเป็นประเด็นที่ค่อนข้างให้ความสำคัญ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไม่ได้เปลี่ยนไปมากนัก โดยบางส่วนมีความเห็นว่า การรับบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันควรเป็นเรื่องนอกกฎหมาย บางส่วนเห็นว่าควรสนับสนุนแต่เพียงแค่นี้เป็นทางเลือกสุดท้ายเท่านั้น บางส่วนเห็นว่าคู่สมรสต่างเพศเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดสำหรับผู้เยาว์ บางส่วนเห็นว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจจะมีศักยภาพในการเลี้ยงดูหรือรับบุตรบุญธรรมได้ดีในบางกรณี เช่น ผู้เยาว์ที่มีความพิการ แต่อีกส่วนหนึ่งเห็นว่าควรปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับกลุ่มคนรักต่างเพศ อย่างไรก็ตาม การอภิปรายครั้งนี้มีขุนนางท่านหนึ่งเห็นว่า ควรมีการสนับสนุนให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม แต่คู่สมรสต่างเพศที่จดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายควรได้รับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมนั้นก่อนคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายควรมีสสิ

ดีกว่าคู่รักเพศเดียวกัน<sup>352</sup> อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการถกเถียงกันในเรื่องดังกล่าวแต่ประเทศอังกฤษมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้ง ยังมีแนวความคิดที่จะนิยามคำว่า “ครอบครัว” ใหม่ โดยให้หมายความรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

### ก. กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว (Adoption by Individual)

การรับบุตรบุญธรรมสะท้อนให้เห็นถึงธรรมชาติของครอบครัวแบบดั้งเดิมซึ่งจะมีได้ก็แต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้นที่จะสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตาม รูปแบบครอบครัวมีความเปลี่ยนแปลงไปซึ่งครอบครัวมีขนาดที่เล็กลง การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวมีจำนวนมากขึ้นเนื่องจากเป็นโอกาสที่ดีในการเพิ่มผลประโยชน์ในการเลี้ยงดูผู้เยาว์ และในบางกรณีผู้เยาว์ก็มีความต้องการความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวด้วยเช่นกัน การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่อาศัยอยู่ร่วมกับคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายแต่ในบางครั้งสังคมยังคงไม่ให้การยอมรับ แต่เมื่อไม่นานมานี้การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับการยอมรับมากขึ้น เนื่องจากกรณีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้เยาว์ ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร สภาพจิตใจ หรือการปรับตัวเข้ากับสังคม และไม่มีหลักฐานบ่งชี้ว่าเพศวิถีของบิดาหรือมารดาจะเป็นเรื่องตัดสินใจเกี่ยวกับผลประโยชน์สูงสุดที่ผู้เยาว์พึงจะได้รับ<sup>353</sup> ซึ่งความเห็นทางกฎหมายบ่งชี้ว่า การเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลร้ายแก่ผู้เยาว์ และคำตัดสินส่วนใหญ่ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ตามมักจะขึ้นอยู่กับ การทดสอบของนักสังคมสงเคราะห์มากกว่าวิถีทางเพศ เช่น กรณีชายที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่อาศัยอยู่กับชายซึ่งเป็นคู่ชีวิตของตนประสงค์จะรับที่เด็กผู้ชายมีอายุ 3 ปี เป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลได้อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมได้<sup>354</sup> และกรณีที่คำขอรับบุตรบุญธรรมของหญิงที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันถูกมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์คัดค้านการให้ความยินยอมกับหน่วยงานที่พิจารณาให้ผู้เยาว์ไปยังครอบครัวของหญิงที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยมารดาผู้เยาว์เห็นว่าการอาศัยอยู่กับคู่เกย์ที่เป็นชายน่าจะดีกว่า เนื่องจาก มารดาของผู้เยาว์จะได้มีบทบาทเป็นมารดาของผู้เยาว์นั้น กล่าวคือมารดาของผู้เยาว์มีความกังวลเกี่ยวกับบทบาทความเป็นมารดา หากผู้รับบุตรบุญธรรมเป็น

<sup>352</sup> House of Lords debate on Adoption and Children Bill, 16 October 2002, col 874

<sup>353</sup> Judith Stacey and Timothy J. Biblarz, "(How) Does Sexual Orientation of Parents Matter?," *American Sociological Review* 66(April 2001): 176.

<sup>354</sup> AMT (Known as AC)(Petitioner For Authority to Adopt SR) [1997] Fam 225; [1997]

ผู้ชายน่าจะดีต่อบทบาทความเป็นบิดามารดาของผู้เยาว์<sup>355</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ตัดสินอนุญาตให้หญิงที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันนั้นสามารถรับบุตรบุญธรรมได้<sup>356</sup>

สำหรับเงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลเดียวนั้นสามารถกระทำได้ โดยในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตของประเทศอังกฤษ กำหนดเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002 มาตรา 51 ว่า การรับบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียวจะต้องมีอายุ 21 ปี บริบูรณ์ขึ้นไปและยังไม่ได้จดทะเบียนสมรส<sup>357</sup>หรือจดทะเบียนคู่อชีวิต<sup>358</sup> หรือ การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวที่มีอายุ 21 ปีบริบูรณ์และเป็นบุคคลที่จดทะเบียนคู่อชีวิตแล้ว หากศาลเห็นว่า คู่อชีวิตของบุคคลที่ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมเป็นบุคคลสาบสูญ คู่อชีวิตของบุคคลดังกล่าวแยกกันอยู่และยังคงแยกกันอยู่ และเป็นการแยกกันอยู่อย่างถาวร หรือ คู่อชีวิตของบุคคลดังกล่าวมีเหตุผลเกี่ยวกับความเจ็บป่วย ไม่ว่าจะ เป็นทางกายหรือจิตใจ ซึ่งไม่สามารถทำการร้องขอรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายได้<sup>359</sup> สำหรับบุคคลที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์และยังไม่มีสมรสหรือมีคู่อชีวิต และจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ทั้งนี้ มารดาจะให้ความยินยอมในขณะที่ผู้เยาว์อายุยังไม่ครบ 6 สัปดาห์ไม่ได้ และจะต้องผ่านระยะเวลาทดลองเลี้ยงตามระยะเวลาที่กำหนด กล่าวคือ จะต้องไม่น้อยกว่า 10 สัปดาห์ หลังจากนั้น ศาลจะต้องพิจารณาคำร้องขอรับบุตรบุญธรรม หากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรม จะส่งผลให้อำนาจปกครองจะถูก

<sup>355</sup> Re E (Adoption: Freeing Order) [1995] 1 FLR 382.

<sup>356</sup> where the Court of Appeal, albeit reluctantly, approved the placement of a girl with a single lesbian adopter

<sup>357</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 51 Adoption by one person

(1)An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married.”

<sup>358</sup> Civil Partnership Act 2004 “Section 79 (4)

“In section 51 (adoption by one person), in subsection (1), after “is not married” insert “or a civil partner”.”

<sup>359</sup> Civil Partnership Act 2004 “Section 79 (5)

(5) After section 51(3) insert—

“(3A) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is a civil partner if the court is satisfied that—

(a) the person’s civil partner cannot be found,

(b) the civil partners have separated and are living apart, and the separation is likely to be permanent, or

(c) the person’s civil partner is by reason of ill-health, whether physical or mental, incapable of making an application for an adoption order.”

โอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมจะได้รับการปฏิบัติเสมือนกับผู้เยาว์นั้นได้เกิดมาเป็นบุตรของบุตรบุญธรรม<sup>360</sup> และบุตรบุญธรรมนั้นย่อมมีสถานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม<sup>361</sup>

#### ข. กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตเป็นบุตรบุญธรรม (Step – parent adoption)

เนื่องจากครอบครัวบางครอบครัวที่ตัดสินใจจะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแต่ไม่สามารถดำเนินชีวิตคู่ร่วมกันได้อีกต่อไปจึงเป็นเหตุให้เกิดการหย่าร้าง และอาจจะเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญสำหรับการเริ่มครอบครัวใหม่ อย่างไรก็ตาม การเริ่มครอบครัวใหม่อาจจะมีบุตรที่ติดมากับคู่สมรสหรือคู่ชีวิตได้ ซึ่งคู่สมรสหรือคู่ชีวิตคนใหม่มีหน้าที่ที่จะต้องเลี้ยงดูและอุปการะบุตรที่ติดมานั้น แต่ไม่มีสิทธิใดๆเหนือบุตรที่ติดมานั้น จึงเป็นเหตุให้มีการพยายามเรียกร้องสิทธิต่างๆ ซึ่งในอดีตการรับบุตรที่ติดตามไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย ในความหมายทางกฎหมายพ่อแม่เลี้ยงอาจจะไม่ค่อยมีความสำคัญมากนัก อย่างไรก็ตาม ครอบครัวในรูปแบบนี้มีอยู่เป็นจำนวนมากในสังคมที่พ่อแม่เลี้ยงหรือแม่เลี้ยงจะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ติดตามของอีกฝ่าย และในบางกรณีที่ผู้เยาว์มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการรักษาทางการแพทย์อย่างเร่งด่วน แต่หน่วยงานต้องการบุคคลที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ซึ่งอำนาจปกครองเป็นสิ่งสำคัญระหว่างบิดามารดาและบุตร ซึ่งตามค่านิยมของ มาตรา 3 (1) แห่ง Children Act 1989 กำหนดว่า สิทธิทั้งปวง อำนาจหน้าที่ ความรับผิดชอบซึ่งตามกฎหมายเป็นของบิดามารดาที่มีความสัมพันธ์กับบุตรของเขา<sup>362</sup> ซึ่งพ่อแม่บุญธรรมไม่ได้รับอำนาจปกครองโดยอัตโนมัติจากการสมรสหรือการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตกับบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ ตั้งแต่วันที่ 30 ธันวาคม 2005 พ่อแม่บุญธรรมที่ได้สมรสกับบิดาหรือมารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจการปกครองนั้น หรือจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจการ

<sup>360</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 67 Status conferred by adoption

(1) An adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter.”

<sup>361</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 67 Status conferred by adoption

(2) An adopted person is the legitimate child of the adopters or adopter”

<sup>362</sup> Children Act 1989 “Section 3 (1) Meaning of “parental responsibility”

(1) In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.”

ปกครองระหว่างกันตามมาตรา 4A (1) แห่ง Children Act 1989<sup>363</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวรวมถึงการจดบันทึกทางทะเบียนคูชีวิตด้วย<sup>364</sup> หรือจะเลือกใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมก็ได้

โดยผู้ที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป<sup>365</sup> หากผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ได้สมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าผู้รับบุตรบุญธรรมอาศัยอยู่ร่วมกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ราวกับเป็นส่วนหนึ่งชีวิตในความสัมพันธ์ของครอบครัวที่ยั่งยืน ซึ่งหน่วยงานที่มีอำนาจโดยนักสังคมสงเคราะห์จะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับความเหมาะสมของผู้รับบุตรบุญธรรมโดยคำนึงถึงความมั่นคงและถาวรในความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวสามารถกระทำได้สำหรับคูชีวิตที่มีเพศเดียวกันและไม่จำเป็นต้องจดบันทึกทางทะเบียนคูชีวิต<sup>366</sup> หลังจากนั้น ผู้จะขอรับบุตรบุญธรรมจะต้องแจ้งความจำนงที่จะขอรับบุตรบุญธรรมเป็นลายลักษณ์อักษร ณ หน่วยงานท้องถิ่นที่ผู้จะขอรับบุตรบุญธรรมอาศัยอยู่ และหน่วยงานมีหน้าที่จัดทำรายงานความเหมาะสมของผู้จะขอรับบุตรบุญธรรม รวมถึง ข้อมูลเกี่ยวกับผู้เยาว์ ข้อมูลเกี่ยวกับครอบครัวของผู้เยาว์ ความปรารถนาและความรู้สึกของผู้เยาว์และบุคคลที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลของผู้จะขอรับบุตรบุญธรรม (พ่อแม่บุญธรรม) ข้อมูลที่จัดทำโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ผลกระทบจากคำขอรับบุตรบุญธรรมของผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น ซึ่งรายงานดังกล่าวจะรวบรวมโดย

<sup>363</sup> Children Act 1989 “Section 4A Acquisition of parental responsibility by step-parent

(1) Where a child’s parent (“parent A”) who has parental responsibility for the child is married to [F2, or a civil partner of,] a person who is not the child’s parent (“the step-parent”)—

(a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child; or

(b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child.”

<sup>364</sup> Civil Partnership Act 2004 “Section 75 Parental responsibility, children of the family and relatives

(1) Amend the Children Act 1989 (c. 41) (“the 1989 Act”) as follows.

(2) In section 4A(1) (acquisition of parental responsibility by step-parent) after “is married to” insert “ , or a civil partner of, ”

<sup>365</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 51 Adoption by one person

(2) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years if the court is satisfied that the person is the partner of a parent of the person to be adopted.”

<sup>366</sup> Family lives, "Adopting Stepchildren," [Online] Accessed: 27 May 2016. Available from: <http://www.Familylives.org.uk/advice/your-family/stepfamilies/stepfamilies-legal-information/adopting-stepchildren/>

นักสังคมสงเคราะห์ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์ ทั้งนี้ หน่วยงานดังกล่าวจะต้องส่งรายงานที่ได้จัดทำขึ้นต่อศาล และผู้จะขอรับบุตรบุญธรรมจะต้องยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมต่อศาล โดยศาลมีอำนาจพิจารณาถึงความเหมาะสมของผู้จะขอรับบุตรบุญธรรมจากรายงานทั้งหมด พร้อมทั้งทำคำสั่งขอรับบุตรบุญธรรมโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์เป็นสำคัญ

ผลจากการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งจะทำให้ผู้เยาว์เป็นเสมือนบุตรที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของพ่อแม่บุญธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างบุตรในความสัมพันธ์ของพ่อแม่บุญธรรมและคู่ชีวิตของพ่อแม่บุญธรรม<sup>367</sup> และมีการแบ่งอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน<sup>368</sup> ความสัมพันธ์กับครอบครัวโดยกำเนิดของผู้เยาว์ รวมถึง ปู่ย่าตายาย หรือญาติคนอื่นๆ ของผู้เยาว์ด้วย ผู้เยาว์จะสูญเสียสิทธิทุกประการอย่างถาวร และสิทธิในการรับมรดกด้วยซึ่งหมายความว่า พ่อแม่บุญธรรมจะกลายเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ และมีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ ผู้เยาว์มีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลของพ่อแม่บุญธรรม เว้นแต่ศาลไม่ห้ามไว้ นอกจากนี้ ผู้เยาว์ยังมีสิทธิในทรัพย์สินของพ่อแม่บุญธรรมเช่นเดียวกับบุตรที่แท้จริงของพ่อแม่บุญธรรมเอง อย่างไรก็ตาม หากพ่อแม่บุญธรรมหย่าร้างกับบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ พ่อแม่บุญธรรมยังคงเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์<sup>369</sup>

### ค. กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน (Joint adoption)

ในช่วงระยะเวลาที่มีการบังคับใช้ Adoption Act 1976 ยังไม่มีการบัญญัติถึงการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และมีการต่อต้านจากสังคมโดยไม่ต้องการให้คู่รักเพศเดียวกันก่อตั้งครอบครัว โดยสังคมต้องการให้ครอบครัวเป็นการก่อตั้งตาม

<sup>367</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 67 Status conferred by adoption

(1) An adoption person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter

(2) An adopted person is the legitimate child of the adopters or adopter and, if adopted by—

(a) a couple, or

(b) one of a couple under section 51(2), is to be treated as the child of the relationship of the couple in question.

(3) An adopted person—

(a) if adopted by one of a couple under section 51(2), is to be treated in law as not being the child of any person other than the adopter and the other one of the couple, and”

<sup>368</sup> Merton Council, “Step-parent Adoption,” [Online] Accessed: 27 May 2016. Available from: [https://www.merton.gov.uk/step-parent\\_adoption\\_may14.pdf](https://www.merton.gov.uk/step-parent_adoption_may14.pdf)

<sup>369</sup> Family lives, “Adopting stepchildren,” Ibid.

กฎหมายเท่านั้น และกำหนดให้คู่สมรสที่จดทะเบียนอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ จนกระทั่งปี 2002 การสนับสนุนสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันโดยผ่านทางรัฐสภามีจำนวนค่อนข้างน้อยหรือแทบจะไม่มีเลย อย่างไรก็ตาม เรื่องการรับบุตรบุญธรรม นายกรัฐมนตรีได้ประกาศทบทวนกฎหมาย<sup>370</sup> เนื่องจากจำนวนผู้เยาว์ที่อาศัยอยู่ในสถานสงเคราะห์เป็นจำนวนมาก และเพื่อส่งผู้เยาว์ไปยังครอบครัวใหม่จึงมีการตรากฎหมาย Adoption and Children Act 2002 ซึ่งมีเนื้อหาคล้ายกับ Adoption Act 1976 และมีความพยายามจะให้บุคคลสองคนที่อาศัยอยู่ร่วมกันโดยมีลักษณะความสัมพันธ์ที่ถาวรและมั่นคงสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือคู่รักเพศเดียวกันก็ตาม อย่างไรก็ตาม ครอบคลุมของคู่รักเพศเดียวกันกำลังจะนำมาตีความนิยามคำว่า “ครอบครัว” ตามกฎหมายด้วย สำหรับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกำหนดไว้ในมาตรา 79 แห่งกฎหมายคู่อชีวิตของประเทศอังกฤษ โดยภาพรวมกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตจะมีการกำหนดเกี่ยวกับการเพิ่มเติมข้อความใน Adoption and Children Act 2002<sup>371</sup> และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของบุคคลสองคนจะต้องเป็นไปตามนิยามคำว่า Couple (คู่สามีภรรยา, คู่ครอง)<sup>372</sup> ซึ่งตามกฎหมาย Adoption and Children Act 2002 หมายความว่า คู่สมรสหรือบุคคลสองคนไม่ว่าจะต่างเพศหรือเพศเดียวกันก็ตามที่ได้อาศัยอยู่ร่วมกันอย่างคู่สมรสหรือคู่อชีวิตในความสัมพันธ์ครอบครัวที่ถาวรและยั่งยืน นอกจากนี้ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตกำหนดเพิ่มเติมใน Adoption and Children Act 2002 ในมาตรา 144 (4) หมายความว่า รวมถึง บุคคลสองคนที่เป็นคู่อชีวิตด้วย<sup>373</sup> ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจึงรวมถึงการรับบุตรบุญธรรมของคู่อชีวิตของที่ได้จดบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตด้วย และขยายไปถึงบุคคลสองคนที่ไม่ได้สมรสหรือจดบันทึกทะเบียนคู่อชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถาวรและมั่นคง โดยมีเหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ ไม่มีเหตุผลว่าคู่รักที่ทำการสมรสจะดีกว่าคู่รักที่ไม่ได้สมรส ผู้รับบุตรบุญธรรมที่ไม่ได้สมรสอาจมีความสามารถมากกว่าคู่

<sup>370</sup> The white Paper, Adoption: A New Approach, December 2000 Cm 5017 cited in Lucy Yeatman, “Discrimination and the children of gay parents,” [Online] Accessed: 28 May 2016. Available from: <http://gethosted.co/~worldc/wp-content/uploads/2014/08/485-yeatman2005.pdf>

<sup>371</sup> Civil Partnership Act 2004 “Section 79 (1)

(1) Amend the Adoption and Children Act 2002 (c. 38) as follows.”

<sup>372</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 144 General interpretation etc.

(4) In this Act, a couple means—

(a) a married couple, or

(b) two people (whether of different sexes or the same sex) living as partners in an enduring family relationship.”

<sup>373</sup> Civil Partnership Act 2004 “Section 79 (12)

(12) In section 144(4) (meaning of “couple”), after paragraph (a) insert—“(aa) two people who are civil partners of each other, or”.”



สมรสซึ่งปัญหาเรื่องการสมรสนำมาสู่การชะลอรับบุตรบุญธรรมเนื่องด้วยเหตุผลที่คิดว่าคู่รักที่ไม่สมรส ยังไม่มีความพร้อม และบุคคลที่ยังไม่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ซึ่งไม่มีประโยชน์ อันใดที่จะต้องปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และไม่เป็นที่ผลดีกับผู้เยาว์ที่ทำให้ไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเต็มที่

ภายใต้กฎหมาย Adoption and Children Act 2002 การรับบุตรบุญธรรมสามารถกระทำได้โดยการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้โดยดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน มาตรา 50<sup>374</sup> โดยการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันทั้งสองฝ่ายจะต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ทั้งสองฝ่าย หรือ การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของบุตรบุญธรรมและมีอายุ ตั้งแต่ 18 ปีบริบูรณ์ และคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป<sup>375</sup> ซึ่งเป็นเช่นเดียวกัน กับคู่สมรสกล่าวคือ คู่ชีวิตที่จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเท่านั้น เว้นแต่ กรณีที่ศาลเห็นสมควรว่า คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งสาบสูญหรือไม่สามารถค้นพบ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งแยกกัน อยู่และการแยกกันอยู่นั้นมีลักษณะถาวร หรือคู่ชีวิตมีปัญหาทางด้านสุขภาพ ไม่สามารถทำคำร้องขอ รับบุตรบุญธรรมได้<sup>376</sup> นอกจากนั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในส่วนใด ส่วนหนึ่งใน The United Kingdom, Channel Islands, Isle of Man หรือผู้รับบุตรบุญธรรมทั้งสอง ฝ่ายจะต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักรอย่างน้อย 1 ปี ก่อนเริ่มกระบวนการขอรับบุตรบุญธรรม<sup>377</sup> ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่คาดหวังว่าบุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีชีวิตคู่ร่วมกันมา หลายปีก่อนที่จะขอรับบุตรบุญธรรม มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะรับบุตรบุญธรรมโดยที่หน่วยงาน ยอมรับและสามารถตอบสนองความต้องการระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้เยาว์ได้อย่างตรงกัน

<sup>374</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 49 Applications for adoption

(1) An application for an adoption order may be made by—

(a) a couple, or

(b) one person, but only if it is made under section 50 or 51 and one of the following

conditions is met.”

<sup>375</sup> Adoption and Children Act 2002 “Section 50

(1) An adoption order may be made on the application of a couple where both of them have attained the age of 21 years.

(2) An adoption order may be made on the application of a couple where—

(a) one of the couple is the mother or the father of the person to be adopted and has attained the age of 18 years, and

(b) the other has attained the age of 21 years.”

<sup>376</sup> Adoption and Children Act 2002 Section 51 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย Civil Partnership Act 2004 Section 79 (5)

<sup>377</sup> Government United Kingdom, “Child Adoption.”

สำหรับคุณสมบัติของบุตรบุญธรรม ผู้เยาว์จะต้องมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และจะต้องไม่เคยสมรสหรือจดทะเบียนทางทะเบียนคู่วิชามาก่อน และได้รับความยินยอมจากบิดามารดาผู้มีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ ระยะเวลาทดลองเลี้ยงการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายจะต้องอาศัยอยู่ร่วมกันตลอดระยะเวลา 10 สัปดาห์ หลังจากนั้น ศาลจะทำคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมโดยขึ้นอยู่กับรายงานของนักสังคมสงเคราะห์ และการพิจารณาของศาลโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์เป็นสำคัญ หากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมจะมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และส่งผลให้ผู้รับบุตรบุญธรรมทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ รวมถึงสิทธิและหน้าที่ต่างๆ

#### ตารางที่ 5 ตารางเปรียบเทียบการรับบุตรบุญธรรมในประเทศอังกฤษ

กฎหมาย ประเด็นปัญหา	การสมรส (marriage)		การบันทึทางทะเบียน (Civil Partnership Act 2004)		การใช้ชีวิตร่วมกัน (Informal cohabitation)	
	ต่างประเทศ	เพศ เดียวกัน	ต่างประเทศ	เพศ เดียวกัน	ต่างประเทศ	เพศ เดียวกัน
การรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	ไม่ได้	ไม่ได้	ไม่อนุญาต ให้จดทะเบียน ทางทะเบียน	ได้ <sup>378</sup>	ได้	ได้
การรับบุตรที่ติดตาม ของอีกฝ่ายเป็น บุตรบุญธรรม	ได้	ได้	ไม่อนุญาต ให้จดทะเบียน ทางทะเบียน	ได้ <sup>379</sup>	ได้	ได้
การรับบุตรบุญธรรม ร่วมกัน	ได้	ได้	ไม่อนุญาต ให้จดทะเบียน ทางทะเบียน	ได้ <sup>380</sup>	ได้	ได้

<sup>378</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 79(4) และ (5) แก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002 Section 51(1)

<sup>379</sup> Adoption and Children Act Section 51(2)

<sup>380</sup> Civil Partnership Act 2004 Section 79(12) แก้ไขเพิ่มเติม กฎหมาย Adoption and Children Act 2002 Section 144(4) ประกอบกับ Section 50

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

#### ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และ กฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และกฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นแนวทางในการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์แนวทางแก้ปัญหาร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับให้มีความชัดเจน ทั้งนี้โดยคำนึงถึงสภาพสังคมไทยให้มากที่สุด

#### 5.1 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เป็นกฎหมายที่มีจุดประสงค์ให้เกิดความเท่าเทียมกันในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามระดับของการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และการยอมรับของสังคม ไม่ว่าจะเป็นการรับรองในรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกัน ในลักษณะกฎหมายคู่ชีวิต (Civil Partnership) หรือการสมรส (Same - Sex Marriage) ดังนั้น หากประเทศไทยมีความประสงค์จะพัฒนาและผลักดันให้มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วจะต้องมีการกำหนดแนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากที่สุดสำหรับการเริ่มต้นความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าว โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงแนวความคิด แนวทางการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เป็นต้น ตามที่ได้ศึกษาไว้ในบทก่อนหน้า ซึ่งการกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีผลต่อการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมด้วย

### 5.1.1 แนวความคิดในการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

การสมรสถือได้ว่าเป็นจุดศูนย์กลางของครอบครัวเพื่อผลิตสมาชิกให้แก่สังคม ด้วยเหตุนี้เองการสืบพันธุ์จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญประการแรกของการสมรสมาโดยตลอด อย่างไรก็ตาม เมื่อความเป็นอยู่ของสังคมเปลี่ยนไปการสร้างครอบครัวยังคงมีความจำเป็นหรือไม่ที่จะจำกัดเฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น และเป้าหมายของการอยู่กินฉันสามีภรรยาอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการบุตรเสมอไป แต่เป็นความสัมพันธ์ของบุคคลสองคนที่มีความต้องการดูแล ร่วมทุกข์ร่วมสุข เอื้ออาทรซึ่งกันและกัน ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้รักเพศชายกับเพศชาย หรือ คู่รักเพศหญิงหรือเพศหญิงย่อมมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้<sup>381</sup> จึงนำไปสู่การผลักดันให้มีการออกกฎหมายเพื่อรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นอย่างง่ายดายตายนัก เนื่องจากกระทบต่อสังคมในหลายประการ และจากการศึกษาพบว่าแนวความคิดในการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

ก. เหตุผลในการสนับสนุนแนวความคิดให้มีการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

มนุษย์ทุกคนเกิดมาไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามย่อมมีความรักและสามารถแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักให้แก่บุคคลที่ตนรักได้อย่างเปิดเผย และสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักนี้เองเป็นสิทธิที่ธรรมชาติได้มอบให้แก่มนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมโดยพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติ<sup>382</sup> แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิโดยธรรมชาติ แต่นานาประเทศได้รับรองความรักในลักษณะดังกล่าวเฉพาะรูปแบบของพฤติกรรมความรักของคู่รักต่างเพศเท่านั้น และด้วยความที่มนุษย์มีความเชื่อเรื่องเพศที่ต่างกันสามารถสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนเองจึงมีการรับรองสิทธิในการสมรส และสิทธิในการสร้างครอบครัวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948<sup>383</sup> เนื่องจาก สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงจะมี และจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า แม้ว่าในการรับรองสิทธิในการสมรส และการสร้างครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะไม่ได้รับรองตาม

<sup>381</sup> ไพบุญจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศไทย," วารสารนิติศาสตร์ 500.

<sup>382</sup> ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์, "กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 33, 2 (กันยายน 2558): 161.

<sup>383</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 16 (1) และข้อ 23

กฎหมายของประเทศภาคีก็ไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม ซึ่งจะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวได้แต่เฉพาะการบัญญัติกฎหมายลงโทษกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของความผิดฐานรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม สิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักอันเป็นสิทธิธรรมชาติ แม้ว่าจะไม่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่มนุษย์ทุกคนสามารถแสดงออกซึ่งความรักของตนได้

นอกจากนี้ ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ควรได้รับการเลือกปฏิบัติซึ่งการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นเหตุหนึ่งในการนำไปสู่ความไม่เสมอภาค หากเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความแตกต่างบนพื้นฐานของถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ เพศ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ความเชื่อทางศาสนา หรือลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน หรือเป็นการปฏิบัติเหมือนกันในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญต่างกัน และมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีเพศหญิงเพศชาย หรือกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันย่อมมีอิสระในการเลือกทางเดินชีวิตของตนเองไม่ว่าจะมีความต้องการเป็นอย่างไร หรืออยากจะใช้ชีวิตร่วมกับใคร ก็ย่อมต้องสามารถกระทำได้โดยไม่ถูกดูหมิ่น รังเกียจ หรือถูกปฏิเสธการดูแลจากรัฐ ตลอดจนการเข้าถึงสวัสดิการที่รัฐมอบให้แก่พลเมืองของตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงอันไม่เป็นธรรม เพราะมนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในตัวเอง หรือที่เรียกว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้น การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันหาได้มีผลกระทบต่อการสมรสของคู่รักต่างเพศไม่ และความรู้สึกรักใคร่ ความผูกพันของบุคคลทั้งสองคนไม่ได้มีความแตกต่างไปจากครอบครัวของคู่รักต่างเพศ ดังนั้น รัฐควรที่จะตระหนักถึงการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและเปิดโอกาสให้แก่กลุ่มคนดังกล่าวเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศซึ่งก่อให้เกิดสถานะของความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและสังคมต่อไป

ข. เหตุผลในการไม่สนับสนุนแนวความคิดให้มีการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศเดียวกันไม่ได้มีแต่เพียงฝ่ายที่ให้การสนับสนุนอย่างเดียวนั้นยังมีกลุ่มที่มีความเห็นต่อต้านหรือไม่เห็นด้วยเช่นกัน โดยเหตุผลของการไม่ยอมรับนั้นส่วนใหญ่แล้วมักจะเกิดจากความเชื่อที่ว่า ครอบครัวเป็นสถาบันบนพื้นฐานที่มาจากประเพณีอันยาวนานโดยมีศาสนารองรับ ดังเช่น การสมรสจะต้องมีการทำพิธีในโบสถ์โดยที่ตัวแทนของพระเจ้าเป็นพยานให้กับชายหญิงที่ตัดสินใจจะก่อตั้งครอบครัวและสืบทอดเผ่าพันธุ์ต่อไป และการสมรสไม่ได้หยุดอยู่แต่เพียงแค่อุปนิสัยของบุคคลสองคนเท่านั้นแต่เป็นความสัมพันธ์ที่ยังรากลึกในความเป็นธรรมชาติของมนุษย์ภายใต้กฎหมายของธรรมชาติ แต่ยักรวมไปถึงบทบาทและหน้าที่ที่สำคัญมากกว่าการเป็นสามีและภรรยา นั่นคือ สามีภรรยาเมื่อมีบุตรแล้วยังจะต้องมีสถานะของความ

เป็นบิดาสำหรับฝ่ายชายที่เป็นสามี และมารดาสำหรับฝ่ายหญิงที่เป็นภรรยา การที่จะมีฝ่ายชายสองฝ่ายหรือฝ่ายหญิงสองฝ่ายเพื่อกลายเป็นบิดาหรือมารดาจึงเป็นเรื่องที่ผิดปกติของครอบครัว และประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ย่อมมีความสำคัญมากกว่าสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันซึ่งครอบครัวของผู้เยาว์ควรประกอบไปด้วยบิดาและมารดาที่มีเพศต่างกัน และการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนดังกล่าวเป็นการเพิกเฉยประโยชน์สูงสุดที่ผู้เยาว์พึงจะได้รับ

นอกจากนี้ การที่รัฐมอบสิทธิประโยชน์มากมายให้แก่สมรสของคู่รักต่างเพศเพื่อเป็นการสร้างเสถียรภาพของครอบครัว การให้การศึกษาแก่บุตรผู้เยาว์ และความรักของบิดามารดาตัวเองจะช่วยให้ประเทศมีความมั่นคงและเสริมสร้างความเข้มแข็งของสังคม เนื่องจากทุกสิ่งย่อมเกิดจากสถาบันอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์นั่นคือ สถาบันครอบครัว หากปล่อยให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นการลดค่านิยมทางศีลธรรมขั้นพื้นฐาน ลดค่าการสมรสแบบดั้งเดิม ลดค่าของศีลธรรม และเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันที่ศักดิ์สิทธิ์ที่ส่งเสริมการอยู่ร่วมกันที่ดีของสังคม

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะเห็นได้ว่า แนวความคิดทั้งสองมีเหตุผลและมุมมองที่แตกต่างกันตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 โดยแนวที่สนับสนุนยึดหลักของความเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคน ส่วนแนวความคิดที่ไม่สนับสนุนยึดหลักศีลธรรมและกฎธรรมชาติเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า การสร้างครอบครัวไม่ได้จำกัดเพียงแต่บุคคลสองคนที่มีเพศต่างกันเท่านั้น ความรักของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็ได้แตกต่างไปจากคู่รักต่างเพศ และการที่พวกเขามีความรักต่อกันและประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น เหตุใดรัฐจึงไม่สนับสนุนให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ดังนั้น ในฐานะที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นพลเมืองของรัฐเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ รัฐควรเข้ามาดูแลและรับรองความสัมพันธ์ดังกล่าว เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่ประชาชนทุกคน และไม่เพิกเฉยหรือละเลยเพียงเพราะการที่พวกเขามีรสนิยมที่แตกต่างออกไป ในประการต่อไป หากรัฐมีความประสงค์จะรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนดังกล่าวแล้ว รัฐจะต้องออกกฎหมายในลักษณะใดเพื่อให้เหมาะสมกับสังคมไทยมากที่สุด โดยผู้เขียนจะนำเสนอในหัวข้อถัดไป

### 5.1.2 แนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” เป็นเหตุให้การสมรสจะต้องประกอบด้วยเพศชายหนึ่งคนและเพศหญิงหนึ่งคน ด้วยข้อจำกัดของกฎหมายทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้รับการรับรอง และไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิจากรัฐ จึงส่งผลให้ประเทศไทยมีความเคลื่อนไหวและเรียกร้องสิทธิดังกล่าว โดยร่างกฎหมายในลักษณะเป็นการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่อชีวิต พ.ศ. ....<sup>384</sup> และร่างพระราชบัญญัติคู่อชีวิต พ.ศ. ....<sup>385</sup>” ซึ่งหลักการและเหตุผลของทั้งสองฉบับมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนไม่จำกัดว่าบุคคลเหล่านั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นใด ซึ่งกฎหมายควรให้ความเท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติแก่ประชาชนทุกคน แต่ปัจจุบันไม่มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เช่นเดียวกับคู่สมรส ทำให้กลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมีพึงได้ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ กำหนดรายละเอียดไว้แตกต่างกัน อีกทั้งยังไม่อาจสรุปได้ว่าลักษณะของการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะเป็นในลักษณะใด

อย่างไรก็ตาม กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ ซึ่งแนวทางในการออกกฎหมายสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ คือ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิต (Civil Partnership, Civil Union, Domestic Partnership, Act on Registered Life Partnerships) และการสมรสของเพศเดียวกัน (Same - Sex Marriage) โดยมีความแตกต่างกันคือ การสมรสเป็นสถาบันทางสังคมและวัฒนธรรมที่เข้าใจกันว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความรักของบุคคลสองคนที่มีความมุ่งมั่นว่าจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อได้สมรสแล้วจะได้รับสิทธิและผลประโยชน์ต่างๆ ตามที่กฎหมายแต่ละประเทศคุ้มครองและรับรองนั้นตามอัตโนมัติ เช่น สิทธิในการเยี่ยมคู่สมรสที่ป่วยในโรงพยาบาล สิทธิในการให้ยินยอมใน

<sup>384</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่อชีวิต พ.ศ. .... ของกรมการปกครอง การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร ปัจจุบันมีการปรับปรุงร่างดังกล่าวจากเดิม 15 มาตรา เป็น 63 มาตรา ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปแต่เป็นการอธิบายให้มีความชัดเจนขึ้นเท่านั้น

<sup>385</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่อชีวิต พ.ศ. .... ของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศ ในคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ร่วมกับมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ และองค์กรเครือข่าย

การรักษาทางการแพทย์ สิทธิในการตัดสินใจแทนคู่สมรสที่ไร้ความสามารถ เป็นต้น<sup>386</sup> อีกทั้ง การสมรสสามารถดำเนินพิธีการสมรสผ่านการประกอบพิธีทางศาสนาได้ ในขณะที่กฎหมายบันทึกทางทะเบียนเป็นกฎหมายที่แยกต่างหากจากการสมรส ซึ่งจะให้สิทธิประโยชน์และความรับผิดชอบไว้ใกล้เคียงกับการสมรสแต่จะไม่เหมือนกัน ในบางประเทศจะไม่อนุญาตให้คู่รักต่างเพศดำเนินการจดทะเบียนคู่ชีวิต ไม่สามารถดำเนินพิธีการทางศาสนาได้ และจำกัดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมและการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น แม้สิทธิประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้กับคู่ชีวิตจะมีความแตกต่างไปบางประการ แต่ทั้งหมดขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศหรือแต่ละมลรัฐในการกำหนดให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ประเทศไทยได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ขึ้นเป็นฉบับแรกโดยมีวัตถุประสงค์ต้องการให้มีการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต<sup>387</sup> เหตุที่มีการจัดทำในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเนื่องจากเป็นเรื่องใหม่สำหรับสังคมไทย และประสงค์ให้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตเท่านั้น โดยสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ซึ่งเงื่อนไขของการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดให้คู่ชีวิตจะต้องมีเพศเดียวกัน และมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป<sup>388</sup> ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเงื่อนไขของการสมรสได้เมื่อมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป ดังนั้น บุคคลใดที่จดทะเบียนคู่ชีวิตไม่มีความจำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมอีกต่อไป การเพิ่มเติมเหตุจัดฟันเพื่อนไม่สมประกอบและเหตุเสมือนไร้ความสามารถเข้ามาเป็นเงื่อนไขข้อห้ามในการจดทะเบียนคู่ชีวิต<sup>389</sup> ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงบุคคลวิกลจริต หรือไร้ความสามารถเท่านั้น นอกจากนี้ มีการนำเอาเงื่อนไขการสมรสที่เป็นโมฆะและโมฆียะเข้าด้วยกันซึ่งผู้ร่างได้กลับไปใช้

<sup>386</sup> National Center for Lesbian Rights, "Marriage, Domestic Partnerships, and Civil Union: Same – Sex Couple within the United States," [Online] Accessed: 15 June 2016. Available from: [http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Relationship\\_Recognition.pdf](http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Relationship_Recognition.pdf)

<sup>387</sup> คณะอนุกรรมการ คณะที่สอง ในคณะกรรมการกฎหมาย การยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...., ครั้งที่ 50,” 7 กุมภาพันธ์ 2556 และ สัมภาษณ์ เกิดโชค เกษมวงศ์จิตร, ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการระงับข้อพิพาท กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 21 ตุลาคม 2557.

<sup>388</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 5

<sup>389</sup> ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 7(1)



หลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปี พ.ศ. 2478<sup>390</sup> และหากมีการฝ่าฝืนสามารถเพิกถอนได้ตามมาตรา 12 สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต และความสัมพันธ์ด้านทรัพย์สินได้นำเอาบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาบังคับใช้โดยอนุโลม รวมถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆ สิทธิในทางมรดกก็นำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีการกำหนดสิทธิในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรม และการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้โดยเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นการคุ้มครองสิทธิและให้ประโยชน์แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และมีการกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิตให้มีการเข้าถึงได้ยากกว่าการสมรสของคู่รักต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งไม่มีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรม การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตรไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดรูปแบบให้มีลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ค่อนข้างมีความชัดเจนว่า เป็นกฎหมายทางเลือกสำหรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ได้รับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และคุ้มครองสิทธิบางประการเท่านั้น แม้ว่ารายละเอียดของบัญญัติเนื้อความของกฎหมายยังมีความบกพร่องบางประการ ไม่ว่าจะเป็นการนำเอาเงื่อนไขเรื่องความเป็นโมฆะและโมฆียะไว้ด้วยกัน หรือการนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลมมากจนเกินไปซึ่งในบางเรื่องไม่สามารถนำมาใช้บังคับร่วมกันได้ เช่น เรื่องเหตุหย่าในบางกรณี อย่างไรก็ตาม กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้ยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ขึ้นมาใหม่โดยได้มีการปรับปรุงร่างเดิมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น<sup>391</sup> และด้วยเหตุของ

<sup>390</sup> ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 จนถึงปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ได้แยกความเป็นโมฆะและโมฆียะออกจากกัน โดยกำหนดให้ความเป็นโมฆะของการสมรสไว้ในหมวด 5 และกำหนดความเป็นโมฆียะของการสมรสรวมถึงการหย่าไว้ในหมวด 6

<sup>391</sup> คณะทำงานทบทวนร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้พิจารณาทบทวนร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยร่างปัจจุบันได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคู่ชีวิตไว้เช่นเดียวกับร่างเดิมซึ่งมี 15 มาตรา เป็น 63 มาตรา ให้มีความสมบูรณ์ขึ้น โดยมีการปรับถ้อยคำในเรื่องของเกณฑ์อายุในการจดทะเบียนคู่ชีวิตจากเดิมที่กำหนดไว้ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป เป็นบุคคลสองคนจะต้องมีเพศเดียวกันและจะต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น แก้อิเหนียงของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยตัดเหตุจุดพินเพื่อนไม่สมประกอบและเหตุเสมือนไร้ความสามารถออก และมีการกำหนดเพิ่มเติมเรื่องข้อห้ามของการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมซึ่งหากฝ่าฝืนจะเป็นโมฆะ ตามมาตรา 8 ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตฉบับใหม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หากมีการฝ่าฝืนจะไม่ทำให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะ แต่จะส่งผลให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นอันยกเลิก ตามมาตรา 1598/32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติที่มีการปรับปรุงนี้ยังคงไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตรไว้โดยเฉพาะเช่นเดิม

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้คุ้มครองสิทธิประโยชน์แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้เช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้ทุกประการจึงทำให้มีการเรียกร้องจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันบางส่วนให้ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศโดยได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติขึ้นมาอีกฉบับหนึ่ง คือ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เป็นกฎหมายทางเลือกให้แก่บุคคลสองคนที่มีความประสงค์จะจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม จากการสัมภาษณ์คณะทำงานร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวพบว่า ต้องการให้เป็นกฎหมายในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต<sup>392</sup> และไม่ต้องทำให้มีความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้นเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติค่อนข้างให้สิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ และในบางกรณีมีสิทธิประโยชน์มากกว่าคู่สมรสต่างเพศด้วย ซึ่งสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มีการให้สิทธิแก่บุคคลใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศในการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิต เนื่องจากต้องการให้ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง เกณฑ์อายุและเงื่อนไขอื่นๆ ความสัมพันธ์ และการจัดการทรัพย์สินระหว่างกัน เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การสิ้นสุดความสัมพันธ์สามารถกระทำได้โดยการตาย การหย่าโดยใจสมัครทั้งสองฝ่าย หรือศาลพิพากษาเพิกถอน ในส่วนของการบัญญัติเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การหย่าโดยทั่วไปตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องมีเหตุแห่งการฟ้องหย่า (Fault Base) แต่ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการยอมรับหลักการยุติความสัมพันธ์โดยไม่มีความผิด (No-Fault Base) นอกจากนี้ มีการกำหนดให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว หรือการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน อีกทั้งได้เพิ่มเติมการรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้ทั้งคู่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรมร่วมกัน และให้ถือว่าคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถได้รับสิทธิตามที่กฎหมายอื่นได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่สมรสต่างเพศไว้<sup>393</sup>

<sup>392</sup> คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศในคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ร่วมกับมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ และองค์กรเครือข่าย, “การรับฟังความเห็นภาคประชาชน เรื่องแนวทางการจัดทำร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... (ฉบับประชาชน)” 16 มกราคม 2557 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) และ สัมภาษณ์ อารีวรรณ จตุทอง, กรรมการ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอภาคระหว่างเพศ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2 มิถุนายน 2558.

<sup>393</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย *Sexual Diversity in The Legal System* (มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ ร่วมกับมูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร,2556), หน้า 103-104

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีจุดประสงค์ให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... แล้วพบว่า อนุญาตให้บุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามสามารถจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตได้ และมีการให้สิทธิประโยชน์มากกว่า หรือเทียบเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ จึงทำให้มีความสับสนว่าสรุปแล้วร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ฉบับนี้ มีความต้องการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต หรือเป็นกฎหมายสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้คู่รักต่างเพศที่มีความประสงค์จะเป็นคู่ชีวิตสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ จึงยังทำให้เกิดการทับซ้อนของการใช้กฎหมาย และไม่มีความชัดเจนว่า หากคู่รักต่างเพศจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... หรือจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีความแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยพิจารณาแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศมีความเข้มข้นของการคุ้มครองหรือการให้สิทธิประโยชน์ไว้แตกต่างกัน เมื่อศึกษาและพิจารณาคุณลักษณะเด่นของแต่ละประเทศแล้วจึงนำเสนอรูปแบบของกฎหมายที่มีการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ที่มีเข้มข้นน้อยที่สุดไปยังเข้มข้นมากที่สุดดังนี้

ก. การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันที่มีความเข้มข้นน้อยที่สุดซึ่งปรากฏในรูปแบบของ Domestic Partnership ซึ่งเป็นการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลสองคนที่อาศัยอยู่ร่วมกันและแบ่งปันการใช้ชีวิตร่วมกัน โดยคุ้มครองสิทธิประโยชน์และความรับผิดชอบของคู่ครองที่ไม่ได้สมรส ซึ่งในบางมลรัฐรับรองเฉพาะคู่ครองที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น หรือในบางมลรัฐอาจจะให้สิทธิในรูปแบบนี้กับบุคคลสองฝ่ายที่ไม่จำกัดว่าจะมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันหรือเพศวิถีแบบรักต่างเพศก็ตาม นอกจากนี้ ในบางเมืองหรือบางเทศมณฑลก็มีการกำหนดให้สิทธิประโยชน์ไว้อย่างจำกัดในลักษณะเดียวกันนี้เช่นกัน การกำหนดรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันในรูปแบบดังกล่าวเป็นแนวทางในการรับรองสิทธิแก่ประเทศฝรั่งเศส (Concubinage) ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเมน (Maine), มลรัฐแมริแลนด์ (Maryland), มลรัฐนิวยอร์ก (New York) มลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin)) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐ บางเทศมณฑล หรือบางเมือง นั้นยังคงมีการกำหนดเงื่อนไขหรือสิทธิต่างๆ ไว้แตกต่างกัน โดยส่วนมากบุคคลที่จะสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตในลักษณะนี้จะต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว สิทธิประโยชน์ที่ทั้งสองฝ่ายจะได้รับจะเป็นไปตามที่กฎหมายของแต่ละพื้นที่นั้นๆ กำหนด ได้แก่ สิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่ชีวิต สิทธิในการให้ความยินยอมคู่ชีวิตที่จะต้องเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ สิทธิในการจัดการศพ สิทธิในการแจ้งเหตุของบุคคลใน

ครอบครัว สิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่อชีวิตหรือบุคคลในครอบครัวในสถานที่กักขัง สิทธิในการแต่งตั้งตนเอง เป็นผู้อุปการของคู่อชีวิตที่ไร้ความสามารถ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นต้น รวมถึงการ สิ้นสุดความสัมพันธ์ของคู่อชีวิตจะมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละพื้นที่ที่ได้กำหนดไว้

การจดทะเบียนทางทะเบียนในรูปแบบนี้ ประเทศที่นำมาเป็นแนวทางในการ กำหนดและรับรองคุ้มครองและผู้เขียนได้นำมาศึกษาคือ มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่ง กฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการรับรองทั้งมลรัฐฟลอริดา แต่มีเพียง 9 เทศมณฑล<sup>394</sup> นอกจากนั้น การรับรอง การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะดังกล่าวจะรับรองแต่เฉพาะเทศมณฑลที่ได้ทำการจดทะเบียนทาง ทะเบียนเท่านั้น เว้นแต่ Palm Beach County และ Volusia County ที่รับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ในลักษณะเดียวกันนี้ไม่ว่าจะเป็นไปตามกฎหมายใดก็ตาม ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามลรัฐฟลอริดาไม่ได้ให้ สิทธิอย่างเสมอภาคอย่างคู่สมรสในบางประการ และสิทธิประโยชน์ต่างๆ มิได้รับจากรัฐบาลกลางหรือ กฎหมายของมลรัฐแต่อย่างใด

ข. การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันที่มีความเข้มข้นมากกว่ารูปแบบของ Domestic Partnership แต่เข้มข้นน้อยกว่า Marriage คือ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตซึ่งกฎหมายใน ลักษณะดังกล่าวมีชื่อเรียกหลายชื่อด้วยกัน เช่น Civil Partnership, Civil Union, Registered partnerships หรือ Civil Solidarity Pacts เป็นต้น กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตเป็นกฎหมาย ที่แยกออกมาจากกฎหมายว่าด้วยการสมรส ซึ่งในบางประเทศหรือบางมลรัฐในประเทศอเมริกา รัฐบาลคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่บุคคลที่จดทะเบียนไว้เกือบเท่าเทียมหรือใกล้เคียงกับ สิทธิประโยชน์ของคู่สมรสขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศอเมริกาสิทธิ ประโยชน์บางประการที่คู่สมรสได้รับนั้นไม่ได้คุ้มครองถึงความสัมพันธ์ในระดับคู่อชีวิตด้วย จากที่ได้ กล่าวมาข้างต้นถือได้ว่า เป็นจุดเริ่มต้นหนึ่งที่มีการต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถี แบบรักเพศเดียวกันแม้ว่าจะมีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญระหว่างกฎหมายบันทึกทางทะเบียน คู่อชีวิตและการสมรส

จากที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4 แล้วนั้น การคุ้มครองสิทธิ ประโยชน์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนในแต่ละ ประเทศมีความแตกต่างกัน โดยพิจารณาตามลำดับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์จากน้อยไปมากได้ ดังนี้

<sup>394</sup> Monroe County (1998), Broward County (1999), Palm Beach County(2006), Miami – Dade County(2008), Orange County(2012), Pinellas County(2012), Volusia County(2012), Leon County(2013) and Sarasota County(2013)

(1) การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (Le Pacte Civil de Solidarité : PACS) อันเป็นแนวทางของประเทศฝรั่งเศส มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่บุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศมาจดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตมีส่วนคล้ายกับสามีภรรยา กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายจะต้องอยู่กินและอุปการะเลี้ยงดู มีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ ให้เกียรติซึ่งกันและกัน ในเรื่องความสัมพันธ์ระบบทรัพย์สินมีกฎหมายออกมาแก้ไขให้เป็นระบบแยกทรัพย์สิน ซึ่งหากฝ่ายใดได้ทรัพย์สินมาไม่ว่าจะทางใด ทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของฝ่ายนั้น เว้นแต่จะมีการทำข้อตกลงไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิประการอื่นๆ คล้ายกับสิทธิของสามีภรรยา โดยมีสิทธิยื่นภาษีร่วมกัน และได้รับเงินคืนโดยไม่ต้องรอ 3 ปี มีสิทธิขอให้นายจ้างเปลี่ยนสถานที่ให้มาอยู่กับที่ทำงานของคู่ชีวิตอีกฝ่าย มีสิทธิกองทุนประกันสังคม และมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีบุคคลภายนอกกระทำละเมิด ทั้งนี้ ยังมีสิทธิขอเป็นผู้จัดการปลงศพคู่ชีวิตอีกฝ่าย และได้รับเงินช่วยเหลือที่ให้กับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหลังเกษียณ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คู่ชีวิตไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม และไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับญาติพี่น้องของอีกฝ่ายหนึ่ง และไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และหากเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกันจะไม่มีสิทธิใช้อำนาจปกครองร่วมกัน ทั้งไม่มีสิทธิอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่หากเป็นคู่ชีวิตต่างเพศมีสิทธิทั้งสองประการ การสิ้นสุดความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตด้วยเหตุ 4 ประการ คือ ความตาย การสมรส การตกลงยินยอมของทั้งสองฝ่าย และการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว การสิ้นสุดไม่ว่าด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล หากเป็นกรณีการแสดงเจตนาเลิกของอีกฝ่ายเพียงฝ่ายใดเดียวสามารถเลิกกันได้โดยง่าย มีลักษณะไม่มีความมั่นคงแน่นอน และไม่ต้องแจ้งเหตุแห่งการบอกเลิกนั้น ซึ่งความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตมีความเปราะบางมากกว่าคู่สามีภรรยา ซึ่งแม้แต่เป็นการหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ศาลก็ยังคงเข้ามามีบทบาทในการไกล่เกลี่ยก่อนจะอนุญาตให้มีการหย่าขาดจากกัน

(2) กฎหมาย Act on Registered Life Partnerships อันเป็นแนวทางของประเทศเยอรมนี โดยออกกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้นที่จะมีสิทธิจดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต สำหรับสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตเกือบเทียบเท่ากับคู่สมรส ซึ่งทั้งสองฝ่ายจะต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู มีสิทธิได้รับประโยชน์ในทางสวัสดิการสังคม มีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะทายาทโดยธรรมเช่นเดียวกับคู่สมรส และยังกำหนดให้ครอบครัวของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันถือเป็นสมาชิกครอบครัวของคู่ชีวิตอีกฝ่ายด้วย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีมีบทบาทสำคัญเช่นกัน ซึ่งศาลได้ให้สิทธิคู่ชีวิตในการได้รับเงินบำนาญ ได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีมรดก ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับคู่สมรสในกรณีที่เกี่ยวข้องกับภาษีการโอนที่ดิน อีกทั้ง ยังมีสิทธิในการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ สำหรับการสิ้นสุดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตมีลักษณะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศ และการสิ้นสุดนั้นจะต้องดำเนินการโดยศาลมีคำสั่งให้สิ้นสุดการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งมีเพียงบางเรื่องเท่านั้นที่กำหนดไว้

แตกต่างกัน เช่น สิทธิเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต<sup>395</sup> และสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์<sup>396</sup>

(3) Civil Partnership Act 2004 อันเป็นแนวทางของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น การรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันเท่าเทียมกับสิทธิกับคู่รักต่างเพศหลายประการ อย่างไรก็ตาม ในสายตาของกฎหมายแล้ว คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ใช่คู่สมรสตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส 1949 (Marriage Act 1949) และสิทธิบางประการของคู่ชีวิตกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครอง เช่น สิทธิทางการเงินอันเกี่ยวกับเงินบำนาญของคู่ชีวิตที่จะได้รับจะได้รับน้อยกว่าคู่สมรสต่างเพศ ไม่มีสิทธิในการทำพิธีกรรมทางศาสนาโดยคู่ชีวิตจะดำเนินการได้เพียงแค่การจดบันทึกทางทะเบียนได้เท่านั้น เหตุแห่งการหย่าโดยอาศัยเหตุซึ่งไม่สามารถอ้างได้ เนื่องจากเหตุกระทำผิดเป็นเหตุที่เกิดขึ้นได้แต่เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตตามแนวทางของประเทศอังกฤษได้คุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรส ซึ่งมีเพียงบางประการที่เกี่ยวข้องกับศาสนาและข้อจำกัดเกี่ยวกับความเป็นเพศชายและเพศหญิงโดยเฉพาะเท่านั้น

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นแม้ว่าแต่ละประเทศจะกำหนดสิทธิประโยชน์ไว้แตกต่างกัน โดยคุ้มครองไว้น้อยหรือมากก็ตามแต่ทั้งหมดแล้วสิทธิประโยชน์จะไม่เทียบเท่ากับหรือเสมอเหมือนกับการสมรส ซึ่งกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นเพื่อพัฒนาและนำไปสู่การสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่อไป

ค. การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันที่มีความเข้มข้นมากที่สุดซึ่งปรากฏในรูปแบบของ Same-sex Marriage หรือการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าในทางกฎหมายหรือทางศาสนา ซึ่งเป็นการรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลสองคนที่มีความรักให้แก่ทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่รัฐคุ้มครองจะได้รับมาโดยอัตโนมัติหลังจากที่ได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสของคู่รักต่างเพศ การกำหนดรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบดังกล่าวเป็นแนวทางในการรับรองสิทธิแก่ประเทศเนเธอร์แลนด์ (Netherlands) ประเทศอาร์เจนตินา (Argentina) ประเทศเบลเยียม (Belgium) ประเทศบราซิล (Brasil) ประเทศแคนาดา

<sup>395</sup> Legal Recognition of Same – Sex Couples in Europe, ed. Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (Oxford: Intersentia, 2003), p. 91.

