

## คู่สมรสและมารดาชอบด้วยกฎหมาย : แนวโน้มและการเปลี่ยนแปลง Spouses and Legitimate Mother : Trend and Change

กานต์สินี ทิพย์มณฑิธร<sup>1</sup>

Kansinee Tipmontien<sup>1</sup>

Email : Kansine2004@hotmail.com

### บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอให้เห็นแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายครอบครัวไทยในเรื่องคู่สมรส และมารดาชอบด้วยกฎหมาย ในเรื่องคู่สมรสเดิมกฎหมายกำหนดให้คู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิง ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะมีกฎหมายกำหนดให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตซึ่งก่อตั้งสถานะทางครอบครัวคล้ายกันกับการสมรสได้ และอนาคตอาจมีกฎหมายกำหนดให้บุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลหลากหลายทางเพศสมรสกันได้ ส่วนมารดาชอบด้วยกฎหมายเดิมกฎหมายกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร ปัจจุบันกฎหมายเปลี่ยนหลักการดังกล่าวโดยบัญญัติว่าหากกฎหมายบัญญัติให้หญิงอื่นที่ไม่ได้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้หญิงที่ขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ถือว่าเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น

**คำสำคัญ :** คู่สมรส; มารดาชอบด้วยกฎหมาย; พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

### ABSTRACT

The objective of this article is to present the trend of change on principle of being spouses and the change on principle of being legitimate mother under Thai family law. On principle of being spouses, family law provides that spouses shall be man and woman. On the present day, there is the trend to be the law which allows the same sexes to be life

---

<sup>1</sup> คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม

<sup>1</sup> Faculty of Law, Rajabhat Mahasarakham University, Thailand.

\* ได้รับบทความ: 21 ตุลาคม 2562; แก้ไขบทความ: 16 พฤศจิกายน 2562; ตอบรับการตีพิมพ์: 26 ธันวาคม 2562

Received: October 21, 2019; Revised: November 16, 2019; Accepted: December 26, 2019

partnership by registration. By that way, they can constitute their family status similar to the marriage by registration. In the future, there may be the law which allows the same sexes or LGBT to get marriage. On principle of being legitimate mother, the law provides that woman who gives a birth to her child is deemed legitimate mother. But nowadays, such principle has changed; If the law provides that woman who even does not give a birth to child is legitimate mother, she is deemed legitimate mother. Such as, under Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558, woman who requests other woman to be surrogate mother is deemed legitimate mother, but surrogate mother even gives a birth, she is not deemed legitimate mother.

**Keywords :** Spouses; Legitimate mother; Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558

## 1. บทนำ

กฎหมายครอบครัวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการก่อตั้งสถานะทางครอบครัวในเรื่องการหมั้น การสมรส ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัวคือสามีภริยาและบิดามารดากับบุตร กฎหมายว่าด้วยครอบครัวที่ใช้บังคับอยู่ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 คือกฎหมายฝัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าแก่ที่บัญญัติขึ้นหลายยุคหลายสมัย (สะอาด นาวิเจริญ, 2493 : 7) ต่อมา มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2478 มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง เนื้อหาที่แก้ไขเพิ่มเติม เช่น การเป็นสามีภริยาชอบด้วยกฎหมาย จากเดิมถือตามการอยู่กินเป็นสามีภริยาเปลี่ยนเป็นการจดทะเบียนสมรส หรือเดิมชายมีภริยาได้หลายคนเปลี่ยนเป็นให้ชายหญิงมีคู่สมรสชอบด้วยกฎหมายคนเดียว หรือความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสจากเดิมที่แบ่งเป็นสินส่วนตัวสินเดิม และสินสมรส เปลี่ยนเป็นสินส่วนตัวและสินสมรส เป็นต้น เห็นได้ว่า กฎหมายครอบครัวเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัย และในหลายปีที่ผ่านมา มีความเคลื่อนไหวหรือความพยายามให้มีการบัญญัติกฎหมายยอมให้บุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลหลากหลายทางเพศจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตอยู่กินด้วยกันและมีสิทธิหน้าที่ต่อกันคล้ายกับสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรส ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งสถานะทางครอบครัวอย่างหนึ่ง และเป็นแนวโน้มที่อาจส่งผลกระทบต่อหลักการในเรื่องคู่สมรสในกฎหมายครอบครัว และนอกจากนี้ ยังมีการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมและความเจริญก้าวหน้าของวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในยุคปัจจุบัน บทความนี้จึงนำเสนอให้เห็นแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องคู่สมรสและการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวว่าจะเกิดผลกระทบในทางสังคมและในทางกฎหมายอย่างไร

## 2. คู่สมรสและมารดาชอบด้วยกฎหมาย : แนวโน้มและการเปลี่ยนแปลง

เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุคใหม่ พ.ศ. 2478 กฎหมายกำหนดว่าการสมรสจะสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว และคู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น และมาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ จึงเป็นหลักการว่า ชายกับหญิงเท่านั้นสมรสกันได้ แต่สภาพสังคมปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไป การใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวหรือบุคคลหลากหลายทางเพศ (LGBT) ซึ่งได้แก่ เลสเบี้ยน (Lesbian) เกย์ (Gay) คนรักสองเพศ (Bisexual) และคนข้ามเพศ (Transgender/Transsexual) มีมากขึ้นและได้รับการยอมรับจากสังคมมากขึ้นจนมีการเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลกลุ่มดังกล่าว ทำให้เกิดแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องคู่สมรส ส่วนมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรแต่เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวกร่างใหม่ พ.ศ. 2519 กำหนดว่า เด็กที่เกิดแต่หญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น จึงถือเป็นหลักการว่า บุตรที่เกิดจากหญิงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นหรือหญิงที่ให้กำเนิดแก่บุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอ แต่วิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าจนสามารถผสมเทียมหรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง อาจจะทำให้ปัญหาในทางกฎหมายขึ้นมาได้ว่า หญิงใดเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น กรณีดังกล่าวทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร

### 2.1 คู่สมรส : แนวโน้มการเปลี่ยนแปลง

#### 2.1.1 หลักการ

การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของชายและหญิงคู่หนึ่งในฐานะที่เป็นสามีภรรยา (ไปโรจน์ กัมพูสิริ, 2560 : 93) หมายถึงการที่ชายกับหญิงจดทะเบียนสมรสกันเพื่ออยู่กินเป็นสามีภรรยา ดังนั้น คู่สมรสจึงหมายถึงชายกับหญิงที่จดทะเบียนสมรสกัน การสมรสย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายทั้งด้านความสัมพันธ์ส่วนตัวกล่าวคือชายกับหญิงก่อตั้งสถานะทางครอบครัวเป็นสามีภรรยา และมีหน้าที่อยู่กินด้วยกันและมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ทั้งด้านความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน กล่าวคือทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาแบ่งเป็นสินส่วนตัวและสินสมรส และด้านความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรกล่าวคือบุตรที่เกิดมาย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภรรยา เป็นต้น และมีข้อสังเกตว่า การสมรสที่จะสมบูรณ์ตามกฎหมายนั้น คู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิงโดยกำเนิด เนื่องจากโดยทั่วไปการสมรสมีวัตถุประสงค์เพื่ออยู่กินด้วยกันซึ่งก็คือการร่วมประเวณีอันเป็นธรรมชาติของชายและหญิง และคู่สมรสต้องการมีบุตรไว้เป็นทายาทเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ของตน กล่าวได้ว่า กฎหมายครอบครัวปัจจุบันยอมให้มีการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น การสมรสในระหว่างคนเพศเดียวกันจึงไม่อาจมีได้

#### 2.1.2 การเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม

อย่างไรก็ตาม ยังมีบุคคลจำนวนไม่น้อยที่อยู่กินร่วมกันกับเพศเดียวกันเหมือนชายหญิงอยู่กินเป็นสามีภรรยา แต่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายครอบครัวของไทย บุคคลกลุ่มนี้ไม่สามารถสมรสกัน

ได้เพราะไม่ใช่การสมรสระหว่างชายกับหญิง หรือแม้แต่ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วก็ไม่อาจสมรสกับชายได้ ดังที่เคยมีชายที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วประสงค์จะถือเพศเป็นหญิง แต่เจ้าพนักงานขัดข้องในการแก้หลักฐานในทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชนและทะเบียนทหาร ชายดังกล่าวจึงยื่นคำร้องขอให้ศาลส่งอนุญาตให้ผู้ร้องถือเพศเป็นหญิง ศาลชั้นต้นยกคำร้อง ผู้ร้องอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ผู้ร้องฎีกาศาลฎีกามีคำพิพากษาที่ 157/2524 ว่า ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีความหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งนี้ไม่ใช่เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้

คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เพศของบุคคลธรรมดาในกฎหมายรับรองและถือตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่าคนหรือลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชาย ถึงจะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นอวัยวะเพศของหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ดังนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิแก่ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งนี้ไม่ใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย หมายความว่า ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นหญิงอยู่นั่นเอง การที่บุคคลเพศเดียวกันแม้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วอยู่กินร่วมกันจึงไม่อาจก่อตั้งสถานะทางครอบครัวตามกฎหมาย ทั้งสถานะความเป็นสามีภรรยา ความสัมพันธ์ส่วนตัว หรือความสัมพันธ์ด้านทรัพย์สิน และไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกันในเรื่องต่างๆ เช่น สิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่าย สิทธิจัดการศพหรือสิทธิรับมรดกของฝ่ายที่ตาย เป็นต้น ทำให้บุคคลกลุ่มนี้เสียสิทธิหลายประการ เมื่อสังคมปัจจุบันให้การยอมรับการเลือกเพศของบุคคลและยอมรับการอยู่กินร่วมกันของบุคคลกลุ่มดังกล่าวมากขึ้น จึงมีการเรียกร้องให้รัฐบาลบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิการสมรสหรือการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลกลุ่มดังกล่าวให้เท่าเทียมหรือใกล้เคียงกับสิทธิของคู่สมรส โดยอ้างอิงกฎหมายของต่างประเทศที่บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าว อย่างเช่น กฎหมายแพ่งว่าด้วยการสมรสของแคนาดา ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่สมรสและรับรองสิทธิเท่าเทียมกันในระหว่างคู่สมรสต่างเพศหรือคู่สมรสเพศเดียวกัน โดยกฎหมายใช้คำว่า บุคคล (Person) แทนคำว่า ชายกับหญิง (ศิริชนก วิริยเกื้อกูล, 2561 : 3) หรือกฎหมายครอบครัวของเนเธอร์แลนด์กำหนดรูปแบบการสร้างครอบครัวสำหรับบุคคลต่างเพศและเพศเดียวกันภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไว้ 4 ลักษณะ กล่าวคือ การสมรส (Marriage) การจดทะเบียนความสัมพันธ์ (Register of Relationship) การทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Cohabitation Agreement) และการอยู่ร่วมกันอย่างไม่เป็นทางการโดยไม่อยู่ภายใต้บังคับข้อสัญญาใด (Non-contractual Cohabitation) (พัชนี หาญเทพินทร์, 2548 : 36-47) และนอกจากนี้ ยังมีอีกหลายประเทศที่บัญญัติกฎหมายรับรองเรื่องดังกล่าว อย่างเช่น เบลเยียม สเปน แอฟริกาใต้ นอร์เวย์ สวีเดน อาร์เจนตินา ไอร์แลนด์ โปรตุเกส เดนมาร์ก บราซิล อังกฤษ ฝรั่งเศส นิวซีแลนด์ ลักเซมเบิร์ก สกอตแลนด์ อูรุกวัย ฟินแลนด์ กรีนแลนด์ ไอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และไต้หวัน เป็นต้น (ไทยรัฐออนไลน์, 2560)

### 2.1.3 แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องคู่สมรส

สำหรับประเทศไทย มีความพยายามให้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิดังกล่าวเช่นกัน โดยเมื่อปี 2555 นายทศิธรโรจนพงษ์ กับคู่ชีวิต (ชาย) ซึ่งใช้ชีวิตร่วมกัน 19 ปี ไปยื่นขอจดทะเบียนสมรส แต่ถูกปฏิเสธเพราะการสมรสจะเกิดขึ้นเมื่อสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น นายทศิธรยื่นร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าตนถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน และส่งผลให้มีการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต (บุษกร สุริยสาร, 2557 : 38-39) แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านการตราออกมามีฉบับใช้เป็นกฎหมายอย่างไรก็ตาม ความพยายามให้มีกฎหมายรับรองสิทธิอยู่กินร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกันยังคงมีอยู่ และเมื่อปี 2561 มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนชีวิตคู่ พ.ศ... โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เหตุผลการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวคือปัจจุบันกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเพศสภาพ หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้ชีวิตร่วมกันตั้งครอบครัวทั่วไป แต่ไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิและหน้าที่ในการเป็นคู่ชีวิตเช่นเดียวกับคู่สมรส ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักการที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแบ่งเนื้อหาเป็น 7 หมวด หมวด 1 การจดทะเบียนคู่ชีวิต หมวด 2 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต หมวด 3 ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต หมวด 4 ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนคู่ชีวิต หมวด 5 การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต หมวด 6 มรดก หมวด 7 อายุความ (กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2561 : 1-14) ซึ่งคล้ายกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก เช่น เงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ความสัมพันธ์ส่วนตัว ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน สิทธิ และหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิต รวมถึงสิทธิรับมรดกของคู่ชีวิตเพื่อให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตสามารถก่อตั้งสถานะทางครอบครัว มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องสถานะทางครอบครัว สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันที่จะพึงมีพึงได้ให้สอดคล้องกับสถานะของคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัวและมรดก แม้ว่าขณะเขียนบทความนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ผ่านการตราบังคับใช้เป็นกฎหมาย และตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวบุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตไม่อาจมีสิทธิบางประการที่คู่สมรสอาจมีได้ เช่น สิทธิการมีบุตรโดยวิธีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพราะสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายครอบครัวเท่านั้นที่มีสิทธิดังกล่าว (ชวินโรจน์ อธิพัชรร และภาณุมาศ ชัดเจนงาม, 2560 : 99) หรือสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมกันเพราะกฎหมายกำหนดให้คู่สมรสเท่านั้นที่มีสิทธิดังกล่าว ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/25 ที่บัญญัติว่า ผู้จะรับบุตรบุญธรรมหรือผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ถ้ามีคู่สมรสอยู่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสก่อน ในกรณีที่คู่สมรสไม่อาจให้ความยินยอมได้หรือไปเสียจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่และหาตัวไม่พบเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมของคู่สมรสนั้น แต่หากร่างพระราชบัญญัตินี้ผ่านการตราบังคับใช้เป็นกฎหมายย่อมส่งผลให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตสามารถก่อตั้งสถานะทางครอบครัวขึ้นมาอีกรูปแบบหนึ่ง ทั้งมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันใกล้เคียงกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว หลักการให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนชีวิตคู่กันได้ในการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแม้ไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงหลักการการเป็นคู่สมรสในกฎหมายครอบครัวโดยตรง เพราะหลักการเรื่องคู่สมรสยังคงเป็นไปตามหลักการ

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามเดิม แต่ก็ถือว่าเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกันกับหลักการในเรื่องคู่สมรสตามกฎหมายครอบครัว และเป็นหลักการใหม่ที่จะเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมหลักการในเรื่องคู่สมรส จากเดิมที่กำหนดให้คู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิงเท่านั้น เปลี่ยนมาเป็นว่าบุคคลเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนใช้ชีวิตและอยู่กินร่วมกันได้ โดยมีสิทธิและหน้าที่ใกล้เคียงกับคู่สมรสซึ่งจะทำให้บุคคลเพศเดียวกันที่จดทะเบียนใช้ชีวิตคู่มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่าย มีระบบทรัพย์สินแยกเป็นสินส่วนตัวกับทรัพย์สินร่วมกันของคู่ชีวิต และสามารถยุติการใช้ชีวิตคู่ได้ อันจะส่งผลให้บุคคลเพศเดียวกันหันมาจดทะเบียนชีวิตคู่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแถมเช่นสามีภรรยา สามารถแสดงบทบาทในทางสังคมมากขึ้นเพราะสถานะทางครอบครัวได้รับการรับรองโดยกฎหมายแล้ว จึงถือว่าเป็นแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องคู่สมรสในกฎหมายครอบครัวนั่นเอง นอกจากนี้ในอนาคตอาจเป็นไปได้ว่ารัฐต้องบัญญัติกฎหมายรับรองให้บุคคลหลากหลายทางเพศสมรสกันได้ เช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเดิมที่กำหนดให้ชายกับหญิงเท่านั้นสามารถสมรสกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าคิดว่าการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลหลากหลายทางเพศดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตในครอบครัวแบบดั้งเดิมของไทยหรือไม่อย่างไร

## 2.2 มารดาชอบด้วยกฎหมาย : การเปลี่ยนแปลง

### 2.2.1 หลักการ

แต่เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 บัญญัติว่า เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น หมายความว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับชายที่เป็นบิดาของเด็กและหญิงนั้นคลอดบุตรออกมา เด็กที่เกิดมาให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น บทบัญญัตินี้ถือตามหลักการว่า บุตรที่เกิดจากหญิงยอมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นเสมอ หรือหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรยอมเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรเสมอไม่ว่าหญิงนั้นจะจดทะเบียนสมรสกับชายผู้เป็นบิดาของบุตรหรือไม่ (ประสพสุข บุญเดช, 2559 : 547) หลักการนี้มีมาตั้งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกาศใช้บังคับ และตามหลักการดังกล่าวไม่เปิดช่องให้หญิงอื่นที่มีได้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ อาจจะสามารถได้ว่ากฎหมายครอบครัวถือเป็นหลักการว่า หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมา ส่วนหญิงอื่นที่ไม่ได้ให้กำเนิดบุตรแม้จะเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูก็ไม่ใช่มารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น

### 2.2.2 ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยี

สืบเนื่องมาจากความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้สามารถผสมเทียมโดยใช้ไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อนของบุคคลอื่นมาตั้งครรภ์ หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ซึ่งเมื่อหญิงตั้งครรภ์โดยใช้ไข่ อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของบุคคลอื่นแล้วคลอดบุตร หรือหากหญิงไม่อาจมีบุตรได้และให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้ไข่ อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของหญิงที่ไม่อาจมีบุตรหรือของบุคคลอื่นแล้วหญิงที่ตั้งครรภ์แทนคลอดบุตร อาจจะทำให้เกิดปัญหาว่า หญิงใดเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร ซึ่งจะส่งผลต่อการใช้อำนาจปกครอง การอุปการะเลี้ยงดู และสิทธิหน้าที่อื่นๆ รวมไปถึงสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะมรดกด้วย กรณีเช่นนี้กฎหมายควรกำหนดให้ชัดเจนว่าหญิงใดเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องดังกล่าว โดยกฎหมายอาจกำหนดให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของไข่ หรือหญิงอื่นที่ไม่ใช่ผู้ตั้งครรภให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ กรณีดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนมารดาชอบด้วยกฎหมายซึ่งถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการที่มีมาแต่เดิมด้วย

### 2.2.3 การเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อปี 2551 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ให้เป็นว่า เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ถ้อยคำที่แก้ไขเพิ่มเติมคือ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งหมายความว่า หากกฎหมายบัญญัติว่าหญิงใดเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะแล้ว หญิงนั้นก็เป็นการดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร แม้ว่าหญิงนั้นจะไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดบุตรก็ตาม ดังนั้น หลักการในเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงกำหนดให้หญิงผู้ให้กำเนิดแก่บุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร (หลักการเดิม) และกำหนดให้หญิงอื่นแม้จะไม่ได้ให้กำเนิดแก่บุตรก็เป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้หากมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ (หลักการที่เปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นมา) ข้อยกเว้นนี้เป็นกรณีที่เกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ไม่ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิด แต่ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงอื่นนั้นได้

ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2558 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 สืบเนื่องจากความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก สามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะมีบุตรยากมีบุตรได้โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีผลให้บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องความเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม และพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ หรือให้มีการตั้งครรภแทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หมายความว่า หญิงซึ่งเป็นภริยาชอบด้วยกฎหมายของชายตั้งครรภโดยใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของบุคคลอื่นซึ่งบริจาคให้ แล้วเด็กเกิดมา เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น และหญิงนั้นเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ถึงแม้ว่าอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนในครรภ์หญิงนั้นจะเป็นของบุคคลอื่น ส่วนหญิงเจ้าของไข่หรือตัวอ่อนไม่ถือว่าเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หรือกรณีที่มีภริยาชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนโดยใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของสามีภริยานั้นหรือของบุคคลอื่นแล้วเด็กเกิดมา เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงภริยาที่ต้องการมีบุตร และในทางกลับกันหญิงนั้นย่อมเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภแทนไม่ถือว่าเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดให้หญิงที่ต้องการมีบุตรกรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมา นี้เป็นตัวอย่างของกฎหมายที่บัญญัติข้อยกเว้นหลักการที่ว่า บุตรที่เกิดจากหญิงยอมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น หรือหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร และถือเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเดิมดังกล่าว โดยเพิ่มเติมเป็นข้อยกเว้นว่า กฎหมายกำหนดให้หญิงอื่นเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ แม้หญิงนั้นไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดบุตรก็ตาม และหากในอนาคตมีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีเกี่ยวกับการให้กำเนิดบุตร กฎหมายอาจบัญญัติให้หญิงอื่นที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรหรือแม้ไม่ได้เป็นเจ้าของไข่ เป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรเพิ่มเติมจากที่บัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็เป็นได้ การเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เป็นผลตามที่กฎหมายบัญญัติตั้งที่ระบุในมาตรา 1546 ตอนท้ายนั่นเอง

### 3. สรุป

กฎหมายครอบครัวของไทยมีแนวโน้มเปลี่ยนแปลงหลักการไปตามสภาพสังคมและความเจริญก้าวหน้าของวิทยาการเทคโนโลยี โดยสภาพสังคมทำให้เกิดแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องคู่สมรสจากหลักการเดิมที่กำหนดให้คู่สมรสต้องเป็นชายกับหญิง แต่ในอนาคตอันใกล้อาจมีกฎหมายกำหนดหลักการใหม่ให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตซึ่งเป็นการก่อตั้งสถานะทางครอบครัวในลักษณะใกล้เคียงการสมรสได้ และอาจมีกฎหมายกำหนดให้บุคคลหลากหลายทางเพศสมรสกันได้ ส่วนเรื่องมารดาชอบด้วยกฎหมาย เดิมกฎหมายมีหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ว่า บุตรที่เกิดจากหญิงยอมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิง หรือหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร แต่ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้สามารถผสมเทียมและให้หญิงตั้งครรภ์โดยใช้ไข่สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของบุคคลอื่นหรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้ไข่สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของชายหญิงที่ต้องการมีบุตรหรือของบุคคลอื่นได้ ซึ่งอาจเกิดปัญหาขึ้นว่า กรณีเช่นนี้หญิงใดเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร จึงมีการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า กฎหมายอาจกำหนดให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ กรณีดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเดิมโดยยอมให้กฎหมายบัญญัติให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรได้ และกรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้หญิงที่ไม่สามารถมีบุตรได้และขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้ไข่สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของหญิงที่ไม่อาจมีบุตรกับสามี หรือของบุคคลอื่น เป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมา ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่มารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตร เป็นตัวอย่างของข้อยกเว้นดังกล่าว และในอนาคตกฎหมายอาจจะกำหนดให้หญิงที่ไม่ได้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นนอกเหนือจากกรณีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีฯ ดังกล่าว



#### 4. เอกสารอ้างอิง

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. (2561). ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนชีวิตคู่ พ.ศ. ..สำหรับการวิพากษ์ตามมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2562. จาก [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_5/2561/5.11.2561.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_5/2561/5.11.2561.pdf)
- ชวินโรจน์ อีร์พัชรพร และภาณุมาศ ชัดเงางาม. (2560). สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย. วารสารสมาคมนักวิจัย. 22(2). 92-104.
- ไทยรัฐออนไลน์. (2560). 26 ชาติ เปิดไฟเขียวสมรสป่าไม้เดียวกัน. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2562. จาก <http://www.thairath.co.th/news/local/1125630>
- บุษกร สุริยสาร. (2557). อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : องค์การแรงงานระหว่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2562. จาก [https://www.ilo.org/wcmspgroups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms\\_356948.pdf](https://www.ilo.org/wcmspgroups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_356948.pdf)
- ประสพสุข บุญเดช. (2559). คำอธิบายกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด.
- พัชนี หาญเทพินทร์. (2548). สิทธิของชายหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2560). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พิมพ์ดีการพิมพ์ จำกัด.
- ศิริชนก วิริยเกื้อกุล. (2561). สิทธิการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน. สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2562. จาก <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2561/hi2561-019.pdf>
- สอาด นาวิเจริญ. (2493). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.