

การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน
ในเอเชีย: ศึกษากรณีไต้หวันและเนปาล เปรียบเทียบกับประเทศไทย

The Recognition of Same Sex Marriage Law in Asia:
Case Studies in Taiwan and Nepal compared to Thailand

ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์
Chaipat Thumchutinun

นิติกรปฏิบัติการ

กองนิติการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

Legal Officer, Practitioner Level

Legal Affairs Division, Thammasat University, Pra Chan Road, Phra Nakorn, Bangkok 10200

Corresponding author E-mail: chaipat.thum@dome.tu.ac.th

(Received: April 7, 2024; Revised: June 4, 2024; Accepted: August 16, 2024)

บทคัดย่อ

สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และหลายประเทศเริ่มตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ภายใต้ปัจจัยทางสังคมที่แตกต่างกันไป เช่น การเรียกร้องจากภาคประชาชน การผลักดันจากฝ่ายการเมือง บทบาทขององค์กรตุลาการ นำไปสู่การผลักดันการออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน เอเชียเป็นหนึ่งในทวีปที่ต้องเผชิญหน้ากับปรากฏการณ์เหล่านี้เช่นเดียวกัน นำไปสู่ความพยายามออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน บทความฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อศึกษาและนำเสนอปัจจัยอันนำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวันและเนปาลที่สามารถก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้สำเร็จ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับไทยที่จัดทำพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 (พระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) โดยรัฐสภา

คำสำคัญ : กฎหมายสมรสเพศเดียวกัน, กฎหมายคู่ชีวิต, การนิติบัญญัติ

Abstract

The “right to found a family” is a fundamental human right. Many countries have recognized the importance of legislating “Same-Sex Marriage Laws” under the influence of various social factors, such as public protests, political support, and the role of judicial organizations through judgments that have spurred the enactment of same-sex marriage laws. Asia is a region that has also experienced this phenomenon, leading to efforts to find legal measures to recognize the “right to found a family” for same-sex couples. This article explores the factors leading to the enactment of “same-sex marriage laws” in Taiwan and Nepal as successful case studies in Asia that recognize the rights of same-sex couples to found a family by law, compared to Thailand where the 24th Amendment of the Civil and Commercial Code Act B.E. 2567 (Equality Marriage Act) was passed by Parliament.

Keywords : Same-Sex Marriage Law, Civil Partnership Law, Legislature

1. บทนำ

แนวคิดเรื่องการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นส่วนหนึ่งของการรับรองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังเห็นได้ในปัจจุบัน (ตุลาคม ปี ค.ศ. 2024) มีประเทศจำนวน 39 ประเทศที่มีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว¹ เอเชียก็เป็นหนึ่งในทวีปที่ต้องเผชิญหน้ากับกระแสเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน นำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายหรือการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน โดยมีเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันไปตามสภาพสังคม วัฒนธรรมประเพณี และบริบททางการเมืองของแต่ละประเทศ

¹ ได้แก่ แอนดอร์รา อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม บราซิล แคนาดา ชิลี โคลอมเบีย คอสตาริกา คิวบา เดนมาร์ก เอกวาดอร์ เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก มอลตา เม็กซิโก เนปาล เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปรตุเกส สโลวีเนีย แอฟริกาใต้ สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ไทย ใต้หวัน สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และ อุรุกวัย

บทความฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อยกรณีกฎหมายวิเคราะห์ถึงความพยายามตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในทวีปเอเชีย ในฐานะภูมิภาคที่มีสภาพสังคม วัฒนธรรมประเพณีที่หลากหลาย และมีลักษณะเฉพาะตัวกว่ายุโรป และนอกเหนือจากไทยนั้น มีเพียงไต้หวันและเนปาลที่ผลักดันร่างกฎหมายสำเร็จ โดยจะศึกษาพัฒนาการ เหตุปัจจัย และสภาพสังคม เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับความพยายามก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

2. พัฒนาการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในภาพรวม

ในอดีตการสมรสเป็นสิ่งที่สังคมมองว่าเป็นเรื่องของชายหญิงเท่านั้น² ในส่วนของคู่รักเพศเดียวกัน นอกจากจะไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิแล้ว ยังมีการกำหนดโทษทางอาญาด้วย³ ทั้งนี้ พฤติกรรมรักร่วมเพศที่จะเป็นความผิดนั้นมักจะจำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย ขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงนั้นมักจะไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่ชัดเจนนัก⁴ หรือกรณีกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลามก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน กฎหมายซาอุดีอาระเบียในแนวทางส่วนใหญ่มองว่าการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกันสมควรได้รับโทษเท่ากับการคบชู้ ซึ่งหมายถึงจะต้องตัดสินลงโทษประหารชีวิตนั่นเอง นอกจากนี้ รัฐอิสลามบางแห่งยังกำหนดโทษตายกับคนที่ถูกจับได้ว่า มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมรักร่วมเพศอีกด้วย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในคัมภีร์อัลกุรอานมุ่งไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างชายรักชายเป็นส่วนใหญ่ ส่วนหญิงรักหญิงนั้น ไม่มีการระบุห้ามเอาไว้อย่างชัดเจน⁵

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 จนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ได้เริ่มมีความเปลี่ยนแปลงในสังคมยุโรป ทั้งการปฏิวัติทางวิทยาศาสตร์ การปฏิวัติทางการแพทย์ และการปฏิวัติอุตสาหกรรม

² คำอธิบายในลักษณะนี้มีอยู่ในตำรากฎหมายครอบครัวยุคก่อนที่จะมีความตื่นตัวเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศโดยทั่วไป โปรดดู Ernest Roguin, *Traité de Droit Civil Compare Le Mariage*, (Paris: F. Pichon, 1904), p.15-17.; ทองเปลว ชลภูมิ และคณะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 (ครอบครัว), (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478), หน้า 64.; เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว, (พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492), หน้า 9.

³ กิตติศักดิ์ ปกติ, “การอภิปรายเรื่องเกย์ vs กฎหมาย”, *วารสารนิติศาสตร์*, 13, 2 (มิถุนายน 2526), หน้า 99.

⁴ สาธิตา วิมลคุณารักษ์ และธีรเดช มโนสิทธิ์กุล, “โครงการศึกษาเชิงวิชาการเพื่อใช้ประกอบการยกย่องพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 16, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2566), หน้า 250.

⁵ BBC NEWS ไทย, “LGBTQ+ : จุดยืนของมุสลิมทั่วโลกต่อความหลากหลายทางเพศ เหมือนกันหมดจริงหรือไม่” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/international-61852728> [1 มกราคม 2567]

ซึ่งกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้ได้ก่อให้เกิดวาทกรรมสิทธิมนุษยชนในรูปแบบใหม่ จนเกิดคำกล่าวที่แพร่หลายในหมู่นักสิทธิมนุษยชนว่า “ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน”⁶ ดังปรากฏว่าภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสกลายเป็นประเทศแรกในยุโรปที่ไม่ถือว่าความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเพศเดียวกันเป็นอาชญากรรม เนื่องจากนโยบายฝรั่งเศสในช่วงนั้นต้องการเป็นรัฐปลอดศาสนา โดยคนกลุ่มนี้ได้โต้แย้งว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิทธิส่วนตัวหรือของสังคม ซึ่งไม่ควรจะลงโทษ⁷

เมื่อรัฐเริ่มมีทิศทางไปในแนวทางรัฐฆราวาสมากขึ้น ประกอบกับกระแสธารแห่งข้อความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เริ่มมีความสำคัญยิ่งขึ้น ทำให้หลายประเทศเริ่มที่จะยกเลิกความผิดอาชญาฐานเป็นพวกรักร่วมเพศ โดยเหตุผลสำคัญของการสนับสนุนการยกเลิกความผิดฐานมีพฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกัน เนื่องมาจากแนวคิดที่ว่ากฎหมายอาญาไม่ควรเข้ามาเพื่อกำกับหรือควบคุมศีลธรรมของบุคคลในลักษณะของการบังคับทางจิตใจ โดยเห็นว่าการรักที่มนุษย์มีต่อบุคคลเพศเดียวกันในสังคมเป็นความจริงของชีวิต เป็นความรักที่มนุษย์มีให้แก่กัน ต่างกันตรงที่เขามีความรักต่อเพศเดียวกันเท่านั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ทำหยาบความเชื่อและสวนทางกับแนวคิดในทางศาสนาที่ยึดถือกันโดยทั่วไปก็ตาม ดังนั้น การตรากฎหมายที่ใช้เฉพาะกับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกัน หรือใช้กฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างคนรักเพศเดียวกันกับคนที่รักต่างเพศ เป็นการดูถูกคุณค่าและความเท่าเทียมของความเป็นมนุษย์ด้วยกันอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ประกอบกับกฎหมายควรสะท้อนถึงความต้องการที่แท้จริงของสังคม ไม่ใช่เป็นกฎหมายที่เกิดจากความขัดแย้งของศีลธรรม การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ควรจะแทรกแซงในขอบเขตที่จำเป็นเท่านั้น⁸ แม้ว่าในบางภูมิภาคจะยังคงกำหนดโทษทางอาญาของคู่รักร่วมเพศอยู่จนถึงปัจจุบันเช่นกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลาม⁹

นอกจากนี้ การมาถึงของแนวคิดเสรีนิยม (Liberalism) ที่มีต้นกำเนิดจากเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เป็นปัจจัยในการก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางแนวคิดทางการเมืองการปกครอง การเปลี่ยนทัศนคติของสังคมในแง่สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค และการให้ความสำคัญกับปัจเจก

⁶ ณปรีชัญ บุญวาต, “พัฒนาการของคนรักเพศเดียวกันท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของบริบทประวัติศาสตร์ตะวันตก”, วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอเชียอาคเนย์, 5, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2564), หน้า 139.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-139.

⁸ ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์, กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558 ; หน้า 206.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

ชนมากกว่าความเป็นสังคม นำไปสู่แนวคิดปัจเจกชนนิยมที่มีเป้าหมายสูงสุด ได้แก่ เรื่องเสรีภาพและอิสรภาพของปัจเจกชน ต่อมาแนวคิดปัจเจกชนนิยมได้พัฒนามาเป็นแนวคิดพหุนิยม (Pluralism) ที่มองว่าสังคมมีประโยชน์ที่หลากหลายและขัดแย้งกันอยู่ การปกครองคือการเปิดโอกาสให้ทุกกลุ่มผลประโยชน์เข้าไปแสวงหาผลประโยชน์ให้กับสมาชิกของตนโดยไม่ขัดกับผลประโยชน์ของกลุ่มอื่น รัฐจะมีบทบาทเข้ามาประนีประนอมข้อขัดแย้งระหว่างกลุ่ม ทำให้นโยบายของรัฐออกมามีลักษณะเป็นดุลยภาพระหว่างข้อเรียกร้องของแต่ละกลุ่ม ซึ่งแนวคิดเช่นว่านี้เองทำให้เป็นฐานที่มาในการเรียกร้องสิทธิมนุษยชนรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วย¹⁰

ในชั้นแรก แม้ว่าการรักร่วมเพศจะมีใช้ความรับผิดชอบทางอาญาอีกต่อไป แต่รัฐก็ได้มีแนวคิดที่จะตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเหล่านี้ แม้ว่าบางสังคมจะเปิดโอกาสให้มีการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศและแสดงความรักต่อคู่รักเพศเดียวกันของตนได้ก็ตาม กล่าวได้ว่า ในช่วงนี้ สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันตกอยู่ในสถานะ “กฎหมายไม่ห้าม แต่กฎหมายก็ไม่ได้รับรอง” จนกระทั่งเกิดกระแสเรียกร้องการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน

อนึ่ง นอกจากประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนและการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ปัจจัยอีกประการหนึ่งซึ่งส่งผลให้รัฐมีความจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศยังมีประเด็นในกรณีที่คนชาติของรัฐนั้นไปสมรสกับชาวต่างประเทศที่เป็นบุคคลเพศเดียวกันในต่างประเทศที่รองรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน¹¹ อาจนำมาซึ่งการขัดกันแห่งกฎหมายเอกชนได้ ในกรณีที่คู่รักคู่นั้นมีฐานะเป็น “ครอบครัว” แต่เมื่ออยู่ในอีกประเทศหนึ่ง พวกเขากลับไม่มีสถานะเป็น “ครอบครัว” นำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกันอีกประการหนึ่ง

ประเด็นเรื่องที่จะมีกฎหมายให้สิทธิบุคคลเพศเดียวกันสมรสได้มีข้อถกเถียงกันมาอย่างยาวนาน ฝ่ายที่สนับสนุนการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็อาศัยฐานคิดหลักสิทธิมนุษยชนว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวก็ถือเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง การอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ตามกฎหมายก็ไม่เป็นการ

¹⁰ ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล, “รักร่วมเพศกับปัญหาการสมรสในทางกฎหมาย”, *บทบัณฑิตย*, 69, 1 (มีนาคม 2556), หน้า 142-144.

¹¹ รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 48, 2 (มิถุนายน 2562), หน้า 313.

กระทบสิทธิของคู่สมรสชายหญิงแต่ประการใด มากไปกว่านั้น การไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรส อาจเป็นการเลือกปฏิบัติอันเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนด้วย¹²

ด้วยเหตุปัจจัยข้างต้นนี้เอง นำไปสู่การตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันหลากหลายระดับด้วยกัน อันจะจำแนกได้ 3 ระดับ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระดับการอยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ระดับคู่อภิเษก (Civil Partnership) และระดับคู่สมรส (Marriage)¹³

2.1. การอยู่กินร่วมกัน¹⁴

การอยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริง ซึ่งความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในระดับนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นกรณีที่รัฐมิได้ห้าม แต่ก็มิได้รับรองความสัมพันธ์ดังกล่าวว่าเป็นความสัมพันธ์ในระดับก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมาย ทำให้ความสัมพันธ์ระดับนี้ มักจะเป็นเรื่องของการอยู่กินกันโดยข้อเท็จจริง ไม่ได้มีสิทธิหน้าที่ต่อกันในทางกฎหมายแต่ประการใด¹⁵

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แม้จะไม่มีมารับรองความสัมพันธ์ในระดับการอยู่กินร่วมกันโดยตรง แต่ก็มีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานโดยอ้อม เช่น ในอังกฤษมีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า คู่รักเพศเดียวกันที่อาศัยร่วมกันมานานย่อมถือเสมือนเป็นสามีภริยาตามพระราชบัญญัติการเช่า¹⁶ หรือออสเตรเลียที่มีคำพิพากษาออกมารับรองการอยู่กินร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันโดยพฤตินัย¹⁷

¹² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 362.

¹³ เนื้อหาบางส่วนในส่วนนี้ ปรับปรุงและต่อยอดมาจากเนื้อหาบางส่วนของวิทยานิพนธ์ระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตของผู้เขียน โปรดดู ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, *ปัจจัยสำคัญอันมีอิทธิพลต่อการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรส*, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2566 ; หน้า 15-25.

¹⁴ ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มีการเรียกขานด้วยถ้อยคำที่หลากหลาย ทั้ง Unregistered Cohabitation, Common Law Marriage, Domestic Partnership แต่ผู้เขียนจะขอใช้คำกลาง ๆ ว่า “การอยู่กินร่วมกัน” โดยมุ่งพิจารณาถึงการอยู่กินร่วมกันทางข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ

¹⁵ Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law*, (Routledge, 2010), p.239. และโปรดดู Jonathan Herring, *Family Law: A Very Short Introduction*, (Oxford University Press, 2014), p.20-21. และเสริม วินิจชัยกุล, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว*, หน้า 9.

¹⁶ Ghaidan v Godin-Mendoza [2004] UKHL 30

¹⁷ Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law*, p.239.

ในส่วนของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มีกรณีของเนเธอร์แลนด์¹⁸ และฝรั่งเศสที่บัญญัติรับรองความสัมพันธ์ระดับการอยู่กินร่วมกันในประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁹

2.2. คู่ชีวิต

กฎหมายคู่ชีวิตมีลักษณะเป็นการประนีประนอมระหว่างฝ่ายที่เห็นความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่ขณะเดียวกันก็ต้องการรักษาน้ำใจของฝ่ายอนุรักษ์นิยมที่ยังมองว่าการสมรสมีคุณค่าบางประการอันควรสงวนให้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น²⁰ โดยประเทศแรกที่มีการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวในระดับคู่ชีวิตคือประเทศเดนมาร์กในปี ค.ศ. 1989 ในชื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต (Lov om Registreret Partnerskab)²¹ ก่อนที่แนวคิดการจดทะเบียนคู่ชีวิตจะแพร่หลายในยุโรปในเวลาต่อมา

แนวคิดเรื่องคู่ชีวิตตั้งอยู่บนฐานคิดว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน มีสาระสำคัญพื้นฐานที่แตกต่างกับคู่รักชายหญิง²² มาจากทัศนคติในสังคมยุโรปว่าการสมรสนั้นเป็นการสถาปนาความสัมพันธ์ชั่วชีวิตระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงโดยเฉพาะ การสมรสมีลักษณะที่พิเศษไปกว่าสัญญาทั่วไปเพราะมีลักษณะเป็นการก่อตั้งสถานะบุคคลหรือเป็นพันธสัญญาต่อหน้าพระเจ้า²³ ขณะที่การจดทะเบียนคู่ชีวิตมีสถานะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งเท่านั้น²⁴ ด้วยเหตุที่กล่าวมาจึงเป็นเหตุผลสำคัญ

¹⁸ Kees Waaldijk, “Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners in the Netherlands,” p.138 [online] Available from : <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2885643/view> [1 June 2024]

¹⁹ Article 515-8 of Code Civil

Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

²⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2566), หน้า 114-115.

²¹ Lov om registreret partnerskab § 1.

²² Jens M. Scherpe, “A Comparative View on Registered Partnerships and Formal Family Recognition Beyond Marriage”, in *Journal of International and Comparative Law*, 6, 2 (October 2019), p.275.

²³ ญัตติ ชัยสาธิต. กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน. หน้า 21-22.

²⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 20-21.

ให้การปฏิบัติต่อคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศให้แตกต่างแต่ด้วยสิทธิและประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิง อาทิ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการมีส่วนเหนือทรัพย์สินที่อีกฝ่ายหามาได้ในระหว่างมีสถานภาพคู่ชีวิต เป็นต้น²⁵

ทั้งนี้ หลายประเทศจะมีการตรากฎหมายคู่ชีวิตแยกต่างหากไปจากประมวลกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการสมรส เช่น เยอรมนีในชื่อรัฐบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)²⁶ อังกฤษในชื่อพระราชบัญญัติหุ้นส่วนชีวิต (Civil Partnership Act 2004)²⁷ สวิตเซอร์แลนด์ในชื่อกฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Loi Fédérale sur le Partenariat Enregistré entre Personnes du Même Sexe)²⁸ แต่ก็มีประเทศที่รับรองความสัมพันธ์ในระดับคู่ชีวิตในประมวลกฎหมายแพ่งโดยแยกเป็นหมวดหมู่ต่างหากไปจากการสมรส เช่น ฝรั่งเศส ซึ่งฝรั่งเศสจะเรียกความสัมพันธ์ระดับนี้ว่าบันทึกข้อตกลงการอยู่กินตามกฎหมาย (Pacte Civil de Solidarité) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า PACS²⁹ ซึ่งกฎหมายบันทึกข้อตกลงการอยู่กินตามกฎหมายฝรั่งเศสจะมีลักษณะสิทธิหน้าที่ที่เบาบางกว่าคู่สมรส ในแง่ที่ว่าจดทะเบียนที่แบบพิธียุ่งยากน้อยกว่า ทั้งการเลิกการเป็นคู่ชีวิตก็ง่ายกว่าการหย่า รวมทั้งประเด็นเรื่องทรัพย์สินที่แตกต่างไปจากเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาด้วย³⁰

2.3. คู่สมรส

การสมรส (Marriage) คือการที่บุคคลสองคนมาอยู่กินร่วมกัน และการที่คู่สมรสมาอยู่ร่วมกันโดยมีจุดมุ่งหมายบางประการในทางสังคม³¹ การสมรสจึงเป็นทางปฏิบัติในสังคมซึ่งมีความหมายในฐานะสัญลักษณ์ของการจัดตั้งความสัมพันธ์ในครอบครัวโดยนิตินัยเป็นการแน่นอน³² จะเห็นว่า การสมรสมีลักษณะที่แตกต่างจากการอยู่กินร่วมกันในแง่ที่ว่า การสมรสคือการอยู่กินร่วมกันที่ผ่านกระบวนการทางกฎหมายที่ถือว่ามี การสมรสโดยนิตินัย โดยอาจจะอยู่ในรูปของการจดทะเบียน

²⁵ ฉัตรชัย เอมราช. ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557 ; หน้า 15.

²⁶ ฉัตรชัย เอมราช, “การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี”, วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 37, 2 (กันยายน 2562), หน้า 54.

²⁷ Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law*, p.265.

²⁸ See, Article 1 of Loi Fédérale sur le Partenariat Enregistré entre Personnes du Même Sexe

²⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, หน้า 20.

³⁰ Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society A Comparative Study of Family Law*, p.270-272.

³¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย กฎหมายครอบครัว, หน้า 113.

³² John Dewar, *Law and the Family*, 2nd ed. (Butterworths, 1992), p.31.

สมรส การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือกระบวนการอื่น ๆ ที่รัฐเห็นว่าหากผ่านกระบวนการนี้แล้ว คู่รักเหล่านั้นย่อมเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย

ในอดีตการสมรสเป็นความสัมพันธ์รูปแบบเดียวที่ถือเป็นความสัมพันธ์ในระดับก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าการสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของครอบครัวนั่นเอง และเนื่องจากการสมรสในแบบดั้งเดิมมีวัตถุประสงค์เพื่อสืบเผ่าพันธุ์ ประกอบกับอิทธิพลความเชื่อทางศาสนา ทำให้การสมรสเป็นเรื่องเฉพาะระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงเท่านั้น และการยึดถือคุณค่าเช่นว่านี้เอง ทำให้สังคมในขณะนั้นเห็นว่า บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันได้ เพราะไม่สามารถปฏิบัติภารกิจในส่วนนี้ได้โดยสภาพ ฉะนั้น เมื่อมีการเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ รัฐจึงเลือกใช้วิธีการตรากฎหมายคู่ชีวิตไปพลางก่อน ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในเบื้องต้น

สืบเนื่องจากความสัมพันธ์ระดับคู่ชีวิต มีสิทธิหน้าที่บางประการที่ด้อยกว่าคู่สมรสโดยสภาพ นำไปสู่การเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในระดับที่เป็นการสมรส³³ ประกอบกับในหลายประเทศ เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายคู่ชีวิตไปสักกระยะหนึ่ง জনคนในสังคมเริ่มเคยชิน นำไปสู่การยกระดับการรับรองความสัมพันธ์ในระดับการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นระดับคู่สมรสแทน โดยประเทศแรกที่แก้ไขกฎหมายสำเร็จคือเนเธอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 2001

ตัวอย่างประเทศที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและยกเลิกมิให้มีการจดทะเบียนคู่ชีวิตอีก เช่น เดนมาร์ก³⁴ สวิตเซอร์แลนด์³⁵ เยอรมนี³⁶ ซึ่งในกรณีของเยอรมนีมีข้อสังเกตว่า แม้จะ

³³ Paul Mitchell, *The Law Book Big Ideas Simply Explained*, (Dorling Kindersley Limited, 2020), p.293.

³⁴ โปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการสิ้นสุดสมรสและการบอกกล่าวการสมรส พระราชบัญญัติว่าด้วยผลทางกฎหมายของการสมรส และพระราชบัญญัติการบริหารความยุติธรรม และยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต (Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab) ของเดนมาร์ก

³⁵ The Federal Council, “Le “mariage pour tous” entrera en vigueur le 1er juillet 2022,” [online] Available from : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-85912.html#:~:text=Une%20large%20majorit%C3%A9%20de%20la,populaire%20du%2026%20septembre%202021.> [1 June 2024]

³⁶ ปิยพร โคมุที. สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563 ; หน้า 100. และโปรดดู รัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อตั้งสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts) ของเยอรมนี

ไม่มีการเปิดให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตเพิ่มเติมแล้ว แต่คู่รักที่จดทะเบียนเพศเดียวกันก่อนปี ค.ศ. 2017 ยังคงมีสถานะคู่ชีวิตต่อไปหรือจะยกระดับความสัมพันธ์เป็นคู่สมรสโดยการจดทะเบียนสมรสก็ได้ ถ้าคู่ชีวิตไม่ไปจดทะเบียนสมรสก็ยังคงมีสถานะคู่ชีวิตต่อไป และยังมีสถานะคู่ชีวิตในประเทศที่รับรองความสัมพันธ์ในระดับคู่ชีวิตอีกด้วย³⁷

นอกจากนี้ บางประเทศก็ยังคงเปิดให้มีการจดทะเบียนได้ทั้งระดับคู่สมรสและคู่ชีวิต เช่น ในฝรั่งเศส³⁸ และเนเธอร์แลนด์³⁹

3. ความพยายามตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสเพศของบุคคลเดียวกันในเอเชีย

ทวีปเอเชียถือได้ว่ามีความตื่นตัวในเรื่องการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันค่อนข้างล่าช้า ในช่วงที่ยุโรปเริ่มยกระดับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในระดับที่เป็นการสมรสเท่ากับคู่สมรสต่างประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติของกลุ่มประเทศในเอเชียเพิ่งจะมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวในระดับคู่ชีวิตทั้งหลายประเทศก็ยังคงประสบความล้มเหลวในการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย

จากปรากฏการณ์การตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในยุโรปแล้ว สามารถจำแนกแนวทางเพื่อเป็นต้นแบบในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน อันประเทศในเอเชียจะนำมาเป็นแนวทางได้ 2 ประเด็น ดังนี้⁴⁰

1. ข้อพิจารณาในเชิงรูปแบบ ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายเดิมเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และการตรากฎหมายเฉพาะต่างหากไปจากกฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลต่างเพศ

³⁷ เรื่องเดียวกัน

³⁸ โปรดดู รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 21 ธันวาคม 2000 ว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 1 เกี่ยวกับการเปิดให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ (Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht) ของเนเธอร์แลนด์

³⁹ โปรดดู มาตรา 80a และมาตรา 30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์ (Burgerlijk Wetboek)

⁴⁰ เป็นการจัดกลุ่มโดยผู้เขียนเอง

2. ข้อพิจารณาในเชิงเนื้อหา ได้แก่ การบัญญัติรับรองสิทธิหน้าที่ของคู่รักเพศเดียวกันเท่ากับคู่รักต่างเพศ หรือกำหนดสิทธิหน้าที่แบบพิธีบางประการให้ต่างไปจากกฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลต่างเพศ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภาพลักษณ์ของเอเชียจะมีท่าทีที่อนุรักษ์นิยม แต่ก็เริ่มมีสัญญาณต่าง ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงความเปิดกว้างและการยอมรับกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในเอเชีย ดังปรากฏว่าเมื่อปี ค.ศ. 2023 ศาลสูงกรุงโซลของเกาหลีใต้มีคำพิพากษารับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันเป็นครั้งแรกของประเทศ จากกรณีที่สำนักงานประกันสุขภาพแห่งชาติยกเลิกสิทธิประโยชน์ของคู่รักที่เป็นเพศเดียวกัน⁴¹ ขณะเดียวกันที่ญี่ปุ่น ศาลญี่ปุ่นมีคำพิพากษาว่าการไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันนั้น เป็น ‘สถานะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ’⁴² นำไปสู่การเตรียมการเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นการทั่วไป หรือกรณีของฮ่องกงที่ศาลพิพากษาให้คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิในการจัดการมรดกของอีกฝ่ายได้⁴³

แม้ว่าบางประเทศจะมีท่าทีที่ยอมรับการมีอยู่ของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่หลายประเทศก็ยังไม่มีความโน้มเอียงจะสนับสนุนการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลเพศเดียวกัน เช่น สิงคโปร์ที่แม้ว่าจะมีการยกเลิกความผิดอาญารัฐธรรมนูญมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นอุปสรรคในการเปิดช่องให้การตรากฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลในสิงคโปร์เป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น⁴⁴ หรือกรณีอินเดียที่แม้ว่าจะยกเลิกความผิดอาญารัฐธรรมนูญร่วมเพศ⁴⁵ แต่ก็ไม่มีท่าทีว่าจะรับรองให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสได้ตามกฎหมายปัจจุบัน (มิถุนายน) มีเพียงไต้หวันและเนปาลที่สามารถผลักดันการรับรองสิทธิในการก่อตั้ง

⁴¹ BBC NEWS, “South Korea court recognises same-sex couple rights for first time,” [online] Available from : <https://www.bbc.com/news/world-asia-64714625> [5 January 2024]

⁴² วิโรจน์ เลิศจิตต์ธรรม, “ศาลญี่ปุ่นตัดสินให้การไม่อนุญาตคนเพศเดียวกันแต่งงาน เป็น ‘สถานะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/japan-court-banning-same-sex-marriage-is-unconstitutional-status/> [5 มกราคม 2567]

⁴³ Hans Tse, “Hong Kong court rules in favour of same-sex couples’ equal inheritance rights following gov’t appeal,” [online] Available from : <https://hongkongfp.com/2023/10/24/breaking-hong-kong-court-rules-in-favour-of-same-sex-couples-equal-inheritance-rights-following-govt-appeal/> [6 January 2024]

⁴⁴ BBC NEWS ไทย, “LGBT : ประวัติศาสตร์อันมืดมนของกลุ่มเพศทางเลือกในสิงคโปร์กำลังจะเปลี่ยนไป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/international-63850751> [5 มกราคม 2567]

⁴⁵ ณรงค์กร มโนจันทร์เพ็ญ, “ศาลสูงสุดอินเดียอาจพิจารณายกเลิกให้เกย์ และการรักร่วมเพศเป็นความผิดทางอาญา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/india-supreme-court-says-it-may-strike-down-law-banning-gay-sex/> [5 มกราคม 2567]

ครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้สำเร็จ จึงมีข้อควรพิจารณาถึงเหตุปัจจัยและลักษณะการออกมาตรการทางกฎหมายของทั้ง 2 แห่งนี้ ดังจะได้อธิบายต่อไป

3.1. ไต้หวัน

ไต้หวันเป็นที่แรกในเอเชียที่มีการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ไต้หวันถือเป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจในเรื่องของบทบาทขององค์กรตุลาการในการเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติในการจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ในรูปของคำวินิจฉัยของศาลของสภาตุลาการ ทั้งยังมีปรากฏการณ์การตอบโต้คำวินิจฉัยสภาตุลาการโดยฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวัน ดังจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

3.1.1. ภูมิหลัง

กฎหมายครอบครัวของไต้หวันบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายแพ่งจีนสมัยสาธารณรัฐที่ยกร่างตามแนวทางของเยอรมัน ญี่ปุ่น และสวิตเซอร์แลนด์⁴⁶ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ไต้หวันเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เนื่องจากมีประมวลกฎหมายแพ่งที่มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันผ่านอิทธิพลกฎหมายยุโรปนั่นเอง

ในชั้นแรก การเรียกร้องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวันถูกคาดหวังให้เป็นบทบาทสำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติ ในปี ค.ศ. 1986 นักกิจกรรมชาวไต้หวันได้ยื่นคำร้องกับสภานิติบัญญัติหยวน (Legislative Yuan) (立法院) เพื่อโต้แย้งคำตัดสินของศาลที่ปฏิเสธคำขอของเขาที่จะสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน สภานิติบัญญัติหยวนปฏิเสธการตอบรับทั้งอธิบายว่าการสมรสเป็นสถาบันที่ให้กำเนิด “ทรัพยากรมนุษย์ใหม่เพื่อชาติ” ขณะที่กลุ่มรกร่วมเพศต้องการเพียงความพึงพอใจทางเพศเท่านั้น⁴⁷ นักกิจกรรมท่านนี้พยายามเรียกร้องสิทธิดังกล่าวอีกครั้งในปี ค.ศ. 2000 แต่ก็พบกับความล้มเหลว⁴⁸

ในปี ค.ศ. 2001 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า (民主進步黨) พยายามเสนอร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน⁴⁹ ตามมาด้วยการเสนอร่างกฎหมายเข้าการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 แต่ก็

⁴⁶ อาร์ม ตั้งนิรันดร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), หน้า 45-47.

⁴⁷ Ming-Sho Ho, “Taiwan’s Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage”, in *The China Quarterly*, 238 (June 2019), p.482-483.

⁴⁸ Nadia Magdalena and Apriani A. Amenes, “The Implications of Legalizing Same-Sex Marriage in Taiwan”, in *Papua Journal of Diplomacy and International Relations*, 1, 2 (November 2021), p.140.

⁴⁹ Ibid.

ประสบกับความล้มเหลว เนื่องจากเสียงคัดค้านของเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติ⁵⁰ หรือในปี ค.ศ. 2013 สมาชิกสภานิติบัญญัติ 22 คนได้ลงนามในร่างข้อเสนอเพื่ออนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ตามกฎหมาย แต่ได้รับทั้งการต่อต้านจากสาธารณะและฝ่ายการเมืองจากพรรคก๊กมินตั๋ง (國民黨)⁵¹ ซึ่งข้อเรียกร้องทั้งหมดเป็นการเสนอร่างกฎหมายในลักษณะกฎหมายเฉพาะ

แม้กระบวนการนิติบัญญัติจะประสบกับความล้มเหลว แต่ความพยายามเสนอร่างกฎหมายอยู่เรื่อย ๆ ก็ทำให้ประเด็นเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็เป็นที่ยอมรับแพร่หลายในไต้หวัน⁵²

ในช่วงนี้เอง ภาคประชาชนเริ่มใช้วิธีการทางศาล ในการเรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2017 สภาตุลาการหยวน (The Judicial Yuan) (司法院) ซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในไต้หวัน⁵³ ได้มีคำสั่งรับพิจารณาคำร้องของ ผู้ร้องทั้งสอง ได้แก่ คำร้องที่ 12674 ที่ยื่นโดย นายเซียเว่ย ชี (Chia-Wei-Chi) (郝家威) และคำร้องที่ 12771 ที่ยื่นโดยรัฐบาลแห่งเมืองไทเป โดยคำร้องดังกล่าวมีเนื้อหาโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันที่บัญญัติให้การสมรสจะกระทำได้ระหว่างบุคคลเพศชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งผู้ร้องทั้งสองเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งมาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญไต้หวัน⁵⁴

ต่อมาสภาตุลาการได้ออกคำวินิจฉัยเลขที่ 748 ลง ณ วันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017 ได้วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการสมรส ที่บัญญัติห้ามบุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกัน ขัดต่อหลักเสรีภาพของบุคคลในการสมรส และขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันของมนุษย์ อันเป็นหลักการสำคัญที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ สภาตุลาการ

⁵⁰ Elaine Jeffreys and Pan Wang, “Pathways to Legalizing Same-Sex Marriage in China and Taiwan: Globalization and “Chinese Values””, in *Global Perspectives on Same-Sex Marriage*, eds. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac (Palgrave Macmillan: Cham, 2017), p.212.

⁵¹ Timothy S Rich, “Electoral paths and support for same-sex marriage legislation: Evidence from Taiwan’s mixed-member system”, in *International Political Science Review*, 38, 5 (November 2017), p.568.

⁵² Nadia Magdalena and Apriani A. Amenes, “The Implications of Legalizing Same-Sex Marriage in Taiwan”, in *Papua Journal of Diplomacy and International Relations*, p.140-141.

⁵³ Article 78 of Constitution of the Republic of China (Taiwan)

The Judicial Yuan shall interpret the Constitution and shall have the power to unify the interpretation of laws and orders.

⁵⁴ ปิยพร โกมุที. สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก. หน้า 103.

ยังมีคำสั่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ออกคำวินิจฉัยนี้⁵⁵ กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยของสภาตุลาการนี้เอง มีส่วนช่วยในการเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติให้ตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวัน

อย่างไรก็ดี ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติของไต้หวันเตรียมการร่างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันตามคำบังคับของสภาตุลาการ ฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวันได้ตอบโต้คำวินิจฉัยของสภาตุลาการโดยการจัดประชุมตีซึ่งมีประเด็นว่าเห็นด้วยกับการรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในประมวลกฎหมายแพ่งหรือไม่⁵⁶ ซึ่งผลการประชุมตีจบลงที่ผู้ออกเสียงส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย⁵⁷ ทั้งนี้ สภาตุลาการก็ออกมาแถลงว่าผลการประชุมตีไม่มีผลเป็นการลบล้างคำวินิจฉัยของศาลแต่ประการใด⁵⁸

เนื่องด้วยกระแสการตอบโต้ของสังคมที่รุนแรงเช่นนี้ ทำให้ฝ่ายบริหารต้องแสดงออกถึงการเคารพผลการประชุมตีโดยการประกาศว่าจะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง แต่จะใช้วิธีตรากฎหมายพิเศษแทน⁵⁹ นำไปสู่การออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ (司法院釋字第七四八號解釋施行法) เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนั่นเอง

3.1.2. ลักษณะของกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไต้หวัน

รัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ เป็นกฎหมายที่ออกมาแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งมีเหตุมาจากการประนีประนอมระหว่างคำวินิจฉัย

⁵⁵ BBC NEWS ไทย, “LGBT: สภาไต้หวันผ่านกฎหมายแต่งงานเพศเดียวกันครั้งแรกในเอเชีย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/international-48307052> [31 ธันวาคม 2566]

⁵⁶ Brian Hioe, “Referendum against gay marriage reaches necessary threshold,” [online] Available from : <https://newbloommag.net/2018/04/18/anti-gay-referendum-threshold/> [31 December 2023]

⁵⁷ BBC NEWS, “Taiwan voters reject same-sex marriage in referendums,” [online] Available from : <https://www.bbc.com/news/world-asia-46329877> [31 December 2023]

⁵⁸ Ryan Drillsma, “Judicial Yuan SG: Constitutional Court ruling on same-sex marriage cannot be overridden by referendums,” [online] Available from : <https://web.archive.org/web/20181201180931/https://www.taiwannews.com.tw/en/news/3585861> [31 December 2023]

⁵⁹ Keoni Everington, “After referendum defeat, Taiwan’s premier calls for creating special law for marriage equality,” [online] Available from : <https://web.archive.org/web/20181202024702/https://www.taiwannews.com.tw/en/news/3586619> [31 December 2023]

ของสภาตุลาการกับผลประชาติของฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวัน ดังได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการมีทั้งหมด 27 มาตรา มีลักษณะเป็นการนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมาเป็นแบบในการบัญญัติ⁶⁰ เช่น เงื่อนไขการจดทะเบียน สิทธิหน้าที่ในการมีความผูกพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁶¹ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดู⁶² ระบบทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต⁶³ สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม⁶⁴ นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมในเรื่องอื่น ๆ ด้วย⁶⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิของคู่ชีวิตตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ เป็นไปในทำนองเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง เพียงแต่ไม่เรียกว่าคู่สมรสเท่านั้น

⁶⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย*, หน้า 18.

⁶¹ Article 10 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

The provisions of Articles 996 to 998 of the Civil Code concerning the legal requirements and effects of annulment shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2.

In the event where a union as stated in Article 2 has been nullified or annulled, the provisions of Article 999 and Article 999-1 of Civil Code concerning the determination of child custody and guardianship, damages, alimony and recovery of property shall apply mutatis mutandis.

⁶² Article 11 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Parties of a union as stated in Article 2 are under mutual obligation to cohabit, unless for a good cause.

⁶³ Article 15 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Provisions of Chapter 2 Section 4 of Civil Code concerning matrimonial property regimes shall apply mutatis mutandis to parties to a union as stated in Article 2.

⁶⁴ Article 23 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

Each party to a union as stated in Article 2 is a statutory successor to the other party, whom shall have the rights to inherit the property of each other. The provisions of Part V of Civil Code shall apply mutatis mutandis to the parties of a union as stated in Article 2.

The provisions of Part V Succession of Civil Code concerning spouses shall apply mutatis mutandis to the parties of a union as stated in Article 2.

⁶⁵ Article 24 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

The provisions of Part I General Principles and Part II Obligations of Civil Code concerning couples, spouses, conclusion of marriage or marriages shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2.

Laws other than Civil Code concerning couples, spouses, conclusion of marriage or marriages, and regulations that arises due to spouses or couples shall apply mutatis mutandis to a union as stated in Article 2, unless otherwise excluded by this Act or other specific regulations.

อย่างไรก็ดี มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศบางส่วนในไต้หวันว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการเพียงให้สิทธิ “เกือบเทียบเท่า” กับคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 4 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการจะบัญญัติว่าการจดทะเบียนตามกฎหมาย 748 ถือเป็นการจดทะเบียนสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย⁶⁶ รูปแบบการจดทะเบียนและเอกสารจดทะเบียนสมรสจึงไม่แตกต่างจากคู่สมรสชายหญิงทั่วไป ดังนั้น จึงสามารถนำสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันบางประการมาบังคับใช้กับคู่สมรสเพศเดียวกันในรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการได้โดยอนุโลม (*Mutatis Mutandis*) อย่างไรก็ดี สิทธิของคู่ชีวิตบางประเภทตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ยังคงด้อยกว่าคู่สมรส อันจะเรียงประเด็นได้ต่อไปนี้⁶⁷

1. การสมรสของชาวต่างชาติในไต้หวันที่อนุญาตเฉพาะคู่รักเพศเดียวกันต่างชาติดังที่มีกฎหมายรับรองการสมรสเพศเดียวกันในรัฐแห่งสัญชาติของคู่รักแล้วเท่านั้น
2. การอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมร่วมกันโดยต้องมีสายเลือดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้คู่รักเพศเดียวกันไต้หวันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมที่ไม่มีสายเลือดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร่วมกันได้ (Joint Adoption)
3. การไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2023 ไต้หวันได้แก้ไขรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการเพื่อเพิ่มสิทธิรองรับการจดทะเบียนคู่ชีวิตของคู่รักชาวไต้หวันและชาวต่างชาติยกเว้นจีนแผ่นดินใหญ่โดยไม่ต้องพิจารณาตามกฎหมายเดิมว่ารัฐต้นกำเนิดของคู่สมรสรองรับกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ ยังแก้ไขเพิ่มเติมให้คู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้อีกด้วย⁶⁸

⁶⁶ Article 4 of Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748

In accordance to the J. Y. Interpretation No.748 and this Act, a union, as stated in Article 2, shall be effected in writing, which requires the signatures of at least two witnesses, and by marriage registration at the Household Administration Bureau.

⁶⁷ ชวินโรจน์ อีร์พัชรพร, “ถอดบทเรียนสมรสเท่าเทียม LGBT ไต้หวัน (ตอนที่ 2): การต่อสู้ที่ยังไม่สิ้นสุดเพื่อการสมรสเท่าเทียมที่แท้จริง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/lgbt-taiwan/> [31 ธันวาคม 2566]

⁶⁸ ณัชกมล บุญประเสริฐ, “ไต้หวันขยายสิทธิให้คู่รัก LGBTQ+ รับเลี้ยงบุตรบุญธรรมร่วมกันได้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://urbancreature.co/same-sex-marriage-child-adopt-taiwan/> [31 ธันวาคม 2566]

อนึ่ง แม้ว่าจะมีความพยายามอธิบายว่าได้หวันเป็นที่แรกในเอเชียที่รองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage)⁶⁹ แต่พิจารณารูปแบบและโครงสร้างของบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการก็มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายคู่ชีวิต (Civil Partnership Law) เท่านั้น เพราะนอกจากในเชิงรูปแบบจะเป็นการตรากฎหมายแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ในแง่เนื้อหาสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิตตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับใช้คำวินิจฉัยเลขที่ 748 ของสภาตุลาการ ก็ไม่ได้เท่ากับคู่สมรสอย่างแท้จริง จึงเป็นเรื่องที่ต้องรอการพัฒนากฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติประกอบกับกระแสต่อต้านจากฝ่ายอนุรักษ์นิยมในไต้หวันที่ลดลง อันอาจนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันเพื่อให้เกิดการสมรสเท่าเทียมที่แท้จริง ดังปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในยุโรป

3.2. เนปาล

เนปาลเป็นรัฐที่มีกรณีศึกษาที่น่าสนใจ ด้วยเพิ่งมีสถานะเป็นรัฐฆราวาสเมื่อปี ค.ศ. 2015⁷⁰ หลังจากทีก่อนหน้านี้มีภาพลักษณ์เป็นรัฐศาสนาฮินดูมากกว่า ทั้งเป็นรัฐที่องค์กรศาสนามีแนวคิดที่ก้าวหน้าพอสมควร ดังจะอธิบายรายละเอียดต่อไป⁷¹

3.2.1. ภูมิหลัง

เดิมทีพฤติกรรมรักร่วมเพศในเนปาลถือเป็นความผิดทางอาญา⁷² ต่อมาฐานความผิดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปภายหลังเนปาลเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบสาธารณรัฐ และการก่อตั้งสาธารณรัฐนี้เอง ที่ทำให้เนปาลมีท่าทีที่ค้ำประกันสิทธิเสรีภาพยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ยังเป็นไปอย่างล่าช้า และปัญหาเสถียรภาพทางการเมืองทำให้ฝ่ายการเมืองของเนปาลมีภาพลักษณ์ที่อ่อนแอ และไม่ค่อยประสบความสำเร็จในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนัก ทำให้บทบาทหลักในการผลักดันการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของเนปาลจะอยู่ที่องค์กรตุลาการเป็นสำคัญ

⁶⁹ Ming-Sho Ho, “Taiwan’s Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage”, in *The China Quarterly*, p.499.

⁷⁰ ประชาไท, “เนปาลใช้ รธน.ใหม่-เป็นรัฐฆราวาส-ยูเอ็นขอให้แก้ไขสถานการณ์ด้วยสันติ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2015/09/61543> [31 ธันวาคม 2566]

⁷¹ P. K. Irani, “Nepal,” in *International Encyclopedia of Comparative Law: Volume I: National Reports*, ed. Viktor Knapp (Paris: Hague, 1973), p.N-5.

⁷² ICJ, “Sunil Babu Pant and Others/ v. Nepal Government and Others, Supreme Court of Nepal (21 December 2007),” [online] Available from : <https://www.icj.org/sogicasebook/sunil-babu-pant-and-others-v-nepal-government-and-others-supreme-court-of-nepal-21-december-2007/> [31 December 2023]

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ระบบกฎหมายเนปาลมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายผสม⁷³ แม้ว่าเนปาลจะมีประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเนปาลก็มีลักษณะที่สะท้อนประเพณีอินเดียมากกว่ากฎหมายโรมัน และคำพิพากษาศาลเนปาลยังมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายเนปาล ซึ่งสะท้อนอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์ ดังนี้ สอดคล้องกับแนวคำอธิบายว่าบ่อเกิดของกฎหมายเนปาลประกอบไปด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาศาล และจารีตประเพณี⁷⁴ จึงกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายเนปาลเป็นระบบกฎหมายผสมระหว่างจารีตประเพณีกับระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์⁷⁵

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งของเนปาลระบุให้การยอมรับการแต่งงานระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น⁷⁶ และไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่ก็ยังมีการแสดงออกโดยกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในลักษณะที่มีการ

⁷³ กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, “ระบบกฎหมายผสม”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 36, 3 (กันยายน 2550), หน้า 585-586.

⁷⁴ P. K. Irani, “Nepal,” in *International Encyclopedia of Comparative Law: Volume I National Reports*, ed. Viktor Knapp, p.N-7.

⁷⁵ Lukas Heckendorn Urscheler, “Innovation in a Hybrid System: The Example of Nepal”, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 15, 3 (October 2012), p.99-100.

⁷⁶ National Civil Code of Nepal
Article 67

Marriage deemed to be concluded: If a man and a woman accept each other as the husband and wife through any occasion, ceremony, formal or other act, a marriage shall be deemed to have been concluded.

Article 68

(1) Marriage to be inviolable social bond: (1) Marriage shall be a permanent, inviolable and holy social and legal bond, which is based on free consent and established to start conjugal and family life between a man and a woman.

(2) The marital bond referred to in sub-section (1) shall subsist until extinguished pursuant to Section 82.

Article 69

Freedom of marriage:

(1) Every person shall, subject to law, have the freedom to conclude a marriage, establish a family and spend a conjugal life.

(2) A marriage must be made, or caused to be made, public irrespective of the manner used to conclude it.

(3) Every person’s family life shall be inviolable.

เรียกร้องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเรื่อยมา เช่น ในปี ค.ศ. 2011 มีคู่รักหญิงรักหญิงชาวอเมริกาเข้ามาจัดพิธีสมรสตามธรรมเนียมศาสนาฮินดูที่เนปาล โดยมีนักกิจกรรมกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศของเนปาลเข้าร่วมด้วย โดยพิธีสมรสครั้งนี้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นครั้งแรกในเนปาลที่มีการจัดพิธีสมรสทางศาสนาในที่สาธารณะแก่คู่รักเพศเดียวกัน⁷⁷ หรือในปี ค.ศ. 2017 ที่มีคู่รักชายรักชายอ้างว่าพวกเขาสามารถจดทะเบียนสมรสได้สำเร็จ⁷⁸ แต่โฆษกกระทรวงมหาดไทยของเนปาลก็ออกมายืนยันว่าการจดทะเบียนสมรสยังเป็นโมฆะ

เนื่องจากความล่าช้าของฝ่ายนิติบัญญัติดังที่กล่าวไป ศาลสูงสุดจึงพยายามจะแก้ปัญหาในเรื่องนี้ด้วยการสั่งให้มีการจัดตั้งระบบจดทะเบียนชั่วคราวให้กับคู่รักเพศเดียวกัน จนกว่ารัฐสภาจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ศาลเนปาลมีแนวคิดที่ก้าวหน้าในเรื่องความหลากหลายทางเพศอย่างมาก เพราะปรากฏว่าศาลได้วินิจฉัยคดีในลักษณะที่รับรองสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้หลายคดี ศาลฎีกาของเนปาลจึงได้รับความชื่นชมอย่างมากเกี่ยวกับคำตัดสินที่สนับสนุนสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ เช่น ในปี ค.ศ. 2007 ศาลสูงสุดออกคำสั่งให้รัฐบาลจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อเตรียมตรากฎหมายที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ในปี ค.ศ. 2015 คณะกรรมการดังกล่าวแนะนำให้รัฐบาล “ให้การรับรองทางกฎหมายแก่การแต่งงานของบุคคลเพศเดียวกันบนพื้นฐานของหลักการแห่งความเท่าเทียมกัน”⁷⁹ ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2023 มีคดีที่ของ Adhip Pokharel สัญชาติเนปาลและ Tobias Volz สัญชาติเยอรมัน ที่จดทะเบียนสมรสกันที่เยอรมนี โดยมีการขอให้ทางการเนปาล ออกวีซ่าคู่สมรสให้ Volz ซึ่งศาลฎีกาเนปาลได้สั่งให้รัฐบาลรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่ดำเนินการในเยอรมนีและสั่งให้รัฐสภากลางตรากฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันให้ถูกต้องตามกฎหมาย⁸⁰

⁷⁷ BBC NEWS, “Nepal’s ‘first gay wedding’ ceremony held,” [online] Available from : <https://www.bbc.com/news/world-south-asia-13847299> [1 January 2024]

⁷⁸ Agence France-Presse, “Nepali couple registers the country’s first transgender marriage,” [online] Available from : <https://theworld.org/stories/2017-08-05/nepali-couple-registers-countrys-first-transgender-marriage> [1 January 2024]

⁷⁹ Meenakshi Ganguly, “Nepal’s Historic Achievement on Marriage Equality Becomes the Second Country in Asia to Register Same Sex Marriage,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/news/2023/07/05/nepals-historic-achievement-marriage-equality> [31 December 2023]

⁸⁰ Human Rights Watch, “Nepal: Court Orders Recognition of Same-Sex Spouse Reiterates Recommendation for Marriage Equality,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/news/2023/05/02/nepal-court-orders-recognition-same-sex-spouse> [31 December 2023]

ในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2023 ศาลสูงสุดของเนปาลจึงได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้ และในที่สุดก็ได้มีการรับจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันตามคำสั่งนี้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 2023⁸¹ ทำให้เนปาลถือเป็นรัฐที่ 2 ในเอเชีย และเป็นรัฐแรกในเอเชียใต้ที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน

3.2.2. ลักษณะของกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเนปาล

พิจารณาจากสภาพระบบกฎหมาย กฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันของเนปาลจะอยู่ในรูปของแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ทั้งนี้ ศาลได้แนะนำฝ่ายนิติบัญญัติให้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเนปาลเป็นกฎหมายเฉพาะ และในระหว่างที่รอการเสนอร่างกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลได้ออกคำพิพากษาในลักษณะที่เป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการให้เจ้าพนักงานจดทะเบียนสมรสให้บุคคลเพศเดียวกันได้ ซึ่งสะท้อนลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายเนปาล ซึ่งปรากฏการณ์แบบนี้ไม่มีทางที่จะเกิดในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ได้ เพราะประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ถือบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นป้อมปราการ ศาลทำได้เพียงออกคำสั่งบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติจัดทำแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามระยะเวลาที่กำหนด

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาศาลจะมีผลผูกพันบังคับกันมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะประเด็นว่าภายหลังจดทะเบียนสมรสกันแล้ว คู่สมรสเพศเดียวกันจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันมากน้อยเพียงใด ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นกรณีที่น่ากฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพแห่งคู่สมรสนั่นเอง นอกจากนี้กรณีของเนปาล อาจจะมองได้ว่า รัฐไม่ถึงกับว่ามีการรองรับให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสได้ตามกฎหมาย เพราะกระบวนการนิติบัญญัติยังไม่สมบูรณ์

4. ความพยายามตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

หากเทียบกับหลายภูมิภาคในเอเชียแล้ว ไทยถือเป็นรัฐที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการแสดงออกเรื่อง อัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แม้จะมีการต่อต้านอยู่บ้าง

⁸¹ ไทยรัฐ, “เนปาลรับจดทะเบียนสมรส คู่รักเพศเดียวกัน ครั้งแรกของประเทศ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.thairath.co.th/news/foreign/2744617> [31 ธันวาคม 2566]

แต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่รุนแรงมากนัก ทั้งนี้ การรับรองสิทธิของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในไทยมีมานานแล้วในรูปของการรับรองความเป็นจริง⁸² แต่การรับรองทางกฎหมายก็ยังไม่เป็นไปอย่างมีกิจจะลักษณะนัก

4.1. ภูมิหลัง

ไทยมีความพยายามผลักดันร่างกฎหมายเพื่อก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันมานานนับสิบปี โดยมีความพยายามเสนอร่างกฎหมายทั้งในรูปแบบการตรากฎหมายเฉพาะแยกไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเราสามารถจำแนกความเป็นมาของความพยายามก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันได้เป็น 3 ระยะ ดังนี้

4.1.1. สมัยยกรา่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต

อาจกล่าวได้ว่า สังคมไทยมีลักษณะที่เปิดกว้างการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศพอสมควร แต่รัฐก็มิได้เอาใจใส่ในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันนัก

แนวคิดเรื่องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเริ่มมีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 โดยรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยเสนอแนวคิดเรื่องนี้ แต่กระแสสังคมไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรง รัฐบาลมองเห็นว่าสังคมไม่พร้อมสำหรับเรื่องนี้จึงตกไป⁸³

ต่อมาในปี พ.ศ. 2555 นที ธีระโรจนพงษ์ และอรรถพล จันทวี คู่รักชายชายได้เดินทางไปจดทะเบียนสมรสที่เชียงใหม่ ในวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2555 แต่ถูกปฏิเสธจากนายทะเบียนสมรสตามที คร.1 (คำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว) ซึ่งในแบบการจดทะเบียนสมรสให้กรอกเฉพาะคำว่าชายและหญิงเท่านั้น ทำให้ นที ธีระโรจนพงษ์ ร้องเรียนยังสำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงได้นำเรื่องไปเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน และสภาผู้แทนราษฎร นำไปสู่การยกร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตเพื่อเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย⁸⁴

⁸² สุรศักดิ์ มณีศรี, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ”, วารสารนิติศาสตร์, 24, 1 (มีนาคม 2537), หน้า 193.

⁸³ ThaiPBS, “เส้นทาง 22 ปี สู่ “สมรสเท่าเทียม” อีกขั้นสู่ความเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.thaipbs.or.th/news/content/335137> [31 ธันวาคม 2566]

⁸⁴ พรพิรุณ ชลาชัย และรักชนก ชำนาญมาก, “ยุทธวิธีการเคลื่อนไหวทางสังคมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อกฎหมายการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน”, วารสารสถาบันพระปกเกล้า, 21, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2566), หน้า 24.

ต่อมาในสมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ขึ้นเป็นฉบับแรก มีจำนวนทั้งสิ้น 15 มาตรา⁸⁵ แต่ถูกปิดตกก่อนเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร⁸⁶ ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จึงกลับสู่การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแทน ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเป็นจำนวน 63 มาตรา

ต่อมาในปี พ.ศ. 2561 มีการเปลี่ยนชื่อร่างกฎหมายเป็นร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และแก้ไขเนื้อหาจนเหลือเพียง 44 มาตรา ซึ่งร่างกฎหมายได้เข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีภายใต้การนำของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ก็มิได้รับหลักการร่างกฎหมายในวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2561 และคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างกฎหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2562 พิจารณาแล้วเสร็จเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2562 และส่งร่างกฎหมายให้กระทรวงยุติธรรมเปิดรับฟังความคิดเห็น⁸⁷

4.1.2. สมัยการต่อสู้ระหว่างฝ่ายสนับสนุนร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตกำลังอยู่ในระหว่างการยกร่างและรับฟังความคิดเห็นประชาชน พรรคก้าวไกลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. หรือที่เป็นที่รู้จักในนาม “ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม” ซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิม โดยเน้นแก้ถ้อยคำทางกฎหมายมิให้เจาะจงเรื่องเพศ เช่น แก้ออกจาก “ชาย” และ “หญิง” เป็น “ผู้หนึ่ง” “ผู้รับหนึ่ง” และ “บุคคล” เพื่อเปิดให้มีการหมั้นและสมรสกับบุคคลเพศเดียวกันหรือแม้กระทั่งกรณีหญิงหมั้นชายได้ หรือการแก้ถ้อยคำจาก “สามี” และ “ภรรยา” เป็น “คู่สมรส” โดยพรรคก้าวไกลเห็นว่าการเสนอร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีนัยแห่งความเสมอภาค เพราะคู่รักไม่ว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกันหรือต่างเพศย่อมได้สิทธิในการสมรสอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีการเสนอร่างกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563⁸⁸

⁸⁵ ปิยพร โกมุที, สิทธิและเสรีภาพในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก, หน้า 50.

⁸⁶ เลิศศักดิ์ ไซแสง, “สมรส (ไม่)เท่าเทียม : มองอดีต ดูปัจจุบัน (ไว้) เห็นอนาคต” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.sarakadee.com/2021/12/09/สมรส-เท่าเทียม/> [31 ธันวาคม 2566]

⁸⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, หน้า 35.

⁸⁸ Pipatpong Sriwichai, “สรุปข้อมูล “สมรสเท่าเทียม” อยู่ตรงไหน สนับสนุนเท่าไร ผ่านแล้วได้อะไร” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://workpointtoday.com/lgbt-221124/> [31 ธันวาคม 2566]

การที่สังคมได้เห็นแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันทั้ง 2 แนวทาง ทำให้สาธารณชนมีโอกาสเปรียบเทียบ และอภิปรายโต้เถียงกัน ฝ่ายที่สนับสนุนร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมเป็นการตรากฎหมายที่สอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศมากกว่าในแง่ที่ว่าคู่รักเพศเดียวกันจะได้สถานะคู่สมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ ประกอบกับสถานการณ์ในช่วงนั้น หลายรัฐเริ่มมีแนวคิดยกระดับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันจากระดับคู่ชีวิต เป็นคู่สมรส เช่น ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2013⁸⁹ เยอรมนีในปี ค.ศ. 2017⁹⁰ และสวีเดนในปี ค.ศ. 2020⁹¹ ฉะนั้น ไทยก็ไม่ได้มีความจำเป็นที่จะต้องออกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตไปพลางก่อนและสามารถใช้วิธีการแก้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตยังมีลักษณะที่สะท้อนการเลือกปฏิบัติอยู่ เพราะมีนัยถึงการใช้กฎหมายแยกกันระหว่างคู่รักต่างเพศและคู่รักเพศเดียวกัน⁹²

อย่างไรก็ดี ฝ่ายรัฐบาลในขณะนั้นก็ยังยืนยันที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตพิจารณาควบคู่กับร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล แม้จะเป็นที่ผู้มีส่วนร่วมในการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเป็นเวลาเกือบสิบปีจะมีความตั้งใจที่ดีในการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่ความล่าช้าในการยกร่างและการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ขณะที่หลายรัฐเริ่มรับรองให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถสมรสตามกฎหมายเหมือนบุคคลต่างเพศได้ ทำให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตที่ถือว่าก้าวหน้าอย่างมากในช่วงที่มีการยกร่างครั้งแรก กลายเป็นร่างกฎหมายที่พ้นสมัยไปเพราะสภาพสังคมเริ่มเปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดคำถามว่าในเมื่อหลายรัฐเริ่มยอมรับที่จะแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ การที่ไทยรับแนวทางนี้มาจะเป็นการสอดคล้องยุคสมัยและสภาพสังคมมากกว่าหรือไม่

⁸⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, สิทธิและกฎหมายก่อตั้งครอบครัวของบุคคลหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, หน้า 24.

⁹⁰ ฉัตรชัย เอมราช, “การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี”, วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 60-61.

⁹¹ ประชาไท, “‘สวีเดนแลนด์’ รับรองการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันอย่างเป็นทางการแล้วตั้งแต่ ก.ค. 65 นี่เป็นต้นไป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2022/07/99331> [31 ธันวาคม 2566]

⁹² ไซยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, “พัฒนาการของกฎหมายลักษณะครอบครัวในไทย”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 51, 2 (มิถุนายน 2565), หน้า 481.

ในส่วนของการฝ่ายการเมือง แม้ว่าจะมีแนวคิดที่จะเสนอร่างกฎหมายทั้ง 2 แนวทาง แต่ก็ไม่มีการทำที่ที่จะบรรจุร่างเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเสียทีเดียว ในช่วงนี้เอง ปี พ.ศ. 2564 คู่รักซึ่งมีเพศสภาพเป็นหญิง คือ เพ็ญทรัพย์ แซ่เอ็ง และพวงเพชร เหมคำ ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสแต่ถูกเจ้าพนักงานปฏิเสธ ต่อมาทั้งสองคนได้ยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และขอให้ศาลส่งคำร้องโต้แย้งประเด็นข้อกฎหมายไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นที่ว่ามาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดว่าการสมรสเป็นเรื่องของชายหญิง ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 25 และมาตรา 27 หรือไม่⁹³ ศาลรัฐธรรมนูญมีมติอ่านคำวินิจฉัยในวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีมติเอกฉันท์ว่ามาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ประการใด⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้แนะนำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันต่อไป

แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีท่าทีที่ต่างจากศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุเป็นข้อสังเกตว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสมควรดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศต่อไป” ย่อมหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ตัดสินใจที่จะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงโดยตรง แต่มุ่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารดำเนินการแทน⁹⁵ นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความเห็นว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยวินิจฉัยเช่นนี้ เป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้ว เพราะประเด็นเรื่องการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเป็นเรื่องในทางนโยบาย ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติอันมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนมากกว่า⁹⁶

ในปี พ.ศ. 2565 มีร่างกฎหมายถึง 4 ฉบับเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ... ซึ่งเป็นเพียงการบัญญัติให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง

⁹³ ณัฐ วิไลลักษณ์ และณัฐนิชา วาณิชวิรุฬห์, “จาก ‘Pride Month’ สู่ พ.ร.บ.สมรสเท่าเทียม-คู่ชีวิต และการช่วงชิงประวัติศาสตร์สู้ในสังคมไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://waymagazine.org/pride-month-equal-marriage/> [31 ธันวาคม 2566]

⁹⁴ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564

⁹⁵ อานนท์ มาเฝ้า, “การสมรสของเพศเดียวกัน: แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ให้ แต่ไม่ใช่ไปต่อไม่ได้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://waymagazine.org/same-sex-marriage-in-constitution/> [31 ธันวาคม 2566]

⁹⁶ พิมพ์ชนก พุกสุข, “สมรสเท่าเทียม: สทนากับ อภินพ อติพิบูลย์สิน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยและไม่ควรต้องเป็น ‘พระเอกขี่ม้าขาว’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/apinop-atipiboonsin-interview/> [1 มกราคม 2567]

และพาณิชย์เชื่อมโยงกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ฉบับพรรคประชาธิปัตย์ที่เปิดให้ชายและหญิงจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ ในที่สุดที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมิได้รับหลักการร่างกฎหมายทั้ง 2 แนวทางในวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ. 2565 โดยให้ใช้ร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับของคณะรัฐมนตรีเป็นร่างหลักในการพิจารณา⁹⁷ ซึ่งในขั้นนี้เอง ได้มีกรรมาธิการเสนอแนะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องเลือกระบบใดระบบหนึ่ง แต่สามารถรับนำกฎหมายทั้ง 2 แนวทางได้ เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เลือกระดับความสัมพันธ์ได้ทั้ง 2 ระดับไม่ว่าจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือจดทะเบียนสมรสก็ได้ อันเป็นการรับแนวทางตามกฎหมายฝรั่งเศสที่มีทั้งกฎหมายรับรองความสัมพันธ์ทั้งในระดับคู่สมรสและคู่ชีวิต

อย่างไรก็ดี ภายหลังการประชุมในชั้นกรรมาธิการเสร็จสิ้นลง เนื่องจากความอ่อนแอของฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะฝ่ายรัฐบาลที่ไม่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรได้ นำไปสู่ปรากฏการณ์สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ครบองค์ประชุม ส่งผลให้ร่างกฎหมายหลายฉบับค้างพิจารณาอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. จนกระทั่งรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ยุบสภาในวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2566 ทำให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตและร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เป็นอันตกไป

4.1.3. สมัยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลังการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2566 พรรคเพื่อไทย ได้เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาลโดยมีเศรษฐา ทวีสิน เป็นนายกรัฐมนตรีในวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2566 ตามมาด้วยการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาในวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2566 โดยระบุว่ารัฐบาลจะผลักดันให้มีกฎหมายสนับสนุนสิทธิและความเท่าเทียมของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ⁹⁸ ในวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2566 คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (สมรสเท่าเทียม) ที่เสนอโดย

⁹⁷ BBC NEWS ไทย, “ร่าง พ.ร.บ. สมรสเท่าเทียม-คู่ชีวิต : ต้องผ่านขั้นตอนอะไรบ้าง ก่อนบังคับใช้เป็นกฎหมาย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/thailand-61808097> [31 ธันวาคม 2566]

⁹⁸ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายเศรษฐา ทวีสิน นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภา วันจันทร์ที่ 11 กันยายน 2566” หน้า 12 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2023/09/history_66.pdf [31 ธันวาคม 2566]

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม⁹⁹ ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายที่พรรคเพื่อไทยได้หาเสียงในการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2566ว่าจะสนับสนุนร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมประกอบกับที่ได้แถลงนโยบายไว้ข้างต้น โดยคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างกฎหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2566 โดยพิจารณาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมของพรรคก้าวไกล พรรคประชาธิปัตย์ และภาคประชาชน มาในขั้นนี้ มีข้อสังเกตว่า ฝ่ายการเมืองมีทิศทางไปในทางสนับสนุนให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมซึ่งสิทธิในการสมรสอย่างแท้จริง และอาจกล่าวได้ว่าการผลักดันร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมมีลักษณะเป็นเสมือน “ฉันทามติ” ร่วมกันระหว่างฝ่ายการเมืองทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน รวมทั้งภาคประชาชน ดังปรากฏว่าเสียงส่วนใหญ่ในสภาผู้แทนราษฎรมิได้รับหลักการร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียมทั้ง 4 ฉบับ โดยใช้ร่างของรัฐบาลเป็นร่างหลักในการพิจารณา¹⁰⁰

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คราวนี้ มีร่างกฎหมายที่เสนอโดยภาคประชาชนด้วย จึงมีการจัดสรรที่นั่งกรรมการในการในส่วนของภาคประชาชนเป็นจำนวนถึง 13 ที่นั่งจาก 39 ที่นั่ง นับเป็น 1 ใน 3 ของชั้นกรรมการ¹⁰¹ จึงกล่าวได้ว่า กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมในคราวนี้ จะมีใช่เพียงเรื่องของฝ่ายการเมืองเท่านั้น แต่ยังมีตัวแทนจากภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปรับปรุงร่างกฎหมายด้วย

การที่กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายในครั้งนี้มีส่วนร่วมจากภาคประชาชนทำให้มีข้อเสนอการยกร่างกฎหมายที่ก้าวหน้าไปกว่าความมุ่งหมายของฝ่ายการเมือง เช่น ข้อเสนอให้ใช้คำว่า “บุพการีลำดับแรก” เพิ่มเติมไปจากกรณีบิดามารดา เพื่อรองรับความสัมพันธ์ครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งต่างจากร่างของฝ่ายการเมือง ไม่ว่าจะเป็นร่างของรัฐบาลหรือพรรคก้าวไกลที่มุ่งแก้ไขในส่วนของการสมรสและการรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น แม้ว่าข้อเสนอเรื่อง

⁹⁹ กรมประชาสัมพันธ์, “กรม.อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (สมรสเท่าเทียม)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.prd.go.th/th/content/category/detail/id/39/iid/234468?fbclid=IwAR2L5pUgSbXSyMjpHhmFEPTahZmj2gmxVvEa3yHBNmQbpbdrZFIPoYjfKnQ> [31 ธันวาคม 2566]

¹⁰⁰ The Standard, “วันประวัติศาสตร์ สส. รับหลักการร่างกฎหมาย #สมรสเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/accepts-principles-of-draft-equal-marriage-law/> [31 ธันวาคม 2566]

¹⁰¹ The Standard, “เปิดโฉมหน้า 39 กรรมการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมาย ‘สมรสเท่าเทียม’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/commissioner-for-marriage-equality/> [1 มกราคม 2567]

“บุพการีลำดับแรก” จะตกไปในชั้นกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎร¹⁰² แต่ข้อเสนอนี้ ก็ถือเป็นการจุดประกายประเด็นสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนของ “บิดามารดาและบุตร” อันอาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

ในวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2567 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรก็มีมติรับร่างในวันเดียวกัน¹⁰³ ก่อนจะส่งต่อให้วุฒิสภาพิจารณาต่อไป ซึ่งในที่สุดวุฒิสภาก็มีมติรับหลักการในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2567 โดยในชั้นกรรมาธิการไม่มีการแก้ไขในสาระสำคัญแต่ประการใด¹⁰⁴ ก่อนที่วุฒิสภาจะรับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ในวาระ 2 และ 3 ในวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2567 ในที่สุด¹⁰⁵ และประกาศลงราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 ในชื่อ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 โดยจะมีผลบังคับใช้นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาครบ 120 วัน¹⁰⁶

4.2. ลักษณะสำคัญของร่างกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย

ลักษณะของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ได้จัดทำขึ้นในลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดสิทธิหน้าที่ทางแพ่งของเอกชน ทำให้ร่างกฎหมายมีลักษณะที่เป็นการก่อตั้ง “สิทธิในการสมรส” ของบุคคลเพศเดียวกันเพราะใช้กฎหมายฉบับเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ โดยร่างกฎหมายมุ่งเน้นแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของลักษณะ 1 ว่าด้วยการสมรส และบทบัญญัติอื่นที่ว่าด้วยสิทธิหน้าที่ระหว่าง “คู่สมรส” ทั้งนี้ นอกเหนือจากการแก้ไขกฎหมายเพื่อ

¹⁰² The MATTER, “สรุป ‘บุพการีลำดับแรก’ คืออะไร? ทำไมถึงถูกปัดตกในร่างกฎหมาย ‘สมรสเท่าเทียม’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thematter.co/brief/224091/224091> [1 มิถุนายน 2567]

¹⁰³ BBC NEWS ไทย, “สภาผ่านร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้ว” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/articles/cn0edj0dq6lo> [27 มีนาคม 2567]

¹⁰⁴ BBC NEWS ไทย, “เดือนไพรด์กลับมาอีกครั้ง กฎหมายสมรสเท่าเทียมของไทยใกล้เป็นจริงหรือยัง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/articles/cv22768yz23o> [1 มิถุนายน 2567]

¹⁰⁵ BBC NEWS ไทย, “วุฒิสภาผ่านร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมแล้ว ส่งไทยเป็นชาติแรกในอาเซียนมี กม. แต่งงานบุคคลเพศเดียวกัน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bbc.com/thai/articles/c4nnjd5v2zgo> [18 มิถุนายน 2567]

¹⁰⁶ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 141 ตอนที่ 58 ก, วันที่ 24 กันยายน 2567, หน้า 1-21.

รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ยังมีการปรับอายุขั้นต่ำในการหมั้นและการสมรสจากเดิม 17 ปี เป็น 18 ปี และแก้ไขเหตุฟ้องหย่าฐานนอกกายนอกใจตามมาตรา 1516 (1) และกรณีไม่มีความสามารถในการร่วมประเวณีตามมาตรา 1516 (10) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้เพิ่มกรณี “กระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่” ด้วย¹⁰⁷ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในไทย เป็นการรับรอง “สิทธิในการสมรส” โดยมิได้มีการออกกฎหมายคู่ชีวิตไปล่วงหน้าก่อนดังที่เกิดขึ้นในยุโรป ซึ่งให้เห็นถึงความก้าวหน้าของฝ่ายนิติบัญญัติและสังคมไทยพอสมควร

อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 มิได้แก้ไขในส่วนของบิดามารดาและบุตรแต่ประการใด ซึ่งอาจจะมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่ายังไม่สามารถเป็นการก่อตั้งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันอย่างเต็มรูปแบบ¹⁰⁸ แต่การแก้ไขกฎหมายครอบครัวที่ยังไม่เต็มรูปแบบนี้ ก็ได้กระทบสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสเพศเดียวกันแต่ประการใด นอกจากนี้ หากพิจารณาจากบทเฉพาะกาลแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ที่กำหนดว่าบรรดากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และ ประกาศที่อ้างถึงคำว่า “สามีภริยา” ให้หมายความว่า “คู่สมรส” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย¹⁰⁹ หากพิจารณาตามนี้ คู่สมรสเพศ

¹⁰⁷ โปรดดู มาตรา 45 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พุทธศักราช 2567 (เน้นคำโดยผู้เขียน)

ให้ยกเลิกความในมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนคู่สมรส เป็นชู้หรือมีชู้ ร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน หรือกระทำการกับผู้อื่นหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจิดน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

...

(10) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสภาพร่างกายทำให้ไม่อาจร่วมประเวณีหรือไม่อาจกระทำหรือยอมรับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของอีกฝ่ายได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

¹⁰⁸ เพ็ญพิชชา มุ่งงาม, “Rainbow family: สำนวนสิทธิบุพการีเพศหลากหลายในร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/rainbow-family-and-same-sex-marriage-bill/> [1 มิถุนายน 2567]

¹⁰⁹ โปรดดู มาตรา 65 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พุทธศักราช 2567

บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่อ้างถึงสามี ภริยา หรือสามีภริยา ให้ถือว่า อ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ด้วย

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภริยา หรือสามีภริยาไว้แตกต่างกัน

เดียวกันก็อาจจะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อย่างไรก็ตาม หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรรับฟังข้อเสนอแนะดังกล่าวเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสังคมแห่งความหลากหลายทางเพศในอนาคต

5. สรุป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่ากระแสนโยบายการเรียกร้องการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในทวีปเอเชียยังคงมีอยู่เรื่อยมา แม้ว่าจะไม่ได้รับการผลักดันจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่าที่ควร ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากสภาพสังคมของเอเชียที่มีภาพลักษณ์ที่ค่อนข้างอนุรักษนิยมและต้องเผชิญหน้ากับกระแสต่อต้านทั้งจากฝ่ายการเมือง ฝ่ายศาสนา และฝ่ายสังคม ทั้งนี้ เมื่อศึกษากรณีของไต้หวันกับเนปาลแล้วจะพบว่าการผลักดันกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันของทั้ง 2 แห่งสำเร็จได้ เนื่องมาจากการผลักดันขององค์กรตุลาการในรูปของคำพิพากษาศาล จนอาจกล่าวได้ว่าในกรณีของไต้หวันและเนปาล เป็นกรณีที่องค์กรตุลาการมีความคิดที่เท่าทันสังคมและอาจจะนำหน้าสังคม ดังจะเห็นได้ชัดในกรณีของไต้หวัน ซึ่งสามารถเปรียบเทียบเป็นตารางได้โดยสังเขปดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในเอเชีย

รัฐ	ไต้หวัน	เนปาล	ไทย
องค์กรที่มีบทบาทในการเร่งรัดกฎหมาย	องค์กรตุลาการ	องค์กรตุลาการ	องค์กรทางการเมือง
รูปแบบของกฎหมาย	กฎหมายเฉพาะ	คำพิพากษาศาล	การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
หมายเหตุ	มีการประนีประนอมกับประชาติของฝ่ายอนุรักษนิยม	ฝ่ายนิติบัญญัติอ่อนแอจึงล้มเหลวในการเสนอร่างกฎหมาย	องค์กรตุลาการไม่เข้าไปเร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติ

พิจารณาเปรียบเทียบกับไทย แม้ว่าไทยจะไม่มีการผลักดันจากฝ่ายตุลาการอย่างจริงจัง ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ที่มิได้เร่งรัดฝ่ายนิติบัญญัติให้แก้ไขกฎหมาย

เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาสภาพสังคมไทยและ พัฒนาการการผลักดันกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน ของไทย จะพบว่าสังคมและฝ่ายนิติบัญญัติของไทยมีความก้าวหน้ากว่าฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศ อื่น ๆ ในเอเชียอย่างมาก แม้จะมีช่วงหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติไทยมีความล่าช้าในการผลักดันการเสนอ ร่างกฎหมายในช่วงแรก ตามมาด้วยปรากฏการณ์การต่อสู้กันทางความคิดระหว่างการตราร่างพระราช บัญญัติคู่ชีวิตกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สุดท้ายเมื่อมีการจัดการ เลือกตั้งใหม่และเปลี่ยนแปลงรัฐบาล รัฐบาลชุดใหม่เสนอเฉพาะร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ร่างพระราชบัญญัติสมรสเท่าเทียม) ฝ่าย นิติบัญญัติไทยก็มีฉันทามติร่วมกันที่จะไปในแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ในที่สุด ซึ่งสอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งมิได้มี กระแสต่อต้านที่รุนแรงนักหากเทียบกับประเทศอื่น เช่นนี้จึงกล่าวได้ว่า ปรากฏการณ์นี้ถือเป็นกรณี ที่ฝ่ายการเมืองและกฎหมายของไทยตามทันสังคมในที่สุด และเมื่อร่างกฎหมายได้รับการประกาศ ใช้บังคับ ในชื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ทำให้ไทยเป็นประเทศแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีกฎหมายรับรองสิทธิในการก่อ ตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกัน และเป็นประเทศแรกในเอเชียที่รับรอง “สิทธิในการสมรส” ของบุคคลเพศเดียวกันโดยการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิม เพื่อให้การสมรสเป็นเรื่องของทุกเพศ ไม่ว่า จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และอาจจะเป็นหนึ่งในกรณีศึกษาหรือแนวทางสำหรับ ประเทศอื่น ๆ ในการผลักดันการตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในอนาคต