



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทย: การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดย
คู่ชีวิต

ชื่อผู้แต่ง: รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์

การอ้างอิงที่แนะนำ: รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “ปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมใน
กฎหมายไทย: การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิต,” วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49, ฉบับที่ 4, 805 (2563)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



SAIJO DENKI

ผู้ร่วมก่อตั้งโดยศาสตราจารย์ ดร.สุจิตราพรพรหม

ผู้สนับสนุนร่วม



CSBC
LAW OFFICES
www.csbc.law

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทย:
การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิต*
Child Adoption Reform in Thai Legislation:
Child Adoption by Civil Partners

รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์[†]

นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Ratchaneekorn Larpvanichar Promsak

Legal Counsel, Professional Level, Office of the Council of State

วันที่รับบทความ 6 กรกฎาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 26 สิงหาคม 2563; วันที่รับบทความ 22 กันยายน 2563

บทคัดย่อ

การยอมรับให้คนเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่วิถีชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้เป็นการพัฒนาของกฎหมายครอบครัวและเป็นอีกก้าวหนึ่งของสังคมไทย ข้อโต้แย้งและคัดค้านส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยหรือไม่หรือเป็นเพียงความกังวลใจของคนกลุ่มหนึ่ง บทความนี้ต้องการนำเสนอการเปลี่ยนแปลงของครอบครัวไทยที่เริ่มชัดเจนขึ้นจนกระทั่งมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ไม่ครอบคลุมและไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนหนึ่งได้ รัฐจึงต้องเผชิญกับความท้าทายในเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้นการย้อนกลับมาพิจารณาความจำเป็นที่จะต้องมีการรับบุตรบุญธรรมจึงเป็นสิ่งที่รัฐพึงกระทำ บทความนี้เสนอการศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสในช่วงเวลา

* บทความนี้เป็นผลงานทางวิชาการของผู้เขียน ความเห็นและข้อเสนอแนะที่ปรากฏในบทความไม่มีผลผูกพันหน่วยงานต้นสังกัด.

[†] ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) Droit international (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล.



ที่ผ่านมา และคำนึงถึงพัฒนาการของสังคมไทยในขณะยกร่างกฎหมายรวมถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กประกอบกัน

คำสำคัญ: คู่ชีวิต การรับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรมของคนเพศเดียวกัน

Abstract

Granted same-sex couple, registered civil partnership, the right to child adoption together can be considered as a development of family law and Thai society. Whether some arguments focused on LGBTQ's child adoption are objective or just a concern of some people. The aim of this article is to show how evolution of Thai family effected Thai law. Then to affirm that a current Thai legislation neither govern new issues and nor respond to the needs of same-sex partners. Moreover, it also challenges State to reply to a crucial question if its policy brought a negative discrimination to LGBTQ. Therefore, when we take a requirement of the adoption law into consideration, we can ensure that it is one of tasks Thai State should achieve. The article has also presented a comparative study on cases occurred in France at the time they had addressed same difficulties. Moreover, a development of Thai society at the time that the new law was drafted regarding to the best interest of the child should be taken into consideration.

Keywords: civil partnership, adoption, same-sex adoption

บทนำ

สัญญาณของการพัฒนากฎหมายครอบครัวของไทยเริ่มมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเนื่องจากร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. กำลังจะเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา¹ หากร่างกฎหมายฉบับที่ตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับการยอมรับและประกาศใช้เป็นกฎหมายโดยไม่มีการแก้ไขหรือตัดส่วนใดออก ก็สามารถกล่าวได้ว่าประเทศไทยได้ก้าวไปข้างหน้าอีกก้าวหนึ่งด้วยการยอมรับการสร้างครอบครัวของคนเพศเดียวกันโดยให้สามารถรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ ถือว่าเป็นการปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทยก็ว่าได้ นอกจากนี้ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมที่ปรากฏลักษณะต่างประเทศในการวินิจฉัยว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับนั้น จำเป็นต้องตรวจสอบความพร้อมของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในขณะนี้ บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะรวบรวมและเสนอปัญหาความกังวลของคนไทยจำนวนหนึ่งต่อการเปิดโอกาสให้คู่ชีวิตรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ โดยเริ่มจากการทบทวนเหตุผลของการที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองการรับบุตรบุญธรรมทั้งที่สามีภริยาคู่หนึ่งมิใช่ผู้ให้กำเนิดเด็ก แต่ก็สามารถเป็นบิดามารดาของเด็กได้โดยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งที่ผ่านมาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เป็นสื่อสะท้อนกรอบความคิดแบบดั้งเดิมในการรับบุตรบุญธรรมจากนั้นจึงแสดงให้เห็นพัฒนาการทางสังคมที่เปิดกว้างยอมรับครอบครัวรูปแบบใหม่ นอกเหนือไปจากพ่อ แม่ ลูก เช่น ครอบครัวที่มีแต่บิดากับบุตร (single dad) หรือครอบครัวที่มีแต่มารดากับบุตร (single mom) รวมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของคนเพศเดียวกันในลักษณะครอบครัว บทความนี้ให้ความสนใจเฉพาะส่วนของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเพราะเป็นประเด็นอ่อนไหวในสังคมไทยเนื่องจากความกังวลใจของสังคมอาจจะไม่มากนักหากเป็นการรับผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วเป็นบุตรบุญธรรมเพราะถือว่ามิใช่ภาวะในระดับที่กฎหมายยอมรับการตัดสินใจโดยไม่ต้องมีผู้แทนโดยชอบธรรมอีกต่อไป

เมื่อพิจารณาประเด็นการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจากประสบการณ์ของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสในช่วงเวลาเดียวกันกับที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ในขณะนี้ อาจกล่าวได้ว่าไม่ได้แตกต่างกันมากนัก การคัดค้านกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของคนเพศเดียวกันมีที่มาจากชนบะประเพณี จากกรอบความคิดเรื่องครอบครัวในอุดมคติ ตลอดจนความกังวลถึงพฤติกรรมที่อาจเปลี่ยนไปของเด็กที่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต ซึ่งล้วนแต่ถ่ายทอดออกมาในรูปของวาทกรรมในเชิงลบว่าผู้มีความหลากหลายทางเพศหรือชอบเพศเดียวกันไม่มีทางเป็นบิดาหรือมารดาที่ดีของบุตรได้ กล่าวได้ว่าเหตุผลเบื้องหลังการคัดค้านการรับบุตรบุญธรรมของคนเพศเดียวกันเป็นเหตุผลในเชิงสังคมศาสตร์มากกว่านิติศาสตร์โดยแท้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเราสนใจศึกษาเฉพาะประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเพียงอย่างเดียวคงไม่ช่วยให้เราเข้าใจความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมต่อประเด็นข้างต้นได้ และการศึกษาทำความเข้าใจสถานการณ์ต่าง ๆ อย่างรอบด้านอย่างเอาใจใส่ย่อมช่วยให้การร่างกฎหมายเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง

¹ สถานะร่างกฎหมาย ณ เดือนกันยายน 2563.

1. กรอบความคิดในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม

กรอบความคิดดั้งเดิมของสังคมไทยตั้งแต่สมัยโบราณแสดงให้เห็นถึงความเชื่อความนิยมในยุคนั้นซึ่งได้ล่วงพ้นไปแล้ว แต่ความคิดดังกล่าวยังคงอยู่โดยสอดแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่าจะได้มีการตรวจชำระบรรพ 5 ในปี พ.ศ. 2519 แต่ยังคงมีบทบัญญัติบางมาตราที่ไม่เคยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาตั้งแต่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2477 และกรอบเหล่านั้นยังคงติดตามมาจำกัดความคิดในการพัฒนากฎหมายครอบครัวอยู่ในหลายประเด็น

1.1 กรอบความคิดดั้งเดิม

จุดประสงค์ของการรับบุตรบุญธรรมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ก็เพื่อที่จะให้คู่สมรสที่ไม่มีบุตรไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตามสามารถรับเด็กอื่นมาเป็นลูกของตนได้ โดยเรียกว่าบุตรบุญธรรม ในอดีตการรับลูกของคนอื่นมาเป็นลูกของตน อาจเป็นไปเพื่อแสดงความเอื้อเฟื้อ ความเมตตาของผู้ที่มีฐานะดีเพื่อแสดงว่าสามารถอุปการะลูกของญาติหรือเด็กกำพร้าโดยให้การศึกษาเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนให้ความอบอุ่นในฐานะสมาชิกครอบครัว หรือบางครอบครัวยกลูกของตนให้เป็นบุตรบุญธรรมของเจ้าขุนมูลนายเพื่อให้ลูกได้มีโอกาสที่ดีในชีวิตหรือเพื่อความเป็นสิริมงคล² หรือเพื่อสืบทอดวงศ์ตระกูลในกรณีที่ไม่มีทายาท กล่าวได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมก็คือ การสร้างความเป็นบิดามารดาและบุตรขึ้นใหม่โดยไม่ต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และกฎหมายได้รับรองความสัมพันธ์ดังกล่าวให้ในยุคคลัง

อย่างไรก็ดี หากจะพิจารณาหารูปแบบของครอบครัว เห็นได้ว่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันสังคมไทยยังมีทัศนคติแบบคิดดั้งเดิม กล่าวคือ “ครอบครัวในอุดมคติ” ของคนส่วนใหญ่ต้องประกอบด้วยพ่อเป็นเพศชาย แม่เป็นเพศหญิง และลูกเพศชายหรือลูกเพศหญิงเท่านั้น³ นอกเหนือไปจากนี้ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นครอบครัว ดังนั้น ผู้ที่มีความคิดแบบดั้งเดิมจะมองว่าพ่อหม้ายหรือแม่หม้ายลูกติดไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นครอบครัว คนที่มีบุตรโดยไม่ปรากฏว่าใครเป็นบิดาตามกฎหมายก็ไม่ถือเป็นครอบครัว เพราะขาดองค์ประกอบของครอบครัวที่สมบูรณ์⁴ สืบเนื่องจากแนวคิดดั้งเดิมนี้นำให้คนรักเพศเดียวกัน

² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 23, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2652), น.776.

³ ภิญโญ ทองดีได้ให้นิยามของ “ครอบครัว” ว่า “เป็นสถาบัน (Institution) เป็นองค์กร (Organization) หรือเป็นหน่วย (Unit) ทางสังคมที่เล็กที่สุด ครอบครัวก่อตั้งขึ้นด้วยสมาชิกชายและหญิงเพียงสองคน ได้ทำหน้าที่เป็นบิดา-มารดาเป็นพ่อแบบ-แม่แบบที่ถ่ายทอดและให้การศึกษาในขั้นแรกแก่สมาชิกใหม่ เป็นแหล่งทางบุคลิกภาพ เป็นแหล่งที่จะเสริมสร้างพลังกายและพลังใจให้แก่สมาชิกของครอบครัวที่ออกไปแสดงบทบาทต่าง ๆ ทางสังคมในสถาบันที่เกี่ยวข้อง ครอบครัวเป็นสถาบันที่สามารถตอบสนองความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ได้ในทุกระดับ ทั้งด้านความต้องการทางด้านร่างกาย (Physiological needs) ความต้องการทางด้านจิตใจ (Psychological needs) และความต้องการทางด้านสังคม (Social needs). ภิญโญ ทองดี, “ครอบครัวและสถาบันครอบครัว,” คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2563, จาก <http://www.human.cmu.ac.th/home/hc/ebook/006103/lesson1/02.htm>.

⁴ คนบางกลุ่มมีความเห็นว่าการเป็นครอบครัวจะต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน และเห็นว่าชายและหญิงที่สมรสแล้วแต่ไม่ได้อยู่บ้านเดียวกันไม่ถือเป็นครอบครัว โดยเพิกเฉยต่อข้อความจริงในสังคมปัจจุบันที่ในบางครั้งสามีภริยาอาจมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยอยู่คนละที่ คนละจังหวัดหรือแม้แต่คนละประเทศ เช่น เพื่อการประกอบอาชีพ การศึกษาในระดับสูง อย่างไรก็ตาม

ที่อาศัยอยู่ด้วยกันมาโดยตลอดไม่ถือเป็นครอบครัวเพราะไม่ใช่ชายและหญิง การรับบุตรบุญธรรมของคู่รักเพศเดียวกันเพื่อให้ครอบครัวสมบูรณ์ยิ่งขึ้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้

แนวคิดที่ว่ารักต่างเพศเท่านั้นจึงเป็นเครื่องสะท้อนคุณค่าของความเป็นไทยอาจเป็นเหตุผลหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักเพศเดียวกันว่าเป็นเรื่องไม่เหมาะสม ทั้งนี้เนื่องจากชนบประเพณีที่มีมาแต่โบราณได้บ่มเพาะความคิดของคนไทยมาโดยตลอดว่ารักต่างเพศของชายและหญิงจึงจะเป็นสิ่งถูกต้องชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับของสังคม เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาจากอดีต แม้สังคมไทยจะเป็นครอบครัวผัวเดียวหลายเมีย (polygamy) แต่ก็เป็นเรื่องของคนต่างเพศ และถึงแม้ว่าในเวลาต่อมากฎหมายครอบครัวจะพัฒนามาถึงจุดที่ยอมรับเฉพาะครอบครัวผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) ก็ยังคงยืนยันความคิดเรื่องรักต่างเพศอยู่นั่นเอง และความคิดว่ารักต่างเพศเท่านั้นจึงเป็นสิ่งถูกต้อง ไม่ฝืนธรรมชาติได้ถูกนำมาปลูกฝังให้ยอมรับกันในสังคมโดยผ่าน “ต้นแบบ” ของครอบครัวคือพ่อที่เป็นเพศชายและแม่ที่เป็นเพศหญิง ซึ่งการเป็นต้นแบบที่ดีของบุตรธิดานั้นอย่างน้อยต้องรักและสมรสกับคนต่างเพศ และถ่ายทอดความคิดว่าการรักเพศเดียวกันเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ ผิดชนบประเพณี เป็นสิ่งไม่ดีงาม คนรักเพศเดียวกันจึงไม่ควรเป็นต้นแบบให้กับคนอื่น ๆ ในสังคม ในเรื่องนี้มีผู้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า การให้คู่รักเพศเดียวกันมีสถานะเป็นพ่อแม่โดยให้รับบุตรบุญธรรมได้นั้น จะเป็นประเด็นการโต้เถียงและสร้างความขัดแย้งในสังคมมากกว่าและรุนแรงกว่าประเด็นเรื่องการสมรสของคนเพศเดียวกัน เพราะสถานะพ่อแม่ที่เชื่อมโยงกับสถาบันพื้นฐานของสังคม คือ “ครอบครัว” และ “บุคคลที่สาม” คือ “เด็กหรือบุตร”⁵ โดยสุกฤษฎา มีความเห็นว่าการยอมรับให้คู่รักเพศเดียวกันมีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็กได้นั้นถือเป็นการคุกคามสถาบันครอบครัว โดยให้เหตุผลว่าที่ผ่านมาสื่อมวลชนมีส่วนในการแพร่ข่าวในทางลบเกี่ยวกับผู้มีความหลากหลายทางเพศ และเน้นย้ำเฉพาะประเด็นดังกล่าว⁶ มีผลทำให้ภาพลักษณ์ของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันวนเวียนหมกมุ่นเฉพาะเรื่องเพศวิถี ชอบความรุนแรง กระทั่งเกิดการตีตราโดยสังคมว่าคนที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นบุคคลน่ารังเกียจเพราะผิดธรรมชาติโดยเห็นได้ชัดเจนจากการไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะดูแลอุปการะเลี้ยงดูเด็ก⁸

นักวิชาการด้านกฎหมายครอบครัวบางท่านมีความเห็นว่าบางครอบครัวอาจไม่มีบุตรตลอดชีวิตของสามีภริยาก็ได้ หรืออาจมีเพียงบิดากับบุตรหรือมารดากับบุตรก็ได้ ก็ยังถือว่าเป็น “ครอบครัว” นั่นเอง อันเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับความเป็นจริงของสังคม โปรดยุทธ ประสพสุข บุญเดช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.1.

⁵ สุกฤษฎา จักรปิง, “การเป็นแม่-พ่อและการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศ: อุดมการณ์ครอบครัวและมลทินสังคม: อดีตของสังคมต่อคู่รักร่วมเพศ,” *วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาฯ*, ปีที่ 42, ฉบับที่ 1, 84, น.87 (2555).

⁶ *เพ็ญอ้าว*, น.95. อาทิ ที่มาของคำว่า “ตุ๋ย” ซึ่งมาจากชื่อของอาชญากรในสมัยหนึ่ง เป็นชายที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ได้ลงมือก่ออาชญากรรมทางเพศต่อชายด้วยกัน จากการประโคมข่าวของสื่อมวลชนในยุคนั้นทำให้คำว่า “ตุ๋ย” เป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงการที่มนุษย์เพศชายล่วงละเมิดทางเพศชายด้วยกันอันเป็นพฤติกรรมวิปริตทางเพศ หรือการเสนอข่าวที่ทำให้สังคมเข้าใจว่ากลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นต้นเหตุของการระบาดของเชื้อ HIV ทำให้ภาพลักษณ์ของคนรักเพศเดียวกันเสียหายเพราะถูกมองว่าหมกมุ่นในเรื่องกามารมณ์.

⁷ เรื่องความสามารถในการมีบุตรด้วยตนเองนั้นจะทวีความซับซ้อนขึ้นอีกในกรณีของคนข้ามเพศ (transgender) กล่าวคือ ชายข้ามเพศสมรสกับหญิงข้ามเพศ ทั้งสองต้องการมีบุตรด้วยกันย่อมสามารถทำได้เพราะถึงอย่างไรทั้งคู่ก็มีเพศต่างกัน โดยให้หญิงที่ข้ามเพศไปเป็นชายเป็นฝ่ายตั้งครรภ์ ส่วนการอธิบายว่าใครเป็นพ่อหรือแม่ย่อมเป็นเรื่องในครอบครัวที่ทั้งสองจะต้องรับผิดชอบอธิบายแก่บุตรเมื่อโตขึ้น

1.2 การสะท้อนกรอบความคิดดั้งเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

หากจะพิเคราะห์บทบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นได้ว่ากฎหมายมิได้ห้ามคนโสดรับบุตรบุญธรรม เพียงแต่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ก็เพียงพอแล้ว เช่น เงื่อนไขเรื่องอายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรม ความแตกต่างระหว่างอายุของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม เป็นไปได้หรือไม่ที่ผู้มีความหลากหลายทางเพศจะจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน คำตอบคือเป็นไปได้และเกิดขึ้นในความเป็นจริงมาโดยตลอด เหตุที่เป็นเช่นนั้นอาจเป็นเพราะเจ้าหน้าที่กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์พิจารณาจากองค์ประกอบอื่นแล้วเจ้าหน้าที่เห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความสามารถที่จะรับอุปการะเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ เช่น สถานะทางสังคม สภาพความเป็นอยู่ อาชีพ รายได้ รวมถึงเวลาในการดูแลเด็ก โดยมีได้นำเรื่องเพศวิธียามาใช้ในการปฏิเสธไม่ให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือบุคคลนั้นมีได้แสดงออกให้เห็นว่าเป็นผู้มีความหลากหลายทางเพศก็อาจเป็นได้

2. ครอบครัวยุคใหม่กับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนไป

ความเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยทำให้ลักษณะของครอบครัวเปลี่ยนไปด้วย ด้วยเหตุนี้ในแต่ละยุคจึงควรมีการอธิบายความหมายของครอบครัวเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทในขณะนั้นและสร้างความรับรู้ความเข้าใจใหม่ให้กับคนในสังคม เพราะจำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาความคิด ทักษะคติของคนส่วนใหญ่อันจะส่งผลถึงการปรับปรุงกฎหมายครอบครัวในที่สุด อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มิได้ให้นิยามของ “ครอบครัว” เอาไว้

2.1 การกำหนดนิยามใหม่ของ “ครอบครัว”

เมื่อสภาพสังคมไทยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม นิยามเดิมของคำว่า “ครอบครัว” คงไม่สามารถตอบคำถามในหลายเรื่องได้ เพราะมีความหมายแคบและขัดแย้งต่อสภาพความเป็นจริงที่ว่าครอบครัวสมัยใหม่มีหลากหลายรูปแบบ จริงอยู่ที่การมีบิดามารดาและบุตรพร้อมหน้าช่วยสะท้อนความเป็นหน่วยเล็กที่สุดของสังคมได้อย่างสมบูรณ์ แต่บางหน่วยย่อยที่มีเพียงบิดาและบุตรหรือมารดาและบุตรก็สามารถเป็นครอบครัวได้ แม้แต่คู่สมรสหรือคู่ชีวิตที่ไม่มีบุตรก็ยังนับเป็นหน่วยครอบครัวได้เช่นกัน ความเป็นครอบครัวจึงไม่ได้อยู่ที่การมีพ่อเป็นชายแม่เป็นหญิง มีลูกชายหรือลูกสาวครบ ไม่ได้จำเป็นต้องอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันตลอดเวลา ครอบครัวมีความเป็นพลวัต คือเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลสมัยขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมตลอดจนสภาพเศรษฐกิจในแต่ละขณะ ต้องยอมรับว่าสถานะ

⁸ ตัวอย่าง คำกล่าวคัดค้านการรับบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศ. สุกฤตยา จักรปิง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.92-93 ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความคิดของผู้คัดค้านที่เมื่อสรุปแล้วจำแนกได้เป็น 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ 1) คู่รักร่วมเพศมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน ส่อสอนและมีความรุนแรงทางเพศ 2) คู่รักร่วมเพศเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ และ 3) คู่รักร่วมเพศเป็นต้นแบบที่ไม่เหมาะสม.

ทางเศรษฐกิจเป็นอีกปัจจัยในการตัดสินใจว่าสมาชิกครอบครัวคนใดบ้างที่จะต้องทำงานเลี้ยงครอบครัว⁹ บางครอบครัวฝ่ายหญิงจำเป็นต้องช่วยทำงานเพื่อให้มีรายได้เพียงพอต่อการดูแลครอบครัวและให้บุตรได้รับการศึกษาที่ดีที่สุด การทำงานเลี้ยงครอบครัวอาจทำให้สมาชิกในครอบครัวต้องแยกกันอยู่คนละที่ เช่น ต้องเดินทางไปทำงานในต่างประเทศเพราะต้องการความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานและมีรายได้ดีกว่า¹⁰ ซึ่งหมายถึงการที่บุตรจะได้รับการศึกษาที่ดี มีอาหารครบสามมื้อ มีเงินใช้ตามความจำเป็น สมควรแก่ฐานะารูป ไม่เดือดร้อนลำบากจนกลายเป็นปัญหาสังคม นอกจากนี้ กรณีของคู่สมรสหรือชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาที่ตัดสินใจไม่มีบุตรก็ถือเป็นครอบครัวอีกรูปแบบหนึ่งได้ เพราะการมีบุตรเป็นเรื่องสำคัญอย่างมาก การมีบุตรโดยไม่พร้อมและไม่ได้ดูแลเอาใจใส่อบรมมีแต่จะสร้างปัญหาให้กับสังคม ดังนั้น การที่บุคคลสองคนยินดีที่จะใช้ชีวิตร่วมกัน ไม่ทอดทิ้งกัน ช่วยเหลือดูแลซึ่งกันและกันทั้งในยามสุขและยามทุกข์ย่อมเรียกได้ว่าเป็นครอบครัว เพียงแค่ไม่พร้อมที่จะมีบุตร (อาจเป็นเพราะสภาพร่างกายไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ชายเป็นหมัน หรือเป็นคู่ชีวิตซึ่งมีเพศเดียวกัน) เมื่อพิจารณาจากมุมมองนี้ บุตรจึงเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของครอบครัว และการไม่มีบุตรย่อมไม่กระทบต่อสาระสำคัญของความเป็นครอบครัว

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น “ครอบครัว” จึงควรหมายถึง หน่วยที่เล็กที่สุดของสังคม อันประกอบด้วยบุคคลสองคนที่มีความตั้งใจใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาหรือคู่ชีวิต ดูแลอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันไม่ว่าจะมีบุตรด้วยกันหรือไม่ก็ตาม และยังรวมถึงกรณีที่มีแต่ผู้ทำหน้าที่เป็นทั้งพ่อและแม่ในคราวเดียวให้แก่บุตร ไม่ว่าจะเป็นบุตรสืบสายโลหิตหรือบุตรบุญธรรม

2.2 โอกาสของเด็กในการมีครอบครัวใหม่ โอกาสของคู่ชีวิตในการมีทายาท

เมื่อพิจารณาโดยให้เด็กเป็นประธานแห่งสิทธิ สิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงคือ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่สุดที่จะต้องพิจารณาเป็นหลัก “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” อาจไม่มีนิยามที่ชัดเจนตายตัว¹¹ แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่าหากรัฐจะต้องตรากฎหมายหรือออกระเบียบ กฎเกณฑ์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก สิ่งแรกที่รัฐต้องคำนึงถึง ต้องระวังรักษาและปกป้องไว้คือ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในการพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์ดังกล่าวต้องพิจารณาเป็นการเฉพาะตัว เพราะเด็กแต่ละคนมีสภาพร่างกาย จิตใจ ความเป็นอยู่และบริบทของครอบครัวแตกต่างกันไป¹² ดังนั้น กรณีของเด็กในสถานรับเลี้ยงเด็กกำพร้าที่มีผู้มาขออุปการะเป็นบุตรบุญธรรม สถานสงเคราะห์หรือสถานรับเลี้ยงเด็กซึ่งมีอำนาจให้ความยินยอมจึงต้องทำหน้าที่ตัดสินใจว่าบุคคลที่

⁹ บางครอบครัวภรรยาเป็นคนทำงานหาเลี้ยงครอบครัวเป็นหลัก โดยแบ่งหน้าที่ให้สามีดูแลบุตรที่บ้าน ตลอดจนไปรับส่งบุตรที่โรงเรียน ขึ้นอยู่กับว่ารายได้ของฝ่ายใดจะมากกว่าและมากถึงขนาดที่สามารถแบ่งงานกันทำได้.

¹⁰ การไปทำงานต่างประเทศมีได้หลายกรณี อาทิ แพทย์ พยาบาล สถาปนิก วิศวกร นักการทูต หรือพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินหรือบนเรือสำราญ.

¹¹ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มิได้แสดงความหมายของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ แต่ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง.

¹² แนวทางการตีความประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏอยู่ในกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549.

แสดงความประสงค์นั้นมีความเหมาะสมที่จะเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ต้องพิจารณาโดยให้เด็กเป็นศูนย์กลางในการตัดสินใจ ซึ่งน้ำหนักระหว่างการทำเด็กเป็นกำพร้าในสถานสงเคราะห์เด็กต่อไป หรือจะให้เด็กไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลที่มีความพร้อมในการเลี้ยงดู ให้การศึกษาแก่เด็ก จึงเรียกว่าเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก กรณีของเด็กที่มีบิดามารดาที่เป็นเช่นเดียวกัน บิดามารดาผู้ให้กำเนิดย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของลูกก่อนให้ความยินยอมในการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น

ส่วนโอกาสของคู่ชีวิตที่จะมีทายาทนั้นเป็นอีกประการหนึ่งที่ควรกล่าวถึง เนื่องจากคำว่า “คู่ชีวิต” ตามนิยามในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. หมายถึง “คนเพศเดียวกันที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้” ซึ่งทั้งคู่ไม่สามารถมีบุตรด้วยกันได้เพราะมีเพศทางชีววิทยาอย่างเดียวกัน การกำหนดให้คู่ชีวิตมีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้จึงเป็นการช่วยเหลือให้คู่ชีวิตมีโอกาสที่จะมีทายาทโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้มิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตแต่ก็สามารถช่วยเหลือดูแลซึ่งกันและกันได้ ช่วยให้เด็กมีผู้อุปการะให้การศึกษาเป็นหลักให้พึ่งพิง เป็นที่ปรึกษา ส่วนคู่ชีวิตก็มีความภาคภูมิใจที่ได้มีส่วนในการช่วยเหลือดูแลเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เด็กกำพร้าหรือเด็กที่ครอบครัวเดิมไม่สามารถส่งเสียเลี้ยงดูได้ เป็นผลดีต่อสังคมโดยรวม

3. คู่ชีวิตกับการรับบุตรบุญธรรม

ในส่วนนี้จะได้ศึกษากรณีการรับบุตรบุญธรรมของคนเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสซึ่งผ่านประสบการณ์ในเรื่องเดียวกันนี้มาก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้¹³ จากนั้นจึงพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ว่ารับรองสิทธิและกำหนดหน้าที่อย่างใดให้กับคนเพศเดียวกันในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม

3.1 การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศส

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสจะยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ซึ่งทำให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกันกับคู่สมรสชายหญิงทุกประการ แต่ก่อนที่จะให้คนเพศเดียวกันสามารถสมรสได้นั้น กฎหมายคู่ชีวิตของฝรั่งเศสที่เรียกว่า Pacte civil de solidarité (PACS)¹⁴ ก็ได้เปิด

¹³ ปัจจุบันกฎหมายครอบครัวของฝรั่งเศสกำหนดให้บุคคลสองคนซึ่งอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 144) สามารถสมรสได้โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องเพศ (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 143) กฎหมายดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียวไม่เป็นบุคคลต้องห้ามด้วยเรื่องความสัมพันธ์ทางสายเลือด (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 154) หรือมีสถานะสมรสอยู่ในขณะนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 147) ไม่ว่าจะเป็นการสมรสตามกฎหมายฝรั่งเศสหรือตามกฎหมายต่างประเทศ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้คู่สมรสที่มีเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้โดยต้องผ่านกระบวนการกลั่นกรองเช่นเดียวกันกับกรณีการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสต่างเพศ.