<sup>396</sup> Shadow Report on Germany, "Human Rights Committee 106th Session 15 October to 2 November 2012," [Online] Accessed: 21 June 2016. Available from: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/PDF-Dateien/Pakte\\_Konventionen/ICCPR/icpr\\_state\\_report\\_germany\\_6\\_2010\\_parallel\\_lsvid\\_en.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICCPR/icpr_state_report_germany_6_2010_parallel_lsvid_en.pdf)

(Canada) เป็นต้น สำหรับประเทศอเมริกาหลังจากที่มีคำพิพากษา Obergefell v. Hodges ส่งผลให้ทุกมลรัฐในประเทศอเมริการับรองการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

กรณีของประเทศไทย การร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เพื่อให้ความเท่าเทียมแก่ประชาชนทุกคนไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีวิถีทางเพศเป็นเช่นไรพึงต้องได้รับการปฏิบัติเสมอกันหมด และแม้จะมีฝ่ายที่ต่อต้านอย่างกลุ่มศาสนาหรือกลุ่มที่มีความเชื่อในเรื่องประเพณีวัฒนธรรมอันเก่าแก่ซึ่งเรื่องศาสนจักรและอาณาจักรควรแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด แม้การที่ประเทศไทยได้มีความเคลื่อนไหวและมีการตระหนักถึงการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันถือว่าเป็นการเคลื่อนไหวที่ดี หากแต่การที่ประเทศไทยมีการร่างพระราชบัญญัติในทำนองเดียวกันเป็นจำนวน 2 ฉบับ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและไม่เป็นเอกภาพในการจัดทำร่างกฎหมายดังกล่าว ด้วยความเคารพผู้ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับมีความประสงค์ที่จะให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐ แต่ผู้เขียนเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ยังมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ และควรมีการกำหนดกรอบแนวทางการออกกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ชัดเจน

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการวางกรอบที่ชัดเจนว่ามีความประสงค์จะรับรองความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตในเบื้องต้นก่อน โดยที่ไม่ก้าวล่วงในสิทธิบางประการที่มีความละเอียดอ่อนต่อสังคม เช่น เรื่องการรับบุตรบุญธรรม หรือการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตมีความประสงค์จะให้กฎหมายฉบับนี้มีความค่อยๆ เป็นค่อยๆ ไป แต่การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ในฐานะกฎหมายทั่วไป ส่งผลให้ในบางเรื่องไม่สามารถนำมาใช้ได้จึงควรมีการบัญญัติไว้เฉพาะเพื่อการนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และไม่เกิดการตีความในอนาคต ในขณะที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ผู้ร่างประสงค์จะให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้อย่างเสมอภาค และให้สิทธิประโยชน์แก่คู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เทียบเท่าและมากกว่าคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียอีก ซึ่งหากร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีผลใช้บังคับตามกฎหมายจริงอาจก่อให้เกิดการทับซ้อนของการใช้กฎหมาย เมื่อพิจารณาจากปัญหาข้างต้นแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งฝ่ายของรัฐบาลและฝ่ายของเอกชนหันมาปรึกษาและร่างพระราชบัญญัติให้มีฉบับเดียวและวางกรอบแนวทางการร่างพระราชบัญญัติให้ชัดเจนว่าจะให้เป็นกฎหมายในลักษณะของกฎหมายคู่ชีวิต หรือการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน ตลอดจนสิทธิประโยชน์และความสัมพันธ์ทั้งสองฝ่ายจะเป็นอย่างไร

จากการศึกษาลักษณะของการกำหนดกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของต่างประเทศข้างต้นพบว่า กฎหมาย Domestic Partnership ซึ่งเป็นแนวทางของมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย PACS ซึ่งเป็นแนวทางของประเทศฝรั่งเศส Act on Registered Life Partnerships ซึ่งเป็นแนวทางของประเทศเยอรมนี Civil Partnership Act 2004 ซึ่งเป็นแนวทางของประเทศไทย ซึ่งในทุกประเทศมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตก่อนระยะหนึ่ง แล้วจึงออกกฎหมายรับรองการสมรสแก่คู่รักเพศเดียวกัน ประเทศฝรั่งเศสใช้ระยะเวลาในการเรียกร้องสิทธิสมรสถึง 14 ปี ประเทศเยอรมนียังคงไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และยังคงใช้กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตตั้งแต่ปี 2001 จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยใช้ระยะเวลาในการเรียกร้องสิทธิสมรสถึง 9 ปี และมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระยะเวลาในการเรียกร้องสิทธิถึง 18 ปี และสิทธิต่างๆ ในแต่ละประเทศให้สิทธิแก่คู่ชีวิตแม้จะคล้ายคลึงกับสิทธิของคู่สมรสต่างประเทศแต่ยังคงไม่ได้รับความเท่าเทียมในทุกประการ แสดงให้เห็นว่าในแต่ละประเทศประสงค์ให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและในบางประเทศให้สิทธิไปถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศด้วยเพื่อให้ได้รับความเสมอภาคในแง่ของการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แม้ในความเป็นจริงอาจจะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเสมอภาคกับคู่สมรสต่างประเทศก็ตาม ก็เป็นเรื่องที่รัฐบาลและประชาชนในประเทศนั้นๆ จะมีความคิดและยอมรับการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันได้มากน้อยเพียงใด และการเริ่มต้นให้สิทธิบางประการหรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตก่อนแล้วจึงค่อยพัฒนาๆ และให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันมากขึ้นเรื่อยๆ จนยอมรับการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันได้

ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายในลักษณะของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตกันก่อน โดยการกำหนดลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตควรจะเป็นไปตามแนวทางของประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เนื่องจากกฎหมาย Domestic Partnership และกฎหมาย PACS มีการกำหนดให้สิทธิระหว่างคู่ชีวิตค่อนข้างน้อย และการสิ้นสุดความสัมพันธ์จะกระทำได้ง่าย อย่างไรก็ตาม Civil Partnership Act 2004 ได้กำหนดให้สิทธิแก่คู่ชีวิตไว้เทียบเท่ากับคู่สมรสเกือบทุกประการ ซึ่งประเทศไทยจะเริ่มต้นให้มีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตควรนำแนวทางของประเทศเยอรมนีมาบังคับใช้ เนื่องจากเป็นการกำหนดให้สิทธิในระดับหนึ่ง อีกทั้ง ทั้งสองฝ่ายยังมีสถานะเป็นทายาทโดยธรรมของอีกฝ่ายหนึ่ง และเมื่อระยะเวลาผ่านไประยะหนึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีการชั่งน้ำหนักถึงข้อดีข้อเสียไม่ว่าจะมีการสำรวจ หรือเก็บสถิติของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่ได้ส่งผลกระทบในทางที่ไม่ดี



แก่สถาบันครอบครัวและสังคมให้การยอมรับมากขึ้น แล้วจึงค่อยดำเนินการออกกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันได้อย่างคู่รักต่างเพศต่อไป

### 5.1.3 ผลกระทบที่อาจเกิดจากการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

การรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีหลายรูปแบบจากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ และในแต่ละรูปแบบกำหนดเรื่องการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ไว้แตกต่างกันซึ่งขึ้นอยู่กับกรอบการยอมรับและพัฒนาการของสังคมในแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยควรมีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบของคู่ชีวิตก่อนแล้วจึงค่อยพัฒนาต่อไปเป็นการสมรสเพื่อให้สังคมได้มีการปรับตัวเกี่ยวกับการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และเป็นการลดแรงต่อต้านสำหรับกลุ่มที่ยังไม่เห็นด้วย แม้ว่าจะเป็นการเริ่มต้นให้สิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ยังไม่เสมอภาคกับคู่สมรสต่างเพศก็ตาม แต่การดำเนินการโดยค่อยๆ เป็นค่อยๆ ไป จะทำให้การรับรองการใช้ชีวิตคู่กันนั้นเป็นไปอย่างมั่นคงและยั่งยืนในอนาคต

อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยออกกฎหมายในรูปแบบของการรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันในลักษณะของคู่ชีวิตอาจก่อให้เกิดผลกระทบในเรื่องความเท่าเทียมกัน กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเป็นเพียงจุดเริ่มต้นของการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น ซึ่งสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจะไม่เท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ และด้วยเหตุนี้เองทำให้ดูเหมือนว่า กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่สามารถยุติการเลือกปฏิบัติต่อคู่รักเพศเดียวกันได้อย่างสิ้นเชิง การสงวนสถาบันครอบครัวโดยการสมรสไว้เฉพาะคู่รักต่างเพศอยู่ต่อไปนั้น เป็นการแสดงต่อสังคมว่าความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันไม่คู่ควรที่จะได้รับการยอมรับในระดับเดียวกับความสัมพันธ์ของคู่รักชายหญิง ซึ่งหากมองในแง่ของสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันที่พึงจะได้รับอย่างเสมอภาคนั้น แม้จะไม่มี ความเท่าเทียมกันและไม่สามารถรับรองการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ในขณะนี้ แต่รัฐบาลได้พยายามลดความเหลื่อมล้ำและสนับสนุนกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในการปูทางไปสู่การแก้ไขกฎหมายสมรสในอนาคต ซึ่งกรณีที่ไม่ออกกฎหมายสมรสให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอาจทำให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิให้ได้รับความเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

นอกจากนี้ ในสายตาของกฎหมายสถานะของความเป็นคู่ชีวิตไม่ใช่คู่สมรส แม้ว่าสิทธิที่คู่ชีวิตได้รับจากรัฐจะมีความคล้ายคลึงกับคู่สมรสต่างเพศก็ตาม แต่ไม่ถือว่าคู่ชีวิตเป็นคู่สมรสที่จะได้รับสิทธิต่างๆ อย่างเท่าเทียมกันทุกประการ อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศยอมรับการใช้ชีวิตอยู่

ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันต่างกัน ซึ่งในบางประเทศอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกัน บางประเทศยอมรับให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตได้เท่านั้น จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแต่ละรูปแบบมีลักษณะที่แตกต่างกัน ส่งผลกระทบให้บางประเทศอาจจะไม่รับรองกฎหมายการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบที่แตกต่างจากรูปแบบที่ประเทศนั้นๆ รับรอง เช่น ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (PACS) เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2009 สภาผู้แทนราษฎรแห่งฝรั่งเศสลงมติผ่านมาตรการรับรองว่า คู่ชีวิตตามกฎหมายต่างประเทศ (Unions/Partnerships) มีสถานะเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศส และเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2011 ศาลเมืองแบริส Brest ปฏิเสธการรับรองสถานภาพการสมรสระหว่าง Chloe Avrillon ผู้หญิงข้ามเพศ (บุคคลที่มีเพศชายโดยกำเนิดแล้วเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิง) กับ Marie ภรรยาคนเดิมของเธอ โดยศาลให้เหตุผลว่า หากรับรองสถานภาพดังกล่าวเท่ากับเป็นการรับรองการสมรสของหญิงและหญิงซึ่งในขณะนั้น การสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกันยังไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส<sup>397</sup> ประเทศเยอรมนี เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2010 ศาลกรุงเบอร์ลินพิพากษาปฏิเสธการรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันที่ได้ทำในประเทศแคนาดา โดยพิพากษาให้การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันที่ได้กระทำขึ้นในต่างประเทศให้ถือเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศเยอรมนี<sup>398</sup> ประเทศอังกฤษ ในขณะที่มีการรับรองกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต 2004 การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำขึ้นนอกสหราชอาณาจักรให้ถือเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิตกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในสหราชอาณาจักร<sup>399</sup> นอกจากนี้ มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่มลรัฐฟลอริดามีเพียง 9 เทศมณฑลเท่านั้นที่รับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยทั่วไปการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนของแต่ละเทศมณฑลจะรับรองเฉพาะในพื้นที่ของเทศมณฑลนั้นๆ อย่างไรก็ตาม เทศมณฑล Palm Beach และ เทศมณฑล Volusia รับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในอำนาจ

<sup>397</sup> Arthur S. Leonard, "International Notes," in *Lesbian/Gay Law Notes* (January 2012), p. 34.

<sup>398</sup> Dwyer Arce, "Germany Court Recognizes Foreign Same – Sex Marriage as Civil Union," [Online] Accessed: 22 June 2016. Available from: <http://www.jurist.org/paperchase/2010/06/germany-court-recognizes-foreign-same-sex-marriage-as-civil-union.php>

<sup>399</sup> Barry Crown, "Civil Partnership in the U.K – Some International Problems," [Online] Accessed: 22 June 2016. Available from: <http://www.jurist.org/paperchase/2010/06/germany-court-recognizes-foreign-same-sex-marriage-as-civil-union.php>

เขตศาลอื่นๆ ด้วย แต่เมือง Sarasota รับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียน คู่ชีวิตเฉพาะในเขตอำนาจศาลอื่นๆ ในมลรัฐฟลอริดาเท่านั้น

## 5.2 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

สิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากพอๆ กับการตัดสินใจว่าจะรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน คือ การได้รับสิทธิของการเป็นบิดามารดา และสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ทั้งนี้เพราะประเด็นเรื่องการเป็นบิดามารดาของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นการคุกคามหน่วยพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของสังคม นั่นคือ สถาบันครอบครัว ซึ่งอาจจะทำให้ผู้เยาว์เกิดความสับสนจากความเข้าใจมาตลอดว่าบิดามารดาจะต้องประกอบไปด้วยบิดาที่มีเพศโดยกำเนิดเป็นเพศชาย และมารดาที่มีเพศโดยกำเนิดเป็นเพศหญิง การปลูกฝังความคิดใหม่ที่ว่าบิดามารดามีเพศเดียวกันได้ซึ่งอาจจะทำให้เปลี่ยนทัศนคติที่มีอยู่ในปัจจุบันเปลี่ยนไป ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงคำเรียกจากเดิมที่เป็นบิดามารดาออกแล้วมาใช้คำว่า ผู้ปกครองแทน ดังนั้น ในกรณีสิทธิของการเป็นบิดามารดา และสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกับการปกป้องสิทธิของผู้เยาว์ที่ควรจะมีทั้งบิดาและมารดาที่เพศต่างกันนั้น สังคมควรจะต้องปกป้องฝ่ายไหนมากกว่ากันซึ่งเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะนำเสนอแนวความคิด รูปแบบของการรับบุตรบุญธรรม และแนวทางในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่ประเทศไทยควรจะนำมาปรับใช้โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ

### 5.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ประเด็นเรื่องการยอมรับให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิในการเป็นบิดามารดา หรือการรับบุตรบุญธรรมเป็นการสะท้อนถึงจุดเริ่มต้นในการเข้าสู่ประเด็นการถกเถียงที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมากกว่าเดิม เนื่องจากสิทธิในการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสำหรับกลุ่มที่ต่อต้านอาจอดทนอดกลั้นในการยอมรับเรื่องการรับรองการใช้ชีวิตคู่ได้ เพราะความสัมพันธ์เกิดขึ้นระหว่างคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม เมื่อก้าวเข้าสู่ความเป็นบิดามารดาและการรับบุตรบุญธรรมแล้วนั้น สังคมเริ่มมีการปฏิกิริยาในการยอมรับเรื่องดังกล่าว เนื่องจากความสัมพันธ์ของการเป็นบิดามารดาและการรับบุตรบุญธรรมไม่ได้หยุดอยู่ที่บุคคลสองคนอีกต่อไป หากแต่ยังมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยซึ่งก็คือ บุตรหรือผู้เยาว์ จึงนำมาสู่แนวความคิดที่แตกต่างกันในการสนับสนุนหรือต่อต้านเรื่องความเป็นบิดามารดาและการรับบุตรบุญ

ธรรม โดยในตอนนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในสังคมเสียก่อน เพื่อนำปัญหาดังกล่าวมาคิดวิเคราะห์อันนำไปสู่การปรับปรุงทางกฎหมายต่อไป ซึ่งสามารถแยกได้ดังนี้

ก. เหตุผลในการสนับสนุนแนวความคิดให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้

(1) การเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่มีความแตกต่างจากการเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศไม่ว่าจะเป็นการมาตรวจการในการปรับตัวเข้าหาสังคม บทบาทความประพฤติทางเพศ การอบรมเลี้ยงดู และผลจากนักวิจัยพบว่า ผู้เยาว์ที่เลี้ยงดูโดยมารดาที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศมีอัตราสูงที่จะทำให้เกิดโรคจิตเวชมากกว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อีกทั้ง บุตรผู้เยาว์ที่ได้รับการเลี้ยงดูจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันประสงศ์ที่จะมีความสัมพันธ์กับเพศตรงข้ามมากกว่าบุตรผู้เยาว์ที่ได้รับการเลี้ยงดูจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ<sup>400</sup> และการวางแผนที่จะมีบุตรหรือบุตรบุญธรรมในบางกรณีคู่รักต่างเพศไม่มีวางแผนที่จะมีบุตรหรือบุตรบุญธรรมทำให้การเลี้ยงดูผู้เยาว์เป็นไปได้ไม่มีประสิทธิภาพมากนัก ในขณะที่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันประสงศ์จะมีบุตรหรือบุตรบุญธรรมโดยการเอาชนะข้อจำกัดของตนเองจึงทำให้มีการวางแผนในการเลี้ยงดูที่ดีกว่า และมีความมุ่งมั่นและแรงจูงใจที่ดีมากกว่าบิดามารดาที่เป็นเพศตรงข้าม เนื่องจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้เลือกแล้วว่าพวกเขาจะเป็นบิดามารดา

(2) บทบาทความเป็นบิดามารดาของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อ การเลี้ยงดู และพฤติกรรมของผู้เยาว์ และงานวิชาการด้านจิตวิทยาส่วนใหญ่พบว่า กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นบิดามารดาที่ไม่เหมาะสม และไม่พบปัญหาทางด้านอัตลักษณ์ทางเพศภาวะหรือการมีปัญหาในบทบาททางเพศของผู้เยาว์ภายใต้การเลี้ยงดูของบิดามารดาของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และยังไปกว่านั้น การรับบุตรบุญธรรมในปัจจุบันเปิดโอกาสให้สามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมายซึ่งบุคคลคนเดียวก็ทำหน้าที่ในการเป็นบิดาและมารดาในขณะเดียวกัน ดังนั้น กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็สมควรได้รับการปฏิบัติที่สามารถในการเลี้ยงดูและรับบุตรบุญธรรมได้เช่นกัน อีกทั้ง หากอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นผลดีว่าการที่มีผู้รับบุตรบุญธรรมคนเดียว

(3) ผู้เยาว์ที่อยู่ภายใต้การดูแลของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันพึงได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายเช่นเดียวกับผู้เยาว์ที่อยู่ภายใต้การดูแลของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ กล่าวคือ การมีบุตรกับคู่สมรสคนก่อนแล้วมาจดทะเบียนที่กทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือจดทะเบียนสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน ผลทางกฎหมายทำให้คู่รักเพศเดียวกันไม่สามารถมีสิทธิและอำนาจปกครอง

<sup>400</sup> Cheryl L. Meyer, "Legal, Psychological, and Medical Considerations in Lesbian Parenting," *Law & Sexuality: A Review of Lesbian & Gay Legal Issues* 2(1992): 239-240.

ร่วมกันเหนือบุตรผู้เยาว์ ซึ่งบุตรผู้เยาว์ควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากบิดามารดาที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายทั้งสองฝ่าย และการที่ผู้เยาว์เกิดมาหรืออาศัยอยู่ในครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกันไม่ควรเป็นเหตุให้รัฐละเลยการคุ้มครองผู้เยาว์ให้มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้เยาว์ในครอบครัวของคู่รักต่างเพศ

(4) การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันโดยสันนิษฐานเพียงแค่ว่า กลุ่มคนดังกล่าวจะเป็นบิดามารดาที่ไม่ดีเพราะว่ามีพฤติกรรมทางเพศหรือวิถีทางเพศที่แตกต่างไปจากกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย และหลักการนี้ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่มนุษยทุกคนเกิดมามีอิสระและมีความเสมอภาคในศักดิ์ศรีและสิทธิของตนเอง

ข. เหตุผลในการไม่สนับสนุนแนวความคิดให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้

(1) กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีพฤติกรรมเปลี่ยนคู่นอนบ่อย มีความเปราะบางทางเพศ การใช้ชีวิตคู่ในสังคมปัจจุบันมีแนวความคิดและฝังรากลึกเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับคู่สมรสเพียงคนเดียว (monogamy) หรือการมีผัวเดียวเมียเดียว หากผู้ใดละเมิดหรือฝ่าฝืนย่อมเป็นเหตุฟ้องหย่าและเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางประพฤติปฏิบัติที่ถูกต้อง เหมาะสม ของคนหมู่มากในสังคมหรือเป็นบรรทัดฐานของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ ในทางกลับกันกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมักถูกมองว่าเปลี่ยนคู่นอนบ่อยซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่อยู่นอกเหนือกรอบความสัมพันธ์แบบผัวเดียวเมียเดียว<sup>401</sup> ยังหมายรวมไปถึงลักษณะการมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เปราะบาง ไม่ว่าจะเป็ลักษณะของการร่วมเพศ หรือรูปแบบของการร่วมเพศ ทั้งนี้ ภาพลักษณ์ของกลุ่มคนที่มีเพศเดียวกันย่อมตกต่ำลงไปอีกเมื่อพบกับปัญหาการแพร่ระบาดของเชื้อ HIV หรือโรคเอดส์ แล้วอ้างว่าต้นเหตุของการเกิดโรคร้ายนั้นเป็นเพราะความเปราะบางและการเปลี่ยนคู่นอนบ่อยของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งภาพลักษณ์ดังกล่าวทำให้ถูกมองว่ากลุ่มคนดังกล่าวมีความเป็นไปได้ยากในการเป็นบิดามารดา และการรับบุตรบุญธรรม เนื่องจาก การเป็นบิดามารดาควรเป็นบุคคลที่ไม่ข้องแวะหมกมุ่นกับเรื่องเพศ จะเห็นได้จากการประณามจากสังคมและได้รับโทษตามกฎหมาย อีกทั้งการเป็นบุคคลที่ต้องทำงานกับผู้เยาว์ อันได้แก่ ครูอาจารย์ ผู้ดูแลผู้เยาว์ห้ามมีพฤติกรรมฉ้อฉลกับผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตนเอง ถึงแม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับคุณสมบัติของบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะล้าสมัยและไม่ตรงกับความจริงในปัจจุบัน แต่ภาพลักษณ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมักจะวนเวียนเกี่ยวกับเรื่องเพศวิถี จึงทำให้กลายเป็นกลุ่มคนที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ดูแลผู้เยาว์หรือบุคคลในอำนาจการปกครองของตน

<sup>401</sup> สุกฤตยา จักรปิง, "การเป็นแม่-พ่อและการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศ," *วารสารสังคมศาสตร์* 42 (2555): 93.

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแล้วการเป็นสถาบันครอบครัวก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ได้ นอกจากนี้ สังคมหวาดระแวงในการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเกี่ยวกับความไม่มั่นคง และความซื่อสัตย์ในชีวิตคู่ ซึ่งไม่ใช่ว่าทุกคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะมีลักษณะที่เปลี่ยนคู่นอนบ้อยหรือมีความไม่มั่นคง ซึ่งบางคู่อาจจะมีความสัมพันธ์ที่ยาวนานเช่นเดียวกับคู่สามีภรรยาที่สมรสกันยอมเป็นได้ อีกทั้งยังพบว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมากกว่าร้อยละ 50-60 มีวิถีชีวิตที่มั่นคงซื่อสัตย์และมีความประสงค์จะมีบุตรหรือบุตรบุญธรรมเพื่อเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจ<sup>402</sup>

(2) กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นพวกผิดธรรมชาติ เนื่องจากแนวความคิดของสถาบันครอบครัวตามแนวคิดธรรมชาติ คือ การสืบสายทางพันธุกรรม และเป็นการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันระหว่างคู่รักต่างเพศและให้กำเนิดบุตรของตนเอง ซึ่งครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นไปตามแนวคิดธรรมชาติ ด้วยมุมมองและฐานความคิดว่าด้วย “ธรรมชาติ” การใช้ชีวิตคู่ของเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นผู้หญิงกับผู้หญิง หรือผู้ชายกับผู้ชาย จะชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดทางธรรมชาติหรือการให้กำเนิดทางชีวภาพโดยการสืบพันธุ์และให้กำเนิดบุตรของตนเอง แม้ในความเป็นจริงในระดับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัยสามารถเอื้อประโยชน์ในการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการให้กำเนิดบุตรได้ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การไม่ยอมรับเกี่ยวกับการความเป็นบิดามารดาหรือการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวนี้ ล้วนแล้วแต่นำมาสู่การเลือกปฏิบัติซึ่งในหลายกรณีศาลอ้างถึงประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ และอ้างถึงความผิดธรรมชาติในการปฏิเสธสิทธิในการเป็นบิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรม

(3) กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นต้นแบบที่ไม่เหมาะสม สังคมโดยทั่วไปมีความเชื่อเกี่ยวกับการเลี้ยงดูของบิดามารดาจะส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์จะยึดเอาแบบอย่างของบิดามารดาเป็นต้นแบบในการดำเนินชีวิตของตนซึ่งในสังคมไทยเองก็ยังสะท้อนให้เห็นจากสำนวนหรือสุภาษิต ได้แก่ พ่อแม่ต้นแบบ พ่อแม่ตัวอย่าง เดินตามรอยเท้าพ่อแม่ หรือ ครูข้างให้ดูที่หางคูนางให้ดูที่แม่ ซึ่งความเชื่อของสังคมทำให้พฤติกรรมของบิดามารดามีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของผู้เยาว์ ด้วยความเชื่อเช่นนี้เองทำให้มีความวิตกกังวลเกี่ยวกับบทบาทความเป็นบิดามารดาของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันซึ่งจะทำให้ผู้เยาว์เกิดความสับสนเกี่ยวกับเพศภาวะและเพศวิถี และจะดำเนินรอยตามแนวทางของบิดามารดาที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจนตนเองกลายเป็นบุคคลรักเพศเดียวกันไปในที่สุด

<sup>402</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 98

(4) เรื่องการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องของสิทธิของผู้เยาว์ หรือบุตรบุญธรรมที่จะมีครอบครัวใหม่ และมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งกฎหมายควรจะปกป้องใครมากกว่ากัน กล่าวคือ ปกป้องสิทธิของบุตรบุญธรรมที่ควรจะมีบิดามารดาที่เป็นเพศชายและเพศหญิง อันนำไปสู่บทบาทของความเป็นบิดามารดาอย่างแท้จริง หากมีการให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและมีการยกเลิกคำว่า บิดามารดา ออกไปจากกฎหมาย แล้วให้ใช้คำว่า “ผู้ปกครอง” แทน เป็นการละเมิดบุตรบุญธรรมที่ควรจะมีบิดามารดา อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงเรื่องความเสมอภาคที่ไม่ว่าบุคคลใดจะมีรสนิยมทางเพศเช่นใด ย่อมได้รับสิทธิเท่าเทียมกัน อย่างเสมอหน้า ดังนั้น กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันย่อมต้องมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งในเรื่องดังกล่าว จะต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วน และรอบคอบ เนื่องจากการเรียกร้องสิทธิในการขอรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้เป็นประเด็นสำคัญมากกว่าหากเทียบกับประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรมที่จะได้รับ เนื่องจากตามเจตนารมณ์ของการรับบุตรบุญธรรมแล้ว สิ่งที่ควรคำนึงถึงคือประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรมซึ่งหากจะมีครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งเข้ามารับบุตรบุญธรรม ย่อมดีกว่าเสมอที่บุตรบุญธรรมจะได้อยู่ในครอบครัวที่มีทั้งบิดามารดาเพื่อคอยอบรมอุปการะเลี้ยงดู และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในบทบาทของบิดามารดามากกว่าการรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบอื่นๆ อีกทั้ง การรับบุตรบุญธรรมถือได้ว่าเป็นการสร้างครอบครัวใหม่ให้แก่บุตรบุญธรรม ดังนั้น ครอบครัวใหม่นี้ก็พึงที่จะเป็นครอบครัวที่เหมาะสม และบุตรบุญธรรมได้รับประโยชน์สูงสุด

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศเดียวกันมีความเป็นบิดามารดาหรือรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ นั้น มีแนวความเห็น 2 แนวทาง ซึ่งในแต่ละแนวทางก็มีเหตุผลเพื่อมาสนับสนุนแนวความคิดของตนเอง จากการศึกษาเกี่ยวกับด้านสังคมแล้ว อันเป็นบ่อเกิดแห่งการศึกษาและแก้ไขปัญหาทางกฎหมายต่อไป โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรให้มีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจากปัญหาที่กังวลใจเกี่ยวกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันคือ การที่ผู้เยาว์จะนำเอาไปประพฤติกเลี่ยนแบบ การมีความเชื่อว่าการเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศย่อมดีกว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างแน่นอน อีกทั้ง ครอบครัวมีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบาทความเป็นบิดามารดาอันประกอบไปด้วยบิดาที่มีเพศชายและมารดาที่มีเพศหญิง ซึ่งกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถทราบได้ชัดเจนว่าเป็นเพศใดแน่จึงอาจจะทำให้ผู้เยาว์เกิดความสับสนว่า ฝ่ายใดเป็นบิดา ฝ่ายใดเป็นมารดา อย่างไรก็ตาม ความกังวลเหล่านี้ได้คลายตัวลงเมื่อมีงานวิจัยที่พิสูจน์ให้เห็นว่า การอบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อในทางที่ไม่ดีแก่ตัวผู้เยาว์ อีกทั้ง การอบรมเลี้ยงดูของกลุ่มคนดังกล่าวยังออกมาเทียบเท่าหรือดีกว่าการอบรมเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศด้วย การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ

เดียวกันเพียงเพราะวิถีทางเพศนั้นเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำ หากเป็นกรณีและผู้เยาว์ได้เกิดมาจากครอบครัว คู่รักต่างเพศแล้วครอบครัวดังกล่าวไม่สามารถใช้ชีวิตคู่หรืออยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป แล้วบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ได้เริ่มต้นชีวิตใหม่โดยการใช้ชีวิตอยู่กับบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งบุคคลดังกล่าวเลี้ยงดูผู้เยาว์ เสมือนบุตรของตนเอง แต่ไม่มีกฎหมายมารองรับหรือให้สิทธิในการตัดสินใจในชีวิตประจำวันแก่ บุคคลรักเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่กับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในอนาคต อีกทั้ง การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันส่งผลให้เป็นการมองข้ามผลประโยชน์ สูงสุดที่ผู้เยาว์อาจจะได้รับด้วย

ดังนั้น ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถ รับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาขอบเขตของการรับบุตรบุญธรรมว่าควรจะให้รับได้ ในรูปแบบใดบ้าง ซึ่งรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมในแต่ละประเทศที่กำหนดอนุญาตให้กลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศซึ่งจะเป็นแนวทางในการอนุญาต ให้ประเทศไทยซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อถัดไป

## 5.2.2 ประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการอบรมเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่ดีต่อผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยควรจะอนุญาตให้กลุ่มคน ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบใด และจะต้องดำเนินการอย่างไร โดยผู้เขียนจะนำมาศึกษา วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรัก เพศเดียวกันซึ่งในแต่ละประเทศอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมแตกต่างกันตามสภาพของสังคมและ การยอมรับของประชาชนในสังคมนั้นๆ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ 3 รูปแบบ คือ การรับบุตรบุญ ธรรมโดยบุคคลคนเดียว การรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน

### 5.2.2.1 การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

เนื่องด้วยประเทศไทยได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีการกำหนดเรื่องการรับ บุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แตกต่างกัน โดยร่างพระราชบัญญัติการจ ดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้กำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรไว้เป็นการเฉพาะ จึง เกิดปัญหาว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ หรือไม่ เมื่อพิจารณากรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวสามารถดำเนินการตาม ขั้นตอนและวิธีการภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม แม้จะนำประมวล



กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ในฐานะบทกฎหมายทั่วไป ก็มีปัญหาในเรื่องความยินยอมจากคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือไม่ ซึ่งในกรณีทั่วไปการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวหากผู้จะรับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน<sup>403</sup> เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมจะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกัน อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่สมรส จะเห็นได้จากมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานซึ่งจะมีสิทธิในการรับมรดกของผู้จะรับบุตรบุญธรรม อันส่งผลต่อส่วนแบ่งมรดกของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น หากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีผลบังคับใช้จริง ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตของตนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดชัดเจนในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมไว้โดยเฉพาะในหมวด 7 ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตกับบุตร และบุตรบุญธรรม ได้วางหลักไว้ใน มาตรา 40 หากไม่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษในพระราชบัญญัตินี้ให้นำความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยบิดามารดาบุตรมาบังคับใช้โดยอนุโลม ดังนั้น กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถดำเนินกระบวนการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้บุคคลที่จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก่อน<sup>404</sup>

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับมีการกำหนดในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไว้แตกต่างกัน และการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ในฐานะบทกฎหมายทั่วไปจะสามารถนำมาปรับใช้ได้มากน้อยเท่าใด อีกทั้ง หากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวมีความจำเป็นจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหรือไม่ โดยผู้เขียนจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเริ่มต้นจากการที่ประเทศ

<sup>403</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25 “ผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่สมรสอยู่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน ในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจให้ความยินยอมได้หรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสนั้น”

<sup>404</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 45 “บุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ที่จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ก่อนในกรณีที่คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ไม่อาจให้ความยินยอมหรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้”

ต่างๆ นั้น อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ และได้มีการกำหนดเรื่องการได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตไว้อย่างไร

#### ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

มลรัฐฟลอริดามีกฎหมาย Domestic Partnership ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้กำหนดไว้ในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษ แต่เดิมมลรัฐฟลอริดากำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระดับมลรัฐ โดยกำหนดไว้ใน Florida Statutes Section 63.042(3) ว่า ไม่มีบุคคลที่มีความเหมาะสมในการรับบุตรบุญธรรม หากบุคคลนั้นเป็นกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน<sup>405</sup> ในคดี James W. Cox v. Florida Department of Health and Rehabilitative<sup>406</sup> ได้ให้คำนิยามของคำว่า “Homosexual” ในที่นี้จำกัดเฉพาะผู้ที่ยื่นคำขอรับบุตรบุญธรรมที่มีส่วนร่วมหรือสมัครใจในกิจกรรมทางเพศของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียว ซึ่งการให้คำนิยามจากคดีดังกล่าว จึงเกิดการพิจารณาต่อไปได้อีกว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีพฤติกรรมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน แต่ไม่มีส่วนร่วมหรือสมัครใจในกิจกรรมทางเพศของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติการขอรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันก็ยังคงได้รับการปฏิเสธจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเช่นเดิม จนกระทั่ง คดี Florida Department of Children and Family Services v. X.X.G.<sup>407</sup> ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีผลเป็นบรรทัดฐานให้กับคดีในลักษณะดังกล่าวภายหลังในมลรัฐฟลอริดา ซึ่งศาลพิพากษาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น Florida Statutes Section 63.042(3) เป็นการละเมิดต่อสิทธิแห่งความเท่าเทียมกันที่จะต้องได้รับการคุ้มครองตาม Article I, Section 2, of the Florida Constitution จึงส่งผลให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมายและยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวในเวลาต่อมา

<sup>405</sup> Florida Statute Section 63.042(3) “No person eligible to adopt under this statute may adopt if that person is a homosexual”

<sup>406</sup> Cox v. Dept. of Health & Rehab, 656 So. 2d 902, 902 (Fla. 1995)

<sup>407</sup> Fla. Dep’t of Children & Families v. X.X.G., 45 So.3d 79 (Fla. Ct. App. 2010).

