

## หลักความเสมอภาคของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) กับกฎหมายครอบครัวของไทย Equality Principle of The Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women (Cedaw)

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต เมืองเอก ถนนพหลโยธิน จังหวัดปทุมธานี 12000  
Prof.Dr.Prasit Aekaputra  
Faculty of Law at Rangsit University Muang-Ake Paholyotin Road Pathumthani District 12000  
E-mail : accord278@gmail.com

รองศาสตราจารย์ ดร.รัศมิ์ เอกบุตร  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2410/2 ถนนพหลโยธิน เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900  
Assoc.Prof.Dr. Rasada Aekaputra  
Faculty of Law at Sripatum University Phaholyothin Road Chatuchak, Bangkok 10900  
E-mail : drasada@gmail.com

### บทคัดย่อ

แม้ว่าปัญหาหลายประการที่เกี่ยวกับความไม่เสมอภาคทางเพศและการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ ได้ถูกแก้ไขในกฎหมายของไทยไปมากแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครอบครัวของไทยมาหลายครั้งแล้วก็ตาม แต่ก็เห็นเป็นที่ประจักษ์ได้ว่ากฎหมายเหล่านี้เป็นเพียงกฎหมายที่ยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคทางนิตินัยเท่านั้น แต่มิใช่ความเสมอภาคโดยพฤตินัย เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องมาตรฐานของปทัสถานต่าง ๆ ในสังคมไทยได้แก่ ปทัสถานในการดำเนินชีวิตทางเศรษฐกิจ สังคม ศาสนา และวัฒนธรรมที่ทำให้ประเทศไทยไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ได้อย่างเต็มที่ รวมทั้งไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิสตรีได้อย่างสมบูรณ์

ดังนั้น ปัญหาความเสมอภาคทางเพศกับการไม่เลือกปฏิบัติจึงมิใช่เป็นแค่สิ่งที่ควรจะต้องได้รับการแก้ไขแต่เพียงเท่านั้น แต่ควรจะต้องเป็นสิ่งที่ได้เห็นว่า การแก้ไขปัญหานั้นได้เกิดขึ้นจริงในสังคมไทยไปในทางที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของอนุสัญญา CEDAW และตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นที่ประเทศไทยได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันด้วย

**คำสำคัญ :** ความเสมอภาคทางเพศ การเลือกปฏิบัติ การขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

## Abstract

Although many problems relating to unequal treatments and gender discriminations have been resolved by Thai laws especially by Thai family law, however, it is quite clear that such laws are based on the principle of de jure equality but not de facto equality due to the limits of standards of norms in Thai society namely various norms of economic, social, religion and cultural life including public orders based on the national security problems that have been prevented Thailand from the full implementation of CEDAW convention of 1979 and of other relevant international obligations in the field of human rights and women rights law. Thus, the gender equality and non-discrimination problems should not only be done but should be seen to be done in Thai society in line with the object and purpose of the CEDAW convention and other human rights instruments that Thailand has expressed her consent to be bound.

**Keywords :** Gender Equality, Discrimination, Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

## บทนำ

การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติ ค.ศ. 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women of 1979: CEDAW)<sup>1</sup> และยอมรับกระบวนการร้องเรียนของปัจเจกชน (Acceptance of Individual Complaints Procedures) สำหรับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1999 (Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women of 1999: CEDAW-OP) รวมทั้งยอมรับกระบวนการไต่สวนภายใต้มาตรา 8-9 ของ CEDAW-OP (Acceptance of Inquiry Procedures under the CEDAW-OP, Art.8-9)<sup>2</sup> ทั้ง 3 ฉบับ จึงทำให้ประเทศไทยนอกจากจะต้องจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบตามพันธกรณีของอนุสัญญานี้แล้ว ยังจะต้องยอมรับกระบวนการร้องเรียนการละเมิดสิทธิสตรีและกระบวนการไต่สวนตามกลไกของพิธีสารฉบับนี้ด้วย

<sup>1</sup> ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1985 ที่มา: United nation human right,the ratification status by country or by treaty(15 January 2023)Human Rights Treaty Bodies <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CEDAW&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CEDAW&Lang=en)>.

<sup>2</sup> ประเทศไทยได้ยอมรับกระบวนการร้องเรียนของปัจเจกชนสำหรับพิธีสารเลือกรับนี้ เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ.2000 และได้ยอมรับกระบวนการไต่สวนภายใต้มาตรา 8-9 ของพิธีสารเลือกรับนี้ เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ที่มา: ibid.

ทั้งนี้ แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายไทยจะได้มีการแก้ไขปรับปรุงและยกเว้นใหม่หลายฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิสตรีรวมถึงสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQI)<sup>3</sup> แล้วก็ตาม เช่น มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อเนื่องมาหลายฉบับ มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะครอบครัว และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและสิทธิสตรีอีกหลายฉบับ รวมถึงการจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้นนั้น ก็มีได้ทำให้ปัญหาสิทธิมนุษยชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อสตรีดีขึ้นกว่าเดิมเท่าใดนัก

โจทก์วิจัยของงานวิจัยชิ้นนี้ จึงมุ่งเป้าไปที่การแสวงหาคำตอบในทางกฎหมายที่ยังมีความซับซ้อน อยู่ทั้งในทางแนวคิดทางกฎหมายของอนุสัญญา CEDAW และมุ่งไปในทางปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมาย ภายในของประเทศไทยที่ยังมีการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้ไม่ครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขอบเขตของงานวิจัยนี้จะจำกัดอยู่แต่เฉพาะในกรอบของการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ของไทยที่ยังมีบางเรื่องที่ยังคงไม่สัมฤทธิ์ผลตามพันธกรณีบางข้อ รวมทั้งทางปฏิบัติบางเรื่องนั้น ยังเป็นทางปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา CEDAW เมื่อพิจารณาถึงประเด็นพันธกรณี ของไทยที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค (Equality Principle) ภายใต้อนุสัญญานี้ นอกจากนี้ โจทก์วิจัยยังรวมถึงปัญหาและอุปสรรคในทางกฎหมายของการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ของไทยและความจำเป็นที่ในอนาคตอาจจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวข้องของไทยให้ สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนี้

โดยเหตุนี้ แนวทางในการค้นหาคำตอบในเรื่องนี้ จึงจำเป็นต้องเริ่มจากการวิเคราะห์ถึงลักษณะและ พันธกรณีทางกฎหมายของอนุสัญญา CEDAW ว่าเป็นอย่างไร จากนั้นจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงกฎหมาย ครอบครัวของไทยว่ามีประเด็นใดบ้างที่สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิสตรีเกิด ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยงานวิจัยนี้จะวิเคราะห์กฎหมายไทยเฉพาะในส่วนของการคุ้มครองสิทธิสตรี ภายใต้อนุสัญญา CEDAW และกฎหมายครอบครัวตามที่บัญญัติอยู่ในบรรพ 5 ของประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์เป็นหลักเท่านั้น แต่ในบางกรณี ก็อาจมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาเป็น ตัวอย่างเปรียบเทียบร่วมกันด้วย เพื่อให้ได้คำตอบต่อโจทก์วิจัยที่ดียิ่งขึ้น

<sup>3</sup> อนุมาตรา 3, พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

ที่นิยามคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ว่า หมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการ แบ่งแยกกีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศ ชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งหมายความรวมถึงการให้ความเสมอภาคแก่บุคคลทุกคน โดย ไม่คำนึงถึงเพศสภาพของแต่ละบุคคล อันเป็นเจตนารมณ์สำคัญของกฎหมายฉบับนี้

ดังนั้น เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจึงมุ่งเน้นไปที่การจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพื่อให้สอดคล้อง กับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ดังปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ ความว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ปัจจุบันไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่าง เพศที่ชัดเจน ส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่ เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”.

แนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายในเรื่องนี้จึงแบ่งเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 ลักษณะและพันธกรณีของหลักความเสมอภาคกับหลักการจัดการเลือกปฏิบัติภายใต้อนุสัญญา CEDAW กับส่วนที่ 2 เปรียบเทียบหลักความเสมอภาคทางนิตินัยและทางพฤตินัยระหว่างชายหญิงในอนุสัญญา CEDAW กับบรรพ 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และส่งท้ายด้วยบทสรุปและข้อเสนอแนะ ดังจะกล่าวต่อไป

## 1. ลักษณะและพันธกรณีของหลักความเสมอภาคกับหลักการจัดการเลือกปฏิบัติภายใต้อนุสัญญา CEDAW

ในการวิเคราะห์ถึงลักษณะและพันธกรณีของหลักความเสมอภาคและหลักการจัดการเลือกปฏิบัติภายใต้อนุสัญญา CEDAW นั้น จะมีประเด็นวิเคราะห์แยกออกได้ที่สำคัญอยู่ 3 ประการคือ 1.1 สถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายของอนุสัญญา CEDAW 1.2 หลักความเสมอภาคทางนิตินัยกับทางพฤตินัย 1.3 หลักการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ดังจะได้วิเคราะห์ไปตามลำดับ ดังนี้

### 1.1 สถานะและสภาพบังคับทางกฎหมายของอนุสัญญา CEDAW

เนื่องจากอนุสัญญา CEDAW นั้นมีลักษณะในทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาหลายฝ่ายตามนัยของคำนิยาม “สนธิสัญญา” (Treaty) ในมาตรา 2 วรรค 1 (a) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 (Vienna Convention on the Law of Treaty of 1969: VCLT 1969)<sup>4</sup> ประกอบกับสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้ว<sup>5</sup> ย่อมต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีกำหนดไว้ในอนุสัญญานั้น ตามหลักภาษิตละตินที่เรียกว่า “*pacta sunt servanda*” หรือ “สัญญาต้องเป็นสัญญา”<sup>6</sup> โดยรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นจะต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อบทบัญญัติหรือข้อกำหนดต่างๆ ในสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต หากไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นการละเมิดสนธิสัญญาและรัฐผู้ละเมิดพันธกรณีดังกล่าวจะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ<sup>7</sup> ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้อง

<sup>4</sup> “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;” excerpted from; United Nations OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, *Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)* (20 January 2023) Convention <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>.

<sup>5</sup> อนุสัญญา CEDAW มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1981 หลังจากที่มิสซิสซิปปีมีสัตยาบันสารครบจำนวน 20 ประเทศตามเงื่อนไขของมาตรา 27 (1) ของอนุสัญญานี้ดู United nation human right, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979* (20 January 2023) Human Rights Instruments <[<sup>6</sup> ดู Art.26, VCLT.](https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women#:~:text=On%2018%20December%201979%2C%20the,twentieth%20country%20had%20ratied%20it.></a>.</p></div><div data-bbox=)

<sup>7</sup> See Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 from: United Nations OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)* (1 March 2023) Convention <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)>. especially Art. 1 and 2 of the Articles on States Responsibility drafted by International Law Commission (ILC) as adopted by the General Assembly of the United Nations in Resolution 56/8 of 12 December 2001 (UNGA RES 56/8).

ทำทุกสิ่งทุกอย่างให้หวนคืนกลับสู่สถานภาพเดิมหากไม่อาจกระทำได้อาจจะต้องชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินตามหลักภยิตละคืนคือหลัก “*restitution in integrum*”<sup>8</sup> หมายถึงทำการชดเชยเต็มจำนวนตามขนาดของความเสียหายนั่นเอง

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติมิใช่เป็นเรื่องง่ายที่จะชดเชยได้เต็มจำนวนและเต็มขนาดของความเสียหาย เพราะการชดเชยมักจะเกิดขึ้นภายหลังจากการเจรจาทางการทูตกันแล้วและมักมีการต่อรองให้มีการยอมรับถึงข้อจำกัดหรือขีดความสามารถในการชำระหนี้รวมทั้งสภาพแห่งหนี้ที่พอจะเปิดช่องให้สามารถชำระหนี้กันได้เพียงใดด้วยในแต่ละกรณีที่เกิดขึ้น ทั้งนี้แม้ว่าหลักการชำระหนี้ตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นการชำระหนี้เต็มจำนวนก็ตาม

โดยเหตุนี้เองสภาพบังคับของอนุสัญญา CEDAW จึงมีลักษณะทางกฎหมาย (legal nature) และสถานะทางกฎหมาย (legal status) เป็นแบบพันธกรณีที่มีมุ่งต่อผล (obligation of result) เพื่อให้เกิดผลปฏิบัติตามอนุสัญญามากกว่าที่จะเป็นแบบพันธกรณีที่มีมุ่งกำหนดความประพฤติของรัฐ (obligation of conduct) ทั้งนี้เนื่องจากผู้ร่างอนุสัญญา CEDAW มุ่งที่จะให้รัฐส่วนใหญ่ในประชาคมระหว่างประเทศเข้ามาเป็นภาคีในอนุสัญญานี้มากกว่า จึงเลือกที่จะไม่กำหนดการกระทำใด ๆ ในลักษณะที่ตายตัวให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตาม เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วคงมีรัฐเพียงไม่กี่รัฐจะยินดีแสดงเจตนาเข้าผูกพันเป็นภาคีของอนุสัญญาที่มีข้อกำหนดที่เข้มงวดจนเกินไป ในการยกร่างอนุสัญญานี้ ประเทศต่าง ๆ ที่เข้าร่วมเจรจาจึงเลือกกำหนดสภาพบังคับของอนุสัญญาให้เป็นไปในแบบพันธกรณีที่มีมุ่งต่อผล แทนที่จะเป็นแบบพันธกรณีที่มีมุ่งต่อการกำหนดความประพฤติ

ผลทางกฎหมายจึงเปิดช่องให้รัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถเลือกวิธีการอนุวัติการและสามารถเลือกวิธีการดำเนินการหรือเลือกมาตรการที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้ด้วยตนเอง<sup>9</sup> ตามความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละประเทศที่ต่างมีระบบการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ศาสนา ขนบธรรมเนียมประเพณี ฯลฯ ที่แตกต่างกัน ในทางปฏิบัติ ย่อมเป็นไปได้ที่ทุกรัฐจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้เหมือนกันหมด ครบทุกมาตรการของอนุสัญญานี้ ดังนั้น อนุสัญญาจึงเปิดช่องให้มีการตั้งข้อสงวน (Reservation) ได้ เพื่อให้รัฐภาคีมีโอกาสเลือกพิจารณาก่อนที่จะแสดงเจตนายินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาว่ามีพันธะในเรื่องใดที่ไม่อาจกระทำตามข้อบท (Text) ของอนุสัญญาได้ก็สามารถตั้งข้อ

<sup>8</sup> See *Chorzow Factory Case 1928, PCIJ., Series A, No.17, p. 47* “Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear.”.

<sup>9</sup> Art. 7,8,11,12,13,14 para.2, and 16, CEDAW แสดงให้เห็นถึงพันธกรณีของสนธิสัญญาที่เป็นพันธกรณีที่มีมุ่งต่อผลยิ่งกว่าพันธกรณีที่กำหนดความประพฤติ เมื่อพิจารณาถึงข้อความที่ปรากฏในมาตราต่างๆข้างต้น เช่น “จะใช้มาตรการมาตรการทั้งหมดที่เหมาะสม (shall take all appropriate measures)” ดังที่ปรากฏข้อความที่ยกมาในมาตรา 7,8,11,12,13,16 หรือ “จะคำนึงถึง” (shall take into account)” ตามความในมาตรา 14 หรือ “รัฐภาคีจะให้ความเสมอภาคแก่หญิงให้เท่าเทียมกันกับชายในสายตาของกฎหมาย” (States Parties shall accord to women equality with men before the law)” ตามมาตรา 15 อันแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของอนุสัญญาที่เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถใช้อุปินิจกำหนดมาตรการต่างๆตามความเหมาะสมต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีของแต่ละรัฐภาคีด้วยความหลักสุจริตได้.

สงวนในขณะที่รัฐตนแสดงเจตนาเข้าผูกพันเป็นภาคีอนุสัญญาสำหรับมาตราที่ตนประสงค์ตั้งข้อสงวนได้ แต่ข้อสงวนนั้นจะต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา<sup>10</sup>

ในทางปฏิบัติ จึงมีรัฐภาคีหลายรัฐได้ตั้งข้อสงวนที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในบางเรื่องที่มีกำหนดไว้ในอนุสัญญาหรืออีกนัยหนึ่งก็คือไม่ยอมรับพันธกรณีทั้งหมดแบบเต็มบริบูรณ์ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญานั้นเอง แต่ทั้งนี้การตั้งข้อสงวนนั้นจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์<sup>11</sup> (object and purpose) ของอนุสัญญาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วด้วย มิฉะนั้นข้อสงวนจะตั้งขึ้นมิได้ และข้อสงวนนั้นย่อมจะต้องตกเป็นอันเสียไปและปราศจากผลทางกฎหมาย (null and void) หรือตกเป็นโมฆะนั่นเอง<sup>12</sup>

## 1.2 หลักความเสมอภาคทางนิตินัย (Equality *de jure*) กับความเสมอภาคทางพฤตินัย (Equality *de facto*)

ความเสมอภาค (Equality) ในความหมายทั่วไป (generic term) ที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมของ Merriam-Webster นั้นหมายถึง สิ่งที่มีสถานะเท่ากัน ในขณะที่ความเที่ยงธรรม (Equity) หมายถึง ความเป็นธรรมในทางที่ยุติธรรมซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อทำให้เกิดความยุติธรรม (Justice) หรือเกิดความเป็นธรรม (Fairness) ขึ้น แต่อย่างไรก็ดีความเสมอภาคในมุมมองที่ว่าต้องเท่าเทียมกันนั้น แม้จะเป็นความเสมอภาคทางนิตินัย (Equality *de jure*) แต่ในทางข้อเท็จจริงก็อาจไม่มีความเสมอภาคในทางพฤตินัย (Equality *de facto*) ก็ได้เพราะในบางครั้งความเสมอภาคทางนิตินัยโดยไม่คำนึงถึงสภาพเงื่อนไขหรือสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันอย่างมาของสิ่งที่ไม่เหมือนกันอย่างมากก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้<sup>13</sup>

ดังนั้น หากยึดถือหลักความเสมอภาคอย่างเคร่งครัดว่าจะต้องปฏิบัติให้เสมอภาคเท่าเทียมกันในทุกเรื่องโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดหรือสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันระหว่างสิ่งที่แตกต่างกันเช่นนี้แล้ว ก็อาจสร้างความไม่เป็นธรรมให้เกิดขึ้นได้

<sup>10</sup> Art.28 and VCLT, Art. 19 (c), CEDAW.

<sup>11</sup> Art.19 (c). Supra, footnote 9, VCLT.

<sup>12</sup> ดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2551) 150. See also, Malcolm N. Shaw, *International Law* (UK: Cambridge University Press, Eighth edition, 2017) p.696 and VCLT, Art.28 para. 2 “A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.”

<sup>13</sup> “Equality means the state of being equal, and equity adds the element of justice or fairness; it’s possible that “equal” treatment does not produce “equity” when conditions and circumstances are very different”. ที่มา : Merriam-webster, Equality vs. Equity: What is the Difference? - Merriam-Webster (27 January 2023) Equity’ and ‘Equality’ <<https://www.merriam-webster.com/words-at-play/equality-vs-equity-difference>>.

ในแง่ของกฎหมาย เมื่อกล่าวถึง หลักความเสมอภาคจึงมิใช่จะมุ่งพิจารณาแค่ความเสมอภาคทางนิตินัยแต่เพียงอย่างเดียวแต่ควรพิจารณาถึงความเสมอภาคทางพฤตินัยด้วย ส่วนควรจะต้องพิจารณาถึง หลักความเป็นธรรม (Equity) ด้วยหรือไม่นั้น ในเรื่องนี้ในการประชุมรัฐภาคีระดับโลกครั้งที่ 4 ว่าด้วยเรื่องสตรี(Fourth World Conference on Women) ที่กรุงปักกิ่ง ประเทศจีนในปีค.ศ.1995 เพื่อกำหนดการยกระดับปฏิบัติการของอนุสัญญา CEDAW (Beijing Platform for Action) รัฐภาคีก็เคยมีข้อโต้แย้งกันอย่างรุนแรงถึงความเหมาะสมของการใช้ถ้อยคำว่าคำใดควรจะเหมาะสมกว่ากันระหว่างคำว่า “หลักความเสมอภาค” (Equality Principle) กับหลักความเที่ยงธรรม (Equity Principle)

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากรากศัพท์ของความเสมอภาคในภาษาละติน จะเห็นว่า “aequus” หมายถึง “ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียม (Equality)”<sup>14</sup> เพียงแต่ความหมายในทางกฎหมายภายใต้อนุสัญญา CEDAW นั้นอาจมีบริบทที่แตกต่างไปจากความหมายในภาษาธรรมดาได้บ้างตามบริบทของเรื่องในแต่ละกรณีที่มีการกล่าวถึงเรื่องของความเสมอภาค (Equality) กับความเที่ยงธรรม (Equity)<sup>15</sup> ตามมุมมองที่แตกต่างกันของรัฐภาคีของอนุสัญญา ดังเช่นในกรณีของรัฐอิสลามหลายรัฐ (Islamic States) และ นครศักดิ์สิทธิ์ (The Holy See) กับอีกบางรัฐในแถบละตินอเมริกา เสนอให้ใช้คำว่า “ความเที่ยงธรรม” (Equity) แทนคำว่า “ความเสมอภาค” (Equality) โดยให้เหตุผลว่า เป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นกว่าการใช้คำว่า “ความเสมอภาค” แต่ปรากฏว่าในการประชุมครั้งนั้น คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกโดยย่อว่า “คณะกรรมการ CEDAW” กลับไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอดังกล่าวเนื่องจาก “หลักความเที่ยงธรรม” (Equity Principle) นั้นย่อมจะขึ้นอยู่กับการศึกษาตามอารมณ์แบบอำเภอใจของแต่ละบุคคลว่าอะไรคือเป็นธรรม (Fairness) อันเป็นการเปิดช่องให้มีการปฏิเสธการห้ามเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบได้โดยง่าย

คณะกรรมการจึงเห็นว่าไม่ควรเปลี่ยน ไปใช้คำว่าความเป็นธรรมที่เปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจในการตีความได้กว้างเช่นนั้นเพราะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา CEDAW ที่มุ่งขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบและยกระดับความเสมอภากระหว่างชายหญิงให้เท่าเทียมกันในทุกเรื่อง<sup>16</sup> แต่หลักความเสมอภาคนี้ มิได้หมายความว่าต้องปฏิบัติเหมือนกันหมดโดยไม่แยกแยะความแตกต่างทางสรีระ สุขภาพ จิตใจ สภาพร่างกาย และอื่นๆที่เป็นลักษณะเฉพาะตัว (Stereotype) ของความเป็นผู้หญิง เช่น หญิงมีครรภ์จะต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ฝ่ายชายจะต้องช่วยเหลือดูแลและมีภาระในการเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน<sup>17</sup>

<sup>14</sup> “Aequus” (ee-kw<math>\text{>s)</math>, adj. [Latin] Equal; even. “A provision in a will, for example, might divide the residuary estate ex aequis (the adverbial form) among the legatees.” See Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (UK: West Publishing Co, Eighth edition, 2004) 175.

<sup>15</sup> UNHDR Art 1 “All human beings are born free and equal in dignity and rights.” and Art. 7 “All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of law.....” อันสะท้อนให้เห็นถึงความหมายในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนว่าความเสมอภาคนั้น มนุษย์ทุกคนย่อมได้มาซึ่งความเสมอภาคตั้งแต่เกิดโดยทันทีโดยผลของกฎหมายและทุกคนจะได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมายหรือเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายนั่นเองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติต่อการคุ้มครองที่เสมอภาคเท่าเทียมกันของกฎหมายนั่นเอง.

<sup>16</sup> Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*(UK: Oxford University Press, 2013)18.

<sup>17</sup> Art. 4 para 2 and Art. 5 para.2.,CEDAW.

อย่างไรก็ดี แม้ว่าเสียงข้างมากของรัฐที่เข้าร่วมประชุมจะเห็นด้วยกับคณะกรรมการ แต่เรื่องนี้ก็ยังไม่จบ ยังมีรัฐจำนวนไม่น้อยที่หลีกเลี่ยงไม่ยอมใช้คำว่า “ความเสมอภาค” แต่ใช้คำว่า “ความเที่ยงธรรม” หรือใช้คำอื่นแทนเช่นคำว่า “ความเสมอภาคอย่างสมบูรณ์ของเพศสภาพ” (Perfect Equality of Genders) ที่บ่งบอกสถานะและบทบาททางเพศของบุคคลซึ่งมีมิติทางกายภาพ สรีระ อารมณ์ พฤติกรรม สังคม และวัฒนธรรมประกอบอยู่<sup>18</sup> โดยไม่จำกัดการใช้คำศัพท์ไว้อยู่ที่ความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิงตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา CEDAW<sup>19</sup> ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลที่มีเพศสภาพที่ไม่ตรงกับทั้งหญิงและชาย สามารถได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกันกับชายและหญิงด้วยในฐานะที่เป็นมนุษย์เหมือนกัน

ดังนั้น ในการตีความอนุสัญญา CEDAW จึงไม่ควรตีความจำกัดอยู่แต่เฉพาะความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงแต่เพียงเท่านั้น แม้ว่าอนุสัญญาจะใช้คำว่า “สตรี” (Women) ก็ตาม<sup>20</sup> ด้วยเหตุผลที่ว่าในขณะที่ร่างและมีการลงนามในอนุสัญญาในปีค.ศ. 1979 นั้น เรื่องบุคคลที่มีเพศสภาพแตกต่างจะมีได้เป็นเรื่องที่รู้จักแพร่หลายเหมือนในปัจจุบันก็ตาม แต่ในการตีความก็ยังคงสามารถตีความขยายความหมายให้รวมถึงการให้ความเสมอภาคทางเพศอย่างเท่าเทียมกันแก่บุคคลที่มีเพศสภาพที่แตกต่างไปจากชายและหญิงได้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้โดยอาศัยหลักการตีความจากหลักสิทธิมนุษยชน<sup>21</sup> ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของทุกเพศทุกวัยโดยไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างเพศของบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศสภาพเป็นเช่นไรนั่นเอง นอกจากนี้ การตีความก็ไม่ควรเป็นเพียงความเสมอภาคทางนิตินัยแต่เพียงเท่านั้น แต่ควรคำนึงถึงความเสมอภาคทางพฤตินัยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอีกด้วย

### 1.3 หลักการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

อนุสัญญา CEDAW 1979 ได้วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบไว้ในมาตรา 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 ทั้งนี้อนุสัญญาได้กำหนดการคุ้มครองสตรีมิให้ถูกเลือกปฏิบัติไว้ 2 ด้าน ได้แก่ (1) พันธกรณีทั่วไป (General Obligation) และ (2) การดำเนินการภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญา (Implementation under the Provisions of the Convention) ดังจะวิเคราะห์ตามลำดับ ดังนี้

<sup>18</sup> ที่มา: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), ฐานข้อมูลคำศัพท์ทางมานุษยวิทยา(27 มกราคม 2566) Gender<<https://www.sac.or.th/Databases/anthropology-concepts/glossary/59>>.

<sup>19</sup> ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยทศวรรษเพื่อสตรี (UN Decade for Women 1975-1985) และทศวรรษของการประชุมโลก (Decade Word Conference) ที่มีส่วนสำคัญต่อการจัดทำอนุสัญญา CEDAW ค.ศ. 1979 นั้นนับว่าเป็นช่วงของการพัฒนาทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนขยายผลสืบต่อจากพันธกรณีตามมาตรา 55 (c) กฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945 ที่รัฐสมาชิกของสหประชาชาติจะต้องเคารพ ส่งเสริมและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิมนุษยชนและนำไปดำเนินการเพื่อให้เกิดผลปฏิบัติที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวแต่ในขณะนั้น เรื่องของข้อเรียกร้องการจัดการเลือกปฏิบัติและความไม่เท่าเทียมระหว่างชายหญิงมีอยู่มาก ทำให้ประเด็นหลักของอนุสัญญาจึงอยู่ที่ความเสมอภาคและการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบเป็นหลักอนุสัญญาจึงมิได้กล่าวถึงเรื่องของความเสมอภาคและการจัดการเลือกปฏิบัติต่อเพศสภาพของบุคคลไว้โดยตรง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า ในการตีความเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติจะขยายคุ้มครองไปถึงบุคคลที่มีเพศสภาพแตกต่างเหล่านี้ไม่ได้ เนื่องจากเรื่องของสิทธิมนุษยชนนั้น แม้ใน Article 1 ปฏิญญาสากลแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จะใช้คำว่า “All men are born equal.” แต่คำว่า “ผู้ชายทุกคน (All men)” ในที่นี้หมายถึงมนุษย์ทุกคนนั่นเอง มิใช่จำกัดอยู่แต่เฉพาะผู้ชายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ในการตีความกฎหมายจึงต้องตีความให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย.

<sup>20</sup> ผู้วิจัยใช้คำว่า “หญิง” หรือ “ผู้หญิง” แทนคำว่า “สตรี” เมื่อกล่าวถึงเรื่องชายกับหญิง อันเป็นภาษากฎหมายที่ใช้ในกฎหมายครอบครัว ปพพ. บรรพ 5 ด้วยเหตุนี้ จึงอาจมีการใช้คำเหล่านี้สลับกันไปมาในหลายที่ของงานวิจัยนี้ ตามบริบทของแต่ละเรื่องที่เกี่ยวข้อง.

<sup>21</sup> Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf, op.cit., p.16. See Footnote 15.

### (1) พันธกรณีทั่วไป (General Obligation)

อนุสัญญา CEDAW ได้กำหนดพันธกรณีทั่วไปสำหรับรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาไว้ในมาตรา 1-5 ในลักษณะที่เป็นพันธกรณีทั่วไปของรัฐภาคี พันธกรณีเช่นนี้จึงเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องดำเนินการบังคับใช้กฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญานี้ ดังเช่นความในข้อบทของมาตรา 3 ใช้คำว่า “รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในทุกทาง ทั้งในทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมรวมทั้งกฎหมาย เพื่อให้อย่างมั่นใจว่าจะมีการพัฒนาและยกระดับของสตรีให้ดีขึ้นอย่างเต็มที่เพื่อให้เกิดหลักประกันว่าสตรีจะสามารถมีสิทธิและใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่พึงได้เช่นเดียวกับชายบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค”<sup>22</sup> ลักษณะของพันธกรณีจึงเป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อผล โดยให้รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในทุกทางดังกล่าวรวมทั้งยกระดับการพัฒนาและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของหญิงให้เท่าเทียมกับชาย แต่มิใช่เป็นพันธกรณีที่กำหนดความประพฤติกองปัจเจกชน ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐที่จะต้องกำหนดและบังคับใช้กฎหมายภายในกับปัจเจกชนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของตนเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญานั้นเอง<sup>23</sup>

นอกจากนั้น อนุสัญญานี้ยังกำหนดพันธกรณีที่เป็นมาตรการพิเศษชั่วคราว (Temporary Special Measures: TSM) ไว้ในมาตรา 4 อีกด้วย กล่าวคือ อนุสัญญานี้ได้กำหนดพันธกรณีห้ามเลือกปฏิบัติไว้แต่เฉพาะในบริบทของการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากข้อพิจารณาในเรื่องเพศ (sex-based discrimination) เท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลด้วย ในลักษณะเดียวกันกับพันธกรณีตามมาตรา 3 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on the Civil Rights and Political Rights: ICCPR 1966) และมาตรา 3 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on the Economic, Social, and Cultural Rights: ICESCR 1966) ที่รัฐภาคีแห่งกติกาดังกล่าวจะต้องให้สิทธิและคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงที่มีอยู่ในข้อบทต่าง ๆ ของกติกา

<sup>22</sup> CEDAW Art.3 “States Parties shall take in all fields, in particular in the political, social, economic and cultural fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on the basis of equality with men.”

<sup>23</sup> Art. 2(a)ของอนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีต้องบรรลุหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่นใดของตน หากยังไม่มีกฎหมายดังกล่าว รัฐภาคีจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่ารัฐตนจะมีกฎหมายและวิธีการดำเนินการอื่นที่เหมาะสมต่อการดำเนินการให้หลักความเสมอภาคนี้เกิดขึ้นได้จริง รวมทั้งพันธกรณีใน (b) รัฐภาคีจะต้องตรากฎหมายและกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสม รวมทั้งกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมโดยห้ามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทั้งหมดในทุกรูปแบบ (c) รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายของสิทธิสตรีที่อยู่นบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันกับบุรุษและจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่าศาลต่าง ๆ และสถาบันต่าง ๆ ของรัฐจะให้ความคุ้มครองต่อสตรีได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อมีการเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อสตรีเกิดขึ้น (d) รัฐภาคีจะต้องควั่นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีและจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐและสถาบันต่าง ๆ ของรัฐจะปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญานี้ได้อย่างสอดคล้อง (e) รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการบริหารจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีที่กระทำโดยบุคคลใดองค์กรใด หรือ วิสาหกิจใด ๆ (f) รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง รวมทั้งการตรากฎหมายเพื่อปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย กฎระเบียบและทางปฏิบัติใด ๆ ที่ยังคงมีอยู่ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และในประการสุดท้าย (g) รัฐภาคีจะต้องยกเลิกบทลงโทษทางอาญาทั้งหมดที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรี.

ดังนั้นหากมีการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในรูปแบบใดเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสิทธิสตรีในทางที่ปฏิเสธ ชัดขวาง หรือจำกัดสิทธิพลเรือน สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม หรือสิทธิทางวัฒนธรรมเกิดขึ้นแล้ว ก็ย่อมต้องถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในความหมายของอนุสัญญา CEDAW นี้ด้วย

โดยเหตุนี้เอง การที่รัฐใช้มาตรการใด ๆ ที่เป็นการแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคในการมีสิทธิหรือใช้สิทธิต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนของสตรีและมีการปฏิบัติให้เกิดผลเป็นการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ได้แล้วก็ต้องถือว่าเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW ได้อย่างถูกต้อง และแม้ว่ามาตรการพิเศษชั่วคราวที่รัฐใช้ปฏิบัตินั้นจะมีลักษณะที่ทำให้สิทธิหญิงดีกว่าชายไปตามลักษณะของความจำเป็นในแต่ละกรณีก็ตาม จะนับว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคตามอนุสัญญานี้มิได้ เนื่องจากเป็นมาตรการพิเศษชั่วคราวที่รัฐกำหนดออกมาแก้ไขความเสียเปรียบของสตรีจากการยึดถือหลักความเสมอภาคโดยไม่คำนึงถึงความเสียเปรียบทางสภาพของกายภาพ จิตใจ และอื่น ๆ ที่จะปฏิบัติต่อหญิงให้เหมือนกับปฏิบัติต่อชายในทุกมิติได้ ในกรณีเช่นนี้ มาตรการพิเศษชั่วคราวที่รัฐออกมาใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาหรือชดเชยเยียวยาความเสียเปรียบให้เป็นพิเศษแก่สตรีจึงเห็นได้ว่าเป็นการอำนวยความสะดวกชดเชย (compensatory justice) ที่เป็นธรรมและเหมาะสม มิได้ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงแต่อย่างใด<sup>24</sup>

อนึ่ง ในการทำให้หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเป็นจริงได้นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจบริบทและปัจจัยต่าง ๆ ที่มาจากความเชื่อที่ว่าชายต้องเป็นใหญ่เหนือกว่าหญิง พอทำหน้าที่หลักในการดูแล ควบคุม สั่งการ จัดระเบียบต่างในครัวเรือน ที่เรียกกันว่า “สังคมปิตาธิปไตย” (Patriarchy) ด้วยซึ่งเป็นการแบ่งแยกบทบาทเฉพาะตัวของชายและหญิงแตกต่างกัน ปฏิบัติต่างกัน จนกลายเป็นการปฏิเสธหรือจำกัดการมีสิทธิหรือการใช้สิทธิของหญิงในฐานะที่เป็นมนุษย์ที่เกิดมาพร้อมมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน<sup>25</sup> โดยเหตุนี้ อนุสัญญาจึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงรูปแบบทางสังคมและวัฒนธรรมที่กำหนดความประพฤติของชายและหญิงเพื่อขจัดความเคียดจัญท์ และแนวปฏิบัติตามประเพณีหรือแนวปฏิบัติอื่นที่เกิดจากความเชื่อที่ว่าเพศใดเพศ หนึ่งจะต้องต่ำต้อยหรือสูงส่งกว่าอีกเพศ

<sup>24</sup> ART. 4 para. 1, CEDAW

“Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination...., but shall in no way entails as a consequence the maintenance of unequal or separate standards....” and Art. 4 para 2. “Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.” Elizabeth Mullen, Tyler G. Okimoto, “Compensatory Justice” in *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*, Oxford University Press, August 2015, pp. 477: Abstract “Compensatory justice refers to the provision of resources to a victim of injustice with the goal of minimizing or reversing the impact of harm done by the injustice.”

<sup>25</sup> Art.1, UNHDR.

หนึ่ง หรืออยู่บนพื้นฐานของบทบาทเฉพาะตัวของชายและหญิง (stereotype role of men and women) นั้นเสีย<sup>26</sup> เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างเพศตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา รวมทั้งรัฐ ภาคีจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่าการให้การศึกษาและความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องของความเป็นมารดาของหญิง (maternity) ว่าเป็นหน้าที่ทางสังคมของหญิง แต่ทุกคนในสังคมจะต้องเคารพ ปกป้อง คุ้มครองและให้การดูแลปฏิบัติที่ดีเป็นพิเศษแก่หญิงในช่วงที่หญิงมีครรภ์และช่วงหลังจากที่ทารกเกิดที่ต้องให้นมเลี้ยงดูบุตรด้วย เช่น ชายและหญิงจะต้องร่วมกันดูแลเลี้ยงดูและพัฒนาบุตร โดยจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กต้องมาก่อนเสมอในทุกกรณี<sup>27</sup>

การให้ความคุ้มครองแก่หญิงที่ตั้งครรภ์และเลี้ยงดูบุตรจึงต้องมีลักษณะเป็นมาตรการพิเศษชั่วคราว โดยเฉพาะในช่วงที่หญิงตั้งครรภ์และหลังจากทารกคลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้ว เช่นหญิงจะต้องได้สิทธิลาหยุดงานในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับเวลาคลอดบุตรและหยุดต่อเนื่องไปในช่วงของการให้นมเลี้ยงดูบุตร อันเป็นการทำให้หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายเป็นไปอย่างถูกต้องเป็นธรรมในลักษณะของความเสมอภาคทางพฤตินัย (Equality de facto) หรือความเสมอภาคในทางสาระัตถะ (substantive equality) อันเป็นความเสมอภาคในทางผล (equality of result) ที่จะทำให้หญิงเท่าเทียมกันกับชายในทุกมิติทั้งในทางกฎหมาย สังคม การเมือง เศรษฐกิจ ศาสนา วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม ฯลฯ ที่ควรจะต้องทำให้หญิงเสมอภาคเท่าเทียมกันกับชายในทางข้อเท็จจริงในทุกกรณีด้วย<sup>28</sup>

การใช้และการตีความพันธกรณีทั่วไปตามที่ปรากฏในมาตรา 1 ถึง 5 ของอนุสัญญาตามที่กล่าวมานี้ จึงเป็นเรื่องที่แต่ละมาตราต่างมีลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เสริมกัน (complementary norms) เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพของอนุสัญญาและสามารถนำพันธกรณีทั่วไปนี้ไปช่วยตีความเมื่อเกิดข้อสงสัยในความหมายและขอบเขตของสนธิสัญญาและช่วยอุดช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้

(2) การดำเนินการภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญา (Implementation under the Provisions of the Convention)

ในการดำเนินการตามพันธกรณีของอนุสัญญานั้น รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกประการเพื่อคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงทั้งในทางนิตินัยและในทางพฤตินัยและจะต้องจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เพราะทั้งสองประการนี้นับว่าเป็นหลักการสำคัญหรือที่เรียกกันว่าเป็นสองเสาหลักของอนุสัญญา (two pillars of the Convention) นี้แน่นอน

<sup>26</sup> Art. 5 para.1, CEDAW.

<sup>27</sup> Art. 5 para.2, CEDAW.

<sup>28</sup> UN, *General recommendation* (4 March 2023) UN WOMEN <[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)>.

ในการนี้ อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการทั้งที่เป็นการกระทำและการงดเว้นมิให้กระทำเอาไว้ทั้งหมดแยกเป็น 2 ประการด้วยกันได้แก่ พันธกรณีทั่วไปดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วเป็นประการที่หนึ่ง ส่วนประการที่สองคือ พันธกรณีเฉพาะของรัฐภาคีในการดำเนินการตามอนุสัญญาเพื่อให้เกิดความเสมอภาคขึ้นภายในครอบครัว โดยจะต้องปราศจากความรุนแรงภายในครอบครัว ปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ตามนัยของมาตรา 1 ของอนุสัญญา<sup>29</sup> และรัฐภาคีจะต้องจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ โดยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีเฉพาะที่กำหนดไว้ในมาตราต่าง ๆ ของอนุสัญญานี้ ได้แก่

(1) พันธกรณีในด้านความปลอดภัยในการใช้ชีวิตอยู่ในสังคม เช่น พันธกรณีในมาตรา 6 ว่าด้วยการปราบปรามการค้ามนุษย์ (trafficking) ในสตรีและปราบปรามการแสวงหาประโยชน์จากโสเภณี

(2) พันธกรณีในเรื่องสิทธิและใช้สิทธิทางการเมืองของสตรี เช่น มาตรา 7 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทางการเมืองและการใช้ชีวิตในทางสาธารณะ (public life) มาตรา 8 ว่าด้วยความเสมอภาคที่เปิดโอกาสให้สตรีได้เป็นผู้แทนของรัฐบาลในเวทีนานาชาติและเข้าร่วมกิจกรรมในองค์การระหว่างประเทศต่างๆ

(3) พันธกรณีในด้านการมีสิทธิและใช้สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม เช่นที่ปรากฏในมาตรา 11 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติในเรื่องของการจ้างงานตามหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง การปฏิเสธการจ้างงานหญิงที่สมรสหรือมีครรภ์หรือมีบุตรที่ต้องเลี้ยงดูให้ไม่ได้งานหรือต้องออกจากงานหรือจำกัดค่าจ้าง ลดค่าจ้าง หรือจำกัดสิทธิและสวัสดิการต่างๆของหญิงเพราะเหตุนี้ จะกระทำมิได้และรัฐภาคีต้องจัดมาตรการพิเศษดูแลหญิงมีครรภ์ด้วย เช่นจัดระบบสวัสดิการดูแลสุขภาพหญิงหรือจัดให้มีศูนย์เลี้ยงเด็กของนายจ้างในที่ทำงานของหญิงนั้น โดยจัดให้มีสถานที่ส่วนตัวในการให้นมบุตรในระหว่างเวลาทำงานของหญิงที่สามารถหยุดพักการทำงานในช่วงนั้นได้โดยไม่เสียสิทธิประโยชน์ใด ๆ จากการได้รับค่าตอบแทนและสวัสดิการอื่นๆตามที่มีอยู่

มาตรา 12 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการดูแลสุขภาพ การเข้าถึงบริการดูแลสุขภาพ รวมถึงการวางแผนครอบครัว ตามหลักความเสมอภาค มาตรา 13 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในเรื่องการดำรงชีพในทางเศรษฐกิจ สังคม เพื่อให้หญิงสามารถได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันกับชายในการรับผลประโยชน์ต่างๆของครอบครัว หรือมีสิทธิกู้เงินธนาคาร จำนอง จำน่า หรือเข้าถึงสินเชื่อในรูปแบบอื่น ตลอดจนสิทธิในการทำหรือเข้าร่วมกิจกรรมสันตนาการ กิจกรรมกีฬาและกิจกรรมอื่น ๆ ทุกชนิดทางวัฒนธรรม

<sup>29</sup> Art.1, CEDAW.

“For the purposes of the present Convention, the term “discrimination against women” shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”.

มาตรา 14 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในชนบท โดยให้ได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันกับชาย ในการได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ จากการพัฒนาชนบท รวมทั้งรัฐภาคีจะต้องเอาใจใส่ให้สวัสดิการต่าง ๆ และดูแลช่วยเหลือต่าง ๆ ตามบทบัญญัติของอนุสัญญานี้ให้แก่หญิงที่อยู่ในชนบทที่มีสภาพการดำรงชีวิต เพื่อการอยู่รอดอย่างยากลำบาก ไม่สะดวกสบาย ไม่ทันสมัยเหมือนกับในเมือง ส่งเสริมให้หญิงชนบทมี งานทำ มีค่าตอบแทนและสวัสดิการที่เหมาะสม สามารถยกระดับมาตรฐานของการกินที่อยู่ได้ จัดการให้ หญิงชนบทช่วยเหลือตนเองได้ หรือตั้งกลุ่มหรือเข้าร่วมสหกรณ์ต่าง ๆ ได้ สามารถกู้ยืมเงินและเข้าถึงสิน เชื้อทางการเกษตรในรูปแบบอื่นได้ หรือได้รับความสะดวกในการส่งเสริมการตลาด เข้าถึงเทคโนโลยีที่ เหมาะสม ได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันกับชายในการได้รับประโยชน์จากการปฏิรูปที่ดินและปฏิรูปการเกษตร รวมทั้งการมีบ้านอยู่อาศัยในสภาพที่ดีเพียงพอต่อการอยู่อาศัยทั้งในแง่ของเรื่องสภาพสถานที่อยู่อาศัย สุขอนามัย ระบบไฟฟ้า น้ำประปา น้ำใช้ น้ำดื่ม การคมนาคม และการสื่อสารอื่น ๆ

(4) พันธกรณีในด้านสถานะทางกฎหมายของสตรี เช่น มาตรา 9 ว่าด้วยความเสมอภาคที่เท่าเทียม กันกับชายในการดำรงไว้ซึ่งสัญชาติของตน โดยไม่ต้องถูกบังคับให้ต้องเปลี่ยนสัญชาติตามสามีในระหว่าง ที่มีสถานะสมรสหรือทำให้หญิงต้องสูญเสียสัญชาติจนกลายเป็นคนไร้รัฐ (stateless person) รวมทั้ง มีสิทธิเท่าเทียมกับชายในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญชาติของบุตร มาตรา 15 ว่าด้วยการให้ความเสมอภาคแก่หญิง ให้เท่าเทียมกันกับชายในสายตาของกฎหมาย ให้สิทธิแก่หญิงในเรื่องความสามารถทำนิติกรรมสัญญาและ เรื่องอื่น ๆ ในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เท่าเทียมกันกับชาย นิติกรรมหรือสัญญาใดที่เอารัดเอาเปรียบ หรือจำกัดความสามารถของหญิงในการทำนิติกรรม สัญญาต้องตกเป็น โฆษ

(5) พันธกรณีในด้านการศึกษาให้สิทธิทางการศึกษาที่เท่าเทียมกันกับชาย เช่น ในมาตรา 10 ว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการศึกษาเพื่อให้หญิงมีสิทธิในการศึกษาเท่าเทียมกันกับชายตาม หลักความเสมอภาค รวมทั้งแก้ปัญหาการ ที่เด็กหญิงและหญิงต้องออกจากระบบการศึกษาก่อนกำหนดและ หาทางส่งเสริมช่วยเหลือในกรณีที่มีความจำเป็นต้องออกจากระบบการศึกษาก่อนกำหนด การให้ความรู้ การฝึกอาชีพ การฝึกอบรม การดูแลสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของครอบครัว รวมทั้งให้ความรู้และความ เข้าใจในเรื่องการวางแผนครอบครัว

(6) พันธกรณีในด้านการศึกษาให้สิทธิและความรับผิดชอบในครอบครัวและความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่นในเรื่องของมาตรา 16 ของอนุสัญญาที่ได้บัญญัติถึงเรื่องการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกกรณี ที่ เกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการสมรส สิทธิในการเลือกคู่ครอง และตัดสินใจสมรสได้อย่างอิสระ โดยหญิงนั้นต้องยินยอมด้วยตนเองอย่างเต็มใจโดยปราศจากการบีบบังคับ หรือข้อจำกัดใดๆ ตลอดถึงมีสิทธิและความรับผิดชอบต่างๆ ได้เช่นเดียวกับชายในระหว่างสมรสและมีสิทธิ ที่จะหย่าตามกฎหมายหรือใช้สิทธิทางกฎหมายเพื่อให้การสมรสสิ้นสุดลง

อย่างไรก็ดี ในระหว่างสมรสหรือมีสามี หญิงย่อมมีสิทธิเท่ากับชายในการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรไม่ว่าหญิงนั้นจะจดทะเบียนสมรสหรือไม่กับชายที่เป็นสามี มีสถานะสมรสตามกฎหมายหรือไม่ มิใช่เรื่องที่มีนัยสำคัญที่จะจำกัดสิทธิหรือปฏิเสธสิทธิของหญิงที่มีสามีนั้นได้ แต่ทั้งนี้ในการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ต้องมาก่อนเสมอ

นอกจากนั้นหญิงจะต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันกับชายในเรื่องของการตัดสินใจมีบุตร จำนวนบุตรที่ต้องการในการวางแผนครอบครัว การมีสิทธิและความรับผิดชอบที่เท่าเทียมกันกับชายในการเป็นผู้ปกครอง การใช้อำนาจปกครองบุตร การเป็นผู้จัดการมรดก การรับบุตรบุญธรรม หรือมีสิทธิและความรับผิดชอบเสมอภาคเช่นเดียวกับชายในรูปแบบอื่นนอกจากที่กล่าวมานี้ตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่อาจกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในทำนองเดียวกัน รวมทั้งสิทธิในการเลือกชื่อสกุล วิชาอาชีพ และอาชีพของตนได้อย่างอิสระเช่นเดียวกับชาย มีสิทธิในกรรมสิทธิ์ การได้มาซึ่งทรัพย์สิน การจัดการทรัพย์สิน การบริหารทรัพย์สิน การใช้สิทธิในที่ดินและทรัพย์สินอื่น ๆ ได้

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการได้ทรัพย์สินมาโดยปราศจากค่าตอบแทนหรือได้มาโดยเสียค่าตอบแทนก็ตาม ในประการสุดท้าย การหมั้นหรือการสมรสของเด็กจะต้องปราศจากผลทางกฎหมาย รัฐภาคีจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เท่าที่จำเป็นอันหมายถึงการตรากฎหมายด้วยโดยจะต้องจำกัดอายุขั้นต่ำสำหรับการสมรสเอาไว้ในกฎหมายและจะต้องมีการจดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายด้วย

## 2. เปรียบเทียบหลักความเสมอภาคทางนิตินัยและทางพฤตินัยระหว่างชายหญิงในอนุสัญญา CEDAW กับบรรพ 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้ว่าในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะครอบครัวจะได้มีการปรับปรุง แก้ไขให้สอดคล้องกับอนุสัญญา CEDAW ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่และเป็นภาคีในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1999 (CEDAW-OP) ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว แต่ส่วนใหญ่ของการแก้ไขก็เป็นเพียงการแก้ไขให้ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย (Equality *de jure*) เท่านั้น ในทางปฏิบัติ สังคมครอบครัวของไทยยังมีการใช้ความรุนแรงต่อผู้หญิงและเด็กหญิงอยู่ จากความเชื่อตามความคิดแบบสังคมพ้อเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย สิทธิของหญิงในทางข้อเท็จจริงยังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับชาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ยังไม่มีความเสมอภาคทางพฤตินัย (Equality *de facto*) อย่างแท้จริงทั้งในครอบครัวและรวมถึงในเรื่องอื่น ๆ อีกหลายเรื่องนั่นเองเช่น ปัญหาของความเชื่อทางศาสนาต่าง ๆ ที่มีอยู่ในไทยที่ยังคงยึดหลักยกย่องให้ชายอยู่ในฐานะเหนือกว่าหญิง รวมทั้งปัญหาความไม่เท่าเทียมกันกับชายในสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี ที่ยังคงยกย่องให้ชายมีบทบาทมากกว่าหญิง แม้ว่ากฎหมายจะมีการแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัยและสอดคล้องกับอนุสัญญา CEDAW และตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ไทยได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันยอมรับแล้วก็ตาม

ในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นควรวิเคราะห์ปัญหาความไม่เสมอภาคในทางนิตินัยกับปัญหาความไม่เสมอภาคในทางพฤตินัยที่ยังคงปรากฏอยู่ในครอบครัวไทยไปพร้อมกัน รวมทั้งอุปสรรคและข้อจำกัดในการแก้ปัญหาดังกล่าว ดังนี้

## 2.1 ปัญหาความไม่เสมอภาคในทางนิตินัยและพฤตินัยบางเรื่องในกฎหมายครอบครัวไทย

ในปัจจุบัน ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงในกฎหมายครอบครัวไทย ส่วนใหญ่ได้ถูกแก้ไขปรับปรุงกันมานานแล้วแต่เป็นไปอย่างช้า ๆ ตามพัฒนาการของแต่ละยุคสมัย เช่น มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย พ.ศ. 1904 พระราชบัญญัติเพิ่มเติมว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณฑ์ระหว่างผัวเมีย พ.ศ. 1905 กฎหมายลักษณะมรดกคดีวิวาท กฎหมายลักษณะลักพา และกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มีอิทธิพลของศาสนาพราหมณ์หรือฮินดูแทรกซึมอยู่ทั่วไป ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้ชายมีภริยาได้หลายคน<sup>30</sup> ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ได้เกิดคดีฟ้องหย่าระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรีขึ้นใน พ.ศ. 2347 ทั้ง ๆ ที่ อำแดงป้อมเป็นชู้กับนายราชาอรธ แต่กลับมาฟ้องหย่าสามีโดยที่สามีมิได้เป็นฝ่ายนอกใจภริยาหรือกระทำผิดใด ๆ ต่อภริยา แต่พระเกษมกับลูกขุนตีความกฎหมายตามที่มีอยู่ในขณะนั้นว่าอำแดงป้อมฟ้องหย่าได้

นายบุญศรีจึงร้องทุกข์กล่าวโทษพระเกษมและนายราชาอรธต่อเจ้าพระยาศรีธรรมราช จนท่านเจ้าพระยานำเรื่องขึ้นกราบบังคมทูลฯพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช พระองค์จึงทรงเห็นว่ากฎหมายของศาลหลวงกับกฎหมายฉบับหลวงนั้น ไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม จึงทรงมีพระบรมราชโองการตราให้มีการชำระสะสางกฎหมายเก่าที่เคยใช้กันมาแต่โบราณเสียใหม่จนมีการจัดทำกฎหมายตราสามดวงขึ้น โดยในส่วนของกฎหมายครอบครัวนั้น ได้มีการปรับปรุงเป็นกฎหมายลักษณะผัวเมียขึ้น แต่ด้วยพัฒนาการของสังคมสมัยนั้น ยังคงยึดถือเรื่องชายเป็นใหญ่แบบสังคมปิตุลาอยู่อย่างเข้มข้น ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องแปลกที่กฎหมายลักษณะผัวเมีย ยังคงอนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน

นอกจากนั้น กฎหมายลักษณะผัวเมียยังบัญญัติห้ามหญิงอายุไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์เลือกคู่ของตนเอง การที่หญิงนั้นจะสมรสได้ จะต้องผ่านความยินยอมของบิดามารดาของตนก่อน ทำให้ประเพณีคลุมถุงชนมีความเข้มข้น และแม้หญิงจะอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์แล้ว เมื่อสมรสกับชายก็ต้องตกอยู่ในอำนาจของฝ่ายชาย การสมรสไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนสมรส สามีโดยติภริยาที่กระทำผิดได้ตามควร แต่จะรุนแรงเกินสมควรมิได้ ในทางกลับกัน หากภริยาเป็นฝ่ายโดยติสามีที่กระทำผิดบ้าง ภริยาจะต้องเอาข้าวตอกคอกไม้

<sup>30</sup> ประสบสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตสภา, 2566) 2.

ไปขอมาสามี นอกจากนั้นยังถือว่า สามีภริยาเป็นบุคคลเดียวกันในทางแพ่ง สิ้นสมรสเมื่อแบ่งกัน ให้ชายได้ 2 ส่วน หญิงได้เพียงแค่ 1 ส่วน<sup>31</sup> ดังนี้ เป็นต้น

ต่อมาในรัชสมัยรัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น โดยมีกฎหมายลักษณะครอบครัวเกิดขึ้นในสยามตามแบบตะวันตกในปี พ.ศ. 2478 พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 พ.ศ. 2477 ยังคงให้การสมรสตามกฎหมายเก่าที่ใช้ตามกฎหมายคู่เมียเดิมยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป<sup>32</sup> ยกเว้นเรื่องการตัดความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น เหตุหย่าและความรับผิดชอบในหนี้ร่วมของสามีภริยา<sup>33</sup> จะต้องเป็นไปตามบรรพ 5

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อพ.ศ. 2519 โดยยกเลิกบรรพ 5 พ.ศ. 2478 เดิม และให้ใช้บรรพ 5 ใหม่แทน<sup>35</sup> และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบรรพ 5 อีกครั้งเมื่อ พ.ศ. 2533<sup>36</sup> โดยมีมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง 77 มาตรา<sup>37</sup> ในการวิเคราะห์ประเด็นความเสมอภาคระหว่างชายหญิงในกฎหมายครอบครัวไทยเปรียบเทียบกับพันธกรณีของไทยภายใต้อนุสัญญา CEDAW นั้น ผู้วิจัยเห็นควรแยกวิเคราะห์เอาแต่เฉพาะประเด็นที่สำคัญ ๆ ที่ผู้วิจัยเห็นว่าอาจจะยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญานี้เท่านั้น ดังจะกล่าวต่อไปนี้

### (1) การหมั้นและสินสอด

ในเรื่องความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายสำหรับการหมั้นนั้น กฎหมายครอบครัวกำหนดไว้แต่เพียงสำหรับกรณีที่ชายหมั้นหญิงด้วยการส่งมอบหรือ โอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้กับหญิง เพื่อให้เป็นหลักฐานว่าจะสมรสกับหญิงนั้น การหมั้นจึงจะสมบูรณ์ตามมาตรา 1437 แต่ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้หญิงหมั้นชาย เพราะประเพณีไทยมีแต่ฝ่ายชายเป็นฝ่ายหมั้นหญิง

<sup>31</sup> เล่มเดียวกัน หน้า 3-4 และดูมาตรา 68, กฎหมายลักษณะคู่เมีย บทที่ ๖๘ บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง คู่เมียอยู่ด้วยกัน ต่างคนต่างคิดใจกันจะหย่ากันใช้ ให้หญิงส่งสินสอดชั้นหมากแก่ชาย ถ้ามีลูกด้วยกันใช้ท่านมิให้ส่งสินสอดชั้นหมากแก่ชายเลย ให้เรียกสินเดิมทั้งสองข้าง สิ้นสมรสใช้ให้แหวกปันเป็นสามส่วนให้ชายสองส่วน ให้แก่หญิงส่วนหนึ่ง ถ้าหญิงนั้นเขามีทุนเดิมซื้อขายจ่ายได้กำไร แลชายหาทุนเดิมมิได้ใช้ ท่านให้ปันสินสมรสนั้นสามส่วน ให้แก่หญิงสองส่วนได้แก่ชายส่วนหนึ่ง เพราะชายหาทุนมิได้ ชายได้ไปหารักษาจึงได้”.

<sup>32</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3682/2525 ศาลฎีกาพิพากษาว่าหากการสมรสนั้นได้กระทำกันตามกฎหมายคู่เมียก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มีผลใช้บังคับเช่นในเรื่องการแบ่งสินสมรสตามกฎหมายคู่เมียยังคงใช้บังคับได้ต่อไปสำหรับสามีภริยาที่ทำการสมรสกันมาก่อนปี พ.ศ. 2478 โดยชายได้ 2 ภริยาได้ 1 ส่วน แต่ระหว่างภริยาหลวงกับภริยาน้อย กฎหมายคู่เมียเดิมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้กำหนดไว้ ดังนั้น ในส่วนของภริยาจึงควรได้เท่ากัน.

<sup>33</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 991/2501.

<sup>34</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1236/2506.

<sup>35</sup> มาตรา 3, พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตราขึ้นใหม่ พ.ศ. 2519.

<sup>36</sup> มาตรา 3, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533.

<sup>37</sup> ประสพสุข บุญเดช อังแล้ว หน้า 8.

เรื่องนี้จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับจารีตประเพณีที่สังคมไทยยึดถือกันมาแต่เดิม จวบจนในปัจจุบันประเพณีนี้ก็ยังคงมีอยู่ การจะให้แก้กฎหมายในเรื่องนี้เสียใหม่เพื่อให้สิทธิหญิงหมั้นชายเท่าเทียมกันได้กับชายหมั้นหญิงนั้น แม้จะเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับเรื่องความเสมอภาคทางนิตินัยและความเสมอภาคทางพฤตินัย ตามอนุสัญญา CEDAW ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่กฎหมายเป็นเรื่องของเจตจำนงของประชาชนทั้งประเทศด้วยว่าจะเห็นสมควรให้แก้ไขกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ในเรื่องนี้หรือไม่ ทั้งนี้แม้ว่าในอนาคตคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีอาจมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะให้ประเทศไทยต้องแก้ไขกฎหมายในเรื่องความเสมอภาคในการหมั้นนาคก็ตาม หากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศเห็นอย่างไรก็จะต้องเคารพเจตจำนงของประชาชนส่วนใหญ่ให้เป็นไปตามนั้น

ดังนั้น เมื่อกฎหมายครอบครัว บรรพ 5 ในปัจจุบันยังมีบทบัญญัติมาตรา 1437 กำหนดให้ชายเป็นฝ่ายหมั้นหญิง หากหญิงกลับมาเป็นฝ่ายขอหมั้นชายด้วยการนำของหมั้นมาให้หรือ โอนทรัพย์สินเป็นของหมั้นให้กับชาย ย่อมไม่เกิดการหมั้นตามความในมาตรา 1437 นี้ เมื่อไม่เกิดการหมั้น เพราะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรา 1437 ทรัพย์สินที่หญิงนำมาส่งมอบหมั้นชาย จึงไม่ใช่ของหมั้น หญิงจึงไม่อาจเรียกคืนได้ในกรณีที่ชายไม่ยอมสมรส

ในเรื่องสินสอดก็เช่นกัน มาตรา 1437 บัญญัติชัดเจนว่า สินสอดเป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองของฝ่ายหญิงแล้วแต่กรณีเพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ดังนั้นจึงไม่มีเรื่องให้หญิงให้สินสอดแก่บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองของฝ่ายชายเพื่อตอบแทนการที่ชายยอมสมรสกับหญิง หากฝ่ายหญิงขึ้นทำลงไป ย่อมไม่ใช่สินสอดแต่เป็นการให้โดยเสนหาอีกเช่นกัน ส่วนจะควรแก้กฎหมายให้ฝ่ายหญิงสามารถมอบสินสอดได้ด้วยให้เสมอภาคเท่าเทียมกับฝ่ายชายหรือไม่นั้น คำตอบควรอยู่ที่ประชาชนส่วนใหญ่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่นั่นเอง หากเห็นด้วย จารีตประเพณีไทยก็จะต้องเปลี่ยนไปตามทางปฏิบัติของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั่นเอง

## (2) การล่วงเกินคู่หมั้นทางประเวณีและการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446

ในกรณีที่มีผู้อื่นล่วงเกินคู่หมั้นทางประเวณีและมีการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446 นั้น แม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้ได้อย่างเป็นธรรมและสอดคล้องกับอนุสัญญา CEDAW แล้วโดยแก้ไขจากเดิมที่กฎหมายให้สิทธิเฉพาะชายคู่หมั้นที่จะเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่ล่วงเกินหญิงคู่หมั้นได้ไม่ว่าหญิงคู่หมั้นจะสมัครใจยินยอมหรือไม่ก็ตาม แต่มิได้ให้สิทธิแก่หญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่มายุ่งเกี่ยวข้องแหวะทางประเวณีกับชายคู่หมั้น ทำให้หญิงไม่ได้รับความเสมอภาคและไม่เป็นธรรมกับหญิงคู่หมั้น จนเปลี่ยนมาเป็นให้สิทธิหญิงคู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากกรณีเช่นนี้ได้แล้วก็ตาม<sup>38</sup>

<sup>38</sup> รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว การหมั้น (กรุงเทพฯ; นิติธรรม, 2555) 100.

แต่ยังมีความเห็นต่างกันในกรณีความมาตรา 1445 และมาตรา 1446 นี้ขึ้นอยู่กับคำที่สองมาตรานี้ใช้คำว่า “ผู้ซึ่ง” อันมีความหมายกว้างมิได้จำกัดเพศที่จะต้องเป็นชายหรือหญิงเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงบุคคลที่มีเพศสภาพแตกต่างไปจากชายและหญิงในกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTIQN: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex, Queer, Non-Binary)<sup>39</sup>

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสองมาตรานี้ให้สิทธิแก่หญิงและชายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันในการเรียกค่าทดแทนในกรณีที่มีบุคคลอื่นมาล่วงเกินคู่หมั้นในทำนองนี้ได้ด้วยโดยไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะชายอื่นหรือหญิงอื่นเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่ควรตีความเคร่งครัดจำกัดแคบอยู่แต่เพียงว่าจะต้องเป็นเพศตรงข้ามกับคู่หมั้นเท่านั้นจึงจะมีการล่วงเกินทางประเวณีได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายเขียนครอบคลุมจนสามารถคุ้มครองได้หมดทุกช่องทางและปิดช่องว่างของกฎหมายได้คืออยู่แล้ว การตีความอย่างแคบจำกัดสิทธิของคู่หมั้นเช่นนั้นจึงไม่เป็นธรรมกับคู่หมั้นฝ่ายที่ตกอยู่ในสภาพที่เลวร้ายต้องทนทุกข์ทรมานต่อจิตใจ รวมทั้งยังได้รับความอับอาย ต้องเสียชื่อเสียง เกียรติยศ และถูกลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากการกระทำเช่นนั้นอีกด้วย จึงไม่น่าจะเหมาะสมหรือถูกต้องที่จะตีความอย่างแคบเช่นนี้

### (3) เงื่อนไขอายุขั้นต่ำและความยินยอมในการสมรส

ในเรื่องเงื่อนไขอายุขั้นต่ำของคู่สมรสนั้น ในปัจจุบัน มาตรา 1448 ยังคงบัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้

ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นก็ได้อ” การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องเงื่อนไขด้านอายุขั้นต่ำของคู่สมรสเอาไว้ ก็เพราะเห็นว่าเยาวชนในวัยนี้ยังเป็นวัยรุ่นอยู่ ร่างกายและจิตใจยังไม่เจริญเติบโตอย่างเต็มที่ และยังขาดความรู้สำนึกในความรับผิดชอบต่อการครองเรือน หากปล่อยให้มีการสมรสกันเองโดยอิสระ ย่อมจะเกิดการชิงสุกก่อนห่ามได้และอาจเกิดปัญหาการตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควร อันเป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับนานาประเทศ เพียงแต่การกำหนดอายุขั้นต่ำไว้เพียง 17 ปีบริบูรณ์และยังมีข้อยกเว้นให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจอนุญาตให้สมรสกันได้แม้อายุจะยังไม่ถึง 17 ปีบริบูรณ์ได้อีกนั้น อาจไม่ใช่สิ่งที่ดีนัก

ทั้งนี้ เนื่องจากคณะกรรมการ CEDAW ได้เคยท้วงติงและทำความเข้าใจแนะนำให้รัฐบาลไทยปรับปรุงแก้ไขมาตรา 1448 นี้มาถึง 2 ครั้ง<sup>40</sup> แล้วด้วยเหตุผลที่สืบเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยตัดสินคดีเด็กชายอายุ 17 ปีร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุเกินกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กหญิงยินยอมหรือบิดามารดายินยอม ศาลไม่ลงโทษเด็กชายเพราะศาลเห็นว่า ถึงอย่างไรก็ไม่สามารถคุ้มครองเด็กหญิง

<sup>39</sup> ไทยพีบีเอส, แดกซ์พีท “เพศ” / “LGBTIQN” เมื่อนิยามยุคใหม่ ไปไกลกว่าแค่ชายกับหญิง (7 มีนาคม 2566) Gender On Screen <<https://thevisual.thaipbs.or.th/gender-on-screen/lgbtiqn-keyword>>.

<sup>40</sup> Paras, 48-49CEDAW/C/THA/CO/6-7. and see also, Paras. 19-20, CEDAW/C/THA/CO5.

ดังกล่าวมิให้ลูกเด็กชายในคดีนี้ล่วงประเวณีได้อยู่แล้ว จึงไม่มีประโยชน์อันใดที่จะลงโทษจำคุกเด็กชาย และปล่อยให้เด็กหญิงต้องเสียหายโดยไม่มีทางชดเชย ศาลฎีกาจึงเห็นควรให้สมรสกันได้ตามมาตรา 1448 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5<sup>41</sup>

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการ CEDAW กลับเห็นว่ากรณีที่ศาลฎีกาตัดสินเช่นนั้น ย่อมเป็นทางปฏิบัติที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเป็นการส่งเสริมการบังคับสมรส (Forced Marriage) ให้เกิดขึ้นได้โดยง่าย และคณะกรรมการ CEDAW ยังเห็นว่าเรื่องสามีมีภรรยาหลายคน (Polygamy) ยังคงมีอยู่ในสังคมไทยอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะในชนบทและชานเมือง จึงเรียกร้องให้มีการแก้ไขมาตรา 1448 ให้กำหนดอายุขั้นต่ำของชายและหญิงไว้เป็น 18 ปีบริบูรณ์ตามมาตราฐานสากล<sup>42</sup> ที่รัฐภาคีอนุสัญญา CEDAW จำนวนมากยอมรับ

ส่วนในเรื่องความยินยอมของการสมรส แม้ว่าบรรพ 5 จะได้แก้ไขปรับปรุงจนเกิดความเสมอภาคทางนิตินัยระหว่างหญิงและชายในการสมรสแล้วก็ตาม ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 1458 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” ดังนั้น การสมรสจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อหญิงชายสมัครใจยินยอมที่จะเป็นสามีภริยากัน หากมีการใช้ประเพณีคลุมถุงชนให้สมรสกัน การสมรสนั้นย่อมจะตกเป็นโมฆะเพราะขาดความยินยอมตามมาตรา 1458 และมาตรา 1495

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ หลายครอบครัวที่มีความเคร่งครัดในประเพณีคลุมถุงชน ก็อาจมีวิธีที่แยบยลมากขึ้นเพื่อเลี่ยงกฎหมาย ไม่ใช่วิธีการบังคับหรือข่มขู่เสียทีเดียวแต่กลับใช้วิธีการขอร้องบุตรหลานของตนให้ทำการสมรส แต่ครั้งบุตรหลานยอมสมรสให้ตามที่ผู้ใหญ่ร้องขอเพราะเกรงใจ ไม่กล้าขัดใจผู้ใหญ่ การสมรสเช่นนี้จึงยังไม่ถึงขนาดตามมาตรา 1507 ที่จะถือว่าเป็นเหตุข่มขู่ได้ ส่งผลให้การสมรสเพราะเหตุเกรงใจแต่ไม่เต็มใจนี้สมบูรณ์<sup>43</sup>

เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 16 (b) ของอนุสัญญา CEDAW แล้ว จะเห็นได้ว่าอนุสัญญากำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีจะต้องให้สิทธิคู่สมรสในการเลือกคู่ของตนได้อย่างอิสระและต้องเกิดจากความเต็มใจยินยอมของคู่สมรส อันหมายถึงว่ารัฐภาคีอนุสัญญา CEDAW จะต้องมิกฎหมายที่ให้สิทธิหญิงเลือกคู่ครองได้เองอย่างมีอิสระและหญิงต้องเป็นผู้ที่ตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะทำการสมรสหรือไม่และต้องการจะสมรสกับใคร เมื่อใด หากไม่เป็นไปตามนี้แล้ว จะถือว่าเป็นการสมรสโดยใจสมัครยินยอมมิได้เพราะถ้าการสมรสมิได้เกิดขึ้นด้วยใจสมัคร หากแต่เกิดขึ้นเพราะถูกบังคับ ข่มขู่ ถูกหลอกลวง ย่อมไม่สอดคล้องกับมาตรา 16 (b) นี้

<sup>41</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8523/2552.

<sup>42</sup> Paras.48-4, 9CEDAW/C/THA/CO/6-7.

<sup>43</sup> ประสพสุข บุญเดช อ่างแล้ว หน้า 382.

ในทางปฏิบัติ กลับพบว่ารัฐภาคีจำนวนไม่น้อยไม่ได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา<sup>44</sup> ที่จะต้องยกเลิกกฎหมายในทั้งหมดของตนที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีตามมาตรา 2 (g) ในกรณีเช่นนี้ แม้มาตรา 1458 จะกำหนดให้การสมรสต้องทำโดยความยินยอมทั้งจากฝ่ายชายและฝ่ายหญิงด้วยกันทั้งสองฝ่ายและถ้าเป็นการสมรสที่มีได้เกิดจากความยินยอม การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะก็ตาม รวมทั้งหากการสมรสทำขึ้นเพราะถูกบังคับข่มขู่ ถูกกลั่นแกล้งหลอกลวง ชายหญิงมีอายุไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ สำคัญผิดในตัวผู้สมรส หรือผู้เยาว์ทำการสมรสโดยมิได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครอง ทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะอันอาจถูกเพิกถอนได้ก็ตาม

ดังนั้น แม้กฎหมายจะปรับปรุงได้อย่างไร ถ้าสังคมยังมีทางปฏิบัติที่แตกต่างไปจากกฎหมายโดยไม่ให้ความเสมอภาคที่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างหญิงและชายก็ยังคงต้องมียุติต่อไป นอกจากนั้น ความเชื่อ ประเพณี วัฒนธรรม ศาสนา รวมทั้งปัญหาความยากจน ก็มักจะเป็นสาเหตุของการที่ฝ่ายหญิงจำต้องอดทนยอมรับการแต่งงาน โดยไม่ได้เต็มใจ แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้ความเสมอภาคทางนิตินัยแล้วก็ตาม แต่ในเรื่องของความไม่เสมอภาคทางพฤตินัยยังคงมีอยู่เช่นเดิมและในบางกรณีที่มีการกระทำนั้นไม่ถึงขนาดเป็นการบังคับข่มขู่อย่างที่ไต่ถามมาข้างต้น ก็ไม่อาจเพิกถอนการสมรสนั้นได้เพราะการสมรสนั้นสมบูรณ์ตามมาตรา 1507 นั่นเอง

โดยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 1448 และมาตราที่เกี่ยวข้องเสียใหม่ โดยควรกำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรสไว้ไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา CEDAW และสอดคล้องกับข้อเรียกร้องของคณะกรรมการ CEDAW ตามที่กล่าวมาข้างต้น

#### (4) เหตุหย่าตามมาตรา 1516 (1)

เหตุที่ผู้วิจัยหยิบยกเหตุฟ้องหย่าแต่เฉพาะตามมาตรา 1516 (1) มาวิเคราะห์ ทั้งที่เหตุหย่าตาม (1) นี้จะมี

การแก้ไขให้สอดคล้องกับอนุสัญญา CEDAW แล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ในการตีความทางกฎหมายของนักกฎหมายในเรื่องนี้ก็ยังมีการตีความที่แตกต่างกันอยู่ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า แต่เดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขมาตรา 1516 (1) ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2550 นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 พ.ศ. 2519 คุ้มครองให้สิทธิแก่ชายในการฟ้องหย่าได้ง่ายกว่ากล่าวคือ หากเป็นกรณีที่หญิงผู้เป็นภริยาสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นแม้เพียงครั้งเดียวก็ถือว่าภริยา มีชู้แล้วสามีฟ้องหย่าได้ แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่สามีสมัครใจร่วมประเวณีกับหญิงอื่นไม่ว่าจะกี่ครั้งก็ตามโดยมิได้อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทริยาเช่นนี้ ภริยาจะฟ้องหย่ามิได้อันทำให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงได้อย่างชัดเจน

<sup>44</sup> No.21 para.16, CO Recommendation.



ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1516 (1) ในปี พ.ศ. 2550 เป็นว่า “สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นู้หรือมีู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิดน อิกฝ่ายหนึ่ง ฟ้องหย่าได้” เช่นนี้ แมในหลักการและเหตุผลของการแก้ไขกฎหมายจะมีได้ระบุนถึงกรณีการรักร่วมเพศ ระหว่างชายกับชาย หรือระหว่างหญิงกับหญิง หรือกล่าวถึงความสัมพันธ์ทางเพศที่มีผู้มีเพศสภาพแตกต่างไปจากหญิงและชายในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมาเกี่ยวข้องด้วยไว้เป็นเหตุผลของการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเมื่อปี พ.ศ. 2550 ก็ตาม แต่การตีความกฎหมายควรจะต้องยึดถือตามข้อบทของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน หากข้อบทนั้นมีความชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความให้แตกต่างออกไปยกเว้นหากตีความไปแล้วจะก่อให้เกิดผลประหลาดที่ไม่สมเหตุสมผลกับความหมายปกติของข้อบทนั้น หรือหากข้อบทนั้นมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน จึงจำเป็นต้องค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายโดยดูจากบริบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกักฎหมายนั้น เช่น ดูจาก อรัมภบท (Preamble) ของกฎหมายนั้น หรืองานเตรียมการยกร่าง (Travaux Prparatoires) ของกฎหมายนั้น รวมทั้งทางปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกักฎหมายนั้นจนสามารถทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงได้แล้ว จึงควรจะเป็นการตีความกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักของการตีความกฎหมาย

ในเมื่อข้อบทของมาตรา 1516 (1) ใช้คำว่า “ผู้อื่น” โดยมีได้ระบุนว่าเป็นเพศใด ย่อมแสดงว่ากฎหมายมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะชายหรือหญิงเท่านั้นที่จะอยู่ในความหมายของเรื่องนี้ ดังนั้น เมื่อมีกรณีที่ชายอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องชายอื่นดั่งเช่นเป็นภริยาหรือสามีของตนเองหรือมีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นกับชายอื่นนั้นเป็นอาจิดน หรือในทำนองกลับกัน หากหญิงอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นดั่งเช่นสามีหรือภริยาของตนเองหรือมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่น หรือบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในลักษณะเช่นนี้เป็นบุคคลที่อยู่ในกลุ่มของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ จะไปตีความแคบโดยพิจารณาจากเหตุผลของตัวร่างแก้ไขประมวลแพ่งและพาณิชย์อย่างเดียวนั้นที่ดั่งกัน่าจะสมเหตุสมผลนัก เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายอาจนึกไม่ถึงในขณะที่มีการร่างกฎหมายมาตรานี้ว่าจะมีการตีความแบบแคบเช่นนี้เกิดขึ้น ทั้งที่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้อื่น” ที่มีความหมายถึงใครก็ได้ ถ้ามาเกี่ยวข้องกัเหตุหย่าตามที่ว่ามานี้แล้ว

เมื่อเป็นที่ประจักษ์ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้เปิดสิทธิให้ความคุ้มครองให้เป็นเหตุหย่าตามวงเล็บนี้ได้แล้ว อิกทั้งเมื่อตีความเป็นผลเช่นนี้แล้วกลับเป็นผลดียิ่งขึ้น ให้ความเป็นธรรมที่เท่าเทียมกันมากยิ่งขึ้นและไม่เกิดผลประหลาดจากการตีความตามตัวอักษรแต่อย่างใด ดั่งนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าไม่ควรตีความจำกัดสิทธิฟ้องหย่าแก่หญิงหรือชายที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการเกิดเหตุเช่นนี้ และควรให้ฟ้องหย่ากันเพราะเหตุที่มีผู้อื่นเข้ามาเป็นต้นเหตุของความแตกสลายของการใช้ชีวิตคู่ตามปกติสุขของแต่ละฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันได้

นอกจากนี้ การตีความมาตรา 1516 (1) คำว่า “เป็นคู่ มีคู่” หากตีความจากความหมายในพจนานุกรมราชบัณฑิตสถานเกี่ยวกับคำว่า “มีคู่” ว่าหมายถึง ร่วมประเวณีกับชายอื่นที่มีคู่สามีของตน และคำว่า “เป็นคู่” หมายถึง ร่วมประเวณีกับเมียผู้อื่นนั้น<sup>45</sup> อาจไม่เหมาะสมนัก เพราะจะไม่เป็นธรรมกับหญิง เนื่องจากชายยังคงสามารถร่วมประเวณีกับหญิงที่ไม่มีสามีโดยที่ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงจนภริยาต่อไปได้โดยไม่ถือว่าเป็นคู่ทำให้ภริยาไม่สามารถฟ้องหย่าสามีเพราะเหตุนี้ได้ แต่ตรงกันข้าม หากภริยา ร่วมประเวณีกับชายอื่น ไม่ว่าจะ เป็นชายที่มีภริยาแล้วหรือยังไม่มีภริยาก็ตาม ก็ถือว่าเป็นคู่แล้ว สามีสามารถฟ้องหย่าภริยาในเหตุนี้ได้

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของการร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชิตนั้น หากเป็นกรณีของหญิงที่ร่วมประเวณีกับชายอื่น แม้เพียงครั้งเดียวก็ถือว่าเป็นคู่แล้ว ดังนั้น ความในบทบัญญัติมาตรา 1516 (1) ในประเด็นนี้ จึงน่าจะเป็นเรื่องของชายมากกว่า ยกเว้นหญิงจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่นหรือกับบุคคลหลากหลายทางเพศเป็นอาชิต อาจยังอยู่ในความหมายของมาตรานี้ได้

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นธรรมตามหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขมาตรา 1516 (1) ทั้งหมดเสียใหม่ให้สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

#### (5) สิทธิในการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งมาล่วงประเวณีกับภริยาหรือสามีตามมาตรา 1523

ในทำนองเดียวกัน หากพิจารณาถึงการแก้ไขมาตรา 1523 วรรค 1 ที่เปิดสิทธิให้สามีและภริยามีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากภริยาหรือสามีและจากผู้ซึ่งได้รับอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่า ตามมาตรา 1516 (1) ได้นั้น ย่อมเป็นที่น่ายินดีที่กฎหมายมาตรานี้ให้ความคุ้มครองแก่ชายและหญิงที่เท่าเทียมกันในการเรียกค่าทดแทนจากการฟ้องหย่าตามเหตุดังกล่าวได้ แต่มาตรา 1523 วรรค 2 กลับไม่มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับวรรคแรก ทำให้สามีเท่านั้นที่จะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในการทำนองผู้สาวได้ แต่ภริยาจะเรียกค่าทดแทนได้แต่เฉพาะจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในการทำนองผู้สาวได้เท่านั้น จะฟ้องบุคคลเพศอื่นหรือผู้ที่มีเพศสภาพที่ต่างไปจากหญิงหรือชายมิได้ เพราะยังไม่มีการแก้ไขวรรคสองของมาตรา 1523 นี้ ทำให้เห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 1523 วรรคแรกและไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW

ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขให้สิทธิหญิงเท่าเทียมกันกับชายในการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1523 โดยให้แก้ไขมาตรา 1523 วรรค 2 ให้ถูกต้องเป็นธรรมกับหญิงและมีความเสมอภาคเท่าเทียมกับชายเช่นเดียวกันกับที่ได้เคยแก้ไขวรรคแรกของมาตรานี้มาแล้ว โดยให้หญิงสามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งมามีความสัมพันธ์ทางประเวณีกับสามีของตนได้ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นเพศใดก็ตาม

<sup>45</sup> เล่มเดียวกัน.

## 2.2 อุปสรรคและข้อจำกัดในการแก้ปัญหา

โดยที่ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิงนั้นมิได้เกิดจากความไม่เสมอภาคทางนิตินัย แต่เพียงอย่างเดียว แต่เกิดจากความไม่เสมอภาคทางพฤตินัยด้วย อีกทั้งปัญหาเรื่องนี้ยังเป็นปัญหาที่มีมาแต่โบราณจนฝังตัวอยู่ในสังคม วัฒนธรรม ศาสนา และความเชื่อในประเพณีที่ยกย่องให้ชายเป็นใหญ่ รวมทั้งปัจจัยทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ชายมากกว่าหญิง การจะแก้ไขเรื่องนี้จึงไม่ใช่สิ่งที่จะทำได้ในเร็ววัน

อีกทั้งยังขึ้นอยู่กับเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนด้วยว่าจะเห็นด้วยหรือไม่กับการแก้ไขกฎหมาย รวมทั้งเปลี่ยนวัฒนธรรม คำสั่งสอน และความเชื่อของสังคมไทยในเรื่องนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงได้ครบหมดในทุกๆ เรื่องทั้งในทางนิตินัยและพฤตินัย การแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้จึงทำได้ยาก อีกทั้งการจะเปลี่ยนวัฒนธรรมไทยให้เป็นแบบตะวันตกทั้งหมด ก็อาจจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เพราะแต่ละประเทศต่างก็มีระบอบการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ศาสนาและความเชื่อ หรือค่านิยมที่แตกต่างกัน

ในทางปฏิบัติ จึงไม่ปรากฏว่ามีรัฐภาคีใดแห่งอนุสัญญาที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาฉบับนี้ได้ครบทุกมาตราและทุกข้อบทของอนุสัญญา แต่ละประเทศจึงมีแนวทางปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาที่แตกต่างกันออกไปและไม่อาจที่จะทำให้เป็นรูปแบบเดียวกันได้ อีกทั้งพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW เป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อผล (obligation of result) ยิ่งกว่าที่จะเป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อการควบคุมความประพฤติของรัฐภาคี (obligation of conduct) ดังนั้น ภาคีแต่ละรัฐจึงมีดุลยพินิจอิสระที่จะกำหนดวิธีปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้ตามความเหมาะสมของตน

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า แม้ในปัจจุบันจะมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 5 มาหลายครั้งจนสามารถแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างหญิงและชายจนสอดคล้องกับพันธกรณีที่ไทยมีอยู่ภายใต้อนุสัญญา CEDAW แล้วก็ตาม แต่ความเสมอภาคทางนิตินัยตามที่มีการปรับแก้กฎหมายนั้นก็ยังไม่อาจที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคทางพฤตินัยได้ในบางกรณีตามที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงยังคงมีอยู่ต่อไปในสังคมไทย หากยังไม่มี การปรับปรุงแก้ไขให้ทันสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และแม้จะมีการปรับปรุงกฎหมายให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ในทางนิตินัยแล้วก็ตาม ตราบใดที่ความไม่เป็นธรรมในทางพฤตินัยระหว่างสามีภริยายังไม่ได้รับการดูแลแก้ไข จะถือว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามอย่างสอดคล้องกับพันธกรณีและเจตจำนงของอนุสัญญา CEDAW นี้ยังไม่ได้

อย่างไรก็ดี คงไม่มีรัฐภาคีใดแห่งอนุสัญญานี้ที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญานี้ได้ครบทุกมาตราและทุกข้อของอนุสัญญา ทั้งนี้เนื่องจากแต่ละประเทศมีระบอบการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม จารีตประเพณี วัฒนธรรม ศาสนา ความเชื่อและค่านิยมต่าง ๆ ในสังคมที่แตกต่างกัน แต่ละประเทศจึงมีแนวทางปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาที่แตกต่างกันออกไปและไม่อาจที่จะทำให้เป็นรูปแบบเดียวกันได้ อีกทั้งพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW เป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อผล (obligation of result) ยิ่งกว่าที่จะเป็นพันธกรณีที่มุ่งต่อการควบคุมความประพฤติของรัฐภาคี (obligation of conduct)

ดังนั้น ภาคีแต่ละรัฐจึงมีดุลยพินิจอิสระที่จะกำหนดวิธีปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้ตามความเหมาะสมของตน หากรัฐภาคีใดยังคงไม่อาจสร้างความเสมอภาคระหว่างหญิงชายได้ในเรื่องใด ย่อมจะตกเป็นฝ่ายที่จะต้องชี้แจงต่อคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีที่ตั้งขึ้นมาตามอนุสัญญานี้แล้ว<sup>46</sup> แม้ความเห็นของคณะกรรมการนี้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงคำเสนอแนะเท่านั้นก็ตาม แต่ก็เป็นการยากสำหรับรัฐที่รับพิธีสารฉบับนี้ที่จะไม่ยอมปฏิบัติตามคำเสนอแนะของคณะกรรมการ CEDAW เพราะกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ตลอดจนการทำรายงานชี้แจงและผลการพิจารณาของคณะกรรมการจะถูกบรรจุไว้ในรายงานประจำปีของคณะกรรมการที่เสนอต่อสมัชชาสหประชาชาติอันเป็นแรงกดดันทางการเมืองต่อรัฐภาคีที่ได้กระทำการละเมิดพันธกรณีของอนุสัญญา CEDAW นี้ได้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า ในบางครั้ง สภาพบังคับทางการเมืองในเวทีสหประชาชาติก็อาจมีผลดีกว่าสภาพบังคับของคำพิพากษาศาลเสียอีกที่มีผลผูกพันเฉพาะแต่คู่ความ ในคดีนั้นเท่านั้น

ด้วยเหตุผลทั้งหมดตามที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครวั ใน 5 ประเด็นที่ได้ทำกรวิเคราะห์มาในงานวิจัยนี้ได้แก่

- (1) การหมั้นและสินสอด
- (2) การล่วงเกินคู่หมั้นทางประเวณีและการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1445 และมาตรา 1446
- (3) เงื่อนไขอายุขั้นต่ำและความยินยอมในการสมรส
- (4) เหตุหย่าตามมาตรา 1516 (1)
- (5) สิทธิในการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงประเวณีภริยาหรือสามีตามมาตรา 1523 วรรคสอง

ส่วนในเรื่องของการตีความคำว่า “ผู้อื่น” ตามมาตรา 1516 (1) และคำว่า “ผู้ซึ่ง” ตามมาตรา 1445, 1446 และมาตรา 1523 นั้นเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายให้เปลี่ยนไปใช้คำอื่น เนื่องจากกฎหมายบัญญัติทั้งสองคำนี้ไว้ครอบคลุมถึงบุคคลทุกประเภทได้ดีอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศ

<sup>46</sup> Art 6, CEDAW-OP.

หญิงหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ต่างก็รวมอยู่ในความหมายตามภาษาธรรมดาของคำทั้งสองนี้ด้วยกันทั้งสิ้น ปัญหาการตีความกฎหมายที่ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่เกี่ยวกับคำว่า “ผู้อื่น” หรือ “ผู้ซึ่ง” ว่าจะตีความอย่างแคบจำกัดอยู่ว่าทั้งสามมาตรานี้หมายถึงชายหรือหญิงเท่านั้นหรือควรจะตีความตามความหมายภาษาธรรมดาให้รวมถึงบุคคลทุกประเภทนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะมีการเสวนาแลกเปลี่ยนมุมมองการตีความทั้งสามมาตรานี้กันในวงการนิติศาสตร์และผู้ที่เกี่ยวข้องกันต่อไป

ในประการสุดท้าย ผู้วิจัยเห็นว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิสตรีนั้น จำเป็นที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้กฎหมายและตีความกฎหมายให้เกิดความเสมอภาคทั้งในทางนิรนัยและในทางพฤติบัญญัติควบคู่กันไประหว่างชายและหญิงเท่าที่จะเป็นไปได้ในทางปฏิบัติให้ได้มากที่สุด โดยควรหลีกเลี่ยงการตีความกฎหมายไปในทางจำกัดสิทธิของหญิงและชายที่ควรได้รับอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันในทุก ๆ ด้าน แต่ในขณะเดียวกันในการแก้ปัญหาความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงในสังคมไทยก็ยังคงมีอุปสรรคและข้อจำกัดอยู่อีกมาก เมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ศาสนา ความเชื่อและจารีตประเพณีของไทยที่ยังคงยอมรับให้ชายเป็นผู้นำ หญิงเป็นผู้ตาม

ดังนั้น การแก้ปัญหาในเรื่องนี้ ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภายในประเทศ จะต้องเข้าใจในข้อจำกัดต่าง ๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้นด้วย การแก้ปัญหาจึงจำเป็นต้องใช้เวลาและควรต้องถามความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศก่อนว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะครอบครัวนี้อีกครั้งในอนาคต เพราะกฎหมายเป็นกติกาของสังคมที่จะต้องเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศนั่นเอง

## บรรณานุกรม

ไทยพีบีเอส, แดกคัทท์ “เพศ”/ “LGBTIQN” เมื่อนิยามยุคใหม่ ไปไกลกว่าแค่ชายกับหญิง (7 มีนาคม 2566)  
Gender On Screen <<https://thevisual.thaipbs.or.th/gender-on-screen/lgbtiqn-keyword>>.

ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว (กรุงเทพฯ; สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตสภา, 2566).

ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2551).

รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว การหมั้น (กรุงเทพฯ; นิติธรรม, 2555).

Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (UK: West Publishing Co, Eighth edition, 2004).

Malcolm N. Shaw, *International Law* (UK: Cambridge University Press, Eighth edition, 2017).

Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary* (UK: Oxford University Press, 2013).

Merriam-webster, *Equality vs. Equity: What is the Difference? - Merriam-Webster* (27 January 2023)  
Equity' and 'Equality <<https://www.merriam-webster.com/words-at-play/equality-vs-equity-difference>>.

UN, *General recommendation (4 March 2023) UN WOMEN* <[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)>.

United nation human right, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979* (20 January 2023) Human Rights Instruments <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women#:~:text=On%2018%20December%201979%2C%20the,twentieth%20country%20had%20ratified%20it.>>>.

United nation human right, *the ratification status by country or by treaty* (15 January 2023) Human Rights Treaty Bodies <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CEDAW&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CEDAW&Lang=en)>.

United Nations OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)* (1 March 2023) Convention <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)>.

United Nations OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969) (20 January 2023) Convention <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>.