¹⁴ ตามกฎหมายฝรั่งเศสการจดทะเบียนดังกล่าวเป็นการยืนยันการอยู่ร่วมกันอีกรูปแบบหนึ่ง มีสิทธิและหน้าที่คล้ายคลึงกับคู่สมรสแต่มีความอ่อนคลายกว่าในหลายประการ เพราะในยุคนั้นฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้ โดยจุดเด่นของ PACS คือมีความครอบคลุมใช้ได้กับทุกเพศ ชายหญิงที่ยังไม่พร้อมที่จะสมรสเพราะมีเงื่อนไขมากมายสามารถเลือกสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยการจดทะเบียน PACS หากต่อไปมีความพร้อมจะจดทะเบียนสมรสกันภายหลังก็ได้ ถือเป็น

โอกาสให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมได้ ความพยายามในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศส จึงเป็นเรื่องที่ขึ้นสู่ศาลหลายต่อหลายครั้ง ประเด็นที่น่าสนใจและอาจเกิดขึ้นได้ในประเทศไทยคือ กรณีที่ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งต้องการรับบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม เพราะ ต้องการให้ตนมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นไม่แตกต่างไปจาก คู่ชายหญิง

กรณีตัวอย่างนี้เป็นคู่รักเพศเดียวกันที่เป็นหญิง ใช้ชีวิตร่วมกันเช่นเดียวกับครอบครัวอื่น ๆ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 ในสถานะที่เรียกว่า concubinage¹⁵ ทั้งคู่ต้องการมีบุตรด้วยกันจึงได้ปรึกษาแพทย์ ที่ประเทศเบลเยียมเพื่อใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับความนิยมอย่างมากจาก คนฝรั่งเศส โดยฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์ที่จะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองโดยใช้สอสุจิจากการบริจาคถูกต้อง ตามกฎหมายเบลเยียม ต่อมาได้คลอดทารกเพศหญิงในประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2000 ปรากฏ ข้อเท็จจริงว่าทั้งสามได้อยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวและช่วยกันอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงนั้นมาโดยตลอด ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสมีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของคนเพศเดียวกันที่เรียกว่า PACS หญิงทั้งสองจึงได้ จดทะเบียน PACS ในปี ค.ศ. 2002 เพื่อยกระดับความสัมพันธ์ให้มีสถานะทางกฎหมาย มีความแน่นแฟ้น มีสิทธิหน้าที่ที่ชัดเจนระหว่างกันเป็นครอบครัวที่มั่นคงยิ่งขึ้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 2006 คู่ชีวิตอีกฝ่ายเห็นว่าควรดำเนินการให้บุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็น บุตรชอบด้วยกฎหมายของทั้งคู่ จึงได้ยื่นคำร้องขอรับเด็กหญิงเป็นบุตรบุญธรรม¹⁶ โดยได้รับความยินยอม จากมารดาเด็ก แต่หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนปฏิเสธโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ทำได้ คู่ชีวิตฝ่ายที่ประสงค์จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาล ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า

ทางออกสำหรับคนเพศเดียวกันและคนต่างเพศที่ประสงค์จะอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวอย่างถูกต้องตามกฎหมาย. โปรตุเกสเพิ่มเติม Marie Lamarche, "Pacte civil de solidarité Rép. Civ. 2019" สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563 จาก <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000196>; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)," ใน *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น.365-389.

¹⁵ เป็นรูปแบบหนึ่งของการก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ รัฐรับรองสถานะทางกฎหมายให้แก่ผู้ที่ อยู่กันฉันฉันสามีภรรยา ปรากฏอยู่ในมาตรา 515-8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งให้นิยามว่า หมายถึง การอยู่ร่วมกัน ตามข้อเท็จจริงของบุคคลสองคนที่มีลักษณะของการใช้ชีวิตคู่ที่มีความมั่นคงและต่อเนื่อง ไม่ว่าระหว่างคนต่างเพศหรือระหว่าง คนเพศเดียวกัน แต่กฎหมายกำหนดระดับความสัมพันธ์ของ concubinage ไว้ในระดับน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับการสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิต (PACS).

¹⁶ ตามกฎหมายฝรั่งเศส การรับบุตรบุญธรรมแบ่งเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ 1. l'adoption plénière (Full Adoption) เป็นการรับบุตรบุญธรรมที่สามารถทำได้เฉพาะกรณีที่เด็กนั้นยังเป็นผู้เยาว์เท่านั้น และการรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้ไม่อาจ เพิกถอนได้ (Irrevocable) ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงในชีวิตของเด็ก โดยมากมักเป็นกรณีของการรับเด็กต่างชาติเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและครอบครัวเดิมจะหมดไปโดยสิ้นเชิง บุคคลที่สามารถรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้ได้แก่ คู่สมรส หรือบุคคลที่มีได้สมรสแต่มีคุณสมบัติประการอื่นครบตามเงื่อนไข โดยจะมีการออกสูติบัตรใหม่ให้แก่เด็ก และให้เด็กใช้นามสกุล ของครอบครัวใหม่ และ 2. l'adoption simple (Limited Adoption) เป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ไม่ได้ทำให้ความสัมพันธ์ ระหว่างเด็กและครอบครัวเดิมหมดไป เพียงแต่กฎหมายยอมรับให้สร้างความสัมพันธ์ใหม่กับครอบครัวใหม่ได้ เป็นการรับ บุตรบุญธรรมที่สามารถเพิกถอนได้ (Revocable) ไม่ว่าด้วยวิธีการร้องขอของบุตรบุญธรรมนั่นเอง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม จดทะเบียนเลิก หรือกรณีที่หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องเห็นสมควร ซึ่งตามปกติแล้วการรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้มักจะมีประโยชน์ ในเรื่องของการรับมรดก โดยสามารถทำได้ทั้งกรณีที่บุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์หรือบรรลุนิติภาวะแล้ว.



แม้ว่าผู้ร้องจะมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ และยังปรากฏด้วยว่าเด็กได้อยู่อาศัยเป็นครอบครัวโดยได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ร้องและมารดาของเด็ก แต่การรับบุตรบุญธรรมนั้นจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่พึงปรารถนาและไม่เป็นผลดีแก่เด็ก เนื่องจากการอนุญาตตามคำร้องจะส่งผลให้มารดาของเด็กสูญเสียอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดไปในทันที โดยอำนาจดังกล่าวจะเป็นของผู้รับบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ ตามมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่อาจอนุญาตตามที่ขอ (ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่ามาตรา 1598/28 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส)¹⁷

ผู้ร้องยื่นอุทธรณ์ โดยให้เหตุผลว่าการที่ศาลชั้นต้นตัดสินเรื่องการรับบุตรบุญธรรมจะเป็นผลให้มารดาเด็กซึ่งเป็นคู่ชีวิตของตนเสียอำนาจปกครองบุตรนั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่มารดาของเด็กได้ในอนาคต และมีข้อมูลว่าหลายประเทศในทวีปยุโรปยอมรับให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลเดียวกัน คือ ทั้งคู่ไม่สามารถใช้ “อำนาจปกครองร่วมกัน” (pouvoir coparental) ได้ เนื่องจากต้องห้ามตามความในมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หากพิจารณามาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะพบว่ากฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าหากเป็นกรณีและผู้รับบุตรบุญธรรมเป็น “คู่สมรส” ของบิดาหรือคู่สมรสของมารดาโดยกำเนิดของเด็ก กฎหมายอนุญาตให้ทั้งสองคือทั้งผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมสามารถใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ เช่น หากนาย B เป็นหม้ายมีบุตรติดมาด้วย ต่อมาสมรสกับนาง C กรณีนี้นาง C สามารถขอรับบุตรของสามีเป็นบุตรบุญธรรมได้ ผลคือทั้งนาย B และนาง C สามารถใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นนี้เองที่สร้างความแตกต่างระหว่างคู่ชีวิตและคู่สมรสตามกฎหมายฝรั่งเศส

คดีขึ้นสู่ศาลฎีกาในปี ค.ศ. 2007 ศาลฎีกา (Cour de cassation) แบ่งประเด็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องนี้เอาไว้ 2 ส่วน ดังนี้

1. การปฏิเสธคำร้องขอรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตอีกฝ่าย กฎหมายที่ศาลใช้ปรับแก้คดี คือ มาตรา 365 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ว่ามารดาของเด็กจะให้ความยินยอม แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายมุ่งที่จะให้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรมซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นถ่ายโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว ศาลจึงไม่อาจยินยอมให้ผู้ร้องรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่เรียกว่า PACS มิใช่การสมรส จึงไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง กรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่พึงระวังหากการรับบุตรบุญธรรมจะมีผลให้มารดาที่แท้จริงของเด็กสูญเสียอำนาจปกครองไป ในภายภาคหน้าถ้าบุคคลทั้งสองตัดสินใจเลิกคู่ชีวิต ผลที่ตามมาคือ เด็กนั้นจะเป็นบุตรบุญธรรมของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อไปและมีสิทธิหน้าที่ต่อกันตามกฎหมาย โดยที่เด็กนั้นถูกตัดขาดจากมารดาที่แท้จริงไปตั้งแต่ขั้นตอนการรับบุตรบุญธรรมแล้ว ผลทางกฎหมายในลักษณะนี้ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

¹⁷ ในบางประเทศ เช่น เยอรมนี ยอมให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมได้โดยไม่กระทบถึงอำนาจปกครองบุตร (มาตรา 1741 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง).

(the best interest of the child) หากผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ยินยอมยกเลิกการรับบุตรบุญธรรมไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ย่อมส่งผลกระทบต่อตัวเด็กอย่างแน่นอน

2. ปัญหาการมอบอำนาจปกครองบุตร (la délégation d'autorité parentale) ผู้ร้องต่อสู้ว่าภายหลังการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว ผู้ร้องจะทำหนังสือมอบอำนาจปกครองบุตรให้แก่มารดาเด็ก เช่นนี้มารดาเด็กจะไม่สูญเสียอำนาจปกครองไป ทั้งนี้ เนื่องจากศาลฝรั่งเศสเคยวางหลักไว้ในคดีก่อนหน้า¹⁸ ว่าศาลอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS สามารถ “มอบอำนาจปกครองบุตร” ให้แก่คู่ชีวิตหรือผู้ที่อยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนได้ โดยมีเงื่อนไขว่าทั้งคู่จะต้องอยู่ร่วมกันมาอย่างต่อเนื่องและมีสถานะคู่ชีวิตที่มั่นคง ที่สำคัญคือต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นตามพฤติการณ์และวิธีการดังกล่าวต้องเกิด ประโยชน์สูงสุดแก่ตัวเด็ก ในประเด็นนี้หากเป็นกฎหมายอังกฤษ¹⁹ คู่ชีวิตที่เป็นมารดาหรือบิดาของเด็กจะสูญเสียอำนาจปกครองไปเช่นกัน แต่ยังสามารถตกลงกันเพื่อทำความตกลงที่เรียกว่า Parental Responsibility Agreement เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ตลอดจนความรับผิดชอบให้กับคู่ชีวิตฝ่ายที่ประสงค์จะช่วยอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม แต่ศาลฝรั่งเศสก็ไม่ยอมให้ผู้ร้องรับบุตรของคู่ชีวิตเป็นบุตรบุญธรรม

อย่างไรก็ดีในปี ค.ศ. 2010 ศาลสูงได้พิพากษาโดยวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากคดีเมื่อปี ค.ศ. 2006 ว่า ผู้ร้องจะต้องแสดงเหตุผลให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาลได้ว่าการมอบอำนาจปกครองบุตรตามกรณีดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์และทำให้การดำรงชีวิตของเด็กนั้นดีขึ้น และต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการมอบอำนาจปกครองเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งจนไม่อาจละเลยได้²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ถ้าศาลไม่อนุมัติให้มีการมอบอำนาจปกครองย่อมจะส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของเด็ก

ศาลฎีกาฝรั่งเศสขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความบทบัญญัติมาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐหรือไม่ เพราะการที่มาตรา 365 ใช้บังคับเฉพาะกรณีของ “คู่สมรส” โดยไม่เปิดช่องให้คู่ชีวิตซึ่งมีเพศเดียวกันรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตราดังกล่าวมิได้เป็นอุปสรรคต่อเสรีภาพในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกัน เพียงแต่ไม่เปิดโอกาสให้ก่อตั้งความสัมพันธ์ที่เกิดจากการรับบุตรบุญธรรมและกฎหมายมิได้ห้ามคู่ชีวิตของบิดาหรือมารดาเด็กมิให้อุปการะเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนให้การศึกษาแก่เด็กแต่อย่างใด²¹ เป็นที่น่าเสียดายที่คำตอบของศาลที่ว่า

¹⁸ Cass. 1^{er} civ. [Supreme Court], 24 February 2006. เป็นกรณีของคู่รักหญิง-หญิง ซึ่งได้จดทะเบียน PACS ในปี ค.ศ. 1999 ต่อมาฝ่ายหนึ่งให้กำเนิดทารกเพศหญิงสองคนโดยไม่ปรากฏบิดาของเด็ก คู่ชีวิตอีกฝ่ายประสงค์จะร่วมใช้อำนาจปกครองเด็กทั้งสอง จึงยื่นคำร้องต่อศาล ซึ่งศาลเห็นว่ามาตรา 377 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้บัญญัติห้ามไว้.

¹⁹ Children Act 1989, Section 2 Parental responsibility for children.

“(1) Where a child’s father and mother were married to [or civil partners of,] each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child. ...

(5) More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time.”

²⁰ Cass. 1^{ère} civ. [Supreme Court], 8 July 2010.

²¹ Conseil constitutionnel [Constitutional Court], décision no. 2010 – 39, 6 October 2010.

กฎหมายฝรั่งเศสมิได้ห้ามการอุปการะเลี้ยงดูเด็กโดยพฤตินัยนั้น เป็นคำตอบที่มีได้เป็นการวางหลักหรือตีความกฎหมายให้เป็นบรรทัดฐาน

ท้ายที่สุดทั้งสองได้นำคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป²² โดยฟ้องรัฐฝรั่งเศสว่าการปฏิเสธคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมโดยศาลสูงฝรั่งเศสนั้นขัดต่อข้อบทที่ 8 และข้อบทที่ 14 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)²³ ลงนามวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950, มีผลใช้บังคับวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 กล่าวคือ ข้อบทที่ 8²⁴ ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการก่อตั้งครอบครัว ในขณะที่ข้อบทที่ 14²⁵ เป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการกระทำการต่าง ๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันมีที่มาจากความแตกต่างทางเพศ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ามาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศเดียวกันในการเข้าถึง “สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม” เนื่องจากมาตรานี้รองรับเฉพาะกรณีของการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลต่างเพศเท่านั้น โดยเหตุที่มาตรา 365 ใช้คำว่า “การสมรส” ซึ่งตามกฎหมายรวมถึงแนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศสในขณะนั้น คงหมายถึงเฉพาะการแต่งงานสร้างครอบครัวระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งอุปการะเลี้ยงดูบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเสมือนเป็นมารดาอีกคนหนึ่งเห็นว่าเด็กมีสิทธิที่จะมีทั้ง “บิดามารดา” (parents) ตามกฎหมายครบทั้งสองคน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นชายหญิงจดทะเบียน PACS หรือแม้แต่ชายหญิงที่เพียงแต่อยู่กันฉันสามีภริยาก็ยังถือว่าสิทธิดีกว่าคนเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS เนื่องจากคู่ชายและหญิงสามารถรับบุตรสืบสายโลหิตของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมได้ จึงขอให้ศาลมีคำสั่งให้รัฐบาลฝรั่งเศสแก้ไขกฎหมายมาตราดังกล่าวให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป เพื่อให้การเลือกปฏิบัตินั้นหมดไป

ข้อต่อสู้ประการหนึ่งของรัฐบาลฝรั่งเศสที่มีความน่าสนใจ คือ การเลิก PACS นั้นสามารถทำได้โดยง่ายและรวดเร็ว เพียงแค่ทั้งสองฝ่ายหรือแม้แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจเลิกก็สามารถไปแจ้งยกเลิกทางทะเบียนได้ โดยที่ไม่ผ่านการพิจารณาของศาลครอบครัว จึงไม่อาจรับประกันความมั่นคง

²² ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights (ECHR)) เป็นศาลในระดับระหว่างประเทศ แต่ผู้ทรงสิทธิที่สามารถฟ้องคดีได้คือประชาชนหรือปัจเจกชนที่ถูกโต้แย้งสิทธิ โดยสามารถฟ้อง “รัฐสมาชิก” ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจำเลยได้ หากบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา รัฐสมาชิกของอนุสัญญา มีทั้งสิ้น 47 รัฐ (ค.ศ. 2020) ได้แก่ รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร ไอร์แลนด์ นอร์เวย์ รัสเซีย ยูเครน ตุรกี สวิตเซอร์แลนด์ มอนเตเนโกร โมนาโก อัลบาเนีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ซานมาริโน มาเซโดเนีย จอร์เจีย มอลโดวา เซอร์เบีย อาร์เมเนีย อันดอร์รา อาเซอร์ไบจาน แลตเวีย

²³ ECHR, 31 August 2010, Gas and Dubois vs. France, no. 25951/07.

²⁴ Article 8: Right to respect for private and family life 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

²⁵ Article 14 : Prohibition of discrimination “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

ในชีวิตตลอดจนให้ความคุ้มครองเด็กหรือบุตรบุญธรรมที่ต้องมีชีวิตอยู่เป็นครอบครัวกับคู่ชายหญิงหรือคู่เพศเดียวกันที่ยกเลิก PACS ได้ในช่วงก่อนที่จะมีการเลิกทะเบียน อันเป็นกรณีที่มีความแตกต่างจากการสมรส หากคู่สมรสต้องการหย่าและมีบุตรด้วยกันหรือรับบุตรบุญธรรม ศาลครอบครัวจะหาทางไกล่เกลี่ยให้ก่อนเสมอ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก **หากพิจารณาประเด็นเดียวกันนี้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติกำหนดให้การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตไม่ต่างจากการหย่า ทั้งกรณีหย่าโดยความยินยอมและหย่าโดยคำพิพากษา การเลิกคู่ชีวิตไม่อาจทำได้โดยง่ายเหมือนการเลิก PACS ตามกฎหมายฝรั่งเศส อีกทั้งยังกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือคดีตามกฎหมายคู่ชีวิตไม่ต่างไปจากการสมรส จึงเป็นข้อแตกต่างระหว่างคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยกับคู่ชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศส**

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป²⁶ ได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญไว้ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำใดเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ต้องพิจารณาโดยเปรียบเทียบว่ารัฐปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันหรือสถานการณ์เดียวกันด้วยวิธีการหรือมาตรการที่แตกต่างกันหรือไม่ ซึ่งการเลือกปฏิบัตินั้นจะไม่ใช่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อสิ่งที่รัฐทำนั้นปราศจากเหตุผลที่เป็นภาวะวิสัยมารองรับ กล่าวคือ รัฐไม่สามารถอธิบายได้ว่าวิธีการที่นำมาใช้นั้นได้สัดส่วนและมีความพอสมควรแก่เหตุ เมื่อพิจารณาเป้าหมายที่ต้องการหรือไม่ หากรัฐจะปฏิบัติให้แตกต่างกันต่อกรณีอย่างเดียวย่อมต้องอธิบายได้ว่าใช้เกณฑ์ใดในการพิจารณา เช่น การยกเรื่องความแตกต่างทางเพศเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธสิทธิบางประการแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้น จะสามารถรับฟังได้ก็ต่อเมื่อรัฐสามารถอธิบายได้ว่าอาจมีเหตุร้ายแรงบางประการ หากยอมรับให้บุคคลดังกล่าวได้รับสิทธินั้น ๆ

(2) ศาลสิทธิมนุษยชนยืนตามคำตัดสินในคดี E.B. vs France²⁷ ว่ากฎหมายฝรั่งเศสยอมรับให้คนที่มิได้มีสถานภาพสมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ และสิทธิดังกล่าวนี้มิได้จำกัดเพียงแค่ว่าคนทั่ว ๆ ไปเท่านั้น ผู้มีความหลากหลายทางเพศก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสและรัฐบาลฝรั่งเศสเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าคดีที่กำลังพิจารณานั้นมีข้อเท็จจริงบางประการแตกต่างจากคดีข้างต้น เนื่องจากผู้ร้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมแบบมิชอบจำกัด (l'adoption simple) ของหน่วยงานรัฐฝรั่งเศส และฝรั่งเศสได้แถลงในคำให้การว่าจำเป็นต้องปฏิเสธ เนื่องด้วยกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้การรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้มีผลให้อำนาจปกครองโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม ทั้งที่มารดาผู้ให้กำเนิดก็ยังคงมีความประสงค์ที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กอยู่ต่อไป เพราะเด็กมิได้ตัดขาดจากครอบครัวเดิม ศาลจึงเห็นว่าหากยอมให้มีการรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้ได้ย่อมขัดต่อประโยชน์สูงสุดของตัวเด็กเอง

²⁶ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้รับฟังความคิดเห็นจากบรรดาคณะต่าง ๆ เช่น Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), International Commission of Jurists (ICJ), The European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), British Association for Adoption and Fostering (BAAF) รวมถึง Network of Europe LGBT Families Association ซึ่งองค์กรทั้งหลายนี้ได้ชี้แจงว่ากฎหมายของหลายประเทศในยุโรปมีแนวโน้มที่จะอนุญาตให้คู่ชีวิตของคนเพศเดียวกันสามารถรับบุตรของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งในปัจจุบันมีสมาชิกของ European Council 10 ประเทศที่ยอมรับ นอกจากนี้กฎหมายของบางมลรัฐในแคนาดา สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย รวมทั้งในบราซิล อุรุกวัย และนิวซีแลนด์ก็ได้ออมรับการรับบุตรบุญธรรมในกรณีเช่นกัน.

²⁷ ECHR, E.B. vs. France, no. 43546/02, 22 January 2008.



(3) ประเด็นชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาเทียบกับกรณีของผู้ร้องซึ่งเป็นเพศเดียวกัน ศาลเห็นว่าแม้แต่คนต่างเพศกันหากจดทะเบียน PACS ก็จะมีได้รับสิทธิตามกฎหมายในการรับบุตรบุญธรรมแบบจำกัด (l'adoption simple) อยู่แน่นอน เห็นได้ว่ากฎหมายมิได้ห้ามเฉพาะกรณีของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่ห้ามทั้งหมด ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายหรือประเภทของการจดทะเบียนของคู่ดังกล่าวเป็นสำคัญ

ด้วยเหตุนี้ศาลจึงพิพากษาว่า รัฐฝรั่งเศสมิได้กระทำการใด ๆ อันขัดต่อข้อบทที่ 8 และข้อบทที่ 14 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฯ

จากคำพิพากษาทั้งหมดที่ยกมาข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าเมื่อครั้งที่ประเทศฝรั่งเศสมีเพียงกฎหมายคู่ชีวิต (PACS) ก็ได้เปิดโอกาสให้คู่ที่เลือกใช้ความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวสามารถรับเด็กอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรมได้ กล่าวคือ ทั้งคู่ที่เป็นเพศตรงข้ามและคู่ที่เป็นเพศเดียวกัน หากจดทะเบียน PACS ก็ไม่อาจร่วมกันรับเด็กอื่นเป็นบุตรบุญธรรมได้ อันเป็นความแตกต่างที่ชัดเจนจากกรณีการสมรส ชายและหญิงที่จดทะเบียนคู่ชีวิตแต่ต่อมาประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันยังมีทางเลือกที่จะพัฒนาความสัมพันธ์ของตนให้กลายเป็นการสมรสได้ แล้วจึงจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม แต่หากก่อนปี ค.ศ. 2013 คู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกันย่อมไม่สามารถเปลี่ยนรูปแบบของความสัมพันธ์ให้เป็นการสมรสได้อย่างชายและหญิง ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนำข้อต่อสู้ของฝรั่งเศสที่ว่า รัฐไม่ได้ให้สิทธิชายและหญิงที่จดทะเบียน PACS ติไปกว่าคนเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS มาพิจารณาเป็นสำคัญนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่ถูกต้อง เพราะที่มาของปัญหาทั้งหมดในคดีคือการที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้ฐานของการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน คือ การสมรส (marriage) จึงไม่มีทางที่คนเพศเดียวกันจะร่วมกันรับบุตรบุญธรรมได้เลย หากศาลอธิบายว่าการเลิกคู่ชีวิต (PACS) สามารถทำได้ง่ายกว่าการสมรส จึงมีผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญต่อความมั่นคงของเด็กที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรม เช่นนี้ยังมีน้ำหนักมากกว่า

กระทั่งปี ค.ศ. 2018 ก็ยังคงมีกรณีปัญหาที่คล้ายคลึงกันเกิดขึ้นคือคดี Bonnaud et Lecoq²⁸ ซึ่งเป็นเลสเบี้ยนอยู่ร่วมกันมานานและจดทะเบียน PACS เมื่อปี ค.ศ. 2002 ทั้งคู่ต้องการมีบุตรจึงเดินทางไปใช้บริการทางการแพทย์ที่ประเทศเบลเยียม แต่เป็นกรณีที่แตกต่างจากตัวอย่างแรก เพราะกรณีนี้ทั้งสองคนล้วนตั้งครรภ์ คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งให้กำเนิดทารกเพศหญิง อีกฝ่ายหนึ่งให้กำเนิดทารกเพศชาย ในปี ค.ศ. 2006 ทั้งคู่ตกลงกันว่า จะรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนโดยยื่นคำร้องต่อศาล ผลในท้ายที่สุดคือศาลฝรั่งเศสไม่อนุญาต โดยยืนยันว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่ชีวิตที่เป็นเลสเบี้ยนเพราะกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับกรณีของคู่สมรสที่เป็นชายและหญิงด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี สถิติของกระทรวงยุติธรรมของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2018²⁹ แสดงให้เห็นว่าคู่รักเพศเดียวกันรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม 1,720 คน (จากทั้งสิ้น 2,925 คน) โดยมากเป็นคู่เลสเบี้ยนและ

²⁸ ECHR, Bonnard and Lecoq vs. France, no. 6190/11, 1st March 2018.

²⁹ Ministère de la justice [กระทรวงยุติธรรม], “L’adoption de l’enfant du conjoint,” [การรับบุตรของผู้ที่ตนใช้ชีวิตร่วมกันเป็นบุตรบุญธรรม], สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_175.pdf.

เป็นการรับบุตรบุญธรรมในลักษณะของ l'adoption plénière (Full Adoption) แต่เมื่อต้นปี 2563 ประเทศฝรั่งเศสตรากฎหมายเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ที่เปิดกว้างให้หญิงที่มีได้สมรสตลอดจนหญิงที่เป็นคู่เลสเบี้ยนสามารถตั้งครรภโดยใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าในอนาคตแนวโน้มการรับเด็กอื่นเป็นบุตรบุญธรรมจะลดลงอย่างต่อเนื่อง เพราะคนทั่วไปอาจต้องการมีบุตรสืบสายโลหิตของตนเองมากกว่าที่จะรับเด็กอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรม

3.2 การรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.

3.2.1 ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. กับการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน ในเรื่องนี้ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าคู่ชีวิตสามารถรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ โดยร่างมาตรา 39 กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคู่ชีวิตและบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตโดยอนุโลม หมายความว่าหากไม่ได้บัญญัติเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะในร่างพระราชบัญญัติ ก็ให้นำบรรพ 5 เรื่องการรับบุตรบุญธรรมมาปรับใช้กับการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิต ดังนั้น การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายคู่ชีวิตจึงไม่ต่างไปจากการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยที่เด็กมิได้ตัดขาดจากครอบครัวเดิม ยังคงมีสิทธิหน้าที่ต่อบิดามารดาผู้ให้กำเนิดอยู่ แต่เป็นการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจปกครองจากบิดามารดาเป็นของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ในกรณีนี้ปรากฏบิดามารดา เดียวยังคงมีสิทธิรับมรดกได้ทั้งสองทาง มีสิทธิหน้าที่ต่อครอบครัวเดิม ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับการอุปการะจากครอบครัวใหม่ด้วย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นของบทความว่าตามกฎหมายไทยนั้นคนโสดสามารถรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติห้ามแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่าสาระสำคัญของกระบวนการการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมอยู่ที่ขั้นตอนการพิจารณาคำขอและการทดลองเลี้ยงดูเด็กเสียมากกว่า โดยมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถจัดอบรมให้ความรู้ชีวิตที่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมเป็นการเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ในส่วนของข้อคัดค้านการให้คู่ชีวิตรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่มักจะหยิบยกเหตุผลมาอ้าง เช่น เด็กอาจเปี่ยงเบนเหมือนผู้รับบุตรบุญธรรม ข้อกังวลว่าเด็กอาจถูกเพื่อนล้อเลียนว่ามีพ่อสองคนหรือมีแม่สองคนหรือไม่ทราบจะอธิบายให้เด็กเข้าใจได้อย่างไรว่าเหตุใดจึงมีพ่อสองคนหรือถูกปฏิบัติเหมือนคนกลุ่มน้อยในเรื่องนี้ควรคำนึงด้วยว่าเด็กทั่วไปที่ไม่ได้เป็นบุตรบุญธรรมก็อาจถูกล้อเลียนได้ แม้แต่เด็กที่มีพ่อเป็นชายแม่เป็นหญิงก็หนีไม่พ้นการถูกล้อเลียนด้วยเรื่องอื่น เช่น ผลการเรียน รูปลักษณ์ภายนอก ฐานะของครอบครัว จึงขึ้นอยู่กับ การเลี้ยงดูเด็กให้มีความแข็งแรงทางอารมณ์ มีเกราะป้องกันทางจิตใจมากกว่าจะหาทางป้องกันไม่ให้เพื่อนล้อเลียน ดังนั้น การให้ความรู้กับคนในสังคมและนักเรียนในโรงเรียน

ในเรื่องเพศสภาพและสิทธิในการกำหนดเพศวิถีของตนเองย่อมจะมีประโยชน์ต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมมากกว่าที่จะกังวลในสิ่งที่ยังไม่มีหลักฐานชัดเจนว่าจะเกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี การที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ฉบับที่ผ่านการตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายอมรับการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิต นั้น แสดงให้เห็นว่าสำนักงานฯ เข้าใจสภาพสังคมที่เปลี่ยนไป ไม่ยึดติดกับกรอบคร่าวแบบดั้งเดิมที่จะต้องประกอบด้วยพ่อเป็นชาย แม่เป็นหญิง แต่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จำเป็นต้องมีครอบครัวอุปถัมภ์เลี้ยงดู อบรมสั่งสอน ให้เป็นคนดีเพื่อความสงบสุขของสังคม

มีข้อน่าสังเกตว่าในขั้นตอนการทดลองเลี้ยงดู หากกรณีทางเพศของคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายคู่ชีวิตแล้วถูกนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธไม่ให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม³⁰ เช่นนี้จะทำอย่างไร นำพิจารณาต่อไปว่าคำปฏิเสธนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 4³¹ ประกอบมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองเรื่องความเสมอภาคเอาไว้ โดยเฉพาะวรรคสามของมาตรา 27 บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” นอกจากนี้มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กำหนดนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศว่าหมายถึงการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ซึ่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ เห็นได้ว่าการนำเรื่องเพศวิถีของคู่ชีวิตมาใช้เป็นเหตุในการปฏิเสธการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้ แต่ถ้าวินิจฉัยการใช้เหตุผลลักษณะอื่น เช่น เจ้าหน้าที่ศูนย์อำนวยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมสืบทราบความประพฤติที่ไม่เหมาะสม หรือเห็นว่าอาชีพของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่อาจส่งผลกระทบต่อเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ใช้เวลาให้เด็ก หรือไม่สามารถอบรมบ่มเพาะเด็กให้เป็นพลเมืองดีได้ ก็ถือว่ามีความเหตุผลอันสมควรในการปฏิเสธ แต่เป็นเรื่องที่ต้องตรวจสอบเป็นกรณีไป

3.2.2 ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. แก้ปัญหาการใช้อำนาจปกครองบุตรบุญธรรม
โดยเปิดโอกาสให้คู่ชีวิตซึ่งหมายถึงคนเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้สามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้หากได้รับความยินยอมจากคู่ชีวิตฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมอยู่ก่อน โดยมีลักษณะเป็นการรับร่วมกัน การกำหนดเช่นนี้ไว้ชัดเจนในกฎหมายจะทำให้

³⁰ ดูประกอบ “กฎกระทรวงการสอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมและเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2554” ที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมว่ามีเหมาะสมหรือไม่

³¹ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”.

ให้ทั้งคู่มีและใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ (ร่างมาตรา 41) ฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่ก่อน จะไม่สูญเสียอำนาจปกครองให้แก่คู่ชีวิตฝ่ายที่จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมภายหลังแต่อย่างใด โดยเป็นการเขียนเฉพาะส่วนสำคัญไว้เป็นหลักและบรรดาสีทธิหน้าที่หรือเรื่องอื่นใดเกี่ยวกับบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีได้เขียนไว้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ จึงให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุตรบุญธรรมมาใช้บังคับแก่คู่ชีวิตและบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตด้วยโดยอนุโลม (ร่างมาตรา 39) นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัติยังได้กำหนดให้การจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายคู่ชีวิตและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการจดทะเบียนครอบครัวเช่นเดียวกับการรับบุตรบุญธรรมที่เคยเป็นมา หากไม่กำหนดไว้เช่นนี้อาจทำให้เกิดคำถามได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามกฎหมายคู่ชีวิตมีสถานะเป็นการจดทะเบียนครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัวหรือไม่ กล่าวได้ว่าเป็นการให้การรับรองว่าบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตมีสถานะครอบครัวเช่นเดียวกับบุตรบุญธรรมของคู่สมรส

ฝ่ายที่มีความเห็นต่างอาจมีข้อโต้แย้งว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมเอาไว้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ เนื่องจากพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2548 ใช้คำว่า “ผู้ใด” โดยมีได้ระบุเพศ ซึ่งผู้มีความหลากหลายทางเพศในฐานะปัจเจกชนก็สามารถรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องนำมาเขียนไว้เป็นการเฉพาะ ในประเด็นนี้สามารถอธิบายได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมฯ เป็นการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียว คือบุตรบุญธรรมมีสถานะทางกฎหมายเป็นบุตรของผู้รับเพียงคนเดียวและมีเพียงผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้นที่จะใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรนั้นได้ หากคู่ชีวิตอีกฝ่ายจะจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมด้วย ผลที่ตามมาคืออำนาจปกครองจะถ่ายโอนไปอยู่ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมคนหลังทันที³² จึงจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า “อำนาจปกครอง” และ “การใช้อำนาจปกครอง” เป็นสิ่งสำคัญหรือไม่ ถ้าสำคัญต่อเด็กเป็นอย่างมาก ก็สมควรให้ใช้อำนาจปกครองร่วมกันใช่หรือไม่ ผู้ร่างกฎหมายจึงไม่อาจละเลยประเด็นนี้ได้

ข้อพิจารณาเรื่องอำนาจปกครองกรณีรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม
มีผู้ให้นิยามอำนาจปกครองของบิดามารดาไว้ว่าเป็นอำนาจตามธรรมชาติของบิดามารดานับแต่บุตรได้กำเนิดมา เป็นอำนาจที่ใช้เพื่อประโยชน์ในการเลี้ยงดูรักษาบุตรให้เจริญเติบโตต่อไป เป็นอำนาจที่บิดามารดาใช้เพื่อประโยชน์ทั่วไปของครอบครัว³³ เป็นที่รวมของสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่บิดามารดาเพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งรวมถึงการดูแลรักษาทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ด้วย³⁴ นอกจากนี้สิทธิและหน้าที่ข้างต้นยังต้องเป็นไปเพื่อความมั่นคง เพื่อสุขภาพ ศีลธรรม ตลอดจนเป็นหลักประกันว่าจะได้รับการศึกษา มีการพัฒนาตนเองและมีความเคารพในบุคคลอื่น³⁵ โดยรวมแล้วอำนาจปกครองเป็น

³² เช่นเดียวกับการนิยามการรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม จะเกิดปัญหาในทำนองเดียวกันคืออำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาชอบด้วยกฎหมายจะสิ้นสุดลงและผู้รับบุตรบุญธรรมจะมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว.

³³ ประสพสุข บุญเดช, *อรรถาธิบาย แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* 2, น.659.

³⁴ A. Gouttenoire, « Autorité parentale » [Parental Authority], Rep. civ. Dalloz. no. 1.

³⁵ P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil* [Civil Law], Tome I, 31^e éd., L.G.D.J., 2007, no. 393.

อำนาจที่บิดามารดาใช้เพื่ออบรมเลี้ยงดูบุตร ปกป้องสวัสดิภาพบุตรของตนจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะนั่นเอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1567 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาเอาไว้ ได้แก่ 1) กำหนดที่อยู่ของบุตร 2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน 3) ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะรูป 4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้หน้าที่ตามมาตรานี้แล้วยังมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรตามมาตรา 1564 อีกด้วย เมื่อพิจารณาจะเห็นว่าล้วนเป็นเรื่องสำคัญต่อการดำรงชีวิต การพัฒนาตนเองและความมั่นคงปลอดภัยของผู้เยาว์ทั้งสิ้น สรุปได้ว่ากฎหมายกำหนดให้บิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์เพื่อปกป้องดูแล ค้ำครองบุตรจากบุคคลอื่นที่อาจมาทำละเมิดหรือสร้างความเสียหายให้กับผู้เยาว์ตลอดระยะเวลาที่บุตรยังอยู่ในสถานะผู้เยาว์ หมายความว่า ถ้าบุตรบรรลุนิติภาวะเนื่องจากสมรสอำนาจปกครองของบิดามารดาย่อมสิ้นสุดลงด้วยเช่นกัน

ย้อนกลับมาพิจารณาอำนาจปกครองของคู่ชีวิตภายหลังการรับบุตรบุญธรรมจึงเป็นเรื่องที่เข้าใจได้จากการอธิบายข้างต้นว่าอำนาจปกครองบุตรเป็นสิ่งสำคัญ การที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์รับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วย ย่อมมีความจำเป็นโดยเหตุผลของเรื่อง (la raison d'être) ที่จะต้องเขียนกฎหมายให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายมีและใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้ (ร่างมาตรา 41) เพื่อจะได้ไม่ต้องตีความว่าฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมอยู่ก่อนจะเสียอำนาจปกครองไปหรือไม่

4. ข้อพิจารณาเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต: การตีความมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481³⁶

ในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตนั้น คงไม่อาจเลี่ยงการกล่าวถึงกรณีการนำกฎหมายมาใช้ในการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้ในการรับบุตรบุญธรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้เพราะความเจริญก้าวหน้าของการคมนาคมระหว่างประเทศ ตลอดจนนโยบายของรัฐต่าง ๆ เปิดกว้างให้การขออนุญาตเข้าเมืองเป็นไปได้โดยง่ายมากขึ้น ด้วยการลดขั้นตอนหลายประการ ดังนั้น เมื่อการเดินทางข้ามประเทศและการโยกย้ายถิ่นฐานเป็นไปได้โดยสะดวก การก่อตั้งครอบครัวที่มีองค์ประกอบ

³⁶ แม้ประเทศไทยจะให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเทพว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือในการรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1993 แต่เนื้อหาของอนุสัญญา มิได้มีสาระอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงมิได้มีผลแทนที่กันแต่อย่างใด แต่ข้อบทในอนุสัญญา เป็นการคุ้มครองเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมผ่านการปฏิบัติงานของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เด็กมีความมั่นคงปลอดภัยหลังจากมีครอบครัวอุปถัมภ์ในต่างประเทศ เช่น กำหนดเรื่องการตรวจสอบคุณสมบัติ การคัดเลือกครอบครัวเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะไม่ตกเป็นเหยื่อค้ามนุษย์ ดังนั้น ในส่วนของการเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับความสามารถ เงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม จึงยังคงอยู่ภายใต้กลไกของกฎหมายขัดกันตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล.

ต่างประเทศ (foreign elements) ย่อมทวีจำนวนขึ้น แต่ที่ผ่านมารัฐมักจะให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางการค้า การเคลื่อนย้ายทุน โดยละเลยการปรับปรุงกฎหมายที่จำเป็นเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับ การก่อตั้งครอบครัวของบรรดานักลงทุนข้ามชาติเหล่านั้น ทั้งที่สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐพึงรับรองให้กับมนุษย์ทุกคนที่อาศัยอยู่ในดินแดนของตน

แม้กระทั่งในส่วนของการรับบุตรบุญธรรมซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 21481 (กฎหมายชดกัน) ภาค 5 ครอบครัว ก็ใช้บังคับมาเป็นเวลานานโดยมิได้มีการแก้ไขให้ทันสมัย ในช่วงเวลาที่มีการร่างกฎหมายนี้ สังคมยอมรับเฉพาะการสมรสระหว่างชายและหญิง บทบัญญัติทุกมาตราจึงมีขึ้นเพื่อใช้กับการสมรสเท่านั้น และคงไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ร่างตั้งใจเปิดช่องให้ตีความไปถึงกรณีที่ไม่คาดคิด คือ กลุ่มผู้รักเพศเดียวกันหรือมีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น โดยหลักแล้วย่อมไม่สามารถตีความบทบัญญัติเหล่านี้ให้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในอีกแง่มุมว่าในการร่างมาตรา 35³⁷ ผู้ร่างใช้คำว่า “ผู้รับบุตรบุญธรรม” หมายถึงบุคคลที่เป็นปัจเจกตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้สามารถรับบุตรบุญธรรมได้อีกทั้งผู้ร่างกฎหมายชดกันไม่ได้ใช้คำว่า “คู่สมรส” หรือ “สามี” หรือ “ภรรยา” ที่มีนัยยะถึงเพศ ในมาตรา 35 จึงเกิดคำถามว่าจะนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาการร่างบรรพ 5 เรื่องการรับบุตรบุญธรรมเพื่อประกอบการตีความ เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้คนที่มิได้มีสถานภาพสมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมได้มาตั้งแต่ต้น ส่วนบุคคลดังกล่าวจะมีเพศวิถีอย่างไรนั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทความว่าในความเป็นจริงผู้มีความหลากหลายทางเพศได้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมาโดยตลอด ในเมื่อการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ภายใต้กฎหมายชดกันมาตรา 35 เช่นนี้ย่อมสามารถนำมาตราเดียวกันนี้มาใช้บังคับกับการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตได้ เพราะในเบื้องต้นก็เป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยบุคคลคนเดียวไม่ต่างจากที่บัญญัติไว้ในบรรพ 5 แต่อย่างใด เพียงแต่ร่างกฎหมายคู่ชีวิตบัญญัติรับรองให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งสามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตฝ่ายที่รับอยู่ก่อนเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ ซึ่งจะดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในวันเดียวกันก็ได้ตามความสะดวกเพราะไม่ต้องนำเรื่องการทดลองเลี้ยงมาปรับใช้กับคู่ชีวิตฝ่ายที่มาจดทะเบียนรับในภายหลัง หรือจะทิ้งระยะเวลาในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตออกไปก็ได้ตามความพร้อมของตน

ในส่วนของสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรมนั้นกำหนดไว้ในมาตรา 35 ของกฎหมายชดกัน มี 4 เรื่องด้วยกัน ได้แก่ 1) ความสามารถ

³⁷ มาตรา 35 บัญญัติว่า “ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีสัญชาติอันเดียวกัน การรับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น ๆ

ถ้าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีสัญชาติแตกต่างกัน ความสามารถและเงื่อนไขแห่งการรับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย แต่ผลแห่งการรับบุตรบุญธรรมระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้รับบุตรบุญธรรม

สิทธิและหน้าที่ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวของตนตามก่าเนตินั้นให้ เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้รับบุตรบุญธรรม”.



ในการรับบุตรบุญธรรม เช่น กรณีคนวิกลจริตหรือไร้ความสามารถเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมหรือเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ 2) เงื่อนไขในการรับบุตรบุญธรรม เช่น อายุขั้นต่ำของผู้รับบุตรบุญธรรม ความแตกต่างของอายุผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ความยินยอมของคู่ชีวิตผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่ก่อน 3) ผลของการรับบุตรบุญธรรมระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม บางประเทศห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมสมรสหรือจัดคู่ชีวิตกับบุตรบุญธรรม และ 4) สิทธิและหน้าที่ระหว่างบุตรบุญธรรมและครอบครัวเดิม ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นกรณีที่จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการเด็กเป็นรับบุตรบุญธรรมนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับหลายประเทศ เพื่อให้เข้าใจชัดเจนยิ่งขึ้นขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 หากเป็นกรณีคู่ชีวิตสัญชาติฝรั่งเศส จัดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศส ต้องการรับบุตรบุญธรรมสัญชาติไทย เช่นนี้ย่อมไม่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ เพราะไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายไทย และถึงแม้มีความประสงค์ก็ไม่อาจทำได้เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น ดังนั้น หากต้องการรับบุตรบุญธรรมสัญชาติไทย ต้องกลับไปใช้การรับบุตรบุญธรรมตามบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้คนใดคนหนึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม และเมื่อข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศคือ สัญชาติที่แตกต่างกันระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม กฎหมายขัดกันย่อมเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีต่อไป

กรณีที่ 2 คู่ชีวิตตามกฎหมายไทย ฝ่ายหนึ่งสัญชาติฝรั่งเศส ต้องการรับเด็กสัญชาติไทยเป็นบุตรบุญธรรม กรณีนี้หากผู้ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมคือคนสัญชาติฝรั่งเศส มาตรา 35 กฎหมายขัดกันจะเข้ามาเกี่ยวข้องในทันที กล่าวคือ ในเรื่องความสามารถและเงื่อนไขแห่งการรับบุตรบุญธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ได้แก่ กฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย ซึ่งกฎหมายไทยในที่นี้หมายถึงกฎหมายคู่ชีวิตเพราะได้บัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้เป็นการเฉพาะ ผลดีคือการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายคู่ชีวิตยอมให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ คือใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้ ส่วนผลแห่งการรับบุตรบุญธรรมระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม มาตรา 35 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้รับบุตรบุญธรรม นั่นคือ กฎหมายฝรั่งเศส และประการสุดท้ายสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวของตนตามกำเนิดนั้นให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้รับบุตรบุญธรรม คือ กฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเทียบได้กับประเภทของ l'adoption simple (limited adoption) จึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุตรบุญธรรมกับครอบครัวเดิมไว้อย่างไร ย่อมเป็นไปตามนั้น

กรณีที่ 3 รับเด็กไร้สัญชาติที่พบตัวในประเทศไทยเป็นบุตรบุญธรรม คู่ชีวิตสัญชาติดัตช์ และสัญชาติไทยที่จดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยประสงค์จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแต่เด็กไม่ปรากฏสัญชาติเพราะถูกทอดทิ้งตั้งแต่เป็นทารก หรือกรณีเด็กชาวโรฮีนจา เช่นนี้จะทำอย่างไรเพราะเป็นกรณีการรับบุตรบุญธรรมที่มีลักษณะต่างประเทศ (foreign elements) และต้องเลือกกฎหมายที่จะใช้

บังคับ (choice of laws) กรณีนี้มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ กำหนดเรื่องของบุคคลผู้ไร้สัญชาติว่า “ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้นบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ” ทำให้สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายขัดกันของไทยมาใช้ได้ กล่าวคือ ไม่ว่ากรณีใดที่กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของเด็กย่อมหมายถึงกฎหมายที่เด็กนั้นมีภูมิลำเนา (domicile) หรือมีถิ่นที่อยู่ (residence) ซึ่งก็คือกฎหมายไทยเมื่อนำมาตรา 35 มาปรับใช้ ย่อมต้องแทนที่กฎหมายสัญชาติของบุตรบุญธรรมด้วยกฎหมายภูมิลำเนาหรือกฎหมายที่เด็กมีถิ่นที่อยู่

เห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ในหมวดว่าด้วยบุตรบุญธรรมนั้นมีความพร้อมที่จะรองรับความต้องการของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมในระดับเดียวกับที่กำหนดไว้ในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสามารถนำมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาปรับใช้ได้เมื่อมีจุดเกาะเกี่ยวกับหลายประเทศและจำเป็นต้องเลือกกฎหมาย

ความส่งท้าย

แนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับการก่อตั้งครอบครัว รวมถึงครอบครัวในอุดมคติของคนในยุคหนึ่งย่อมแตกต่างจากความเป็นจริงที่ปรากฏในอีกยุคหนึ่ง การเปิดกว้างของสังคมไทยที่มากขึ้นในขณะนี้ อาจทำให้การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตมีความเป็นไปได้มากยิ่งขึ้น หลังจากที่ได้ศึกษาจากประสบการณ์ของต่างประเทศที่ได้มีการต่อสู้คดีมาในทุกชั้นศาล พบว่าการต่อสู้ทางความคิดในเรื่องดังกล่าวมีมาโดยตลอด แม้ว่าในท้ายที่สุดผู้ร้องอาจจะไม่ชนะคดี แต่หลักกฎหมายที่ศาลฝรั่งเศสและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้อธิบายไว้ในคำพิพากษาก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการและต่อการพัฒนาของกฎหมาย ในขณะที่ประเทศไทยนั้น ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. แสดงถึงการพัฒนากฎหมายครอบครัวของไทยโดยการรับรองสถานะทางกฎหมายให้การก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกัน อย่างไรก็ดี คงต้องยอมรับว่าการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตตามที่เสนอในร่างพระราชบัญญัติจะเป็นจริงได้ก็ต่อเมื่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเปิดใจยอมรับและพิจารณาข้อเสนอตลอดจนผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้เสียอย่างเป็นกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องถือประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ และต้องเคารพหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ใช้ “เพศ” เป็นเกณฑ์ หากเป็นได้ตามที่กล่าวมา การปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทยย่อมไม่ไกลเกินเอื้อม