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ “Florida Statutes Section 63.042(2)(b) ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมจะต้องเป็นบุคคลบรรลุนิติภาวะและยังไม่ได้สมรส” และ “Florida Statutes Section 63.042(2)(c)2. บุคคลที่ได้สมรสโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ยื่นขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องไม่ใช่คู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรม และคู่สมรสฝ่ายนั้นประสบความล้มเหลวในการขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือศาลให้ความเห็นชอบหากปรากฏว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์” จะเห็นว่า การขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว บุคคลนั้นจะต้องมีสถานะโสด หรือในกรณีที่ได้สมรสจะต้องปรากฏว่าคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรมประสบความล้มเหลวในการขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือศาลให้ความเห็นชอบหากการขอรับบุตรบุญธรรมนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เยาว์ ดังนั้น หากได้มีการจดทะเบียนทิกทางทะเบียนคู่ชีวิตแล้วฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจาก การจดทะเบียนทิกทางทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมาย Domestic Partnership ไม่ทำให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสอันจะต้องได้รับความยินยอมในการขอรับบุตรบุญธรรมจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่

#### ข. ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ของประเทศไทย ซึ่งการที่มีได้กำหนดเป็นการเฉพาะว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่นั้นก่อให้เกิดการตีความและมีคดีความขึ้นสู่ศาล ถึงแม้ว่าประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดเรื่องเพศมาเป็นเงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวก็ตาม<sup>408</sup> โดยคดีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน แสดงให้เห็นมุมมองเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศส ได้แก่

คดี *Fretté v. France*<sup>409</sup> คดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปซึ่งศาลตัดสินว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดสาธารณรัฐฝรั่งเศสตัดสินว่า หากผู้ร้องจะได้รับสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องที่จะก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมในอนาคตไม่ว่ากรณีใดๆ ศาลก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธคำร้องของผู้ร้อง อย่างไรก็ตาม เหตุที่ศาลพึงจะต้องตัดสินควรมาจากเหตุผลเดียวกับบุคคลที่มีสถานภาพโสดที่จะได้รับการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรม โดยอ้างถึงคุณภาพชีวิต การอบรมเลี้ยงดู

<sup>408</sup> French Civil Code Article 343 – 1 para. 1 “Adoption may be also petitioned by a person over “twenty-eight years of age” ”

<sup>409</sup> *Fretté v. France* (Application no. 36515/97)

ที่บุตรบุญธรรมในอนาคต ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาจากผลประโยชน์สูงสุดของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมเป็นสำคัญ

คดี E.B. v. France<sup>410</sup> คดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปซึ่งศาลตัดสินว่า ภาระของผู้ร้องการตัดสินของศาลภายในประเทศฝรั่งเศสเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยรสนิยมทางเพศ และปราศจากเหตุผลอันเพียงพอ ทั้งที่ผู้ร้องมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะรับบุตรบุญธรรม ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลที่มีคุณภาพ มีทัศนคติที่ดีกับผู้เยาว์ และเป็นประโยชน์แก่บุตรบุญธรรม ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้มีมติ 10 : 7 เสียงว่ารัฐบาลฝรั่งเศสละเมิดมาตรา 8 และมาตรา 14 แห่งอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

จากคำพิพากษาในคดี E.B. v. France คำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของหน่วยงานภายในของรัฐว่า บุคคลที่จะรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่สมรสหรือไม่สมรสก็ตาม ไม่ควรพิจารณาโดยอาศัยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศในการตัดสิน ซึ่งแตกต่างจากคดีของ Fretté v. France โดยคดีดังกล่าวมีความเห็นที่เป็นเอกฉันท์ว่า การรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องผิดปกติ แม้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้ยืนยันว่ารัฐภาคีของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 จะเป็นอิสระ โดยรัฐสามารถปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้เพียงแต่จะปฏิเสธโดยอ้างเหตุผลเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศมิได้

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลภายในของประเทศฝรั่งเศสทั้ง 2 คดี พบว่ามีแนวโน้มว่าจะไม่อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ โดยอาศัยรสนิยมทางเพศของบุคคลนั้นมาเป็นตัวตัดสินในการอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับคดี E.B. v. France ซึ่งเป็นคดีที่วางหลักเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมที่เกี่ยวกับบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศไว้ และหลังจากนั้นมารสนิยมทางเพศย่อมไม่เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าประเทศฝรั่งเศสอนุญาตให้บุคคลใดก็ตามที่มีคุณสมบัติตามกฎหมายแห่งฝรั่งเศสสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีเพศใดก็ตาม<sup>411</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ “French Civil Code Article 343 – 1 ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และหากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ในขณะรับ

<sup>410</sup> E.B. v. France (Application no. 43546/02)

<sup>411</sup> Denis M. Provencher, *Queer French Globalization, Language, and Sexual Citizenship in France* (New York: Ashgate Publishing, 2007), p. 80.

ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสของตนเสียก่อน” จะเห็นได้ว่า บุคคลที่จะขอรับบุตรบุญธรรมได้จะต้องมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ตามเงื่อนไขการรับบุตรบุญธรรมของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่อาศัยอยู่คนเดียว หรือได้ทำสัญญาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแบบ Concubinage หรือการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิต PACS<sup>412</sup> หรือเป็นบุคคลคนเดียวที่สมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายและไม่ได้แยกกันอยู่ จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส เว้นแต่คู่สมรสไม่สามารถให้ความยินยอมได้<sup>413</sup> จากแนวความคิดเกี่ยวกับคู่ชีวิตไม่อาจมีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรส จึงทำให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะเครือญาติภายในครอบครัวของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และด้วยสถานะความเป็นคู่ชีวิตนี้ไม่กระทบถึงสถานะตามกฎหมายว่าด้วยบุคคล ถึงแม้ว่าบุคคลสองคนที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสยังคงมีสถานภาพโสด (Single) ดังนั้น หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวแล้วนั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ การรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อความทรัพย์สินมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตผู้จะรับบุตรบุญธรรม เนื่องจาก สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมคู่ชีวิตไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

### ค. ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไว้ในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของเยอรมนี (Act on Registered Life Partnerships) ไว้ ซึ่งบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ไม่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิต หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว แต่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งที่รับบุตรบุญธรรมก่อนหน้านั้นได้<sup>414</sup>

การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว Act on Registered Life Partnerships กำหนดไว้ใน มาตรา 9(6) หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับผู้เยาว์บุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ให้นำมาตรา 1749(1), ประโยคที่สอง

<sup>412</sup> Bruno Perreau, *The Politics of Adoption Gender and the Making of French Citizenship* (Massachusetts: the Massachusetts Institute of Technology, 2014), p. 142.

<sup>413</sup> French Civil Code “Article 343 – 1 para. 2 Where the adopter is married and not judicially separated, his or her spouse's consent is required unless this spouse is unable to express his or her intention ”

<sup>414</sup> "Overview of German Adoption Law," [Online] Accessed: 25 June 2016. Available from: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>

และประโยชน์ที่สาม และอนุมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>415</sup> ซึ่ง มาตรา 1749 กำหนดเกี่ยวกับความยินยอมของคู่สมรส หากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลครอบครัวมี อำนาจให้ความยินยอมแทนคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ ความยินยอมจะไม่มีผลหาก ผลประโยชน์ของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง และ/หรือครอบครัวขัดกับการรับบุตรบุญธรรม และความ ยินยอมนั้นไม่มีความจำเป็นหากคู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็นบุคคลที่ได้ไปจากภูมิลำเนาหรือ ถิ่นที่อยู่อย่างถาวร หรือไม่มีใครรู้แน่ชัดว่าคุณคนนั้นมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่แห่งใด<sup>416</sup> นอกจากนี้ สำหรับการรับบุตรบุญธรรมที่เป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ได้มีการกำหนดไว้ในประมวลแพ่งเยอรมนีใน มาตรา 1767(2) กำหนดว่าการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลที่เป็นคู่ชีวิตในการเป็นหุ้นส่วนชีวิตกัน จะต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

เมื่อพิจารณากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศเยอรมนีแล้ว พบว่า กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตมีการกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ชัดเจน ดังนั้น จึงไม่มีปัญหาการตีความว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญ ธรรมเช่นเดียวกับบุคคลอื่นที่ไม่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันหรือไม่ อีกทั้ง ยังมีการกำหนดเกี่ยวกับ เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมในส่วนของ การได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตไว้โดยเฉพาะด้วยเช่นกัน ซึ่งเหตุผลที่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตคงไม่แตกต่างจากการได้รับความยินยอมจากคู่สมรสใน กรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรม เนื่องจาก การรับบุตรบุญธรรมย่อม ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ต่อคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรม รวมถึงความสัมพันธ์ทางด้าน ทรัพย์สินด้วยเช่นกัน ซึ่งผลของการรับบุตรบุญธรรมทำให้ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นบุตรของ ผู้จะรับบุตรบุญธรรมและมีสิทธิในการรับมรดก ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมจึงต้องได้รับความยินยอม จากคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรมด้วย

<sup>415</sup> Act on Registered Life Partnerships “Section 9(6) If a life partner adopts a child on his own, the consent of the other life partner shall be required. Section 1749 (1), second and third sentences, and subsection (3) of the Civil Code shall apply mutatis mutandis.”

<sup>416</sup> German Civil Code “Section 1749 (1) For one spouse alone to adopt a child, the consent of the other spouse is necessary. The family court may, on the application of the adoptive parent, substitute the consent. consent may not be substituted if justified interests of the other spouse and or the family conflict with the adoption.

(3) The consent of the spouse is not necessary if he is permanently not in a position to make the declaration or his abode is permanently unknown.”

### ง. ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีการให้สิทธิประโยชน์แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอย่างมากเทียบเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ และเป็นที่น่าสนใจแล้วว่าการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับการยอมรับในประเทศอังกฤษด้วยเช่นกัน เนื่องจากการมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อภาระการเจริญเติบโตและพัฒนาการของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตของประเทศอังกฤษ (Civil Partnership Act 2004) กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในมาตรา 79(4) และ (5) โดยแก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002

*“Section 51(1) ผู้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีอายุ 21 ปี บริบูรณ์ขึ้นไปและไม่ได้จดทะเบียนคู่อชีวิต”*

*“Section 51(3A) การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีอายุ 21 ปี และจดทะเบียนคู่อชีวิต หากมีพฤติการณ์เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า*

- (a) คู่อชีวิตของบุคคลนั้นเป็นคนสาบสูญ*
- (b) คู่อชีวิตทั้งสองฝ่ายได้แยกกันอยู่ และไม่ได้อาศัยร่วมกัน และการแยกกันอยู่นั้นมีลักษณะถาวร*
- (c) คู่อชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีปัญหาทางสุขภาพไม่ว่าจะเป็นสุขภาพทางกายหรือจิตใจ หรือไม่สามารถดำเนินการขอรับบุตรบุญธรรมได้”*

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันซึ่งประเทศอังกฤษกำหนดชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีที่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ โดยกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่อชีวิตแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม โดยเพิ่มเติมคำว่า “Civil Partnership” เข้าไปในตัวบทเพื่อให้เกิดความชัดเจน และไม่เกิดการตีความในอนาคต จะเห็นได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของประเทศอังกฤษจะต้องมีอายุครบตามเกณฑ์ที่กำหนดและมีสถานะโสด หรือไม่ได้มีสถานะโสด แต่คู่อชีวิตของบุคคลที่ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมเป็นบุคคลสาบสูญ คู่อชีวิตของบุคคลดังกล่าวแยกกันอยู่และยังคงแยกกันอยู่ และเป็นการแยกกันอยู่อย่างถาวร หรือ คู่อชีวิตของบุคคลดังกล่าวมีเหตุผลเกี่ยวกับความเจ็บป่วย ไม่ว่าจะทางกายหรือจิตใจ ซึ่งไม่สามารถทำการร้องขอรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายได้ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว หากบุคคลใดได้สมรสหรือจดทะเบียนคู่อชีวิตจะสามารถรับบุตรบุญธรรมได้แต่เฉพาะการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเท่านั้น จะไม่อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวเว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจาก คู่ชีวิตที่ตนได้จดทะเบียนตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

#### จ. ประเทศไทย

ประเทศไทยมีร่างพระราชบัญญัติที่รับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มี เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันทั้งหมด 2 ฉบับ โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ร่าง พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมให้นำความในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาบังคับใช้ อนุโลม โดยผู้เขียนจะพิจารณาในส่วนของกรรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวว่า ประเทศไทยควร จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หากบุคคลนั้นมีคู่ชีวิตอยู่ในขณะที่จะรับบุตร บุญธรรม

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มี กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาของศาลที่ ตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ และอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน สามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้<sup>417</sup> ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดเรื่องการรับบุตร บุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีคำพิพากษาศาลที่ตัดสินให้ กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ กำหนดชัดเจนในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเยอรมนีอนุญาตให้รับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ ดังนั้น ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้เช่นเดียวกับทั้ง 4 ประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ควรมีการบัญญัติกฎหมายลงไปในเรื่องพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับให้ ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการตีความในเรื่องเพศวิถีของผู้รับบุตรบุญธรรมในอนาคต

นอกจากนี้ เมื่อมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ ในกรณีที่มีการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตแล้วฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องให้ความยินยอมการรับบุตร

<sup>417</sup> จากคำพิพากษาศาล Fla. Dep't of Children & Families v. X.X.G., 45 So.3d 79 (Fla. Ct. App. 2010) สภานิติบัญญัติของรัฐฟลอริดาที่มีความพยายามที่จะปรับปรุงบทบัญญัติเป็นเวลานานจนกระทั่งปี 2015 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2015 อย่างไรก็ตาม การแก้ไขบทบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมได้เกิดขึ้นภายหลังจากที่มรัฐฟลอริดาอนุญาตให้มีการ สมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2015



บุญธรรมในครั้งนั้นด้วยหรือไม่ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติใน มาตรา 1598/25 ว่าถ้าผู้จะรับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน อย่างไรก็ตาม จากที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 5.1.2 ว่า คู่ชีวิตไม่ได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรส ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศมีการกำหนดไว้แตกต่างกัน ประเทศฝรั่งเศสมองสถานภาพของคู่ชีวิตเปรียบเสมือนบุคคลที่มีสถานะโสด ดังนั้น จึงไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่ประเทศเยอรมนีกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายก่อน สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐฟลอริดา กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีได้สมรส และประเทศอังกฤษกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีได้จดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต ดังนั้น คู่ชีวิตที่จะขอรับบุตรบุญธรรมจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

แนวทางที่ประเทศไทยควรจะนำมาปรับใช้ในเรื่องการขอความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีการกำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกันและความสัมพันธ์เรื่องทรัพย์สิน รวมถึงการมีสิทธิรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะทายาทโดยธรรมด้วย ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมย่อมส่งผลให้ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้จะรับบุตรบุญธรรม อันส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย รวมถึงส่วนแบ่งมรดกจากกองมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ควรกำหนดให้คู่ชีวิตที่มีความประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ตารางที่ 6 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	ความหมายของการรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของ “homosexual”	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมโดย บุคคลคนเดียว	ความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายกรณีที่ได้ฝ่ายหนึ่ง ต้องการรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	หมายเหตุ
<p>1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)</p>	<p>มีได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้ ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เคยมีคำพิพากษาว่า “การห้ามมิให้ บุคคลที่มีพฤติกรรมแบบรักเพศ เดียวกันรับบุตรบุญธรรม เป็นการขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ” จึงทำให้ผู้ยื่นขอรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียวสามารถกระทำ ได้โดยบุคคลคนเดียวที่มีเพศวิถิ แบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าจะได้ จัดบันทึกทางทะเบียนชีวิตหรือไม่</p>	<p>- Florida Statutes Section 63.042(2)(b) ผู้ขอรับบุตรบุญธรรมจะต้องเป็นบุคคล บรรลุนิติภาวะและยังไม่ได้สมรส - Florida Statutes Section 63.042(2)(c). บุคคลที่ได้สมรสโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ยื่นขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องไม่ใช่ คู่สมรสของผู้จะรับบุตรบุญธรรม และคู่สมรสฝ่ายนั้นประสบความสำเร็จแล้ว ในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หรือศาลให้ความเห็นชอบหากปรากฏ ว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์</p>	<p>มีต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายหนึ่ง</p>	<p>สถานะของคู่ชีวิต ไม่ใช่คู่สมรส</p>

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	ความหมายของการรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของ “homosexual”	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมโดย บุคคลคนเดียว	ความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องการรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	หมายเหตุ
2. ประเทศฝรั่งเศส	<p>มีได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย French Civil Code Article 343 – 1 และคำพิพากษาในอดีตพบว่า ผู้ยื่นขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวสามารถกระทำได้โดยบุคคลคนเดียวที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าจะได้จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือไม่</p>	<p>กฎหมาย PACS มีได้กำหนดเรื่อง การรับบุตรบุญธรรมไว้เฉพาะจึงศึกษา กฎหมายแห่งฝรั่งเศสอันเป็นบทกฎหมายทั่วไป - French Civil Code Article 343 – 1 ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และหากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ในขณะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจาก คู่สมรสของตนเสียก่อน</p>	<p>มีต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง</p>	<p>สถานะของคู่ชีวิต ไม่ใช่คู่สมรส และคู่ชีวิต ตามกฎหมาย PACS มีสถานะ เสมือนคนโสด</p>
3. ประเทศเยอรมนี	<p>มีได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย German Civil Code Section 1741(2) และ Act on Registered Life Partnerships Section 9 พบว่า</p>	<p>- Act on Registered Life Partnerships Section 9(6) หาก คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตเสียก่อน</p>	<p>มีต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง</p>	

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	ความหมายของการรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของ “homosexual”	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมโดย บุคคลคนเดียว	ความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องการรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	หมายเหตุ
	ผู้ยื่นขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคล คนเดียวสามารถกระทำได้ โดยบุคคลคนเดียวที่มีเพศวิถี แบบรักร่วมเพศด้วยกันไม่ว่าจะได้ จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือไม่	- German Civil Code 1767 สำหรับการรับบุตรบุญธรรมของบุคคล ซึ่งเป็นคู่ชีวิตในหนึ่งส่วนคู่ชีวิตจะต้อง ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง		
4. ประเทศอังกฤษ	ไม่ได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้ เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษา บทบัญญัติแห่งกฎหมาย Adoption and Children Act 2002 Section 51 และ Civil Partnership Act 2004 Section 79(4) และ (5) พบว่า ผู้ยื่นคำขอรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียวสามารถกระทำ ได้โดยบุคคลคนเดียวที่มีเพศวิถี แบบรักร่วมเพศด้วยกันโดยที่ไม่ได้ จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต	Civil Partnership Act 2004 Section 79(4) และ (5) แก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002 - Section 51(1) ผู้รับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีอายุ 21 ปี บริบูรณ์ขึ้นไปบริบูรณ์ขึ้นไปและไม่ได้ จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต - Section 51(3A) การรับบุตรบุญ ธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องมีอายุ 21 ปี และจัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต หากมีพฤติการณ์เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า	มีต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายหนึ่ง	

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	ความหมายของการรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของ “homosexual”	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมโดย บุคคลคนเดียว	ความยินยอมจากคู่ชีวิต อีกฝ่ายกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องการรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว	หมายเหตุ
	หรือจัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต แต่เข้าข่ายกเว้นตามกฎหมาย	(a) คู่ชีวิตของบุคคลนั้นเป็นคน สาบสูญ (b) คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายได้แยกกันอยู่ และไม่ได้อาศัยร่วมกัน และการแยกกัน อยู่นั้นมีลักษณะถาวร (c) คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีปัญหาทาง สุขภาพไม่ว่าจะเป็นสุขภาพทางกาย หรือจิตใจ หรือไม่สามารถดำเนินการ ขอรับบุตรบุญธรรมได้		
5. ประเทศไทย	มิได้กำหนดความหมายดังกล่าวไว้ เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ร่างพระราชบัญญัติการ จดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... พบว่า ยื่นขอรับบุตรบุญธรรม	ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาบังคับใช้ - ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/19 บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำ กว่ายี่สิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็นบุตร บุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นต้องมีอายุแก่กว่า	- ร่างพระราชบัญญัติการจด ทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ดังนั้น จึงมีข้อได้รับความยินยอม จากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง -ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 45 บุคคล	

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	ความหมายของการรับบุตร บุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของ “homosexual” โดยบุคคลคนเดียวสามารถกระทำ ได้โดยบุคคลคนเดียวที่มีเพศวิถิ แบบรักเพศเดียวกันไม่ว่าจะได้ จัดบันทึกทางทะเบียนคูชีวิตหรือไม่	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรมโดย บุคคลคนเดียว ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยสิบ ห้าปี	ความยินยอมจากรัฐชีวิต อีกฝ่ายกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องการรับบุตรบุญธรรม โดยบุคคลคนเดียว ที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติ นี้ จะรับบุตรบุญธรรมจะต้อง ได้รับความยินยอมจากรัฐชีวิต อีกฝ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ก่อน ในกรณีที่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อาจให้ความยินยอมหรือไปเสีย จากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และหากตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อย กว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ ความยินยอมของชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้	หมายเหตุ
--	---	---	---	----------

### 5.2.2.2 การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

ประเด็นเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้เป็นประเด็นแค่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องอำนาจปกครองสำหรับการรับบุตรที่ติดตามของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น หากคู่สมรสประสงค์จะรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องดำเนินการรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ซึ่งอำนาจการปกครองของบิดามารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมก็จะถูกโอนไปยังคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่บิดามารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้ประสงค์จะให้อำนาจปกครองของตนเองหมดไป

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดไว้เฉพาะ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ไม่ได้กำหนดกระบวนการและผลของการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น หากคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดาผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมประสงค์จะรับบุตรที่ติดตามจะต้องดำเนินการตามกระบวนการการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว อย่างไรก็ตาม กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ข้อ 27 กำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาทดลองเลี้ยงการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสเท่านั้น<sup>418</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่คู่สมรสจึงไม่ได้รวมถึงคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตด้วย นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาเรื่องอำนาจปกครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... บัญญัติกฎหมายแตกต่างไปจากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งขึ้นมาเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดไว้ดังนี้

*“มาตรา 41 ในกรณีคู่ชีวิตฝ่ายใดมีบุตรมาก่อนการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจปกครองในบุตรที่ติดมานั้น จนกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม*

<sup>418</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ข้อ 27 (3) “ผู้ซึ่งขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และคู่สมรสนี้ได้จดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือจดทะเบียนสมรสน้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่สมรสดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี”

เมื่อจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วให้อำนาจปกครองในบุตรมีเท่ากัน โดยถือว่า คู่ชีวิตอีกฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้ปกครองบุตรร่วมกันกับคู่ชีวิตอีกฝ่ายที่มีบุตรติดมาด้วยโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ”

จะเห็นได้ว่าการเพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กล่าวมาข้างต้นทำให้บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์และคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดานั้นมีอำนาจปกครองร่วมกันเมื่อได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ซึ่งผู้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ประสงค์จะแก้ไขปัญหาเรื่องอำนาจปกครองผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมให้อำนาจร่วมกัน นอกจากนี้ ยังกำหนดแก้ไขข้อยกเว้นเกี่ยวกับระยะเวลาทดลองเลี้ยงผู้เยาว์ด้วย<sup>419</sup>

สำหรับหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่กำหนดไว้แตกต่างกัน โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาว่าประเทศไทยควรอนุญาตให้รับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ และจะกำหนดเรื่องอำนาจปกครองไว้อย่างไร

#### ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

กระบวนการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมหรือการรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบใดก็ตาม เริ่มต้นจากคุณสมบัติของผู้จะรับบุตรบุญธรรม ซึ่ง Florida Statutes Section 63.042 จะเป็นตัวกำหนดว่าคุณคนใดมีคุณสมบัติหรือไม่มีคุณสมบัติในการรับบุตรบุญธรรมสำหรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) แล้วว่า ศาลฟลอริดาอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ แต่สำหรับการรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมกฎหมาย Domestic Partnership มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้เฉพาะ

อย่างไรก็ตาม “Florida Statutes Section 63.042 ผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมอาจขอรับบุตรบุญธรรมได้โดยบุคคลผู้ซึ่งได้สมรสแล้ว โดยคู่สมรสไม่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หากผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ใช่คู่สมรสของบุคคลที่จะรับบุตรบุญธรรม และหากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาหรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม และได้ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญ

<sup>419</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 44 “ผู้ซึ่งจะขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือ จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่กับบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการทดลองเลี้ยงดูเด็ก ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522”



ธรรม” จะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องเป็น “คู่สมรส” ของบิดาหรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ซึ่งกฎหมายมลรัฐฟลอริดาไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ โดยการสมรสตามกฎหมายฟลอริดาจะต้องประกอบไปด้วยเพศชายโดยกำเนิดและเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ดังนั้น การรับบุตรที่ติดตามของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงไม่สามารถกระทำได้อ่างไรก็ตาม คู่รักต่างเพศที่ไม่ได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายก็ไม่มีสิทธิรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกัน

#### ข. ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีคดีเกี่ยวกับการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งคือ คดี Gas and Dubois v. France (Application no. 25951/07) มีเนื้อหาว่า ผู้ร้อง (Gas) ประสงค์จะขอรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิต (Dubois) เป็นบุตรบุญธรรมของตนเองในรูปแบบการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดา อย่างไรก็ตาม คำร้องขอรับบุตรบุญธรรมได้รับการปฏิเสธโดยประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

*“มาตรา 365 สิทธิต่างๆ อันเกี่ยวเนื่องกับหน้าที่ของผู้ปกครองนั้นจะเป็นของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว โดยสิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิที่จะให้ความยินยอมในการทำการสมรสของบุตรบุญธรรม เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะได้ทำการสมรสกับบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรมนั้น โดยในกรณีดังกล่าวนี้จะทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสมีอำนาจในการปกครองร่วมกัน แต่คู่สมรสดังกล่าวยังคงต้องใช้อำนาจเพียงลำพังหากคู่สมรสมีได้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ของ Tribunal de Grande เพื่อสามารถใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้”<sup>420</sup>*

ศาลตัดสินว่า ในทางข้อเท็จจริงผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมและมารดาของผู้เยาว์ได้อาศัยอยู่ร่วมกัน และได้อุปการะเลี้ยงดูด้วยกันทั้งคู่ หากอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่เป็นผลดีแก่ผู้เยาว์ ซึ่งจะทำให้อำนาจปกครองของมารดาของผู้เยาว์สูญเสียไปทั้งหมด ทั้งที่ มารดาของผู้เยาว์ยังคงต้องการมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ด้วย อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวไม่เข้าข้อยกเว้นที่ว่า ผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมและบิดาหรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมสามารถมีอำนาจปกครองผู้เยาว์ร่วมกันได้ หากทั้งคู่ได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ตามมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นอกจากนี้ การที่ผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมและ

<sup>420</sup> French Civil Code “ Article 365 An adopter is, with regard to the adoptee, alone invested of all the rights of parental authority, including that of consenting to the marriage of the adoptee, unless she or he is the spouse of the father or of the mother of the adoptee; in that event, the adopter has parental authority concurrently with his or her spouse, "who retains alone the exercise of it, subject to a joint declaration with the adopter before the chief clerk of the tribunal de grande instance for the purpose of an exercise in common of that authority”

มารดาของผู้เยาว์จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างกันมีความมั่นคงเท่าเทียมกับคู่สมรส จึงไม่อาจรับประกันได้ว่าจะเกิดความสัมพันธ์ที่มั่นคงในการคุ้มครองผู้เยาว์ต่อไปในอนาคต

หลังจากที่ผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมได้รับปฏิเสธการขอรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตจึงฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอนุญาตให้บุคคลโดยทั่วไปไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสได้กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อีกทั้ง กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมนั้นมีผลให้อำนาจการปกครองโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม ทั้งที่มารดาของผู้เยาว์ก็ยังคงมีความประสงค์ที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้นอยู่ต่อไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากยอมให้มีการรับบุตรบุญธรรมย่อมขัดต่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ศาลจึงยกประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของผู้ร้องขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยเปรียบเทียบกับสถานะของคู่สมรสตามกฎหมาย และเห็นได้ว่าในมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า หากผู้ขอรับบุตรบุญธรรมสมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ ทั้งคู่ย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมได้โดยใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรบุญธรรมร่วมกัน ซึ่งส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันไม่มีสถานะเป็นเสมือนคู่สมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศจึงทำให้ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมและมีอำนาจปกครองร่วมกันกับมารดาของผู้เยาว์ได้

สำหรับประเด็นเรื่องอำนาจการปกครองของผู้เยาว์ ศาลเคยวางหลักเกี่ยวกับอำนาจปกครองไว้สองเรื่อง คือ Cass. 1er civ. 24 février 2006 ซึ่งศาลสูงฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันที่มีเพศหญิงกับเพศหญิงมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายแพ่งไม่ได้มีข้อห้ามมารดาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวจะมอบอำนาจหน้าที่ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของตนให้แก่คู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันอย่างต่อเนื่องและถาวร ต่อเนื่องและมีความมั่นคง ที่สำคัญจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นตามพฤติการณ์และวิธีการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องหรือเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ตัวผู้เยาว์<sup>421</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลได้พิพากษาวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมใน Cass. 1er civ. 8 juillet 2010 ว่าในเรื่องของการมอบอำนาจปกครองบุตรนั้น ผู้ร้องทั้งสองจะต้องแสดงเหตุผลให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาลได้ว่าการมอบอำนาจปกครองบุตรตามกรณีดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์และทำให้การดำรงชีวิตของผู้เยาว์นั้นดีขึ้น และต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าการมอบอำนาจปกครองเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งจนไม่อาจละเลยได้<sup>422</sup>

<sup>421</sup> Civil Chamber 1 Court of Cassation, [Online] Accessed: 1 February 2016. Available from : [https://www.courdecassation.fr/IMG//C1\\_arret0417090\\_060224\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//C1_arret0417090_060224_EN.pdf)

<sup>422</sup> Civil Chamber 1 Court of Cassation, [Online] Accessed: 1 February 2016. Available from : [https://www.courdecassation.fr/IMG//C1\\_arret0912623\\_100708\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//C1_arret0912623_100708_EN.pdf)

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเป็นเหตุยกเว้นเรื่องเกณฑ์อายุของการรับบุตรบุญธรรม<sup>423</sup> ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวจะส่งผลให้ทั้งคู่มีอำนาจการปกครองร่วมกันต่อเมื่อผู้ร้องขอรับบุตรบุญธรรมสมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์เสียก่อน ดังนั้น การเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ว่าจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ไม่มีสิทธิตามมาตราดังกล่าว จึงทำให้เข้าลักษณะของการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดห้ามมิให้บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ซึ่งมีอำนาจการปกครองแต่เพียงผู้เดียวในการมอบอำนาจทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่คู่ชีวิตของตนเองที่อยู่ร่วมกันอย่างมั่นคงและถาวร อีกทั้ง จะต้องแสดงต่อศาลให้เป็นที่ประจักษ์ด้วยว่าการมอบอำนาจปกครองบุตรนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่ดีขึ้นในการดำรงชีวิตของผู้เยาว์ และจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญจนไม่อาจจะละเลยได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ไม่ใช่ผู้เยาว์ย่อมไม่เกิดปัญหาเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด

#### ค. ประเทศเยอรมนี

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศเยอรมนีอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งโดยกำหนดไว้ในมาตรา 9(7) Act on Registered Life Partners เป็นการนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาบังคับใช้อนุโลมในบางมาตรา โดยเงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นไปตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 4 ซึ่งการรับบุตรที่ติตมาของอีกฝ่ายหนึ่ง บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์จะต้องให้ความยินยอมให้การรับบุตรธรรมนั้น และผลของการรับบุตรที่ติตมาของอีกฝ่ายนั้นจะทำให้ผู้เยาว์เป็นบุตรของทั้งสองฝ่ายอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และมีอำนาจปกครองร่วมกัน นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์และครอบครัวเดิมย่อมสิ้นสุดลง กล่าวคือ หากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมาเป็นบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาหรือมารดาโดยกำเนิด (ที่ไม่ใช่คู่ชีวิต) สิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม หากบิดาหรือมารดาโดยกำเนิด (ที่ไม่ใช่คู่ชีวิต) มีอำนาจปกครองและได้เสียชีวิตลง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์และญาติพี่น้องของบิดาหรือมารดาผู้เสียชีวิตจะยังไม่สิ้นสุดลงตราบใดที่ยังไม่มีการตั้งผู้ปกครองผู้เยาว์ให้แก่ผู้ที่เหมาะสมก็ไม่สามารถตัดความสัมพันธ์ดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม แม้คู่ชีวิตจะไม่รับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดเกี่ยวกับอำนาจปกครองของคู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันเหนือ

<sup>423</sup> French Civil Code “ Article 343 – 2 The requirement as to age provided for in the preceding Article is not imposed in the case of adoption of the spouse's child ”

ตัวผู้เยาว์ หากคู่ชีวิตฝ่ายที่มีบุตรที่ติดมา มีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการตัดสินใจร่วมกันในการดำเนินชีวิตประจำวันของผู้เยาว์ และหากเกิดภัยอันตรายใดๆ ซึ่งหน้า คู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถกระทำการใดๆ อันจำเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ แต่ต้องแจ้งบิดาหรือมารดาผู้เยาว์ให้ทราบทันที ทั้งนี้ กฎหมายให้อำนาจศาลในการจำกัดอำนาจหรือตัดอำนาจของคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเทศเยอรมนีอนุญาตให้คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายได้ เนื่องจาก ในทางปฏิบัติเมื่อมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างคู่ชีวิตแล้ว คู่ชีวิตย่อมต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายอยู่แล้ว อีกทั้ง ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องให้การความยินยอมหรือตัดสินใจบางอย่างในยามฉุกเฉิน คู่ชีวิตที่ไม่ได้เป็นบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ย่อมไม่มีอำนาจปกครองหรืออำนาจการตัดสินใจใดๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลร้ายกับผู้เยาว์ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงมีการกำหนดเรื่องอำนาจการปกครองไว้เป็นการเฉพาะแม้ว่าจะไม่ได้ดำเนินการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมก็ตาม อย่างไรก็ตาม ผลดีของการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายทำให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครอง และถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นผลประโยชน์สูงสุดกับผู้เยาว์มากกว่า

#### ง. ประเทศอังกฤษ

กฎหมายบันทึกทางทะเบียนของประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ให้ความเท่าเทียมแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งอนุญาตให้คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่งได้ เหตุที่มีการเรียกร้องให้มีการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่งเพราะครอบครัวในรูปแบบนี้มีอยู่เป็นจำนวนมากในสังคมที่พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยงจะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ติดมาของอีกฝ่าย และในบางกรณีผู้เยาว์มีความจำเป็นที่จะต้องรับการรักษาทางการแพทย์อย่างเร่งด่วน แต่หน่วยงานต้องการบุคคลที่มีอำนาจการปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ซึ่งอำนาจปกครองเป็นสิ่งสำคัญระหว่างบิดามารดาและบุตร ซึ่งพ่อแม่บุญธรรมไม่ได้รับอำนาจปกครองโดยอัตโนมัติจากการสมรสหรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ บิดามารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจการปกครองนั้น หรือจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจการปกครองระหว่างกันตามมาตรา 4A (1) แห่ง Children Act 1989<sup>424</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวรวมถึงการจดทะเบียนคู่ชีวิตด้วย หรือจะเลือกใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมก็ได้

<sup>424</sup> Children Act 1989 “Section 4A Acquisition of parental responsibility by step-parent

โดยการรับบุตรที่ติดมาของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมสามารถดำเนินการตาม Adoption and Children Act 2002 “Section 51(2) ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุ 21 ปี บริบูรณ์ขึ้นไป หากแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็นหุ้นส่วนชีวิตในความสัมพันธ์ของบิดาหรือมารดาของบุคคลที่จะเป็นบุตรบุญธรรม” และการรับบุตรบุญธรรมนั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อศาลได้มีคำสั่งขอรับบุตรบุญธรรมโดยจะส่งผลให้ผู้เยาว์เป็นเสมือนบุตรที่ถูกต้องตามกฎหมายของพ่อแม่บุญธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างบุตรในความสัมพันธ์ของพ่อแม่บุญธรรมและคู่ชีวิตของพ่อแม่บุญธรรม รวมถึงการมีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน นอกจากนี้ ความสัมพันธ์กับครอบครัวโดยกำเนิดของผู้เยาว์จะสิ้นสุดลง

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ประเทศอังกฤษอนุญาตให้คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายได้ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ซึ่งการที่ผู้เยาว์มีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งสองคน คือ พ่อแม่บุญธรรมและบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ ย่อมเป็นผลดีแก่ผู้เยาว์มากกว่าการที่ผู้เยาว์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว

#### จ. ประเทศไทย

เนื่องด้วยการรับบุตรที่ติดของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จากศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดมาของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับเกณฑ์อายุของการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งหากมีการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาเกิดขึ้น อำนาจปกครองจะโอนจากบิดาหรือมารดาโดยกำเนิดของผู้เยาว์ไปยังผู้จะรับบุตรบุญธรรม เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะได้ทำการสมรสกับบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรมนั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้จะทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสมีอำนาจในการปกครองร่วมกัน อย่างไรก็ตาม คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ได้

---

(1) Where a child’s parent (“parent A”) who has parental responsibility for the child is married to [F2, or a civil partner of,] a person who is not the child’s parent (“the step-parent”)—

(a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child; or

(b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child.”

รับสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จึงทำให้คู่ชีวิตหากจะรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง จะส่งผลให้บิดาหรือมารดาโดยกำเนิดของผู้เยาว์หมดอำนาจปกครอง แม้ว่าคู่ชีวิตจะไม่สามารถเข้าถึงสิทธิการใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้อย่างคู่สมรส แต่กฎหมายแพ่งไม่ได้ห้ามให้บิดาหรือมารดาผู้ อำนาจปกครองผู้เยาว์แต่เพียงฝ่ายเดียวในการมอบอำนาจทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่คู่ชีวิตของตนเอง ทั้งนี้จะต้องเข้าองค์ประกอบตามที่ศาลได้วางแนวทางไว้

สำหรับประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษอนุญาตให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนทาง ทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้ เนื่องจาก ทั้งสองประเทศเห็นว่า ใน บางกรณีที่ผู้เยาว์มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการรักษาทางการแพทย์อย่างเร่งด่วน แต่คู่ชีวิตไม่มี ความสัมพันธ์และอำนาจปกครองใดๆ เห็นผู้เยาว์จึงเป็นผลกระทบต่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ อีก ทั้ง ในทางปฏิบัติคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดาผู้เยาว์ได้อุปการะเลี้ยงดูเช่นเดียวกับเป็นบุตรของตนเองแต่ ไม่มีสิทธิหรือก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆ ต่อผู้เยาว์ ดังนั้น จึงทำให้ทั้ง 2 ประเทศกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุญธรรมไว้โดยให้ทั้งคู่ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน นอกจากนี้ ทั้งสองประเทศยังกำหนดเรื่องการมอบอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาเหนือบุตร ผู้เยาว์ไว้เป็นการเฉพาะ หากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรที่ ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน แต่อนุญาตให้แต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้นจึงส่งผลให้คู่ชีวิตไม่สามารถ รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตร บุญธรรมของประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาของประเทศฝรั่งเศส เป็นอย่างมาก หากจะมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้ทั้งคู่มีอำนาจการ ปกครองร่วมกันเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษเป็นเรื่องที่จะต้องไปพิจารณากัน อย่างละเอียดต่อไปในอนาคต เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยไม่มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการ เฉพาะโดยจะต้องพิจารณาผลกระทบในหลายๆ ด้าน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของ การรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายแต่ควรให้ผู้จะรับบุตรบุญธรรมสมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ เสียก่อน เนื่องจากการสมรสจะทำให้ชีวิตของทั้งคู่มีความมั่นคงและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ตัวผู้เยาว์ เอง สำหรับคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนมีความเสี่ยงที่อาจจะเกิดการเลิกราได้ง่ายกว่าการ สมรส อีกทั้ง การที่บิดาหรือมารดาที่มีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของตนเองอยู่แล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้คู่ชีวิตรับบุตรของตนเองเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งถ้าหากทำเช่นนั้น อำนาจปกครองของตนเองจะถูกโอนไปยังคู่ชีวิตผู้จะรับบุตรบุญธรรม แต่เนื่องด้วยในทางปฏิบัติอาจมี ความจำเป็นที่คู่ชีวิตจะต้องตัดสินใจหรือดำเนินการใดๆ อันเกี่ยวกับผู้เยาว์ในกรณีฉุกเฉิน จึงเห็นว่า

บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ที่มีอำนาจปกครองบุตรเพียงลำพังสามารถมอบอำนาจปกครองของตนเองให้แก่คู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตในกรณีที่เป็น และเร่งด่วนเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจจำกัดหรือยกเลิกการมอบอำนาจปกครองนั้น หากมาตรการดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์



ตารางที่ 7 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ตีตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ตีตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ตีตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)	กฎหมาย Domestic Partnership มีได้ กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้เฉพาะ ดังนั้น จึงศึกษา Florida Statutes อันเป็นกฎหมายทั่วไป - Florida Statutes Section 63.042 ผู้ที่รับบุตรบุญธรรมอาจขอรับ บุตรบุญธรรมได้โดยบุคคลซึ่งได้สมรสแล้ว โดยคู่สมรสไม่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรม ร่วมกัน หากผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ใช่ คู่สมรสของบุคคลที่จะรับบุตรบุญธรรม และหากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบิดา หรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม และได้ให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรม	กฎหมาย Domestic Partnership มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ไว้เฉพาะ จึงศึกษา Florida Statutes อันเป็นกฎหมายทั่วไป - Florida Statutes Section 63.172(1)(a) บิดาหรือมารดา โดยกำเนิดหมดอำนาจปกครอง และความรับผิดชอบทั้งปวง เว้นแต่ บิดาหรือมารดาโดยกำเนิดที่เป็น ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ที่ได้สมรสกับ ผู้รับบุตรบุญธรรม	กฎหมาย Domestic Partnership มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ไว้เฉพาะ จึงศึกษา Florida Statutes อันเป็นกฎหมายทั่วไป - Florida Statutes Section 63.172(1)(b) ความสัมพันธ์ทาง กฎหมายระหว่างบุตรบุญธรรม และญาติของบุตรบุญธรรม เป็นอันยุติลง รวมถึงบิดาหรือมารดา โดยกำเนิด เว้นแต่บิดาหรือมารดา โดยกำเนิดที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ที่ได้สมรสกับผู้รับบุตรบุญธรรม	การรับบุตรที่ตีตมา ของอีกฝ่ายหนึ่ง จำกัดเฉพาะบุคคล ผู้ได้สมรสแล้ว ดังนั้น กรณีดังกล่าว ไม่สมควรนำมาปรับใช้ กับคู่ชีวิตได้



ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
<p>2. ประเทศฝรั่งเศส</p>	<p>กฎหมาย PACS มีกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เฉพาะ ดังนั้น จึงศึกษา French Civil Code อันเป็นกฎหมายทั่วไป</p> <p>- French Civil Code Article 343 – 1</p> <p>ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และหากผู้รับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่ในขณะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสของตนเสียก่อน</p> <p>- French Civil Code Article 343 – 2</p> <p>ความในมาตราก่อนมีให้นำมาใช้ในกรณีการรับบุตรที่ติตมาของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม</p> <p>- French Civil Code Article 344 เจเนนเซเกี่ยวข้องกับารรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุต่ำกว่าบุตรบุญธรรมสิบห้าปี</p>	<p>กฎหมาย PACS มีกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เฉพาะ ดังนั้น จึงศึกษา French Civil Code อันเป็นกฎหมายทั่วไป</p> <p>- การรับบุตรบุญธรรมของประเทศฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การรับบุตรบุญธรรมแบบสมบูรณ และการรับบุตรบุญธรรมแบบบรรณาติ</p> <p>อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมแบบบรรณาติเท่านั้นที่มีข้อกำหนด</p> <p>ยกเว้นให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์มีอำนาจปกครองร่วมกัน</p> <p>- French Civil Code Article 365</p> <p>สิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับอำนาจปกครองนั้นเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม</p>	<p>กฎหมาย PACS มีกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เฉพาะ ดังนั้น จึงศึกษา French Civil Code อันเป็นกฎหมายทั่วไป</p> <p>- French Civil Code Article 364</p> <p>บุตรบุญธรรมยังคงมีความสัมพันธ์กับครอบครัวโดยกำเนิด และไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ที่ต่อครอบครัวโดยกำเนิด โดยเฉพาะสิทธิในการรับมรดก</p>	<p>- การรับบุตรที่ติตมาของอีกฝ่ายหนึ่งจำกัดเฉพาะบุคคลผู้ได้สมรสแล้ว</p> <p>ดังนั้น กรณีดังกล่าวไม่สมควรนำมาปรับใช้กับคู่ชีวิตได้</p> <p>- ข้อสังเกต</p> <p>กฎหมายไม่ได้ห้ามให้บิดาหรือมารดาผู้มีอำนาจปกครองผู้เยาว์เพียงลำพังจะมอบอำนาจปกครองของตนทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่คู่ชีวิตของตน</p>

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
	หากบุตรบุญธรรมนั้นเป็นบุตรที่ติตมา ของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมจะต้อง มีอายุต่ำกว่าบุตรบุญธรรมสิบปี	แต่เพียงผู้เดียว รวมถึงสิทธิที่จะให้ ความยินยอมในการสมรสของ บุตรบุญธรรม เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรม จะได้สมรสกับบิดาหรือมารดา ของบุตรบุญธรรมนั้น ในกรณีดังกล่าว ให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรส มีอำนาจปกครองร่วมกัน แต่คู่สมรส ดังกล่าวยังคงต้องใช้อำนาจเพียงลำพัง หากคู่สมรสมีได้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ ของ Tribunal de Grande		ที่อาศัยอยู่ร่วมกัน อย่างมั่นคงและยั่งยืน ทั้งนี้ จะต้องพิสูจน์ ต่อศาลให้ได้ว่า หากไม่ได้อำนาจ ปกครองนั้นจะเกิด ผลร้ายต่อผู้เยาว์
3. ประเทศเยอรมนี	กฎหมาย Act on Registered Life Partnerships กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตร ที่ติตมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไว้ใน มาตรา 9(7) ให้นำประโยชน์แรก ของมาตรา 1743, มาตรา 1751 (2)	กฎหมาย Act on Registered Life Partnerships ให้นำมาตรา 1754 German Civil Code มาบังคับใช้โดย อนุโลม กรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับ บุตรที่ติตมาของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตร บุญธรรม ผู้เยาว์จะถือว่าเป็น	กฎหมาย Act on Registered Life Partnerships ให้นำ German Civil Code มาบังคับใช้โดยอนุโลม - German Civil Code Section 1755 คู่ชีวิตรับบุตรที่ติตมาของ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์	การรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถกระทำได้

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
	และประโยคที่ 2 ของมาตรา 1751 (4), มาตรา 1754 (1) และ (3), มาตรา 1755 (2), มาตรา 1756 (2), ประโยคแรกของมาตรา 1757 (2) และ ประโยคแรกของมาตรา 1772 (1) และ หัวข้อย่อ C ของมาตรา 1772 (1) ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาบังคับใช้โดยอนุโลม	บุตรของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอย่าง ถูกต้องตามกฎหมาย และอำนาจ การปกครองของผู้เยาว์ก็อยู่ที่คู่สมรส ทั้งสองฝ่ายเช่นกัน	ระหว่างผู้เยาว์และครอบครัวเดิม ย่อมสิ้นสุดลง - German Civil Code Section 1756 คู่ชีวิตรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ความสัมพันธ์ ระหว่างผู้เยาว์และครอบครัวเดิม ย่อมไม่สิ้นสุดลง หากบิดาหรือมารดา ที่แท้จริง (ที่ไม่ใช่คู่ชีวิต) มีอำนาจ ปกครองและได้เสียชีวิตลง	
4. ประเทศอังกฤษ	กฎหมาย Civil Partnership Act 2004 มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมาของ คู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม Adoption and Children Act 2002 กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ - Section 51(2) ผู้รับบุตรบุญธรรม จะต้องมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป หากแสดงให้เห็นที่พหุใจแก่ศาลว่า	กฎหมาย Civil Partnership Act 2004 มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม Adoption and Children Act 2002 กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ - Section 67 บุตรบุญธรรมย่อมมี ฐานะอย่างเดียวกับบุตรโดยชอบ	ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์ และครอบครัวเดิมย่อมสิ้นสุดลง	การรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถทำได้

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
ผู้จะรับบุตรบุญธรรมเป็นหุ้นส่วนชีวิต ในความสัมพันธ์ของบิดาหรือมารดา ของบุคคลที่จะเป็นบุตรบุญธรรม ข้อสังเกต หากผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ได้ สมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ที่จะ เป็นบุตรบุญธรรม ผู้รับบุตรบุญธรรม จะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าผู้รับ บุตรบุญธรรมอาศัยอยู่ร่วมกับบิดาหรือ มารดาของผู้เยาว์ราวกับเป็นหุ้นส่วนชีวิต ในความสัมพันธ์ของครอบครัวที่ยั่งยืน	ด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรม ของหุ้นส่วนชีวิต (Partner) ของบิดา หรือมารดาของบุตรบุญธรรมจะได้รับ การเลี้ยงดูตามกฎหมายราวกับเป็น บุตรของทั้งสองฝ่าย จึงทำให้ทั้งสอง ฝ่ายมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรม นั้นร่วมกัน	- ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน คู่ชีวิต พ.ศ. .... มีได้กำหนดไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับ บุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตร	การรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถกระทำได้	
5. ประเทศไทย	- ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีได้กำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้เป็นการเฉพาะ เจื่อนไข จึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์อันเป็นบทกฎหมายทั่วไป	บุตรบุญธรรมยังคงมีความสัมพันธ์กับ ครอบครัวโดยกำเนิด และไม่สูญเสีย สิทธิและหน้าที่ที่ครอบครัวโดย กำเนิด		

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	อำนาจปกครองร่วมกัน ของผู้รับบุตรบุญธรรมและ บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์	ผลของการรับบุตรที่ติตมา ของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นบุตรบุญธรรม	หมายเหตุ
		<p>บุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณี เช่นนี้ ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมด อำนาจปกครองนับแต่เวลาที่เด็ก เป็นบุตรบุญธรรมแล้ว</p> <p>- ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 41 วรรคสอง เมื่อจดทะเบียน รับบุตรบุญธรรมแล้วให้<b>อำนาจ</b> ปกครองในบุตรมี<b>เท่ากัน</b> โดยถือว่า คู่ชีวิตอีกฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมนั้น เป็นผู้ปกครองบุตรร่วมกับคู่ชีวิต อีกฝ่ายที่มีบุตรติตมาด้วยโดยค้ำจนถึง ความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้น เป็นสำคัญ</p>		

### 5.2.2.3 การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน สำหรับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรส การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกับคู่ชีวิตของตนเองย่อมกระทำมิได้นอกจากนี้ ผู้ร่างยังให้ความสำคัญเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันควรอนุญาตให้คู่สมรสมีสิทธิเท่านั้น เนื่องจาก การยอมรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในฐานะคู่สมรสสำหรับประเทศไทยยังไม่ได้รับการยอมรับมากนัก อีกทั้ง เพื่อลดความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1598/19 บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นต้องมีอายุแก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อยสิบห้าปี” ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา 1598/26 บัญญัติว่า ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม” การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันสามารถกระทำได้หากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันสามารถกระทำได้โดยคู่สมรสเท่านั้น และเมื่อพิจารณามาตรา 1598/26 จะเป็นกรณีที่รับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสในภายหลังก็มีผลเช่นเดียวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันตั้งแต่แรกเริ่ม ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงไม่สามารถให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้เช่นเดียวกับคู่สมรสที่จะสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตเอาไว้เป็นการเฉพาะโดยให้คู่ชีวิตมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติสามารถรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันได้<sup>425</sup>

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แตกต่างกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

<sup>425</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 42

### ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่อนุญาตให้กระทำได้ในมลรัฐฟลอริดา เนื่องจากภายใต้กฎหมาย “Florida Statutes Section 63.042 (2) (a) กำหนดว่า บุคคลที่อาจขอรับบุตรบุญธรรม คือ คู่สามีและภรรยาที่รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน” เนื่องจาก เป้าหมายหลักของการรับบุตรบุญธรรมเพื่อการมีชีวิตที่เป็นอยู่ที่ดีขึ้น ความพร้อมและความมั่นคงของครอบครัว ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศย่อมไม่สามารถทำได้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่มลรัฐฟลอริดาจะอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ถูกต้องตามกฎหมายก็ย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ

### ข. ประเทศฝรั่งเศส

การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสไม่อนุญาตให้กระทำได้ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดห้ามมิให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกันไว้ในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไว้เฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาตามตัวบทกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้วพบว่า “French Civil Code Article 343 การรับบุตรบุญธรรมอาจขอรับโดยคู่สามีและภรรยาที่มีได้แยกกันอยู่ และการสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์” ซึ่งการที่กฎหมายบังคับระยะเวลาที่คู่สมรสต้องอยู่กินกันมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีเพื่อประโยชน์และความผาสุกของทั้งสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายบุตรบุญธรรมมีความหวังว่าจะได้ครอบครัวใหม่ที่บิดามารดามีจิตใจมั่นคงต่อกันในชีวิตครอบครัว มิฉะนั้นแล้ว บุตรบุญธรรมย่อมต้องประสบปัญหาเดิมที่ตนเองมาจากครอบครัวที่แตกร้าง และฝ่ายผู้จะรับบุตรบุญธรรม หลังได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมา 2 ปี หากตัดสินใจรับบุตรบุญธรรมย่อมแสดงว่าคู่สมรสได้วางแผนการล่วงหน้าและคิดไตร่ตรองมาอย่างดีแล้ว

ด้วยเหตุนี้เอง การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงไม่ได้รับอนุญาตและไม่เพียงแต่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น คู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนคู่ชีวิตก็ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันในฐานะคู่สมรสได้ เนื่องจากกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของฝรั่งเศสมีสถานะและได้รับสิทธิต่างๆ ไม่เท่าเทียมกับคู่สมรส อีกทั้งยังสามารถเลิกกันได้ง่ายกว่าการสมรส จะเห็นได้ว่า ความมั่นคงในความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตมีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของบุตรบุญธรรม ดังนั้น หากอนุญาตให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกันอาจมีความเสี่ยงที่ทำให้ผู้เยาว์ไม่ได้รับประโยชน์และความผาสุกอย่างเต็มที่

### ค. ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิในการสมรสและการก่อตั้งครอบครัวอย่างยิ่ง ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัยตลอดมาว่าการสมรสที่กฎหมายรัฐธรรมนูญคุ้มครองจะต้องเป็นการสมรสของชายและหญิง อีกทั้ง นอกจากนี้ “German Civil Code Section 1741(2) คู่สมรสอาจขอรับบุตรบุญธรรมได้” อนุญาตให้บุคคลสองคนรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้แต่เฉพาะคู่สมรสเท่านั้นไม่ได้รวมถึงคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในปี 2013 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีพบว่ากรณีที่ไม่อนุญาตให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งที่รับบุตรบุญธรรมนั้นอยู่ก่อนเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายอนุญาตให้รับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งศาลจึงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อสิทธิในความเท่าเทียมกันของผู้เยาว์และความคาดหวังของบิดามารดา ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมของบิดามารดาที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อ การเจริญเติบโตของผู้เยาว์ สวัสดิภาพหรือผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ที่กฎหมายบันทึกทางทะเบียนมีการแก้ไขแล้ว ในส่วนของการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของเพศเดียวกันก็ยังคงไม่ได้รับการอนุญาตแต่อย่างใด

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตยังไม่ได้รับอนุญาตเช่นเดียวกับคู่สมรส แม้ว่าจะมีคำพิพากษาของศาลเห็นว่าการไม่อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ตามกฎหมายแล้วก็ยังไม่มีการแก้ไขประเด็นดังกล่าวอย่างชัดเจน

### ง. ประเทศอังกฤษ

*Civil Partnership Act 2004 Section 79(12)* แก้ไขเพิ่มเติม กฎหมาย *Adoption and Children Act 2002 144(4)* คู่ครอง (Couple) หมายความว่า คู่สมรส หรือบุคคลสองคน (ไม่ว่าต่างเพศหรือเพศเดียวกัน) ที่ใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะหุ้นส่วนความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ยั่งยืน ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจึงรวมถึงการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตของบุคคลรักเพศเดียวกันที่ได้จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตด้วย และขยายไปถึงบุคคลสองคนที่ไม่ได้สมรสหรือจัดบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถาวรและมั่นคง จึงส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ และสามารถดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมาย “*Adoption and Children Act 2002 Section 50 การรับบุตรบุญธรรมอาจทำได้โดยคู่ครองซึ่งทั้งสองฝ่ายมีอายุตั้งแต่ 21 ปี บริบูรณ์*”



เหตุผลที่ประเทศอังกฤษอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เนื่องจาก ตามธรรมชาติอาจจะเป็นสิ่งที่ถ้าผู้เยาว์ถูกเลี้ยงมาโดยบิดามารดาที่สมรสกัน แต่ความคิดแบบนี้เป็นการปฏิเสธความเป็นจริงที่ผู้เยาว์ไม่อาจเจริญเติบโตมาในครอบครัวในรูปแบบนี้ได้ อย่างเดียว ซึ่งครอบครัวอาจจะมีบิดาหรือมารดาบางคนเสียชีวิต แยกกันอยู่ หรืออาจจะเป็นครอบครัวเลี้ยงเดี่ยว ดังนั้น การสมรสของบิดามารดาจึงไม่มีความสำคัญอีกต่อไป สำหรับความเกรงกลัวว่าผู้เยาว์หากได้รับการเลี้ยงดูจากคนที่มิพหุติกรรมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันอาจเกิดความสับสน และอาจโตมาเป็นแบบเดียวกับผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งกรณีดังกล่าว มีหลักฐานเพียงเล็กน้อยเท่านั้นที่จะบ่งชี้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันไม่ได้ขึ้นอยู่กับผู้เลี้ยงอุปการะเพียงอย่างเดียว ยังขึ้นอยู่กับสภาพสิ่งแวดล้อมในสังคมด้วย ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมควรพิจารณาจากความสามารถและประสิทธิภาพในการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมมากกว่าพิจารณาถึงพฤติกรรมทางเพศของผู้รับบุตรบุญธรรม

จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษให้สิทธิเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันกับบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันไม่ได้จำกัดอยู่ในเงื่อนไขที่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องสมรสกันอย่างเดียวเท่านั้น ยังอนุญาตให้คู่ชายหญิงที่ไม่ได้สมรสหรือแม้แต่คู่รักเพศเดียวกันไม่ว่าจะจดทะเบียนทางทะเบียนคู่อชีวิตหรือไม่ก็ตาม สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้หากมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถาวรและมั่นคง

#### จ. ประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าประเทศไทยกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่อชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่อชีวิต พ.ศ. .... ไว้แตกต่างกัน โดยฉบับแรกไม่อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน และฉบับที่สองอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันตามลำดับ จากที่ได้พิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้จะต้องเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากการเป็นคู่สมรสย่อมทำให้สถานะของคู่รักทั้งสองฝ่ายมีความมั่นคงและยั่งยืนมากกว่าการรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบอื่นๆ อีกทั้งเป็นการให้ความมั่นใจได้ว่าบุตรบุญธรรมที่จะเข้ามาอยู่ในครอบครัวดังกล่าวมีฐานความมั่นคงของครอบครัวระดับหนึ่ง แม้กระทั่ง ในประเทศฝรั่งเศสคู่สมรสนั้นจะต้องสมรสมาแล้วอย่างน้อย 2 ปี เพื่อให้มั่นใจว่าครอบครัวมีความมั่นคงเพียงพอแล้วที่จะรับบุตรบุญธรรมมาดูแล และด้วยเหตุดังกล่าวทำให้คู่อชีวิตไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ แม้ว่าประเทศอังกฤษจะมีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่แตกต่างออกไป โดยให้บุคคลสองคนไม่ว่าจะสมรสหรือจดทะเบียนคู่อชีวิตหรือไม่รับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะต้องแสดงว่า ทั้งคู่มีความสัมพันธ์ที่มั่นคงและยั่งยืนเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่ควรอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน

จนกว่าจะมีการอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้ง จากการศึกษาเรื่องการหย่าร้างหรือแยกกันอยู่ของคู่รักโดยพิจารณาจากเพศนั้น พบว่า เพศหญิงมีความอ่อนไหวทางด้านอารมณ์มากกว่าฝ่ายชาย ดังนั้น คู่รักเพศเดียวกันที่เป็นเพศหญิงทั้งสองฝ่ายมีอัตราการเลิกกันได้ง่ายกว่าคู่รักเพศเดียวกันที่เป็นฝ่ายชาย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... พบว่า การยุติความสัมพันธ์ตามกฎหมายดังกล่าว ได้เพิ่มเติมให้มีการยุติความสัมพันธ์โดยไม่มีความผิด จะเห็นได้ว่า แม้การยุติความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังต้องมีการประนีประนอมกันก่อนที่จะมีการหย่า เหตุใดร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงอนุญาตให้คู่ชีวิตสามารถเลิกกันได้โดยง่ายดาย และเมื่อพิจารณาต่อไปถึงการรับบุตรบุญธรรมพบว่า หากอนุญาตให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้แล้วมีการเลิกกันภายหลังย่อมส่งผลกระทบต่อบุตรบุญธรรมอย่างแน่นอน ซึ่งบุตรบุญธรรมที่มีเคยได้รับความรัก ความอบอุ่น และความมั่นคงจากพ่อแม่บุญธรรม แต่ความสัมพันธ์เหล่านี้ได้ถูกทำลายไป แม้ว่าจะดูเหมือนเป็นเรื่องธรรมดาที่ครอบครัวอาจมีการแตกแยกกันได้ก็ตาม แต่การที่บุคคลที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้วต้องมาเจอกับครอบครัวที่ไม่มั่นคง ย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจของบุตรบุญธรรม รวมถึงการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล กลายเป็นบุคคลที่มีความประพฤติกเลวไหล อาชญากร การประพฤติกเล็ดทางเพศ ซึ่งกลายเป็นปัญหาสังคมต่อไป อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยได้อนุญาตให้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วนั้น ก็ไม่อาจทราบได้ว่าความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันจะมีความมั่นคงมากน้อยเพียงไร แน่แน่นอนว่าบางคู่อาจจะมีความสัมพันธ์ที่มั่นคงเทียบเท่าคู่รักต่างเพศ หรือบางคู่อาจจะไม่มีความมั่นคงก็ตาม ด้วยเหตุนี้เองระหว่างที่มีการอนุญาตให้คู่รักต่างเพศสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้นั้น ควรต้องมีหน่วยงานที่เก็บสถิติหรือทำวิจัยว่าคู่รักเพศเดียวกันมีคุณสมบัติ และความมั่นคงเพียงพอที่จะสามารถดูแลบุตรบุญธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพไม่แพ้คู่รักต่างเพศ และอัตราการหย่าร้างมีน้อยเพื่อสร้างความมั่นใจได้ว่าหากมีการรับบุตรบุญธรรมย่อมก่อให้เกิดความมั่นคงในชีวิตของบุตรบุญธรรม

ตารางที่ 8 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม ร่วมกันของคู่ชีวิต	หมายเหตุ
1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)	กฎหมาย Domestic Partnership มิได้กำหนดไว้เฉพาะ อย่างไรก็ตาม - Florida Statutes Section 63.042(2)(a) บุคคลที่อาจขอรับบุตรบุญธรรม คือ คู่สามีและภรรยาที่รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน	คู่ชีวิตไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้
2. ประเทศฝรั่งเศส	กฎหมาย PACS มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้เฉพาะ ดังนั้นจึงศึกษากฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอันเป็นบทกฎหมายทั่วไป - French Civil Code Article 343 การรับบุตรบุญธรรมอาจขอรับโดยคู่สามีและภรรยาที่มีได้แยกกันอยู่ และการสมรสมาแล้วมากกว่า 2 ปี หรือคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์	คู่ชีวิตไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้
3. ประเทศเยอรมนี	กฎหมาย Act on Registered Life Partnerships มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตเอาไว้เฉพาะ นอกจากนี้ กฎหมาย German Civil Code Section 1741(2) คู่สมรสอาจขอรับบุตรบุญธรรมได้	คู่ชีวิตไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้
4. ประเทศอังกฤษ	- กฎหมาย Civil Partnership Act 2004 Section 79(12) แก้ไขเพิ่มเติม กฎหมาย Adoption and Children Act 2002 144(4) คู่ครอง (Couple) หมายความว่า คู่สมรส หรือบุคคลสองคน (ไม่ว่าต่างเพศหรือเพศเดียวกัน)	คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม ร่วมกันของคู่ชีวิต	หมายเหตุ
	<p>ที่ใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะหุ้นส่วน ความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ยั่งยืน</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- กฎหมาย Adoption and Children Act 2002 Section 50</li> </ul> <p>การรับบุตรบุญธรรมอาจทำได้ โดยคู่ครองซึ่งทั้งสองฝ่ายมีอายุตั้งแต่ 21 ปีบริบูรณ์</p>	
5. ประเทศไทย	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดไว้เฉพาะ จึงศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นกฎหมายทั่วไป</li> <li>- มาตรา 1598/19 บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า กว่ายี่สิบห้าปีจะรับบุคคลอื่นเป็น บุตรบุญธรรมก็ได้ แต่ผู้นั้นต้องมีอายุ แก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม อย่างน้อยสิบห้าปี</li> <li>- มาตรา 1598/26 ผู้เยาว์ที่เป็น บุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็น บุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีก ในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็น บุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตร บุญธรรม</li> <li>- ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มาตรา 42 บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ได้รับสิทธิ ในการรับบุตรบุญธรรมและรับผู้เยาว์ เป็นบุตรบุญธรรม และจะรับผู้เยาว์</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่สามารถรับ บุตรบุญธรรมร่วมกันได้</li> <li>- ร่างพระราชบัญญัติ คู่ชีวิต พ.ศ. .... สามารถ รับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ได้</li> </ul>

ประเด็นปัญหา กฎหมาย ต่างประเทศ และกฎหมายไทย	เงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม ร่วมกันของคู่ชีวิต	หมายเหตุ
	<p>เป็นบุตรบุญธรรม ให้ใช้ใบทะเบียน คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้เป็นหลักฐาน ทดแทนสำเนาทะเบียนสมรสตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ได้รับสิทธิจากการเป็นคู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้เทียบเท่า และเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์...</p>	

### 5.2.3 แนวทางการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

ก่อนที่จะพิจารณาเรื่องการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ประเทศไทยจะต้องมีความชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเสียก่อน ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายด้วยกัน 2 ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... โดยร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับกำหนดไว้แตกต่างกันซึ่งผู้เขียนได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ประเทศไทยควรออกกฎหมายอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเสียก่อน และเมื่อระยะเวลาผ่านไปจึงมาพิจารณาข้อดีข้อเสียของการมีกฎหมายดังกล่าว เมื่อเป็นผลดีและสังคมให้การยอมรับมากขึ้นจึงค่อยพัฒนาให้กลุ่มคนดังกล่าวสามารถจดทะเบียนสมรสได้เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ซึ่งจากที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศแล้ว การออกกฎหมายในรูปแบบของบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตเป็นการปูทางให้การสมรสเพื่อความสัมพันธ์ที่มั่นคงในอนาคต และการที่ประเทศไทยจัดทำร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันถึง 2 ฉบับ จึงทำให้กฎหมายดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน และเสี่ยงประมาทในการพัฒนากฎหมายไปโดยเปล่าประโยชน์ ดังนั้น จึงควรให้มีแค่ร่างพระราชบัญญัติเพียงฉบับเดียว และกำหนดแนวทางให้ชัดเจนว่ากลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิประโยชน์ใดบ้างหลังจากได้จดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต และควรมีมาตรการที่ไม่ให้เกิดช่องว่างในการหาประโยชน์ทางกฎหมายโดยการจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต

สำหรับประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เป็นประเด็นที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนอย่างมาก เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนระหว่างคู่ชีวิตอีกต่อไป แต่ยังมีบุคคลภายนอกดังเช่นบุตรบุญธรรม และครอบครัวของบุตรบุญธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน เมื่อได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันพบว่า มีแนวคิดที่แตกต่างกัน 2 แนวทาง

แนวคิดประการแรก เป็นแนวความคิดที่สนับสนุนให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันของมนุษย์ที่รัฐพึงจะต้องคุ้มครอง อีกทั้ง การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบในทางร้ายแก่ตัวบุตรบุญธรรม และมีงานวิจัยหลายชิ้นที่พิสูจน์ได้ว่า ผลการเลี้ยงดูของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้มีความแตกต่างจากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ และในบางกรณีผลออกมาดียิ่งกว่าด้วย นอกจากนี้ ความเกรงกลัวเกี่ยวกับพฤติกรรมที่บุตรบุญธรรมอาจจะนำมาเลียนแบบนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพศวิถีของผู้รับบุตรบุญธรรม และแม้แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมมีเพศวิถีแบบ

รักต่างเพศก็มีความเสี่ยงที่บุตรบุญธรรมจะมีพฤติกรรมแบบรักเพศเดียวกันเช่นกัน สำหรับบทบาทของความเป็นบิดามารดาที่จะต้องเกิดจากการสมรสของเพศชายและเพศหญิงนั้น ย่อมไม่เป็นเหตุผลที่จะทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถทำหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาได้ เนื่องจาก การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวก็ย่อมต้องทำหน้าที่หรือรับบทบาทเป็นทั้งบิดาและมารดาเช่นกัน

แนวคิดประการที่สอง เป็นแนวคิดที่ไม่สนับสนุนให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม เนื่องจากแนวคิดดังกล่าวเห็นว่า บุตรบุญธรรมที่จะอยู่ในครอบครัวปกติและมองครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันผิดปกติ อีกทั้ง อาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาแบบพฤติกรรมของผู้รับบุตรบุญธรรม และความสัมพันธ์ในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนไม่มั่นคงเท่าคู่สมรส ดังนั้น อาจเกิดผลกระทบต่อบุตรบุญธรรมในอนาคตได้ จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคิดทั้งสองแนวคิดแล้วเห็นว่า ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมได้ แต่จะอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมในรูปแบบใดจะต้องพิจารณาต่อไปอีกขั้นหนึ่ง โดยเหตุที่ควรอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมนั้นคือ เป้าหมายการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมคือการให้ที่อยู่อาศัยที่ดี มีประสิทธิภาพในการเลี้ยงดู และบุตรบุญธรรมมีคุณภาพชีวิตที่ดี อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยควรให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมอย่างน้อยเพียงใด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยต่อไป ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับสังคมไทยมากที่สุด ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันและมีกระบวนการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้เช่นใดใน 3 รูปแบบ คือ การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอยู่ฝ่ายหนึ่ง และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ประการแรก การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวในกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว แม้ว่าจะเป็นบุคคลดังกล่าวจะได้จดทะเบียนคู่ชีวิตหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้จดทะเบียนมีความประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรม จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ สถานะของคู่ชีวิตในแต่ละประเทศแตกต่างกัน ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศสมองว่าคู่ชีวิตมีสถานะเหมือนคนโสด (Single) ไม่ใช่คู่ครอง (Couple) แต่ละฝ่ายไม่มีสิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม และไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับญาติพี่น้องของอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น คู่ชีวิตที่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจึงไม่ต้องขอความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ประเทศเยอรมนีกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ประเทศอังกฤษ ผู้จะขอรับบุตรบุญธรรมโดย

บุคคลคนเดียวจะต้องไม่จัดบันทึกทางทะเบียน หรือจัดบันทึกทางทะเบียนแต่เข้าช้อยกเว้นที่ศาลจะอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) มีกฎหมายห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม แต่มีคำพิพากษาคัดค้านว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ได้รับรองทั้งมลรัฐ และอนุญาตเพียง 9 เทศมณฑลเท่านั้น ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจึงเป็นไปตามกฎหมายมลรัฐฟลอริดาซึ่งบุคคลที่ไม่ได้สมรสย่อมไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใด

จากที่ได้ศึกษาแล้วพบว่า ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดห้ามการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับกฎหมายมลรัฐฟลอริดาเดิมที่ยังไม่มีการแก้ไขอย่างปัจจุบัน หากมีการกำหนดห้ามไม่ให้รับบุตรบุญธรรมทั้งๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมได้อยู่แล้วย่อมเป็นขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 และจากที่ได้กล่าวมาแล้วตอนต้นว่าการเลี้ยงดูกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้เกิดผลร้ายหรือพัฒนาการของบุตรบุญธรรมจึงควรอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ ซึ่งควรกำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี มิฉะนั้น อาจเกิดการตีความเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้รับบุตรบุญธรรมอีกในอนาคต นอกจากนี้ การศึกษาร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันเช่นเดียวกับคู่สมรสและมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมด้วย ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวที่ได้จัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เนื่องจาก การรับบุตรบุญธรรมย่อมกระทบถึงความสัมพันธ์และส่วนแบ่งในการรับมรดกของคู่ชีวิตฝ่ายที่ไม่ได้รับบุตรบุญธรรม

ประการที่สอง การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีดังกล่าวนี้ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ ความต้องการมีอำนาจปกครองของผู้รับบุตรบุญธรรมเหนือบุตรผู้เยาว์ของคู่ชีวิตฝ่ายที่บุตรนั้นติดตาม จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดไว้แตกต่างกัน โดยประเทศฝรั่งเศส การรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งจะมีอำนาจปกครองร่วมกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ได้เมื่อฝ่ายที่จะรับบุตรบุญธรรมนั้นได้สมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ จึงทำให้คู่ชีวิตไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อให้ตนเองมีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้ห้ามให้บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ที่มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงฝ่ายเดียวสามารถมอบอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่บุคคลที่ตนได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างต่อเนื่องและมั่นคง ประเทศเยอรมนี อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้โดย



กำหนดในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนให้นำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีมาบังคับใช้โดยอนุโลมตาม มาตราที่ได้กำหนดไว้ สำหรับประเทศอังกฤษอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถ รับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้เช่นกันแต่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมไว้ อยู่แล้วซึ่งส่งผลให้คู่ชีวิตฝ่ายที่รับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมและบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์มีอำนาจการ ปกครองร่วมกัน อย่างไรก็ตาม มลรัฐฟลอริดาไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับ บุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งผู้ที่รับบุตรบุญธรรมจะต้องเป็น “คู่สมรส” ของบิดา หรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้น<sup>426</sup> ซึ่งกฎหมายมลรัฐฟลอริดาไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศ เดียวกันสมรสกันได้

จากที่ได้ศึกษาแล้วพบว่า ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... มิได้ กำหนดไว้โดยเฉพาะ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายทั่วไปมิได้ กำหนดเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ กระบวนการ และผลเกี่ยวกับการรับบุตรที่ติดตามของคู่สมรสอีก ฝ่ายหนึ่ง และอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ร่วมกันไว้เฉพาะเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ร่าง พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติมจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่ง จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวความคิดการรับบุตรที่ติดตามของ ของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผลดีแก่ผู้เยาว์แต่ทั้งนี้ควรอนุญาตให้เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น ซึ่งการกำหนดใน รายละเอียดจะต้องพิจารณาต่อไปในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่ควรให้มีการรับ บุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากการอนุญาตให้สิทธิดังกล่าวแก่คู่สมรสตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเพิ่มขึ้นมาซึ่งเป็นการให้สิทธิมากเกินไปที่คู่สมรสได้รับเสียอีก และแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติ ดังกล่าวจะอนุญาตให้แก่คู่รักต่างเพศในการจดทะเบียนด้วยก็ตาม ย่อมทำให้เกิดปัญหา เรื่องความทับซ้อนและลักลั่นของการบังคับใช้กฎหมายของคู่รักต่างเพศ ระหว่างคู่สมรสตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... สำหรับอำนาจปกครองผู้เยาว์ ของคู่ชีวิตที่ได้ใช้ชีวิตร่วมกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ หากบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครอง บุตรแต่เพียงผู้เดียวจะมอบอำนาจหน้าที่ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของตนให้แก่คู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันอย่าง ต่อเนื่อง ถาวร และมีความมั่นคง ทั้งนี้ จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิต และเป็น

<sup>426</sup> Florida Statutes “Section 63.042 (2) “The following persons may adopt:

(c) A married person without the other spouse joining as a petitioner, if the person to be adopted is not his or her spouse, and if:

1. The other spouse is a parent of the person to be adopted and consents to the adoption; or ....”

ประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจจำกัดหรือยกเลิกการมอบอำนาจปกครองนั้นได้ หากเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์

ประการที่สาม การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของผู้ชีวิต ตามกฎหมายของต่างประเทศ การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของผู้ชีวิตที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่สามารถกระทำได้ไม่ว่าจะเป็น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี หรือประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะทำได้เฉพาะแต่คู่สมรสเท่านั้น เพราะคู่สมรสมีสถานะมั่นคงยั่งยืนและเป็นการจำลองครอบครัวได้ เสมือนจริงที่สุด กล่าวคือ บุตรบุญธรรมนั้นจะได้มีทั้งบิดาและมารดา และเป็นผลดีแก่ผู้เยาว์ที่จะได้มี บิดาและมารดาทั้งสองคนและได้รับสิทธิทุกประการในฐานะบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของทั้งสอง ฝ่าย แต่ความสัมพันธ์ของผู้ชีวิตไม่มีความมั่นคงยั่งยืนกว่าคู่สมรส อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษ อนุญาตให้คู่รักสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ ไม่ว่าจะเป็คู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรสหรือไม่ ก็ตาม หรือเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนก็สามารถขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ หากแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่มั่นคงและยั่งยืน

เมื่อปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ในหมวดเกี่ยวกับการสิ้นสุด ความสัมพันธ์สามารถบอกเลิกได้ง่ายโดยไม่ต้องมีมูลความผิด (No - Fault Base) ซึ่งทำให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ของผู้ชีวิตไม่มีความมั่นคงเทียบเท่ากับคู่สมรสได้เลย เนื่องจากการสิ้นสุดความสัมพันธ์ ของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การเลิกกันไม่ว่าในกรณีใดย่อมมีกระบวนการไกล่เกลี่ย และกระบวนการศาลเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นที่แน่ใจว่าความสัมพันธ์ระหว่างกันของทั้งคู่ไม่ อาจดำเนินต่อไปได้แล้วจริงๆ และแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จะนำเรื่อง การสิ้นสุดความสัมพันธ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้อนุโลมก็ตาม แต่ก็ไม่อาจ เชื่อได้ว่าคู่ชีวิตจะมีความสัมพันธ์ที่ยั่งยืนได้เช่นเดียวกับคู่สมรส

ดังนั้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศข้างต้นแล้วจึงสรุปได้ว่า การกำหนดเรื่อง การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่นำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติ กฎหมายสำหรับประเทศไทยต่อไป ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยมีการเคลื่อนไหวในการผลักดันให้มี กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่นาน และการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศ เดียวกันเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนไม่น้อยไปกว่าการอนุญาตให้มีการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยควรอนุญาตให้มีการรับ บุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวโดยกำหนดให้มีความชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดการตีความในอนาคต รวมถึงหากการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวนั้นได้จดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งด้วย แต่ยังไม่อนุญาตให้รับบุตรที่ติดตามมาจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ ควรกำหนดให้มีการมอบอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์เพียง

ผู้เดียวตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งหากในอนาคตประเทศไทยมีการยอมรับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมากขึ้นจนกระทั่งยอมรับให้สมรสกันได้ หรือมีการสำรวจว่าคู่ชีวิตในสังคมไทยไม่ได้เลิกรากันได้โดยง่าย และมีความสัมพันธ์ที่มั่นคงยั่งยืนไม่ต่างกับคู่สมรสเช่นนั้นแล้วจึงควรอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันต่อไป

ในท้ายที่สุด ผู้เขียนได้จัดทำตารางสรุปการเปรียบเทียบภาพรวมของประเด็นปัญหาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจในปัญหานี้อย่างเป็นระบบมากยิ่งขึ้น

#### ตารางที่ 9 ตารางเปรียบเทียบเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในภาพรวม

ประเด็นปัญหา		การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว	การรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม	การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต
กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย	1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)	✓	✗	✗
	2. ประเทศฝรั่งเศส	✓	✗	✗
	3. ประเทศเยอรมนี	✓	✓	✗
	4. ประเทศอังกฤษ	✓	✓	✓
5. ประเทศไทย	5.1 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....	✓	✗	✗
	5.2 ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....	✓	✓	✓

หมายเหตุ : ✓ หมายความว่า อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรม  
✗ หมายความว่า ไม่อนุญาตให้รับบุตรบุญธรรม

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นการมุ่งให้เกิดความเสมอภาคแก่ครอบครัวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับการรับรองสถานะครอบครัวของกลุ่มคนต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่อันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตระหว่างกัน ดังที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับกำหนดไว้แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีร่างพระราชบัญญัติเพื่อรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันถึง 2 ฉบับก็ตาม แต่กลับพบปัญหาความไม่ชัดเจนและความทับซ้อนในการกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งปัญหาดังกล่าวส่งผลต่อการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันอันเป็นส่วนหนึ่งที่มีความละเอียดอ่อนและพบปัญหาถกเถียงกันทางวิชาการเกี่ยวกับการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะสามารถรับบุตรบุญธรรมได้หรือไม่แล้ว จะอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้มากน้อยเพียงใด จึงทำให้ต้องมีการค้นคว้าหาแนวทางการแก้ไขโดยคำนึงถึงเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยมากที่สุด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ซึ่งจะสรุปภาพรวมของวิทยานิพนธ์รวมถึงนำเสนอแนวทางการแก้ไขในหัวข้อที่ 6.1 และ 6.2 ในลำดับต่อไป

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ มีการบัญญัติเนื้อหาไว้แตกต่างกันในบางประการ ซึ่งส่งผลให้การกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันดังที่ได้ทำการวิเคราะห์มาแล้วในบทที่ 5 หัวข้อ 5.1 เกิดความไม่ชัดเจนและเกิดความทับซ้อนของการใช้กฎหมาย โดยแนวทางการกำหนดกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย นอกจากนี้ เมื่อกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันแล้วนั้น จะพิจารณาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันดังที่ได้ทำการวิเคราะห์มาแล้วในบทที่ 5 หัวข้อ 5.2 โดยสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

## ประกาศที่ 1 การรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีวัตถุประสงค์ให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต โดยเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิประโยชน์แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และมีการกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิตให้มีการเข้าถึงได้ยากกว่าการสมรสของคู่รักต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงทำให้บุคคลที่จะจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่มีความจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่แทนโดยชอบธรรม มีการกำหนดเพิ่มเติมเหตุจิตพ้นเพื่อนไม่สมประกอบและเหตุเสมือนไร้ความสามารถเข้ามาเป็นเงื่อนไขข้อห้ามในการจดทะเบียนคู่ชีวิต และมีการนำเอาเงื่อนไขการสมรสที่เป็นโมฆะและโมฆียะเข้าด้วยกันซึ่งผู้ร่างได้กลับไปใช้หลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ฉบับปี พ.ศ. 2478 นอกจากนี้การกำหนดหน้าที่ความสัมพันธ์ส่วนตัวและความสัมพันธ์เรื่องทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต รวมถึงกฎหมายว่าด้วยมรดกมีการกำหนดให้นำเอาบทบัญญัติให้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรม การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตรไว้เป็นการเฉพาะ การกำหนดรูปแบบให้มีลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ค่อนข้างมีความชัดเจนว่า เป็นกฎหมายทางเลือกสำหรับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ได้รับการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้ว่ารายละเอียดของบัญญัติเนื้อหาของกฎหมายยังมีความบกพร่องบางประการ

ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีวัตถุประสงค์ให้กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายทางเลือกให้แก่บุคคลสองคนที่มีความประสงค์จะจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และประสงค์ให้เป็นกฎหมายในลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต และไม่ต้องการให้มีความสัมพันธ์ที่แน่นแฟ้นเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติค่อนข้างให้สิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ และในบางกรณีมีสิทธิประโยชน์มากกว่าคู่สมรสต่างเพศด้วย อีกทั้ง มีการยอมรับหลักการยุติความสัมพันธ์โดยไม่มีความผิด (No - Fault Base) นอกจากนี้ มีการกำหนดให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว หรือการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน อีกทั้งได้เพิ่มเติมการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้ทั้งคู่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรมร่วมกัน และให้ถือว่าคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้คู่รักต่างเพศที่มีความประสงค์จะเป็นคู่ชีวิตสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ จึงยังทำให้เกิดการทับซ้อนของการบังคับใช้กฎหมาย และไม่มีความชัดเจนว่า หากคู่รักต่างเพศจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... หรือจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีความแตกต่างกันอย่างไร

ประเทศไทยมีการร่างพระราชบัญญัติในทำนองเดียวกันเป็นจำนวน 2 ฉบับนั้น ส่งผลให้การกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันมีความไม่ชัดเจน และมีข้อบกพร่องบางประการจากที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ด้วยความเคารพผู้ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับมีความประสงค์ดีที่จะให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากรัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดกรอบแนวทางในการออกกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ชัดเจน และจะส่งผลต่อการกำหนดสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่รัฐจะคุ้มครองและรับรองในภายหลัง

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับการกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ พบว่า มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่มีความเข้มข้นน้อยที่สุดซึ่งปรากฏอยู่ในรูปแบบของ Domestic Partnership โดยคุ้มครองสิทธิประโยชน์และหน้าที่ของคู่ครองที่ไม่ได้สมรสไว้อย่างจำกัดตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐ บางเทศมณฑล หรือบางเมือง นั้นยังคงมีการกำหนดเงื่อนไขหรือสิทธิต่างๆ ไว้แตกต่างกัน ซึ่งลักษณะการกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังกล่าวเป็นแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา)

กรณีประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ มีการกำหนดรูปแบบไว้เข้มข้นมากกว่า Domestic Partnership แต่เข้มข้นน้อยกว่า Marriage กล่าวคือ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต (Civil Partnership, Civil Union, Registered partnerships หรือ Civil Solidarity Pacts) อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศจะคุ้มครองสิทธิประโยชน์และหน้าที่ไว้แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับการยอมรับของแต่ละประเทศ ซึ่งในกรณีดังกล่าว กฎหมาย PACS อนุญาตให้บุคคลสองคนจดทะเบียนบันทึกทางทะเบียนไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตาม มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะซึ่งกันและกัน แต่ไม่มีความสัมพันธ์ระบบทรัพย์สินร่วมกัน ไม่มีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายในฐานะทายาทโดยธรรม สำหรับสิทธิประโยชน์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมกันและไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ และการสิ้นสุดความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล

Act on Registered Life Partnerships เป็นกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศเยอรมนี ซึ่งให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันเท่านั้นที่จะสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ โดยคุ้มครองสิทธิประโยชน์ต่างๆ ให้แก่คู่ชีวิตตามที่กฎหมายกำหนด โดยทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่อุปการะซึ่งกันและกัน มีสิทธิได้รับประโยชน์ในทางสวัสดิการสังคม มีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะทายาทโดยธรรมเช่นเดียวกับคู่สมรส และสิทธิอื่นๆ การสิ้นสุดความสัมพันธ์จะต้องดำเนินการด้วยวิธีการทางศาล อย่างไรก็ตาม การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตและสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังคงจำกัดไว้เพียงคู่สมรสต่างประเทศเท่านั้น ในขณะที่กฎหมาย Civil Partnership Act 2004 อันเป็นแนวทางของประเทศอังกฤษ กำหนดคุ้มครองสิทธิประโยชน์ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างกันไว้เทียบเท่ากับคู่สมรสต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มีเพียงการดำเนินพิธีกรรมทางศาสนา หรือเหตุหย่าโดยอาศัยเหตุซึ่งไม่สามารถใช้กับคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสให้สิทธิน้อยกว่าประเทศเยอรมนี และกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศเยอรมนีให้สิทธิน้อยกว่าประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม กฎหมายในลักษณะของคู่ชีวิตจะไม่ได้รับสิทธิและหน้าที่มากเกินไปกว่าการสมรส

## ประการที่ 2 การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

นอกจากปัญหาการกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ยังมีประเด็นเรื่องการยอมรับให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีสิทธิในความเป็นบิดามารดา ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการสะท้อนถึงจุดเริ่มต้นในการเข้าสู่ประเด็นการถกเถียงที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมากกว่าการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเสียอีก เนื่องจากความสัมพันธ์ของความเป็นบิดามารดาและการรับบุตรบุญธรรมไม่ได้หยุดอยู่ที่บุคคลสองคนอีกต่อไป แต่ยังรวมไปถึงบุคคลที่ 3 ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมด้วย เมื่อพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในบทที่ 5 หัวข้อ 5.2.1 ซึ่งมีทั้งแนวความคิดที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแล้วพบว่า ปัญหาที่มีความกังวลใจเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้รับบุตรบุญธรรมจะส่งผลกระทบต่อบุตรบุญธรรมอาจทำให้เกิดการลอกเลียนแบบ และประสิทธิภาพของการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมซึ่งอาจก่อให้เกิดบุตรบุญธรรมไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ตาม จากงานวิจัยทำให้ทราบว่า การเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการศึกษาของเด็กของบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตาม หากมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมได้แล้วจะให้ในลักษณะใด มากน้อยเพียงใด จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศสามารถแยกพิจารณาได้ 3 รูปแบบ คือ การรับบุตรบุญธรรมโดย

บุคคลคนเดียว การรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ซึ่งได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อ 5.2.2 เรื่องประเด็นเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน

## 2.1 กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ไม่ได้กำหนดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุตรไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวสามารถดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีปัญหาในเรื่องความยินยอมจากคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือไม่ ซึ่งในกรณีทั่วไปการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวหากผู้จะรับบุตรบุญธรรมมีคู่สมรสอยู่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อนตามมาตรา 1598/25 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น หากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีผลบังคับใช้จริง ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตของตนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการกำหนดชัดเจนในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมไว้โดยเฉพาะในหมวด 7 ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตกับบุตร และบุตรบุญธรรม และร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตที่มีความประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งก่อนตามมาตรา 45 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) กำหนดให้การขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องเป็นบุคคลบรรลุนิติภาวะและยังไม่ได้สมรส กล่าวคือ จะต้องมิีสถานภาพโสด ดังนั้น หากได้มีการจดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตแล้วฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตาม Florida Statutes Section 63.042(2)(b) สำหรับประเทศฝรั่งเศส กำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวว่า ในขณะที่รับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสของตนเสียก่อน ตาม French Civil Code Article 343 – 1 นอกจากนี้ บุคคลที่ได้จดทะเบียนที่ทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสยังคงมิีสถานภาพโสด ดังนั้น หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวแล้วนั้นจึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเนื่องจาก การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไม่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอันจะต้องขอความยินยอมก่อนไม่ สำหรับประเทศเยอรมนี กำหนดไว้ว่า หากคู่ชีวิต



ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเสียก่อนตามมาตรา 9(6) Act on Registered Life Partnerships และ German Civil Code Section 1767 ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมย่อมส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ต่อคู่ชีวิตของผู้จะรับบุตรบุญธรรม รวมถึงความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สินด้วยเช่นกัน ซึ่งผลของการรับบุตรบุญธรรมทำให้ผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นบุตรของผู้จะรับบุตรบุญธรรมและมีสิทธิในการรับมรดก อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษ กำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวว่าจะต้องไม่ได้เป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนหย่ากับคู่ชีวิต ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตที่ตนได้จดทะเบียนหย่าตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 Section 79(4) แก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002

## 2.2 กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

เนื่องด้วยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดเรื่องอำนาจปกครอง และความสัมพันธ์ของการรับบุตรที่ติดตามของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก็ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีทั่วไปหากคู่สมรสประสงค์จะรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องดำเนินการรับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับรูปแบบการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว อีกทั้ง ประเด็นเรื่องอำนาจการปกครองของบิดามารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมก็จะถูกโอนไปยังคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 1598/28 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในกรณีดังกล่าว บิดามารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมไม่ได้ประสงค์จะให้อำนาจปกครองของตนเองหมดไป

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีการบัญญัติกฎหมายแตกต่างไปจากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งขึ้นมาเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้ คู่ชีวิตฝ่ายใดมีบุตรมาก่อนการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจปกครองในบุตรที่ติดตามจนกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม และให้ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองในบุตรเท่ากันตามมาตรา 41 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จะเห็นได้ว่าการเพิ่มเติมเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้บิดาหรือมารดาของผู้เยาว์และคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดานั้นมีอำนาจปกครองร่วมกันเมื่อได้จดทะเบียนรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

เมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) กำหนดให้ผู้ที่รับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องเป็น “คู่สมรส” ของบิดาหรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ซึ่งกฎหมายมลรัฐฟลอริดาไม่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ตาม Florida Statutes Section 63.042 ดังนั้น การรับบุตรที่ติดตามของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจึงไม่สามารถกระทำได้ สำหรับประเทศฝรั่งเศส การรับบุตรบุญธรรมที่จะทำให้บิดาหรือมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมมีอำนาจร่วมกับคู่สมรสใหม่ของตนนั้น จะต้องเป็นการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาเท่านั้น ซึ่งกำหนดให้หากผู้ขอรับบุตรบุญธรรมสมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ ทั้งคู่ย่อมสามารถรับบุตรบุญธรรมได้โดยใช้อำนาจปกครองเหนือตัวบุตรบุญธรรมร่วมกันตาม French Civil Code Article 365 ซึ่งส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันไม่มีสถานะเสมือนคู่สมรสต่างประเทศจึงทำให้ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมและมีอำนาจปกครองร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสมิได้กำหนดห้ามมิให้บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของผู้เยาว์ซึ่งมีอำนาจการปกครองแต่เพียงผู้เดียวในการมอบอำนาจทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่คู่ชีวิตของตนเองที่อยู่ร่วมกันอย่างมั่นคงและถาวร สำหรับประเทศเยอรมนี กำหนดอนุญาตให้คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายได้ ส่งผลให้ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจปกครองผู้เยาว์ร่วมกันมาตรา 9(7) Act on Registered Life Partnerships นอกจากนี้ กฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงมีการกำหนดเรื่องอำนาจการปกครองไว้เป็นการเฉพาะ หากบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์นั้นมีอำนาจปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียว หากได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคู่ชีวิตอีกฝ่ายย่อมมีอำนาจปกครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจตัดหรือจำกัดอำนาจของคู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันนั้นได้ นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษ กำหนดอนุญาตให้คู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตสามารถรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายได้ ส่งผลให้ผู้เยาว์เป็นเสมือนบุตรที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของพ่อแม่บุญธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างบุตรในความสัมพันธ์ของพ่อแม่บุญธรรมและคู่ชีวิตของพ่อแม่บุญธรรม รวมถึงการมีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์ร่วมกัน Adoption and Children Act 2002 Section 51(2) นอกจากนี้ บิดามารดาที่มีอำนาจปกครองเหนือบุตรผู้เยาว์สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจการปกครองนั้น หรือจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจการปกครองระหว่างกันตามมาตรา 4A (1) แห่ง Children Act 1989 ซึ่งเป็นอีกวิธีหนึ่งนอกเหนือจากการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่ง

### 2.3 กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้กำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันไว้เฉพาะ ซึ่งเมื่อพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับพระราชบัญญัติรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 พบว่า คู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... มิได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรส การรับบุตรบุญธรรมร่วมกับคู่ชีวิต

ของตนเองย่อมกระทำมิได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณามาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดอนุญาตให้ผู้เยาว์จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม ซึ่งกรณีที่ได้รับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสในภายหลังก็มีผลเช่นเดียวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันตั้งแต่แรกเริ่มตั้งนั้น ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงไม่สามารถให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้เช่นเดียวกับคู่สมรสที่จะสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตเอาไว้เป็นการเฉพาะ โดยให้คู่ชีวิตมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 42 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนทางทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติสามารถรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

เมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา) อนุญาตให้คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้สามีและภรรยาได้รับบุตรบุญธรรมร่วมกันเท่านั้นตาม Florida Statutes Section 63.042 (2)(a) สำหรับประเทศฝรั่งเศส ตามที่กำหนดไว้ใน French Civil Code Article 343 การรับบุตรบุญธรรมอาจขอรับบุตรบุญธรรมโดยคู่สามีและภรรยาที่มีได้แยกกันอยู่ และการสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุมากกว่า 28 ปีบริบูรณ์ ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตจึงไม่ได้รับอนุญาตและไม่เพียงแต่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น คู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตก็ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันในฐานะคู่สมรสได้ สำหรับประเทศเยอรมนี กำหนดให้คู่สมรสอาจขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ตาม German Civil Code Section 1741(2) ส่งผลให้การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตยังมิได้รับอนุญาตเช่นเดียวกับคู่สมรส สำหรับประเทศอังกฤษ กำหนดอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ตาม Adoption and Children Act 2002 Section 50 จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษให้สิทธิเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันกับบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีเพศใดก็ตามอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของประเทศอังกฤษไม่ได้จำกัดอยู่ในเงื่อนไขที่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องสมรสกันอย่างเดียวเท่านั้น ยังอนุญาตให้คู่ชายหญิงที่ไม่ได้สมรส หรือแม้แต่คู่รักเพศเดียวกันไม่ว่าจะจดทะเบียนทางทะเบียนคู่ชีวิตหรือไม่ก็ตาม สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้หากมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถาวรและมั่นคง

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ก่อให้เกิดแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย โดยนำแนวทางการกำหนดของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพสังคมไทยมากที่สุดซึ่งจะนำเสนอในหัวข้อต่อไป

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งมีการกำหนดในเรื่องกรอบแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 5 หัวข้อ 5.1 อันส่งผลต่อการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันซึ่งได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อ 5.2 จึงทำให้สามารถสรุปข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ และการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมให้มีความชัดเจน และมีประสิทธิภาพต่อไป ซึ่งประเทศไทยควรมีการปรับปรุงตามแนวทาง ดังต่อไปนี้

### ประการที่ 1 การกำหนดแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันให้ชัดเจน

เนื่องจากกฎหมายที่มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีจำนวน 2 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งมีการกำหนดสาระสำคัญไว้แตกต่างกัน โดยวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ต้องการให้เป็นกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต หากแต่เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับแล้ว พบว่า ยังมีข้อบกพร่องบางประการจากที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน อีกทั้ง การกำหนดสิทธิประโยชน์ของคู่ชีวิตไว้แตกต่างกัน โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเพียงความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันระหว่างกัน และได้รับสิทธิประโยชน์บางประการ แต่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลสองคนไม่ว่าจะมีเพศเดียวกันหรือต่างเพศไว้เทียบเท่า และในบางกรณีกำหนดสิทธิเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียอีก จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... มีความทับซ้อนในการบังคับใช้กับคู่รักต่างเพศที่สามารถจดทะเบียนสมรสได้อยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับจะมีความประสงค์ดีให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมีประสิทธิภาพมากขึ้น และสามารถลดแรงต่อต้านจากสังคมสำหรับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย

กับการจัดบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต โดยเห็นควรให้มีการร่างกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตขึ้นมาเพียงฉบับเดียว โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่ารัฐบาลและหน่วยงานเอกชนร่วมมือกันศึกษาและจัดทำกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และกำหนดกรอบแนวทางของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ชัดเจน นอกจากนี้ยังเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการพัฒนากฎหมายในส่วนที่ไม่จำเป็นได้อีกด้วย

สำหรับแนวทางทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ผู้เขียนขอเสนอให้มีการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในรูปแบบของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตกันเสียก่อน โดยการกำหนดลักษณะของกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตควรจะเป็นไปตามแนวทางของประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเท่านั้น และมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิในการได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เป็นต้น เมื่อระยะเวลาผ่านไประยะหนึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีการชั่งน้ำหนักถึงข้อดีข้อเสียไม่ว่าจะมีการสำรวจ หรือเก็บสถิติของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่ได้ส่งผลกระทบต่อในทางที่ไม่ดีแก่สถาบันครอบครัว แล้วจึงค่อยดำเนินการออกกฎหมายให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันได้อย่างคู่รักต่างเพศต่อไป

## **ประกาศที่ 2 การกำหนดเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน**

จากการศึกษาประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจาก เป้าหมายการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมคือทำให้ที่อยู่อาศัยที่ดี มีประสิทธิภาพในการเลี้ยงดู และบุตรบุญธรรมมีคุณภาพชีวิตที่ดี นอกจากนี้ พฤติกรรมทางเพศไม่มีผลกระทบต่อการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด สำหรับแนวทางที่ประเทศไทยควรจะอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมได้มาน้อยเพียงใดนั้น ผู้เขียนจะนำเสนอในหัวข้อถัดไป

### **2.1 กรณีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว**

ประเทศไทยควรอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดห้ามการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับกฎหมายมลรัฐพลอริดา ก่อนมีการแก้ไข หากมีการกำหนดห้ามไม่ให้รับบุตรบุญธรรมทั้งๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมได้อยู่แล้วย่อมเป็นขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและการเลือกปฏิบัติ

### 2.1.1 กำหนดให้มีการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวให้มีความชัดเจน

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะอนุญาตให้บุคคลใดก็ตามสามารถรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวได้ตามกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดห้ามไม่ให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม อย่างไรก็ตาม หากไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตอาจก่อให้เกิดการตีความ และอาจมีคดีขึ้นสู่ศาลอีกด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ดังนี้

หมวด ....

การรับบุตรบุญธรรม

“มาตรา .... การรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียว ให้นำบทบัญญัติในบรรพ 5 ลักษณะ 2 หมวด 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

### 2.1.2 กำหนดให้คู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเสียก่อน

การรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมจะต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกัน อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย จะเห็นได้จากมาตรา 1627 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุตรบุญธรรมจะมีฐานะเป็นผู้สืบสันดานจึงมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรม อันส่งผลต่อส่วนแบ่งมรดกของคู่สมรสอีกฝ่าย ดังนั้น ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสนั้นก่อน ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเช่นเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ดังนี้

“มาตรา .... ผู้จะรับบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่ชีวิต หรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่สมรสหรือคู่ชีวิต อยู่จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสหรือคู่ชีวิตก่อน ในกรณีที่คู่สมรสหรือคู่ชีวิตไม่อาจให้ความยินยอมได้หรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสหรือคู่ชีวิตนั้น”

## 2.2 กรณีการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม

### 2.2.1 การกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับการรับบุตรบุญธรรมแบบธรรมดาของประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก หากจะมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้คู่ชีวิตมีอำนาจปกครองร่วมกันเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษเป็นเรื่องที่จะต้องไปพิจารณากันอย่างละเอียดต่อไปในอนาคต และการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะสังเกตเห็นว่าประเทศที่อนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรที่ติดตามได้นั้น กฎหมายแพ่งของประเทศนั้นๆ จะมีการกำหนดเรื่องการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพื้นอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น หากกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจะได้รับสิทธิในการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่เป็นการได้รับสิทธิประโยชน์มากกว่าคู่สมรสที่มีสิทธิอยู่แล้วตามกฎหมายแพ่งของประเทศนั้น เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยไม่มีการกำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ และอำนาจปกครองของการรับบุตรที่ติดตามของคู่ชีวิตไว้เป็นการเฉพาะ โดยจะต้องพิจารณาผลกระทบในหลายๆ ด้าน และจะต้องมีการกำหนดเรื่องเงื่อนไข รวมถึงผลของการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดของการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายแต่ควรให้ผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์เสียก่อน เนื่องจากการสมรสจะทำให้ชีวิตของทั้งคู่มีความมั่นคงและเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ตัวผู้เยาว์เอง

### 2.2.2 การกำหนดเรื่องอำนาจปกครองของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเหนือบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่ง

เมื่อตระหนักถึงความเป็นจริงที่คู่สมรสหรือคู่ชีวิตจะต้องให้การเลี้ยงดูแก่ผู้เยาว์อันเป็นบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายหนึ่ง และในบางสถานการณ์อาจมีความจำเป็นที่คู่สมรสหรือคู่ชีวิตจะต้องตัดสินใจหรือดำเนินการใดๆ อันเกี่ยวกับผู้เยาว์ในกรณีฉุกเฉิน เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจของบิดาหรือมารดาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 หมวด 2 โดยมีหลักการและเหตุผลของการแก้ไขดังนี้

“อำนาจปกครองผู้เยาว์ของคู่ชีวิตที่ได้ใช้ชีวิตร่วมกับบิดาหรือมารดาของผู้เยาว์ หากบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวจะมอบอำนาจหน้าที่ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของตนให้แก่คู่ชีวิตที่อยู่ร่วมกันอย่างต่อเนื่อง ถาวร และมีความมั่นคง ทั้งนี้ จะต้อง

เป็นกรณีที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิต และเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจจำกัดหรือยกเลิกการมอบอำนาจปกครองนั้นได้ หากเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์”

เมื่อมีการกำหนดเรื่องอำนาจปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้ว สำหรับการแก้ปัญหาเรื่องอำนาจปกครองผู้เยาว์สำหรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยการกำหนดในกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตให้นำมาตรา.... แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้แก้ไขตามหลักการและเหตุผลดังกล่าวมาบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย

### 2.3 กรณีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

การอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันจะต้องเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากการเป็นคู่สมรสย่อมทำให้สถานะของคู่รักทั้งสองฝ่ายมีความมั่นคงและยั่งยืนมากกว่าการรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบอื่นๆ อีกทั้งเป็นการให้ความมั่นใจได้ว่าบุตรบุญธรรมที่จะเข้ามาอยู่ในครอบครัวดังกล่าวมีฐานความมั่นคงของครอบครัวระดับหนึ่ง เมื่อปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ในหมวดเกี่ยวกับการสิ้นสุดความสัมพันธ์สามารถบอกเลิกได้ง่ายโดยไม่ต้องมีมูลความผิด (No-Fault Base) ซึ่งทำให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตไม่มีความมั่นคงเทียบเท่ากับคู่สมรสได้เลย ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่ชีวิตตามกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตยังไม่ควรได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตาม หากในอนาคตประเทศไทยมีการยอมรับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันมากขึ้นจนกระทั่งยอมรับให้สมรสกันได้ หรือมีการสำรวจว่าคู่ชีวิตในสังคมไทยไม่ได้เลิกรากันได้โดยง่าย และมีความสัมพันธ์ที่มั่นคงยั่งยืนไม่ต่างกับคู่สมรสเช่นนั้นแล้วจึงควรอนุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันต่อไป

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาวิเคราะห์เรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันของกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิด กระบวนการและรูปแบบของการรับบุตรบุญธรรมจนนำมาสู่แนวทางการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ประเทศไทยควรจะนำมาปรับใช้ รวมถึง สามารถอธิบายแนวทางการกำหนดเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยส่งผลต่อการวางกรอบแนวทางการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย นอกจากนี้ ทำให้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาเรื่องการรับบุตรบุญธรรมซึ่งมีความละเอียดอ่อนและจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของบุตรบุญธรรม ดังนั้น หากมีการอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและผลกระทบทางสังคมอื่นๆ ยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงไม่ควรอนุญาตให้กลุ่ม



บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันรับบุตรที่ติดมาของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง และรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ตามสมมติฐานที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยอนุญาตให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ย่อมทำให้การรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเป็นไปอย่างเท่าเทียมกันกับคู่สมรสต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ การผลักดันในเรื่องดังกล่าวนี้อาจจะต้องอาศัยความร่วมมือของหน่วยงานภาครัฐและหน่วยงานเอกชนที่ส่วนเกี่ยวข้องในการร่วมกันในการพัฒนากฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต และกำหนดกรอบแนวทางการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเพื่อให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดและลดแรงต่อต้านสำหรับกลุ่มคนที่ไม่เห็นด้วยของสังคมให้มากที่สุด



## รายการอ้างอิง

### หนังสือ

- Alfred Kadushin. Child Welfare Services. New York: Macmillan Co., 1988.
- Anna Marie Smith. New Right Discourse on Race and Sexuality: Britain, 1968–1990. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- Anne Bolin. Traversing Gender: Cultural Context and Gender Practices. In Edited by Ramet, S. P., Gender Reversals Gender Cultures. London: Routledge, 1996.
- Arthur S. Leonard. International Notes. In Lesbian/Gay Law Notes. January 2012.
- Bruno Perreau. The Politics of Adoption Gender and the Making of French Citizenship. Massachusetts: the Massachusetts Institute of Technology, 2014.
- Denis M. Provencher. Queer French Globalization, Language, and Sexual Citizenship in France. New York: Ashgate Publishing, 2007.
- Diane Richardson. Sexuality and Feminism. In Edited by Richardson, V. R. a. D., Introducing Women's Studies: Feminism Theory and Practice. New York: New York University Press, 1997.
- George E. Haggerty. Gay Histories and Cultures: An Encyclopedia. New York: Garland Publishing Inc, 2012.
- J. Ross Eshleman. The Family : An Introduction. 7 ed.: Allyn & Bacon, 1993.
- James Neill. The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies. United States of America: McFarland & Company, Inc., Publishers, 2009.
- John Pope Duval. Compilation of the Public Acts of the Legislative Council of the Territory of Florida, Passed Prior to 1840. Tallahassee: Samuel S. Sibley, Printer, 1839.
- Kälin, W., and Künzli, J'. The Law of International Human Right Protection. New York: Oxford University Press, 2009.
- Karen B. Brown and David V. Snyder. General Reports of the Xviiiith Congress of the International Academy of Comparative Law Springer Netherlands, 2012.
- Katharina Boela – Woelki, B. B. a. I. C. S. European Family Law in Action Volume Iii : Parental Responsibilities Intersentia Oxford, 2005.

Legal Recognition of Same – Sex Couples in Europe. Oxford: Intersentia, 2003.

P.M. Bromley and N.V. Lowe. Bromley's Family Law. 8 ed. London: Butterworths, 1992.

Serena Nanda. The Hijras of India: Cultural and Individual Dimensions of an Institutionalized Third Gender Role. In Edited by Blackwood, E., The Many Faces of Homosexuality. New York: Harrington Park Press, 1986.

Stephen Cretney. Family Law in the Twentieth Century: A History Oxford University Press, 2005.

ก่อ สวัสดิ์พาณิชย์. ความสัมพันธ์ในครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วัฒนาพานิช, 2519.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสมาคมฟ้าสีรุ้ง. สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีเมืองการพิมพ์ จำกัด, 2550.

คณะกรรมการการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์. "จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550." สำนักงานกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2550.

เจษฎา เต็มสมบัติ และรณภูมิ สามัคคีคารมย์. เรื่องเล่าชีวิตสีรุ้ง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ มูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ.

เจ้าพระยาทิพากรวงศ์. พระราชพงศาวดาร รัชกาลที่ 3. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2504.

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ทฤษฎีระบบการเมืองไทย กรอบการวิเคราะห์ไตรลักษณ์รัฐ. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

ทองเปลว ชลภูมิ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว). นิตยสารบรรณาการ, 2478.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.

- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- พระอินทปรีชา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 2470.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว บิดามารดา และบุตร. 6, บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.
- ศรี มลิลลา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- ศิริพันธ์ ถาวรทิวังษ์. ครอบครัวและเครือญาติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.
- สมยศ เชื้อไทย. ทฤษฎีกฎหมายนิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- หลวงประดิษฐมนูธรรม. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- บทความในวารสาร**
- Greg Reeder. Same-Sex Desire, Conjugal Constructs, and the Tomb of Niankhkhnum and Khnumhotep. World Archaeology 32 2(October 2000): 193-208.
- Judith Stacey and Timothy J. Biblarz. (How) Does Sexual Orientation of Parents Matter? American Sociological Review 66 (April 2001): 159-183.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ตำนานรักร่วมเพศของไทย. วารสารนิติศาสตร์ 2, 13 (2526): 85-98.
- จุมพต สายสุนทร. ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์ 2, 13: 60-69.
- ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์. กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 33, 2 (กันยายน 2558): 158-176.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน. วารสารนิติศาสตร์ 2, 42 (มิถุนายน 2556): 429-432.

———. การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน(ภาคสาม). วารสารนิติศาสตร์ 2, 43 (มิถุนายน 2557): 242-263.

———. พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 43, 3 (กันยายน 2557): 498-515.

รองพล เจริญพันธ์. ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์. วารสารนิติศาสตร์ 3, 10 (กันยายน 2525): 409-434.

วิจิตร บุญยะโหดระ. ผิดเพศ. แพทยสภาสาร 2(กรกฎาคม 2546): 530-545.

สุกฤตยา จักรปิง. การเป็นแม่-พ่อและการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศ. วารสารสังคมศาสตร์ 42 1(2555): 84-106.

สุพัตร พูลเกษ และสุต แสงวิเชียร. จิตวิทยาการแปลงเพศ. วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 18 (มกราคม - ตุลาคม 2516): 18-23.

สุรศักดิ์ มณีศร. การสมรสของพวกรักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์ 1(มกราคม 2557): 191-194.

### บทความในหนังสือ

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง). ใน พิษญา ติลกวุฒิสิริ (บรรณาธิการ), รพี 56. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

———. คำสั่งศาลคดีอุ้มบุญ Carmen. ใน รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

วิษณุ เครื่องาม. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. ใน รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

### วิทยานิพนธ์

ไกรฤกษ์ หุมโฆสิต. บุตรบุญธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฉัตรชัย เอมราช. ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2557

ณนุช คำทอง. การสมรสของพวกรักร่วมเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2546

ณัฐวุฒิ ชัยสายันท์. กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต, นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2558.

วสิทธิ์ เล็งเลี่ยม. สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย. ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต  
คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555

### สัมภาษณ์

เกิดโชค เกษมวงศ์จิตร. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการระงับข้อพิพาท. สัมภาษณ์, 21 ตุลาคม  
2557

นริศราแดงไฟ. ผู้อำนวยการ กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม. สัมภาษณ์, 21 มิถุนายน 2557  
อารีวรรณ จตุทอง. กรรมการ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านความเสมอ  
ภาคระหว่างเพศ. สัมภาษณ์, 2 มิถุนายน 2558

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพิ่มข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์

Alfred Kinsey. Alfred Kinsey's 1948 and 1953 Studies [Online]. Available from:  
<http://www.kinseyinstitute.org/research/ak-data.html#bisexuality> [28 October  
2015]

American Psychological Association. Answers to Your Questions About Individuals  
with Intersex Conditions [Online]. Available from:  
<https://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf> [3 November 2015]

Association, T. A. P. Answers to Your Questions About Transgender People, Gender  
Identity, and Gender Expression [Online]. Available from:  
<http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.pdf> [3 November 2015]

Barend Jan Terwiel. The Body and Sexuality in Siam : A First Exploration in Early  
Sources [Online]. Available from:  
[http://www.manusya.journals.chula.ac.th/files/essay/Terwiel\\_42-55.pdf](http://www.manusya.journals.chula.ac.th/files/essay/Terwiel_42-55.pdf) [15  
November 2015]

Barry Crown. Civil Partnership in the U.K – Some International Problems [Online].  
Available from: [http://www.jurist.org/paperchase/2010/06/germany-court-  
recognizes-foreign-same-sex-marriage-as-civil-union.php](http://www.jurist.org/paperchase/2010/06/germany-court-recognizes-foreign-same-sex-marriage-as-civil-union.php) [22 June 2016]

BBC NEWS. Lesbians Lose Legal Marriage Bid [Online]. Available from:  
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/5230708.stm> [13 May 2016]

Benjamin Jowett. Symposium by Plato [Online]. Available from:  
<http://classics.mit.edu/Plato/symposium.html> [20 November 2015]

The Berdache: Gender – Mixing among Northern Native America. [Online].

Available from:

<http://www.sinclair.edu/academics/lcs/departments/soc/pub/casilab/berdache/Berdache.pdf> [20 November 2015]

Cassation, C. C. C. o. [Online]. Available from:

[https://www.courdecassation.fr/IMG///C1\\_arret0417090\\_060224\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///C1_arret0417090_060224_EN.pdf) [1 February 2016]

Civil Chamber 1 Court of Cassation. [Online]. Available from:

[https://www.courdecassation.fr/IMG///C1\\_arret0912623\\_100708\\_EN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///C1_arret0912623_100708_EN.pdf) [1 February 2016]

Dwyer Arce. Germany Court Recognizes Foreign Same – Sex Marriage as Civil Union

[Online]. Available from:

<http://www.jurist.org/paperchase/2010/06/germany-court-recognizes-foreign-same-sex-marriage-as-civil-union.php> [22 June 2016]

Eli R. Green and Eric N. Peterson. Lgbtqi Terminology [Online]. Available from:

<http://www.lgbt.ucla.edu/documents/LGBTTerminology.pdf> [28 October 2015]

European Court Of Human Rights. Transsexuals’ Rights [Online]. Available from:

<http://www.refworld.org/pdfid/4e3131293.pdf> [10 May 2016]

———. X, Y and Z V. The United Kingdom [Online]. Available from:

<http://swarb.co.uk/x-y-and-z-v-the-united-kingdom-echr-22-apr-1997/> [10 May 2016]

Family lives. Adopting Stepchildren [Online]. Available from:

<http://www.Familylives.org.uk/advice/your-family/stepfamilies/stepfamilies-legal-information/adopting-stepchildren/> [27 May 2016]

Freddo Children as Happy with Gay Parents, Cambridge University Researchers Find

[Online]. Available from: <http://www.cambridge-news.co.uk/children-happy-gay-parents-cambridge-university-researchers/story-22362185-detail/story.html> [23 October 2014]

Government United Kingdom. Child Adoption [Online]. Available from:

<https://www.gov.uk/child-adoption/overview> [16 May 2016]

- Intersex Society of North America. What's the Difference between Being Transgender or Transsexual and Having an Intersex Condition? [Online]. Available from: <http://www.isna.org/faq/transgender> [3 November 2015]
- Jeffrey Hays. Homosexuality in Vietnam [Online]. Available from: [http://factsanddetails.com/southeast-asia/Vietnam/sub5\\_9c/entry-3421.html](http://factsanddetails.com/southeast-asia/Vietnam/sub5_9c/entry-3421.html) [22 November 2015]
- Joshua Rozenberg. All – Embracing Partnership Act [Online]. Available from: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1499995/All-embracing-partnership-Act.html> [13 May 2016]
- Kathy Labriola. What Is Bisexuality? Who Is Bisexual? [Online]. Available from: <http://www.kathylabriola.com/articles/what-is-bisexuality-who-is-bisexual> [28 October 2015]
- Kenneth Paul Tan and Jack jin Gary Lee. Imagining the Gay Community in Singapore [Online]. Available from: <http://lkyspp.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2013/03/Imagining-the-Gay-Community-in-Singapore-CAS.pdf> [22 November 2015]
- KRYSS. On the Record Violence against Lesbians, Bisexual Women and Transgender Persons in Malaysia [Online]. Available from: [https://www.outrightinternational.org/sites/default/files/MalaysiaCC\\_0.pdf](https://www.outrightinternational.org/sites/default/files/MalaysiaCC_0.pdf) [22 November 2015]
- Law Reform Commission Report. [Online]. Available from: [http://www.lawreform.ie/\\_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10](http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10) [10 May 2016]
- Loi N° 2013-404 Du 17 Mai 2013 Ouvrant Le Mariage Aux Couples De Personnes De Même Sexe. [Online]. Available from: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte=&categorieLien=id> [20 March 2015]
- Lorraine Conway and Catherine Fairbairn. The Civil Partnership Bill [HL] : Background and Debate [Online]. Available from: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-64/RP04-64.pdf> [10 May 2016]



National Center for Lesbian Rights. Marriage, Domestic Partnerships, and Civil Union: Same – Sex Couple within the United States [Online]. Available from: [http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Relationship\\_Recognition.pdf](http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Relationship_Recognition.pdf) [15 June 2016]

Overview of German Adoption Law. [Online]. Available from: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf> [25 June 2016]

Roger Highfield. Sperm Cells Created from Female Embryo [Online]. Available from: <http://www.telegraph.co.uk/news/science/science-news/3323846/Sperm-cells-created-from-female-embryo.html> [25 April 2015]

Shadow Report on Germany. Human Rights Committee 106th Session 15 October to 2 November 2012 [Online]. Available from: [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/PDF-Dateien/Pakte\\_Konventionen/ICCPR/iccpr\\_state\\_report\\_germany\\_6\\_2010\\_parallel\\_lsud\\_en.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICCPR/iccpr_state_report_germany_6_2010_parallel_lsud_en.pdf) [21 June 2016]

The House of Commons. The Law Commission Family Law Report on Polygamous Marriages [Online]. Available from: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/235315/0227.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235315/0227.pdf) [7 May 2016]

UNDP and USAID. Being Lgbt in Asia: Cambodia Country Report [Online]. Available from: [http://www.asia-pacific.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv\\_aids/rbap-hhd-2014-blia-cambodia-country-report.pdf](http://www.asia-pacific.undp.org/content/dam/rbap/docs/Research%20&%20Publications/hiv_aids/rbap-hhd-2014-blia-cambodia-country-report.pdf) [22 November 2015]

———. Being Lgbt in Asia: The Philippines Country Report [Online]. Available from: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1861/2014%20UNDP-USAID%20Philippines%20LGBT%20Country%20Report%20-%20FINAL.pdf> [22 november 2015]

United States Department of State Bureau of Democracy Human Rights and Labor. Burma 2013 Human Rights Report [Online]. Available from:

<http://www.state.gov/documents/organization/220394.pdf> [22 November 2015]

William N. Eskridge Jr. *A History of Same-Sex Marriage* [Online]. Available from: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2503&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2503&context=fss_papers) [20 November 2015]

กิจมานิชญ์ โรจนทรัพย์. บัณฑิตฑาฑฑว – บันฑาฑฑก [ออนไลน์]. แหฬงฑฑมา:

<http://www.thairath.co.th/content/353886> [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2558]

ชลิตาภรณ สงสัมพันธ. สงคราฑฑเชิงวัฒนธรรม : การแตงงานของคณรักเพศเด็ยวกัน [ออนไลน์].

แหฬงฑฑมา: <http://www.sapaan.org/article/28.html> [เข้าถึงเมื่อ 29 พฤศจิกายน 2558]

นฤพนธ ดัวงวิเศษ. พื้นที่ทางวัฒนธรรมของ “คณข้ามเพศ” และ “คณรักเพศเด็ยวกัน” ในเอเซียตะวันออกเฉียงใต้ Cultural Spaces and Sexual Behaviors of Cross Gender and Same-Sex Relations in Southeast Asia [ออนไลน์]. 2555. แหฬงฑฑมา:

[http://www.sac.or.th/main/content\\_detail.php?content\\_id=227](http://www.sac.or.th/main/content_detail.php?content_id=227) [เข้าถึงเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2558]

———. มานุษยวิทยากับการศึกษาพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเด็ยวกัน [ออนไลน์]. แหฬงฑฑมา:

[http://www.sac.or.th/main/content\\_detail.php?content\\_id=228](http://www.sac.or.th/main/content_detail.php?content_id=228) [เข้าถึงเมื่อ 30 พฤศจิกายน 2558]

สำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว. [ออนไลน์]. 2556. แหฬงฑฑมา: [http://www.m-society.go.th/article\\_attach/11470/15786.pdf](http://www.m-society.go.th/article_attach/11470/15786.pdf) [เข้าถึงเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2558]



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ร่าง  
พระราชบัญญัติ  
การจดทะเบียนคู่ชีวิต  
พ.ศ. ....

.....  
.....  
.....

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วย การจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...."

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้  
"คู่ชีวิต" หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้  
"การจดทะเบียน" หมายความว่า การจดข้อความลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ทางกฎหมาย

"นายทะเบียน" หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

๒

หมวด ๑  
เงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๕ การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุ  
ยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย

มาตรา ๖ การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้อีกเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความ  
ยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย  
การจดทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการตามที่  
กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (๑) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คน  
ไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๒) ถ้าบุคคลทั้งคู่เป็นญาติสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นที่  
น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติ  
ดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นที่ญาติโดยชอบด้วย  
กฎหมายหรือไม่
- (๓) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ก่อนแล้ว

มาตรา ๘ การจดทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน  
หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

หมวด ๒  
ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๙ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบัญญัติว่า  
ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย  
ครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตาม  
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมาย  
เกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตาม  
กฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธี  
พิจารณาความอาญาและสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย

Handwritten signature or mark in Thai script, possibly reading "หม่อม..."

๓

## หมวด ๓

## ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๑๐ ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

## หมวด ๔

## การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต

มาตรา ๑๑ คู่ชีวิตยอมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมัครใจเลิกกันโดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา ๑๒ เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต มีดังต่อไปนี้

- (๑) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามหมวด ๑ แห่งพระราชบัญญัตินี้
- (๒) การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๐๕ ถึง มาตรา ๑๕๐๘ และมาตรา ๑๕๑๑ ถึง ๑๕๑๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม
- (๓) กรณีมีเหตุ ตามมาตรา ๑๕๑๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาเหตุตาม(๓) แห่งมาตรานี้ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑๗ ถึง มาตรา ๑๕๑๙ มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๑๓ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา ๕ มาตรา ๖ และ มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา ๗ ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๑๔ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทน ค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอนุโลม

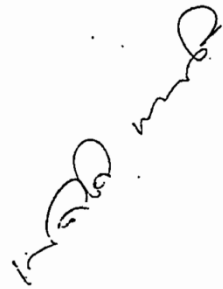
๔

หมวด ๔  
มรดก

มาตรา ๑๕ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่า  
ด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....  
นายกรัฐมนตรี



**ร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองชีวิต(ฉบับประชาชน)พ.ศ.....**

**โดย**

**มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ**

**ร่วมกับ**

**คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย(คปก.)**



เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

๒

## บันทึกหลักการและเหตุผล

### ประกอบร่างพระราชบัญญัติชีวิต

พ.ศ. ....

\*\*\*\*\*

#### หลักการ

โดยที่เป็นการสมควร ให้มี พระราชบัญญัติชีวิต พ.ศ. .... พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

#### เหตุผล

โดยที่การสมรสเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของบุคคลในอันที่จะเลือกใช้ชีวิตคู่กับบุคคลใด บุคคลหนึ่งด้วยความยินยอมอย่างเสรีและความเต็มใจของบุคคลที่จะกระทำการสมรส ซึ่งได้มีการยอมรับถึงสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

แม้ว่าในช่วงเวลานั้นจะเป็นการรับรองสิทธิในการสมรสและการก่อตั้งครอบครัวจะได้กำหนดไว้ว่าเป็นการกระทำระหว่างชายและหญิงเท่านั้น อันเป็นข้อจำกัดของความเข้าใจที่มีต่อเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล แต่ในปัจจุบัน ได้มีการตระหนักถึงความหลากหลายทางด้านเพศที่มีได้จำกัดความเข้าใจไว้ในแบบทวิเพศ หากยังมีความหมายถึงบุคคลเพศหลากหลาย และได้มีการรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลดังกล่าวไว้ ดังที่ได้ปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในหลักการขอกษการ์ตา ( The Yogyakarta Principle) พ.ศ. 2549 ซึ่งได้ประกาศถึงการยอมรับสิทธิพื้นฐานในวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ว่าเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล อันจะไม่นำมาซึ่งการเลือกปฏิบัติหรือการทารุณกรรม

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

๓

โดยที่บทบัญญัติตามมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้รับรองความเสมอภาคและการให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันต่อบุคคล และไม่อาจมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางด้านเพศ รวมทั้งมาตรา 4 ก็ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บุคคลเพศหลากหลายก็ย่อมได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว ยังคงจำกัดให้การใช้ชีวิตคู่ของบุคคลหรือที่เรียกว่าการสมรส ให้สามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงเท่านั้น แต่ไม่ได้รับรองการใช้ชีวิตคู่ในลักษณะอื่นๆ จึงควรที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเปิดกว้างให้บุคคลสองคนที่ต้องการใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันและดำเนินชีวิตในลักษณะของคู่ชีวิตให้สามารถกระทำได้

กฎหมายคู่ชีวิตมีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลสองคนที่ได้แสดงเจตนาในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้เปิดกว้างให้สิทธิกับบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือคู่รักเพศเดียวกัน โดยไม่จำเป็นการแปลงเพศหรือไม่ก็สามารถที่จะดำเนินการตามกฎหมายนี้ได้

กฎหมายฉบับนี้ใช้ชื่อว่า “กฎหมายคู่ชีวิต” โดยต้องการให้มีความหมายถึงการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลสองคน ซึ่งมีได้จำกัดไว้ว่าจะต้องเป็นเฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น หากยังรวมถึงบุคคลทั่วไปที่ใช้ชีวิตคู่กับอีกบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายครอบครัวได้ใช้คำว่าสมรสอันมีความหมายถึงการรับรองด้วยกฎหมายในการใช้ชีวิตคู่ของชายและหญิง กฎหมายนี้จึงจะไม่ใช้คำว่าสมรสซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน แต่ต้องการให้คำว่า “คู่ชีวิต” เพื่อให้มีความหมายที่กว้างขวางกว่าการสมรส โดยการใช้ชีวิตคู่ระหว่างชายและหญิงที่เรียกว่าการสมรสก็เป็นส่วนหนึ่งของระบบคู่ชีวิตตามกฎหมายนี้

## หมวด 1

### บททั่วไป

\*\*\*\*\*

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้ เรียกว่า พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ บรรดากฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นใดซึ่งมิได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือ ซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

## มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

- (๑) "คู่ชีวิต" หมายถึง บุคคลสองคนที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้
- (๒) "การจดทะเบียน" หมายถึง บุคคลสองคนตกลงใจ ก่อตั้งครอบครัวร่วมกัน และได้จัดข้อความลงในทะเบียน ที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัตินี้ หน้า ค่อนายทะเบียนเพื่อรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลสองคน เพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งพึงมีกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ในฐานะเป็นคู่ชีวิตเพื่อความสมบูรณ์ทางกฎหมาย
- (๓) "นายทะเบียน" หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น
- (๔) สันสมรส หมายถึง ในความหมายของทรัพย์สินตามที่ระบุในมาตรา ๑๔๖๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- (๕) "แบบการจดทะเบียน" หมายถึง แบบในการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ ให้มีรายการต่างๆ ในแบบการจดทะเบียนให้ครบถ้วนและมีเงื่อนไขรวมถึงวิธีปฏิบัติ ไม่แตกต่างจากแบบการจดทะเบียนสมรส หรือแบบการจดทะเบียนหย่าที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว
- (๖) "ศาล" หมายความว่า ศาลเยาวชนและครอบครัว และให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องจากบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้นเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

## หมวด 2

## เงื่อนไขแห่งการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๖ การคำนึงถึงศักดิ์และสิทธิระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือหลักการ ปฏิบัติต่อกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน บนพื้นฐานของการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละฝ่าย

ตลอดจนมีศักดิ์และสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นๆ หรือในบรรดากฎหมายที่มีขึ้นในอนาคตที่มีความหมายให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิแก่คู่สมรส

มาตรา ๗ การจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามกฎหมายนี้จะ กระทำได้ก็ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายบรรลุนิติภาวะ หรือบุคคลทั้งสองเช่นว่านั้นมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์โดยได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครอง

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

บุคคลทั้งสอง ฝ่าย ได้แสดงความยินยอมให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

บุคคลทั้งสองฝ่ายที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ให้อยู่ในฐานะคู่ชีวิตที่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา ๘ การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำมิได้ถ้า

- (๑) บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว
- (๒) บุคคลที่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ
- (๓) เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
- (๔) บุคคลใดซึ่งได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ อยู่ก่อนหรือได้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้กับบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว
- (๕) หากจดทะเบียนจดทะเบียน คู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัติ นี้อยู่ก่อนการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ให้ถือการจดทะเบียนในครั้งแรกเป็นสำคัญ การจดทะเบียนครั้งหลังให้ถือว่าเป็นการจดทะเบียนซ้อนกับการจดทะเบียนครั้งแรกและเป็นโมฆะ
- (๖) มีความสัมพันธ์เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมต่อกัน

มาตรา ๙ ผู้เยาว์จะทำการจดทะเบียนได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (๑) บิดาและมารดา ในกรณีที่ทั้งบิดามารดา
  - (๒) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้
  - (๓) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
  - (๔) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (๑) (๒) และ (๓) หรือมี แต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครอง
- การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายนี้ผู้เยาว์ที่ทำ โดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะ

มาตรา ๑๐ การให้ความยินยอมในกรณีบุคคลผู้ประสงค์จดทะเบียน คู่ชีวิต ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะกระทำได้แต่โดย

- (๑) ลงลายมือชื่อของผู้ให้ความยินยอมในทะเบียนคู่ชีวิต หรือทำเป็นหนังสือยินยอมลงลายมือชื่อให้จดทะเบียนคู่ชีวิต
- (๒) ถ้ามีเหตุจำเป็น จะให้ความยินยอมด้วยวาจาต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนก็ได้ ความยินยอมนั้น เมื่อให้แล้วถอนไม่ได้

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

มาตรา ๑๑ ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมตามมาตรา ๑๐ หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๑๒ การจดทะเบียน คู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้ในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกันหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย จะทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทย

ในกรณีที่คู่ชีวิตทั้งสองประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียน

บุคคลใดซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้จดทะเบียน คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้กับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทย ให้ยื่นคำขอของคนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามแบบวิธีที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

การอนุญาตหรือไม่อนุญาตนั้น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีมหาดไทย

### หมวด 3

#### ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๑๓ คู่ชีวิตทั้งสองต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะ รวมถึงปฏิบัติต่อกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน บนพื้นฐานของการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละฝ่าย

บุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ให้อยู่ในฐานะคู่ชีวิตที่ชอบด้วยกฎหมาย และให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๑๔ บุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้ อาจเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลในการจดทะเบียน ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยต้องแจ้ง ความต้องการใช้ชื่อสกุลนั้นต่อเจ้าหน้าที่ ในขณะที่จะจดทะเบียน

เมื่อการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้สิ้นสุดลงด้วยความตายของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด บุคคลที่เหลืออยู่ยังสามารถใช้ชื่อสกุลที่ใช้ภายหลัง การจดทะเบียน ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิม

มาตรา ๑๕ ในกรณีที่ศาลสั่งให้ คู่ชีวิต ฝ่ายใดเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ คู่ชีวิตอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนร่วมได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

มาตรา ๑๖ ในกรณีที่ คู่ชีวิต ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตไม่ว่าศาลจะได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่ ถ้าคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดูฝ่ายที่วิกลจริต หรือกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด อันเป็นเหตุให้ฝ่ายที่วิกลจริตตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดความเสียหายทางทรัพย์สินถึงขนาด บุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือผู้อนุบาล อาจฟ้อง คู่ชีวิต อีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่ฝ่ายที่วิกลจริต หรือขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองฝ่ายที่วิกลจริตนั้นได้

ในกรณีที่ฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูตามวรรคหนึ่ง ถ้ายังมีค้ำประกันของศาลว่า คู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ขอศาลในคดีเดียวกันให้ศาลมีคำสั่งว่า คู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ โดยขอให้ตั้งตนเองหรือผู้อื่นที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้อนุบาล หรือถ้าได้มีค้ำประกันของศาล แสดงว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถอยู่แล้ว จะขอให้ถอดถอนผู้อนุบาลคนเดิม และแต่งตั้งผู้อนุบาลคนใหม่ก็ได้

ในการขอให้ศาลมีคำสั่งใดๆ เพื่อคุ้มครองคู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริตโดยมิได้เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วยนั้น จะไม่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ คู่ชีวิตฝ่ายที่วิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ หรือจะไม่ขอเปลี่ยนผู้อนุบาลก็ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าวิธีการคุ้มครองที่ขอนั้นจำเป็นต้องมีผู้อนุบาลหรือเปลี่ยนผู้อนุบาล ให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในวรรคสอง แล้วจึงมีคำสั่งคุ้มครองตามที่เห็นสมควร

#### หมวด 4

#### การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๑๗ ก่อนทำการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอาจทำสัญญาระหว่างกันในเรื่องการจัดการทรัพย์สินให้ต่างไปจากบทบัญญัติในเรื่องการจัดการทรัพย์สินในหมวด ๔ นี้ก็ได้ และให้เรียกสัญญาที่ทำไว้ก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิตตาม พระราชบัญญัตินี้ว่า สัญญาก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิต

สัญญาก่อน จดทะเบียนคู่ชีวิต เป็นโมฆะ ถ้ามิได้จดทะเบียนไว้ในทะเบียน คู่ชีวิต หรือกับการจดทะเบียน คู่ชีวิต หรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่ ชีวิตทั้งสองฝ่ายและพยานอย่างน้อยสองคนแนบไว้ท้ายทะเบียนคู่ชีวิตหรือได้จดไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตว่าได้มีสัญญานั้นแนบไว้

มาตรา ๑๘ ถ้าคู่ ชีวิต มิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนจดทะเบียนตาม พระราชบัญญัตินี้หรือมิได้ลงไว้ในท้ายรายการการจดทะเบียน คู่ชีวิต ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ ชีวิตในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้ และให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ หมวด ๔ ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อน จดทะเบียนคู่ชีวิต ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือระบุให้ใช้กฎหมายประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้นๆ เป็นโมฆะ

แผนพหุเมื่อ 6 พย.2557

มาตรา ๑๘ เมื่อจดทะเบียน คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้แล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอนรายการในสัญญา ก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล

เมื่อได้มีคำสั่งของศาลถึงที่สุดให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนรายการในการสัญญา ก่อน จดทะเบียน คู่ชีวิตแล้ว ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจดทะเบียนไว้ในทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๒๐ สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่ คู่ชีวิต ได้ทำไว้ต่อกันในระหว่างเป็นคู่ ชีวิตกันฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่ชีวิตกันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็น คู่ชีวิต กันก็ได้แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

มาตรา ๒๑ ถ้าสินสมรส ใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้ลงชื่อคนเป็นเจ้าของรวมกัน ในเอกสาร นั้นก็ได้

## หมวด 5

### ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๒๒ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา ๘ (๑) ถึง (๔) ให้เป็น โมฆะ

มาตรา ๒๓ คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่า การจดทะเบียน คู่ชีวิต ที่ฝ่าฝืนมาตรา ๘ (๑) ถึง (๔) เป็นโมฆะ

มาตรา ๒๔ การจดทะเบียน คู่ชีวิตที่เป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืน มาตรา ๘ (๔) บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใด คนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้น หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นโมฆะก็ได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตใดเป็น โมฆะให้ศาลแจ้งไปยังนาย ทะเบียนเพื่อบันทึกความเป็น โมฆะไว้ในทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๒๕ การจดทะเบียน คู่ชีวิตที่เป็นโมฆะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดย สุจริตซึ่งได้มีก่อนการบันทึกความเป็น โมฆะไว้ในทะเบียนคู่ชีวิตตามมาตรา ๒๔ วรรค ๒

แผนพหุเมื่อ 6 พย.2557

## หมวด 6

### การสิ้นสุดสถานะคู่ชีวิต

มาตรา ๒๖ การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย)หรือจากการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนและให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 3 การสิ้นสุดแห่งการสมรส มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๒๗ การจดทะเบียนคู่ชีวิต ที่เป็นโมฆียะสิ้นสุดลงเมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา ๒๘ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่มีได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา ๕ การจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นเป็นโมฆียะ

เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตเพราะเหตุว่าเป็น โมฆียะ มีเฉพาะในกรณีที่จดทะเบียนสมรสทำการฝ่าฝืน มาตรา ๕

มาตรา ๒๙ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่เป็นโมฆียะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๕ ผู้มีส่วนได้เสียขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ แต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้วจะขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตไม่ได้

ถ้าศาลมิได้สั่งให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตจนบุคคลทั้งสองอายุครบ ๒๐ ปีบริบูรณ์ให้ถือว่า การจดทะเบียนคู่ชีวิตสมบูรณ์มาตั้งแต่เวลาที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้

มาตรา ๓๐ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่เป็น โมฆียะเพราะมิได้รับความยินยอมของบุคคลดังกล่าวในมาตรา ๕ เฉพาะบุคคลที่อาจให้ความยินยอมตามมาตรา ๕ เท่านั้น ที่ขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้

มาตรา ๓๑ การยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตนั้นจะทำได้แต่โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายหรือโดยคำพิพากษาของศาล

ถ้าการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต นั้นทำได้โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย และต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคนต่อหน้านายทะเบียน

มาตรา ๓๒ เมื่อได้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ การยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายได้จดทะเบียนยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต ตามมาตรา ๓๑ กรณีคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอม จะกระทำไม่ได้โดย

(๑) ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาหรือในเขตอำนาจศาลที่จดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ทดลองแยกกันอยู่ เป็นระยะเวลา ๑ ปี และให้ศาลกำหนดวันนัดเมื่อครบระยะเวลา ๑ ปีในคราวเดียวกัน เพื่อถามคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งว่า ยังต้องการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต หรือไม่



(๒) หากมีเหตุเรียกค่าเสียหายหรือค่าเลี้ยงดูบุตรให้เขียนมาในคำร้องขอยุติความสัมพันธ์ในฐานะ คู่ชีวิต หรือในคำร้องคัดค้านแล้วแต่กรณี ในคราวเดียว

(๓) ระหว่างทดลองแยกกันอยู่ ถ้าฝ่ายใดร้องขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๔๑(๔๐) หรือมาตรา ๑๕๓๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยอนุโลมได้แล้วแต่กรณี

(๔) เมื่อถึงกำหนดนัด หลังจากศาลสอบถามคู่ความแล้ว หากคู่ชีวิตฝ่ายใดต้องการยุติ ความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต แม้เพียงฝ่ายเดียว ให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาและกำหนดในเรื่องบุตร สินสมรส ค่าทดแทน ค่าเลี้ยงดู ค่าเช่าที่อยู่ประเภท หรือค่าเสียหายตามแต่กรณี โดยให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ในการกำหนด

(๕) เมื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาตาม (๓) แล้วให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยุติความสัมพันธ์ใน ฐานะคู่ชีวิต ตามเจตนานั้น

(๖) ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มีพฤติการณ์ตามเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา ๑๕๑๖ ให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายยื่นคำร้องต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาหรือในเขตอำนาจศาลที่จดทะเบียน คู่ชีวิต เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตได้ โดยยกเว้น (๑)

ความในวรรคก่อน มิให้ตัดสิทธิคู่ชีวิตอีกฝ่ายในการพิสูจน์เหตุเรียกค่าเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๑๓ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายได้ โดยกล่าวมาในคำร้องขอ ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต หรือในคำร้องคัดค้านแล้วแต่กรณี

ค่าเสียหาย ดังกล่าวนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลในการกำหนด โดยคำนึงถึง ว่าได้รับความ เสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรจากการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต เมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ ร่วมกันในฐานะคู่ชีวิตมาคำนึงประกอบ

คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะขอให้ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายให้ได้ ค่าเสียหายนี้ศาลอาจให้ เพียงใดหรือไม่ให้ก็ได้ โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้ให้และฐานะของผู้รับและให้นำบทบัญญัติ มาตรา 1598/39 มาตรา 1598/40 และ มาตรา 1598/41 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเป็นอันสิ้นสุดถ้ามิได้ขอมาในคำร้องหรือคำร้องคัดค้านในคดี ขอ ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตนั้น

มาตรา ๑๔ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริต หรือเป็นคนไร้ความสามารถ หรือกึ่งพิการ จนไม่สามารถจัดทำกรงานโดยตนเองได้และมีเหตุได้รับความเดือดร้อนเกินควร โดยคู่ชีวิตฝ่าย ดังกล่าวนั้น สามารถร้องขอยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต โดยเรียกค่าเสียหายตามมาตรา ๑๕ เกิดขึ้นไม่ว่าเหตุนั้นจะ ได้เกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังการเป็นคนวิกลจริต

ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตเป็นคน ไร้ความสามารถตามความใน

มาตรา ๒๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีอำนาจร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาและพิพากษาให้ ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตขาดจากกันรวมถึงแบ่งทรัพย์สินได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้ายังมีค้ำประกันของ ศาลแสดงว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตเป็นคน ไร้ความสามารถก็ให้บุคคลดังกล่าวขอร้องขอต่อศาลในคดีเดียวกันนั้น ให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่ชีวิตซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคน ไร้ความสามารถ

เผยแพร่เมื่อ 6 พย. 2557

กรณีคู่ชีวิตอีกฝ่ายร้องคัดค้านค่าขอเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต ในกรณีนี้ให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเหมาะสมและประโยชน์รวมถึงสภาพของคู่ชีวิตฝ่ายที่เป็นบุคคลวิกลจริตเป็นสำคัญ เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นสมควร จะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งตามมาตรา ๔๗(๔๐) หรือมาตรา ๑๕๓๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยก็ได้

มาตรา ๑๕ ในกรณียุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตโดยความยินยอม ให้คู่ชีวิตทั้งสองทำความตกลงเป็นหนังสือว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันไม่ได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด

ในกรณียุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณา คำร้องขอยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตนั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดศาลเห็นว่ามิเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิตนั้น ได้ตามความบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ มาตรา ๑๕๘๒ ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่ชีวิตและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

มาตรา ๑๖ ถ้าปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองตามมาตรา ๔๒(๔๐) ประพฤติตนไม่สมควร หรือภายหลังพฤติการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป ให้บุคคลที่เคยเป็นคู่ชีวิตร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ

มาตรา ๑๗ ถ้าคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตโดยความยินยอม ให้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญายุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตว่าคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย หรือคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะออกเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นจำนวนเงินเท่าใด

ถ้ายุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตโดยคำพิพากษาของศาลหรือในกรณีที่สัญญายุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตมิได้กำหนดเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรไว้ ให้ศาลเป็นผู้กำหนด

มาตรา ๑๘ ค่าเลี้ยงชีพ หรือค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร ที่ศาลมีคำพิพากษาให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งต้องชำระให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนทรัพย์สินที่คู่ชีวิตนั้น ได้รับ ไปจากการแบ่งสินสมรสเพราะการยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตนั้นด้วย

มาตรา ๑๙ ถ้าฝ่ายที่รับค่าเลี้ยงชีพจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตใหม่ สิทธิรับค่าเลี้ยงชีพย่อมหมดไป หรือจนกว่าจะครบกำหนด ๑ ปี นับจากรับค่าเลี้ยงชีพในครั้งแรก

แผนผังเมื่อ 6 พย.2557

## หมวด 7

### ความสัมพันธ์ของคู่ชีวิต กับบุตรและบุตรบุญธรรม -

มาตรา ๔๐ หากไม่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษในพระราชบัญญัตินี้ ให้นำความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ลักษณะ ๒ ว่าด้วย บิดา มารดา และบุตร มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๑ ในกรณีคู่ชีวิตฝ่ายใดมีบุตรมาก่อนการจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจปกครอง ในบุตร ที่คิดมา นั้น จนกว่าจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม

เมื่อจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้วให้อำนาจปกครองในบุตรมีเท่ากัน โดยถือว่าคู่ ชีวิตอีกฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นผู้ปกครองบุตรร่วมกันกับคู่ ชีวิตอีกฝ่ายที่มีบุตรคิดมาด้วยโดย คำนึงถึงความ ผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ

มาตรา ๔๒ บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ได้รับสิทธิในการรับบุตรธรรมและรับ ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม และจะรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม ให้ใช้ใบทะเบียนคู่ชีวิต ตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นหลักฐานทดแทนสำเนาใบทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ได้รับศักดิ์และ สิทธิจากการเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้เทียบเท่าและเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ในการปฏิบัติตาม ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 และ กฎกระทรวงใด ๆ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

มาตรา ๔๓ ผู้ซึ่งเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ของญาติสืบสายโลหิตทางฝ่ายบิดาหรือมารดาของเด็ก ซึ่งคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือ จดทะเบียน ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่ร่วมกับคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ในกรณีที่ญาติสืบสายโลหิตดังกล่าวได้อื่นคำขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการ ทดลองเลี้ยงดูเด็ก ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

มาตรา ๔๔ ผู้ซึ่งจะขอรับบุตรหรือบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม และได้จด ทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือ จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่เด็กเคยอยู่กับบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ได้รับยกเว้นไม่ต้องทำการ ทดลองเลี้ยงดูเด็ก ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

มาตรา ๔๕ บุคคลที่จะทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ที่จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องได้รับความยินยอมจาก คู่ชีวิตอีกฝ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ก่อน ในกรณีที่คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่อาจให้ความยินยอมหรือ ไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่ง อนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้

## หมวด 8

### มรดก

มาตรา ๔๖ หากไม่มีบทบัญญัติเป็นพิเศษในพระราชบัญญัตินี้ให้นำความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่าด้วย มรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิต โดยอนุโลม

มาตรา ๔๗ คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นเป็นทายาทโดยธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๖ มรดก โดยเป็นทายาทโดยธรรมในชั้นคู่สมรส ตามความในมาตรา ๑๖๒๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๔๘ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก มาตรา ๑๖๓๕ เรื่องลำดับ และส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตาย มาใช้กับพระราชบัญญัตินี้เท่าที่จะบังคับได้โดยไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการและเหตุผลรวมถึงสภาพแห่งพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔๙ ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิต คู่ชีวิตฝ่ายนั้นมีสิทธิรับจำนวนเงินทั้งหมดที่ได้ตกลงไว้กับผู้รับประกันภัย แต่จำต้องเอาจำนวนเบี้ยประกันภัย เพียงเท่าที่ พิสูจน์ได้ว่าสูงกว่าจำนวนเงินที่ผู้ตายจะพึงส่งใช้เป็นเบี้ยประกันภัยได้ ตามรายได้หรือฐานะของคนโดยปกติ ไปชดใช้สินเดิมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสินสมรสแล้วแต่กรณี

ถึงอย่างไรก็ดี จำนวนเงินเบี้ยประกันภัยซึ่งจะพึงส่งคืนตามบทบัญญัติข้างต้นนั้นรวมทั้งสิ้น ต้องไม่เกินจำนวนเงินที่ผู้รับประกันภัยได้ชำระให้

มาตรา ๕๐ เมื่อคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญา และตามสัญญานั้นทั้งสองฝ่าย จะต้องได้รับเงินปีในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกันและเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องได้รับ เงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้องชดใช้สินเดิมของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสินสมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่จะได้เอาเงินสินเดิม หรือสินสมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่จะต้องชดใช้สินเดิมหรือสินสมรสตั้ง

เผยแพร่เมื่อ 6 พย.2557

ว่านี้ ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียกให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงินรายปีให้แก่ผู้ชีวิตฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นต่อไป

#### หมวด 9

#### ภาคผนวก

มาตรา ๕๑ อายุความสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่ชีวิตทั้งสองตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าจะครบกำหนดก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ จดทะเบียนยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต อายุความนั้นยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบหนึ่งปีนับแต่วันที่จดทะเบียนยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิต

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

นายกรัฐมนตรี

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวญาดา ศิริสม เกิดเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2532 ที่จังหวัดตาก สำเร็จการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา และปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีพุทธศักราช 2555 นอกจากนี้ ยังสอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 40 เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2556 ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งนิติกรปฏิบัติ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง

