



การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศไทย
: ศึกษากรณีกฎหมายครอบครัว

โดย

นายวิศรุต ลำลีอ่อน

ดุขฎีนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุขฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศไทย
: ศึกษากรณีกฎหมายครอบครัว

โดย

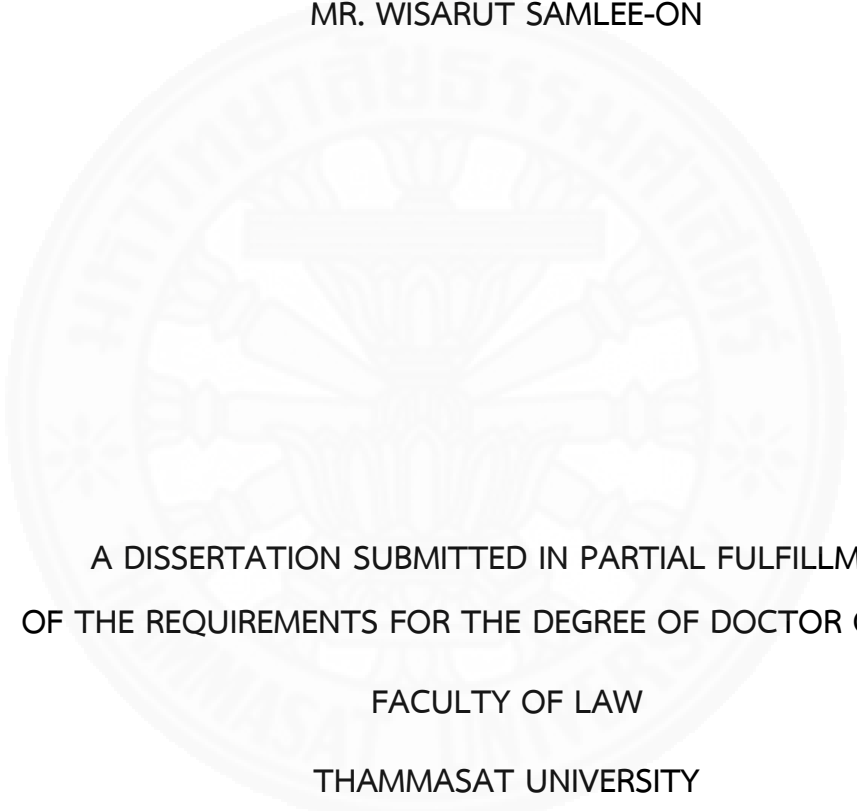
นายวิศรุต สำลีอ่อน

ดุขฎีนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตร์ดุขฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

DEVELOPMENTS ON THAI PRIVATE INTERNATIONAL LAW
PRINCIPLES: A CASE STUDY OF FAMILY LAW

BY

MR. WISARUT SAMLEE-ON



A DISSERTATION SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายวิศรุต สำลีอ่อน

เรื่อง

การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศไทย: ศึกษากรณีกฎหมายครอบครัว

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

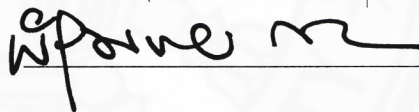
เมื่อวันที่ 13 เดือน กรกฎาคม พ.ศ.2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



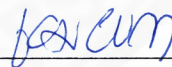
(ศาสตราจารย์คณิ่ง ภาไชย)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์




(อาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะอภัยคุณ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์พิเศษ จรรย์ ภัคดีธนาภล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรรณปัญญานันต์)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ของประเทศไทย: ศึกษากรณีกฎหมายครอบครัว
ชื่อผู้เขียน	นายวิศรุต สำลีอ่อน
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	อาจารย์ ดร. เอมผกา เตชะอภัยคุณ
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย และผลการศึกษาในเบื้องต้นพบว่า แนวความคิดในการจัดการครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีความใกล้เคียงกับแนวความคิดของประเทศไทย กล่าวคือ มีแนวความคิดที่ต้องการจะรักษาความยุติธรรมทางครอบครัว, เสถียรภาพทางครอบครัว และประสิทธิภาพในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว ดังนั้นการกำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยจึงสามารถศึกษาบทเรียนจากการพัฒนากฎหมายของประเทศไทยแล้วนำมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับประเทศไทยได้

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ยังค้นพบว่ากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีปัญหาที่ควรได้รับการพัฒนาแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

- 1) กลุ่มปัญหาที่เกิดขึ้นจากปัจจัยภายในของประเทศไทย คือ ปัญหาที่มีสาเหตุจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย, การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการพิจารณาคดีของศาลไทย และ
- 2) กลุ่มปัญหาที่เกิดจากปัจจัยระหว่างประเทศ คือ ปัญหาที่มีสาเหตุจากความแตกต่างของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยและประเทศอื่น

ซึ่งแต่ละปัญหาล้วนส่งผลกระทบต่อแนวความคิดในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศไทยในทางใดทางหนึ่ง

แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยที่ได้จากการศึกษาค้นคว้านี้มีดังต่อไปนี้

1) ภาควิชาการไทยควรสร้างองค์ความรู้ในวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลให้นักศึกษากฎหมายอย่างรอบด้าน เพื่อสร้างนักกฎหมายรุ่นใหม่ที่จะเห็นถึงความสำคัญและมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

2) ฝ่ายนิติบัญญัติควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 เพื่อนำระบบผสมมาใช้ในการกล่าวอ้างและพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศในคดีหย่า และแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้ศาลไทยสามารถตรวจสอบอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศตลอดจนนำหลัก *forum non conveniens* มาใช้ในการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ยังควรประกาศใช้พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.... เพื่อให้ประเทศไทยสามารถจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศได้

3) เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายบริหารควรเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายครอบครัวที่ดีโดยมีความเข้าใจว่าสิทธิในการจดทะเบียนครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน และควรมีใจใฝ่ให้บริการด้านการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ประชาชนอย่างเต็มกำลังความสามารถ นอกจากนี้กระทรวงมหาดไทยควรหมั่นกำกับดูแลการทำงานและลงโทษเจ้าหน้าที่ได้บังคับบัญชาที่ปฏิบัติหน้าที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

4) ฝ่ายตุลาการควรทบทวนแนวทางการปรับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศอยู่เสมอ เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง, เหมาะสม และเป็นธรรม

5) อาเซียนควรจัดทำกฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เป็นเอกรูป โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวและการรับรองสถานะครอบครัว โดยศึกษาตัวอย่างจากกฎหมายเอกรูปที่จัดทำขึ้นในที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและสหภาพยุโรปแล้วนำมาประยุกต์ใช้ แต่อย่างไรก็ตามการสร้างกฎหมายเอกรูปด้านครอบครัวของอาเซียนอาจมีอุปสรรคจากความหลากหลายในความเชื่อทางศาสนาอันมีผลต่อกฎหมายครอบครัวของแต่ละประเทศ และสภาพองค์กรของอาเซียนเองที่ให้อำนาจการตัดสินใจสูงสุดอยู่ที่ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน และอุปสรรคจากความแตกต่างทางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ดังนั้นอาเซียนควรเริ่มต้นจากการสร้างกฎหมายเอกรูปในประเด็นอื่นก่อน เช่น กฎหมายการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศ จากนั้นจึงค่อยหันกลับมาสร้างกฎหมายเอกรูปด้านครอบครัวในอนาคตต่อไป

คำสำคัญ: กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, กฎหมายครอบครัว

Dissertation Title	DEVELOPMENTS ON THAI PRIVATE INTERNATIONAL LAW PRINCIPLES : A CASE STUDY OF FAMILY LAW
Author	Mr. Wisarut Samlee-on
Degree	Doctor of Laws
Department/Faculty/University	Law Thammasat University
Dissertation Advisor	Associate Professor Punthip Kanchanajitra Saisoontorn, Ph.D.
Dissertation Co-Advisor	Ajarn Aimpaga Techa-apikun, Ph.D.
Academic Year	2016

ABSTRACT

Main objective of this thesis is to find out how to develop Thai family laws with foreign elements. At first the study point out that concepts of laws on family with foreign elements management in European countries are similar to Thai; namely a concept of family justice, family security and effectiveness in family management. Hence some guidelines for Thai family law with foreign element management may be drawn from European experiences in family law development

The study also found that Thai family laws with foreign elements have 2 kinds of problems:

1) Problems from Thai internal factors are the problems causing from law provisions, execution of state officers or trial in court.

2) Problems from international factors are the problems causing from differences between Thai family laws with foreign elements and other countries' law.

Each problem has negative effects to concepts of Thai family relation management in one way or another.

The study suggests that Thai family laws with foreign elements should be

developed in these issues:

1) Thai law academies should make an all-round knowledge in private international law to their students so that those students would be new generation lawyers who realize the importance of private international law.

2) Thai legislative should amends family law with foreign elements especially in divorce cases. First, Conflict of Laws Act B.E.2481 should be amended to apply mixed system. Second, Code of Civil Procedure should be amended so that court may examine exclusive jurisdiction of foreign courts and to apply *forum non conveniens* principle. Third, Civil Partnership Act B.E.... should be enforced so that same sex relations would be able to be registered in Thailand.

3) State officers should be good family law executors who realize that a right to family registration is fundamental right of all and should have service mind in family registration. Furthermore Ministry of the Interior should always supervise their officers and sometimes applies disciplinary actions to any officer who violate the laws or regulations.

4) Thai judicial should regularly review how to apply the laws in hearing of family cases with foreign elements.

5) ASEAN should make the unified laws on family relation management especially a unified rule on choice of laws and recognition of family status by studying experience from unified family laws of the Hague Conference on Private International Law and EU. However making a unified family law in ASEAN may have some obstacles arising from its organization that give the highest authority to ASEAN Summit and from differences of each member states' social, religions and culture. Hence an ASEAN unified law should start on the other fields, for instance international trade and business law, then turn back to family law afterward.

Keywords: Private International Law, Family Law

กิตติกรรมประกาศ

ตลอดระยะเวลา 5 ปีของการศึกษานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มีผู้คนมากมายที่อยู่เบื้องหลังงานนิพนธ์เล่มนี้ ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์คณิง ภาไชย ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการการสอบดุษฎีนิพนธ์ ซึ่งก่อนหน้านี้นักท่านอาจารย์คณิงยังให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบ ดุษฎีนิพนธ์ชั้นปริญญาโทของผู้ศึกษาอีกด้วย ตลอดเวลาการทำงานนิพนธ์ชั้นนี้ท่านอาจารย์คณิงได้ให้ผู้ศึกษาเข้าพบเพื่อขอรับคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการสร้างสมองค์ความรู้ด้านกฎหมายครอบครัวหลายต่อหลายครั้งที่สำนักงานกฎหมายของท่าน นอกจากนี้ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษ จรรย์ ภักดีธนากุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ ที่กรุณาเป็นคณะกรรมการการสอบดุษฎีนิพนธ์ สำหรับท่านอาจารย์จรรย์ ผู้ศึกษาได้รับความกรุณาจากท่านในการเข้าพบเพื่อขอรับคำแนะนำเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมและการคุ้มครองสตรีและเด็กในครอบครัวทั้งที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต ในคราวที่ท่านเดินทางมาเป็นวิทยากรพิเศษ ส่วนท่านอาจารย์สมเกียรตินั้น ผู้ศึกษาได้รับคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในเรื่องหลักการและความคิดพื้นฐานของกฎหมายเอกชน ซึ่งทำให้ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์มากขึ้น

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ที่ความเมตตาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาดุษฎีนิพนธ์ให้แก่ศิษย์แสนดีคนนี้ ซึ่งนอกจากองค์ความรู้ด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว ผู้ศึกษายังได้เรียนรู้แนวทางการเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาดุษฎีนิพนธ์ที่ดีและอีกหลายสิ่งหลายอย่างจากท่านอาจารย์พันธุ์ทิพย์ซึ่งจะกลายเป็นต้นแบบในการดำรงตนของผู้ศึกษาต่อไป และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะอภัยคุณ ที่กรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมในช่วงโค้งสุดท้ายซึ่งคำชี้แนะและกำลังใจจากท่านอาจารย์เอมผกาเป็นอีกปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ผู้ศึกษาสามารถทำดุษฎีนิพนธ์เล่มนี้ได้สำเร็จ ลุล่วง และผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณพระอาจารย์ ดร.ชาติชาย เขษณฺสุมน (พระสุมนโพธิ) ซึ่งก่อนที่ท่านจะเข้าสู่ร่มกาสาวพัสตร์ พระอาจารย์ ดร.ชาติชายได้กรุณาดูแลผู้ศึกษาในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมตั้งแต่เริ่มต้นการสอบวัดคุณสมบัติมาจนถึงช่วงต้นปี 2560 ตลอดเวลากว่า 4 ปีแห่งการเดินทางร่วมกันในทางวิชาการ ท่านได้สละเวลาให้ความรู้ แง่คิด ตลอดจนแนวทางการทำงานแก่ผู้ศึกษาอย่างเหลือคณานับ จนกล่าวได้ว่าท่านเป็นครูต้นแบบอีกคนหนึ่งที่คุณศึกษาจะขอยึดถือเป็นแบบอย่างที่ดีตลอดไป

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อเรวัชและคุณแม่จรรยา สำลืออ่อน ผู้มีพระคุณสูงสุดในชีวิต ท่านทั้งสองคอยให้การสนับสนุนด้านกำลังใจและกระตุ้นให้ผู้ศึกษาลุกขึ้นสู้กับความท้อแท้เหนื่อยอ่อนเสมอมา ผู้ศึกษาขอขอบคุณคุณชลธิชา อัศวินรัตนตร คู่หมั้นที่รักและเพื่อนคู่คิดที่ดีที่สุดของผู้ศึกษาสำหรับการเป็นผู้อ่านคนแรก (first reader) ที่คอยให้คำแนะนำด้านการจัดเรียงประโยคให้ดุษฎีนิพนธ์เล่มนี้อ่านง่ายมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นผู้ฟังที่น่ารักในเวลาที่คุณศึกษาต้องการข้อมจัดลำดับความคิดด้วยการพูด จนอาจกล่าวได้ว่าดุษฎีนิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ด้วยการสนับสนุนจากครอบครัวของผู้ศึกษาอย่างแท้จริง

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณดร.อาทิตย์ อุไรรัตน์ อธิการบดีมหาวิทยาลัยรังสิต ที่ได้ให้ความเมตตาแก่ผู้

ศึกษา ทั้งการรับผู้ศึกษาซึ่งเมื่อ 6 ปีก่อนยังเป็นเพียงบัณฑิตจบใหม่ให้เข้าทำงานเป็นอาจารย์กฎหมายและยังอนุมัติทุนสนับสนุนการศึกษาสำหรับการศึกษาต่อครั้งนี้อีกด้วย และขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษวิชา มหาคุณ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต ตลอดจนคณาจารย์และบุคลากรในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต สำหรับไมตรีจิต, กำลังใจและคำแนะนำดีๆที่มีให้แก่ผู้ศึกษาเสมอมา

ผู้ศึกษาขอขอบคุณเหล่านักกฎหมายคนเก่งจากโครงการบางกอกคลินิกเพื่อให้คำปรึกษากฎหมายด้านสถานะและสิทธิบุคคล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้แก่ คุณศิวินุช สร้อยทอง (น้องปลาทอง), คุณปภาวดี สลักเพชร (น้องต่าย), คุณเบญญาภา ลุนบุตตา (น้องเฟิร์น) และคุณดลพร ศัลยพงษ์ (น้องแพรว) สำหรับการเป็น “effective team” ที่สนับสนุนข้อมูลเรื่องจริงในสังคมไทยหลายต่อหลายเรื่องที่คุณศึกษาใช้เป็น “true stories” อ้างอิงในดัชนีพนธ์เล่มนี้ ขอขอบคุณมูลนิธิฮันส์ ไชเดลที่ให้ความอนุเคราะห์ต่อการจัดพื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ให้ผู้ศึกษาได้แลกเปลี่ยนทางวิชาการกับนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านตลอดเวลาการทำดัชนีพนธ์ และขอขอบคุณอาจารย์อานนท์ ศรีบุญโรจน์ แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ มิตรรักที่คอยรับโทรศัพท์ของผู้ศึกษาเสมอๆในคราวที่ผู้ศึกษาต้องการแลกเปลี่ยนมุมมองทางกฎหมาย

ขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่าน ได้แก่ Prof.Katrina Legrada มหาวิทยาลัย De La Salle ประเทศฟิลิปปินส์, Prof.YEO Tiong Min มหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์, Dr.Do Thi Mai Hahn และคณาจารย์จากมหาวิทยาลัยนิติศาสตร์นครโฮจิมินห์, คุณธนิต ต้นบัวคลี่ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก และคุณวรานนท์ วานิชประภา Partner of Baker & McKenzie Limited Attorneys at Law ที่สละเวลาให้ความรู้ด้านกฎหมายครอบครัวแก่ผู้ศึกษา และขอขอบคุณผู้ปรากฏนามเป็นกรณีศึกษาในดัชนีพนธ์ฉบับนี้ทุกท่าน ที่ทำให้ผลงานวิชาการเล่มนี้มีพื้นฐานบนความเป็นจริงของชีวิตมนุษย์

และท้ายที่สุด ผู้ศึกษาขอรำลึกในพระมหากรุณาธิคุณขององค์ล้นเกล้ารัชกาลที่ 5 เอกกษัตริย์ผู้ทรงเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายครอบครัวไทยสมัยใหม่ และบูรพาจารย์ผู้มีส่วนร่วมในการพัฒนากฎหมายครอบครัวไทยที่ทำให้ครอบครัวของมนุษย์ในประเทศไทยได้รับการดูแลคุ้มครองจากกฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษาหวังว่าดัชนีพนธ์เล่มนี้จะเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สถาบันครอบครัวไทยมีความยุติธรรม มีเสถียรภาพ และรัฐไทยมีระบบการคุ้มครองครอบครัวที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นไป

นายวิศรุต สำลีอ่อน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 โจทย์วิจัย	5
1.4 นิยามศัพท์	6
1.5 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5.1 ขอบเขตด้านประเด็น (Material Scope)	6
1.5.2 ขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ (Geographic Scope)	7
1.5.3 ขอบเขตด้านเวลา (Temporal Scope)	7
1.5.4 ขอบเขตด้านกลุ่มเป้าหมาย (Personal Scope)	8
1.6 วิธีการศึกษา	8
1.6.1 การวิจัยเอกสาร	8
1.6.2 การวิจัยเชิงประสบการณ์	8
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
บทที่ 2 พัฒนาการและแนวความคิดในกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของยุโรป	10
2.1 พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป	10
2.1.1 การทำให้กฎหมายครอบครัวเกิดความชัดเจน	11
2.1.1.1 การสร้างกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษร	11

2.1.1.2 การสร้างหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน	13
2.1.2 การสร้างกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	16
2.1.2.1 กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว	16
2.1.2.2 กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูป	19
2.1.3 การใช้กฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว	24
2.1.3.1 กฎหมายการทะเบียนครอบครัว	25
2.1.3.2 กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว	25
2.1.3.3 กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป	27
2.1.3.4 กฎหมายครอบครัวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน	34
2.2 แนวความคิดเบื้องหลังกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป	38
2.2.1 ความยุติธรรมทางครอบครัว (family justice)	38
2.2.2 เสถียรภาพทางครอบครัว (family security)	39
2.2.3 ประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัว (effectiveness in family protection)	41
บทสรุป	43
บทที่ 3 ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย	45
3.1 การเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ของประเทศไทยและประเทศในยุโรป	45
3.1.1 ความยุติธรรมทางครอบครัว	46
3.1.1.1 ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายในประเทศ: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5	46
3.1.1.2 ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ: พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481	49
3.1.2 เสถียรภาพทางครอบครัว	51
3.1.2.1 เสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายในประเทศ: พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478	51
3.1.2.2 เสถียรภาพทางครอบครัวระหว่างประเทศ: กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว	52
3.1.3 ประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัว	57
3.2 ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย	60

3.2.1	กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง	60
3.2.1.1	ปัญหาในการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	60
3.2.1.2	ปัญหาสถานะสมรสของคนเพศเดียวกันในประเทศไทย	67
3.2.1.3	ปัญหาไร้รัฐไร้สัญชาติถูกปฏิเสธการจดทะเบียนครอบครัว	73
3.2.1.4	ปัญหาการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนสัญชาติต่างประเทศ	78
3.2.1.5	ปัญหาการจดทะเบียนการเกิดให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักร	79
3.2.2	กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ	81
3.2.2.1	ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัว	81
3.2.2.2	ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว	83
	บทสรุป	85
	บทที่ 4 แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย	86
4.1	ฝ่ายนิติบัญญัติควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	86
4.1.1	การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	86
4.1.1.1	ปรับเปลี่ยนระบบการใช้กฎหมายต่างประเทศมาเป็นระบบผสม	87
4.1.1.2	ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ศาลได้ตรวจสอบว่าคดีหย่าที่โจทก์ยื่นฟ้องนั้นไม่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศ	91
4.1.1.3	นำหลัก forum non conveniens มาใช้ในการพิจารณาคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	92
4.1.2	การประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ....	93
4.2	เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายบริหารควรเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายการทะเบียนครอบครัวที่ดี	95
4.2.1	การปรับเปลี่ยนทัศนคติของเจ้าหน้าที่รัฐระดับปฏิบัติการในการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติ	95
4.2.2	นายทะเบียนครอบครัวควรมีทักษะภาษาต่างประเทศที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติ	96
4.2.3	ปรับปรุงแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนคนเกิดให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักร	97

4.3 ฝ่ายตุลาการควรถบทบทวนแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และแนวทางการสร้างความยุติธรรมทางครอบครัว	97
4.4 อาเซียนควรมีกฎหมายเอกรูปสำหรับการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ	99
4.4.1 กฎหมายเอกรูปว่าด้วยหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัว	100
4.4.2 กฎหมายเอกรูปว่าด้วยการรับรองสถานะทางครอบครัว	102
4.5 ภาควิชาการควรให้ความสำคัญต่อการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศ	108
แผนกคดีบุคคล	
บทสรุป	109
บทที่ 5 สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ	111
5.1 ผลการศึกษา	111
5.1.1 พัฒนาการและแนวความคิดเบื้องหลังของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป	111
5.1.2 ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย	113
5.2 ข้อเสนอแนะ	115
5.2.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย	116
5.2.2 ข้อเสนอแนะเชิงวิชาการ	119
บรรณานุกรม	120
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก บันทึกการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกับคณาจารย์คณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์ ประเทศเวียดนาม ณ ห้องประชุม A301 มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์ เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2558	129
ภาคผนวก ข หนังสือสั่งการกรมการปกครอง ที่ มท0309.3/9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทย กับบุคคลต่างด้าว	136

ภาคผนวก ค	บันทึกการให้สัมภาษณ์ของคุณวรานนท์ วาณิชประภา Partner และ LGBT Spokeperson ประจำสำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie ณ ห้องประชุม Beijing สำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2560	139
ภาคผนวก ง	ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการจดทะเบียนสมรส และการจดทะเบียนคู่ชีวิต	149
ภาคผนวก จ	บันทึกการให้สัมภาษณ์ของคุณธนิต ต้นบัวคลี่ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก ณ สำนักงานเขตบางรัก เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558	151
ภาคผนวก ฉ	ตารางเปรียบเทียบกฎหมายเกณฑ์การเลือกกฎหมายของประเทศ สมาชิกประชาคมอาเซียน	158
ภาคผนวก ช	ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายและวิธีการรับรองสถานะครอบครัว ของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน	163
ประวัติผู้เขียน		166

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ครอบครัวถือเป็นรากฐานสำคัญของสังคมมนุษย์ เพราะนับแต่กำเนิดจากครรภ์มารดา มนุษย์ก็ได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัว จากนั้นเมื่อเริ่มเติบโตใหญ่ มนุษย์ก็ได้รับการอบรมสั่งสอนทักษะการใช้ชีวิตในสังคม จากผู้หลักผู้ใหญ่ จนกระทั่งมีการสร้างครอบครัวใหม่เป็นของตนเองเมื่อถึงวัยอันควร และสุดท้ายในยามแก่ชรา มนุษย์ยังได้รับการดูแลจากลูกหลานในครอบครัว และด้วยเหตุที่ครอบครัวมีความสำคัญต่อชีวิตมนุษย์มากถึงเพียงนี้ รัฐจึงมีความจำเป็นที่ต้องเข้ามาดูแลจัดการความสัมพันธ์ในครอบครัวของมนุษย์โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ และเราอาจเรียกกฎหมายนี้ว่า “*กฎหมายครอบครัว (family law)*”

กฎหมายครอบครัวของประเทศต่างๆในช่วงแรกเริ่มมีศูนย์กลางอยู่ที่นิติสัมพันธ์ระหว่างชาย-หญิง บนพื้นฐานของจารีตประเพณีในสังคม ทำให้กฎหมายครอบครัวในยุคเริ่มแรกนั้นประกอบด้วยกฎหมาย 2 ลักษณะ คือ

1) **กฎหมายครอบครัวเอกชน (private family law)** คือ กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิและหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัว และกล่าวถึงเฉพาะนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่พบเห็นได้ทั่วไปในสังคม เช่น การหมั้น, การแต่งงาน, การหย่า หรือการรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

2) **กฎหมายครอบครัวมหาชน (public family law)** คือ กฎหมายที่มีกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเข้ามาบริหารจัดการสถานะครอบครัวของผู้คนในสังคม รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของสมาชิกในครอบครัว

ในเวลาต่อมา เมื่อมนุษย์มีการเดินทางโยกย้ายถิ่นฐานระหว่างประเทศมากขึ้น นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวจึงได้แบ่งแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1) นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ “*ไม่มี*” ลักษณะระหว่างประเทศ หมายถึง นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกี่ยวข้องและสามารถจัดการได้โดยใช้กฎหมายเอกชนทางครอบครัวของประเทศใดประเทศหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น การพิจารณาสีทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสสัญชาติไทยและการสมรสเกิดขึ้นในประเทศไทย ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายเอกชนทางครอบครัวของประเทศไทย เพราะนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสคู่นี้ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศอื่นใดในโลกนอกจากประเทศไทยเท่านั้น

2) นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ “*มี*” ลักษณะระหว่างประเทศ หมายถึง นิติสัมพันธ์ทางครอบครัว

ที่เกี่ยวข้องและต้องจัดการด้วยกฎหมายครอบครัวของประเทศมากกว่า 1 ประเทศ ยกตัวอย่างเช่น การพิจารณาสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสสัญชาติไทยและสัญชาติลาว หรือการสมรสระหว่างคนสัญชาติไทยแต่เกิดขึ้นในประเทศลาว เป็นต้น ซึ่งจะเห็นว่าการสมรสตามตัวอย่างนี้เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวของ 2 ประเทศ คือ ประเทศไทย และประเทศลาว

สถานการณ์การจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวในช่วงแรกๆนั้น ประเทศต่างๆจะใช้กฎหมายครอบครัวทั้งเอกชนและมหาชนเข้ามาจัดการกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวทุกกรณีที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตดินแดนของตน แต่ต่อมาภายหลังประเทศต่างๆเกิดการยอมรับว่าการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นต้องแบ่งแยกออกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 เป็นการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วยกฎหมายมหาชน ซึ่งประเทศต่างๆยอมรับว่าหากนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดขึ้นภายในอาณาเขตดินแดนของประเทศใด ย่อมเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของประเทศนั้นที่จะใช้กฎหมายมหาชนทางครอบครัวของตนจัดการกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้นได้ เพราะกรณีนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และรัฐย่อมมีสถานะทางกฎหมายที่เหนือกว่าเอกชน จึงชอบที่จะใช้กฎหมายมหาชนทางครอบครัวของตนบังคับกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตดินแดนของประเทศตนได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial jurisdiction)

กรณีที่ 2 เป็นการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วยกฎหมายเอกชน ซึ่งประเทศต่างๆก็ยอมรับเช่นกันว่าไม่สามารถจัดการได้โดยกฎหมายเอกชนทางครอบครัวของประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายเอกชนทางครอบครัวของแต่ละประเทศล้วนมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน และการใช้กฎหมายครอบครัวภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งบังคับกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมายครอบครัวภายในของประเทศอื่นๆที่เกี่ยวข้องเลยย่อมถูกมองได้ว่าเป็นการไม่เคารพอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่นที่มีเหนือนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้น เพราะกรณีนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน ดังนั้นประเทศต่างๆจึงต้องสร้างกฎหมายขึ้นมาอีกลักษณะหนึ่งเพื่อใช้จัดการกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และเราเรียกกฎหมายนี้ว่า **“กฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (family law with foreign elements)”** ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายอีก 2 ลักษณะ คือ

1) **กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว (conflict of laws on family/matrimonial matters)** คือ กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายครอบครัวสารบัญญัติเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลในครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และ

2) **กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว (law on recognition of family status)** คือ กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวที่บุคคลได้รับมาจากต่างประเทศ

เราจึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายครอบครัวของประเทศต่างๆในปัจจุบันประกอบด้วยกฎหมาย 4 ลักษณะ คือ

- 1) กฎหมายเอกชนทางครอบครัว
- 2) กฎหมายมหาชนทางครอบครัว
- 3) กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว และ
- 4) กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว

และกฎหมายครอบครัวยังมีทิศทางการพัฒนาอย่างต่อเนื่องตามการเปลี่ยนแปลงของสังคม เช่น จากเดิมที่กำหนดให้เพศชายมีบทบาทในการเป็นผู้นำครอบครัวและแทบจะมีสิทธิขาดในการดูแลภริยาและบุตร มาเป็นการให้ความสำคัญต่อความเสมอภาคระหว่างเพศชายและหญิงในความสัมพันธ์ทางครอบครัว, การให้ความสำคัญต่อเด็กในครอบครัวในการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้อง, เพิ่มการยอมรับรูปแบบครอบครัวของมนุษย์ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันโดยไม่มีพิธีสมรสตามกฎหมาย, การค้นหาหนทางเยียวยาปัญหาความสัมพันธ์ในครอบครัวด้วยการประนีประนอมโดยศาล, ทนายความ หรือนักจิตวิทยา มากกว่าการชี้ขาดว่าปัญหาครอบครัวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดของฝ่ายใดและฝ่ายนั้นมีความรับผิดชอบอย่างไร¹ การพัฒนากฎหมายเช่นนี้ ทำให้กฎหมายครอบครัวสามารถใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวรูปแบบใหม่ๆในสังคมได้มากขึ้น เช่น ครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน หรือครอบครัวระหว่างบิดามารดากับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (การอุ้มบุญ) รวมถึงทำให้กฎหมายครอบครัวสามารถให้ความคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวในประเด็นใหม่ๆได้มากขึ้น เช่น การคุ้มครองเด็กและสตรีจากความรุนแรงในครอบครัว หรือการเคารพความเสมอภาคระหว่างชายหญิงในครอบครัว เป็นต้น

สังคมไทยเองก็มีกฎหมายครอบครัวที่มีประวัติศาสตร์ยาวนาน โดยปรากฏหลักฐานการตราเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในสมัยกรุงศรีอยุธยา คือ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย พ.ศ.1904, กฎหมายลักษณะผิดเมีย พ.ศ.1905 และพระราชบัญญัติการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างผิดเมีย พ.ศ.1905 เป็นต้น ต่อมาจนถึงกฎหมายตราสามดวงในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายครอบครัวไทยเดิมเป็นกฎหมายตามคลองจารีตประเพณีของสังคมไทย² จนกระทั่งประเทศไทยรับเอาแนวคิดกฎหมายครอบครัวสมัยใหม่มาจากชาติตะวันตกในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จนนำมาสู่การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “*กฎหมายครอบครัว*

¹ Nigel Lowe and Gillian Duglas, Bromley's Family Law, 9th ed., (London: Butterworths, 1998), pp.3-10.

² สมรักษ์ พรหมมา และประเสริฐ ลิ้มประเสริฐ, กฎหมายครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2545), น.2-3 และโปรดดู ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 22, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), น.2.

สมัยใหม่” และทำให้กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะเหมือนกับกฎหมายครอบครัวของนานาอารยประเทศ ได้แก่

- 1) กฎหมายเอกชนทางครอบครัว ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5
- 2) กฎหมายมหาชนทางครอบครัว ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติหลายฉบับที่กำหนดให้รัฐไทยเข้ามาแทรกแซงบริหารจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว เช่น พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478, พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 เป็นต้น
- 3) กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 และ
- 4) กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 หรือพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 เป็นต้น

กฎหมายครอบครัวสมัยใหม่ของประเทศไทยยังมีพัฒนาการมาโดยลำดับตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมเช่นเดียวกับกฎหมายครอบครัวของประเทศอื่นๆ ทำให้กฎหมายครอบครัวไทยสามารถใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวรูปแบบใหม่ๆที่ปรากฏตัวในสังคมไทย รวมถึงสามารถให้ความคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวในประเด็นใหม่ๆได้มากขึ้นเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศไทยยังคงมีปัญหาปรากฏอยู่ในหลายสถานการณ์ทั้งประเด็นการสมรส เช่น การที่กฎหมายไทยไม่รับรองการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน, การที่เจ้าหน้าที่รัฐระดับปฏิบัติการปฏิเสธการจดทะเบียนครอบครัวให้กับคนไร้รัฐไร้สัญชาติ และประเด็นการหย่า เช่น ปัญหาความย้อนแย้งระหว่างระบบทางเลือกกับเจตนารมณ์ที่ต้องการจะเคารพกฎหมายของรัฐต่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีปัญหาอีกส่วนหนึ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้หลังจากที่ประเทศไทยกลายเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมอาเซียนอีกด้วย คือปัญหาความแตกต่างระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน ปัญหาเหล่านี้จึงเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศเพื่อให้เท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงไปของสังคม และเมื่อกฎหมายครอบครัวสมัยใหม่ของประเทศไทยนั้นได้รับอิทธิพลทางความคิดจากกฎหมายครอบครัวของยุโรปมาเมื่อคราวที่ประเทศไทยปฏิรูปกฎหมายตามแนวทางของกฎหมายของชาติตะวันตก การพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยจึงควรจะเริ่มจากการศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายของประเทศในยุโรป เพื่อนำประสบการณ์ของประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ในการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วัตถุประสงค์หลักของการศึกษาค้างนี้ คื การค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศสำหรับประเทศไทย โดยเรียนรู้จากแนวความคิดและประสบการณ์ในการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป เพราะกฎหมายครอบครัวของยุโรปถือเป็นต้นแบบของกฎหมายครอบครัวไทยสมัยใหม่ และในฐานะที่สหภาพยุโรปเป็นต้นแบบของประชาคมอาเซียน วัตถุประสงค์โดยละเอียดของการศึกษา มีดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อศึกษาแนวความคิดที่มีผลต่อการพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป
- 2) เพื่อเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของยุโรปและประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศสำหรับประเทศไทย

1.3 โจทย์วิจัย

การศึกษาค้างนี้มีโจทย์วิจัยหลัก คือ **“แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยควรเป็นอย่างไร”** และการค้นหาคำตอบให้แก่โจทย์วิจัยหลักนั้นจะต้องตอบปัญหาแกโจทย์วิจัยย่อยดังต่อไปนี้

- 1) แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปคืออะไร
- 2) แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปกับประเทศไทยสอดคล้องกันหรือไม่ อย่างไร
- 3) ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยคืออะไร
- 4) แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยควรเป็นอย่างไร

1.4 นิยามศัพท์

ผู้ศึกษาได้กำหนดนิยามของถ้อยคำบางคำที่ปรากฏในคชฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ดังนี้

1. ครอบครัว หมายถึง หน่วยทางสังคมพื้นฐานที่ประกอบด้วยมนุษย์ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปที่มีความสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่งดังต่อไปนี้³

- มีความสัมพันธ์กันในฐานะคู่สมรส ทั้งตามกฎหมายและตามข้อเท็จจริง และรวมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างคนเพศเดียวกันด้วย

- มีความสัมพันธ์กันในฐานะบิดามารดากับบุตร ทั้งโดยสายโลหิตและโดยความสัมพันธ์แบบครอบครัวบุญธรรม

- มีความสัมพันธ์กันในฐานะญาติพี่น้อง

2. กฎหมายครอบครัว หมายถึง กฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งที่มีต่อตัวสมาชิกหรือต่อทรัพย์สินของสมาชิกครอบครัวคนอื่นๆ และระงับข้อพิพาทหรือให้ความคุ้มครองสมาชิกในครอบครัว รวมถึงจัดการผลกระทบหลังจากที่ความสัมพันธ์ทางครอบครัวยุติลง เช่น โดยผลของความตาย หรือการหย่า เป็นต้น⁴

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาครั้งนี้แบ่งขอบเขตการศึกษาออกเป็น 4 ด้าน คือ

1.5.1 ขอบเขตด้านประเด็น (Material Scope)

การศึกษาครั้งนี้จำกัดขอบเขตด้านประเด็นโดยให้เน้นการศึกษาไปที่กฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่

³ วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพรีนติ้ง, 2554), น.2 และโปรดดู Nigel Lowe and Gillian Douglas, *supra note 1*, p.1.

⁴ *Ibid*, p.2.

1) กฎหมายเอกชนสารบัญญัติด้านครอบครัว หมายถึง กฎหมายที่ใช้บังคับในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวในทางแพ่ง เช่น กฎหมายการสมรส, การหย่า หรือการรับบุตรบุญธรรม

2) กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว หมายถึง กฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเอกชนสารบัญญัติเมื่อนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีลักษณะระหว่างประเทศ

3) กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว หมายถึง กฎหมายที่รัฐใช้ในการรับรองสถานะครอบครัวที่บุคคลได้รับมาจากกฎหมายของรัฐต่างประเทศ และ

4) กฎหมายมหาชนด้านครอบครัว หมายถึง กฎหมายที่รัฐใช้อำนาจมหาชนเข้าแทรกแซงหรือจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว เช่น กฎหมายการทะเบียนครอบครัว หรือกฎหมายส่งเสริมและคุ้มครองสมาชิกในครอบครัว

และในการศึกษาครั้งนี้ผู้ศึกษาจะให้นำหนักไปที่การศึกษาประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและการหย่าเป็นสำคัญ ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับบุตร, บุตรบุญธรรม ตลอดจนกฎหมายการคุ้มครองเด็กจะมีการกล่าวถึงเฉพาะในหลักการสำคัญเท่านั้น

1.5.2 ขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ (Geographic Scope)

การศึกษาครั้งนี้จำกัดขอบเขตด้านภูมิศาสตร์โดยให้ความสำคัญต่อกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของ 2 ภูมิภาคต่อไปนี้เป็นสิ่งสำคัญ คือ

1) กฎหมายภูมิภาคยุโรป ได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศในยุโรป และกฎหมายของสหภาพยุโรป และ

2) กฎหมายของภูมิภาคอาเซียน ได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศไทย, กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียน และกฎหมายของอาเซียน

1.5.3 ขอบเขตด้านเวลา (Temporal Scope)

การศึกษาครั้งนี้แบ่งขอบเขตด้านเวลาออกเป็น 2 กรณีคือ

1) ขอบเขตด้านเวลาของการศึกษากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของยุโรป ซึ่งจะให้เน้นการศึกษากฎหมายในช่วงเวลาดังแต่ที่ประเทศในยุโรปเข้าสู่สถานะของการเป็นรัฐสมัยใหม่จนถึงปัจจุบัน

2) ขอบเขตด้านเวลาของการศึกษากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งจะเน้นการศึกษากฎหมายในช่วงเวลาดังแต่ที่ประเทศไทยมีการจัดทำกฎหมายครอบครัวสมัยใหม่ตามแนวคิดแบบตะวันตก กล่าวคือตั้งแต่สมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมาจนถึงปัจจุบัน

1.5.4 ขอบเขตด้านกลุ่มเป้าหมาย (Personal Scope)

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีขอบเขตด้านเป้าหมายครอบคลุมถึงครอบครัวของบุคคลทุกลักษณะ ทั้งครอบครัวดั้งเดิมระหว่างชายหญิง และครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน และไม่ว่าสมาชิกครอบครัวจะมีสัญชาติใด รวมถึงเป็นคนไร้รัฐไร้สัญชาติด้วย

1.6 วิธีการศึกษา

การศึกษาค้นคว้านี้จะให้ความสำคัญกับระเบียบวิธีวิจัยแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ควบคู่ไปกับการวิจัยภาคสนาม (Field Research) กล่าวคือ

1.6.1 การวิจัยเอกสาร

1) เอกสารปฐมภูมิ ได้แก่ ตั๋วบทกฎหมาย, คำพิพากษาของศาล ตลอดจนระเบียบคำสั่งของทางราชการ ทั้งที่เป็นของประเทศไทยและต่างประเทศ

2) สำหรับเอกสารทุติยภูมิ ได้แก่ ตำราหรือบทความทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

1.6.2 การวิจัยเชิงประสบการณ์

1) การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) และการสนทนากลุ่ม (Focus Group) ได้แก่ การสัมภาษณ์หรือแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกับนักกฎหมายหรือผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายครอบครัว ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อสร้างความเข้าใจในหลักกฎหมายและแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกับผู้ทรงคุณวุฒิที่เกิดขึ้นตลอดการศึกษาค้นคว้า มีดังนี้

- การสนทนากลุ่มกับคณาจารย์คณะกฎหมายระหว่างประเทศ HCMC University of Law นำโดย Dr. Do Thi Mai Hahn, ประเทศเวียดนาม เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2558

- การสัมภาษณ์เชิงลึกกับคุณธนิต ต้นบัวคลี หัวหน้าฝ่ายงานทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558

- การสัมภาษณ์เชิงลึกกับคุณวรานนท์ วานิชประภา Partner of Baker & McKenzie Limited Attorneys at Law, ประเทศไทย เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2560

2) การแลกเปลี่ยนเรียนรู้ในประชาคมวิจัย (Discussion in Research Community) โดยการเข้าร่วมกับประชาคมวิจัยของโครงการบางกอกคลินิกเพื่อให้คำปรึกษากฎหมายด้านสถานะและสิทธิบุคคล คณะ

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภายใต้การสนับสนุนของมูลนิธิฮันส์ ไชเดล ประเทศเยอรมนี (ประจำประเทศไทย) เพื่อให้ได้ข้อมูลปัญหาของกฎหมายครอบครัวไทยจากประสบการณ์การทำงานเพื่อช่วยเหลือผู้มีปัญหาทางกฎหมาย ซึ่งเรื่องจริงในสังคมที่ได้จากการแลกเปลี่ยนเรียนรู้และปรากฏในดัชนีพันธฉบับนี้ ได้แก่

- กรณีศึกษาน้องปีเตอร์ บุตรของชายสัญชาติเยอรมันที่ปัจจุบันบิดาได้เสียชีวิตไปแล้ว และอยู่ภายใต้ความดูแลของบิดามารดาบุญธรรมตามข้อเท็จจริงในประเทศไทย
- กรณีศึกษาน้องเลย์ บุตรของหญิงสัญชาติไทยที่เกิดในประเทศมาเลเซีย ซึ่งประสบปัญหาถูกปฏิเสธการจดทะเบียนการเกิดในประเทศไทย
- กรณีศึกษาคุณพรทิพย์, คุณคุณุได้ และน้องยูริ ครอบครัวของหญิงไร้สัญชาติจากจังหวัดพระนครศรีอยุธยา กับชายสัญชาติญี่ปุ่น

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

องค์ความรู้ที่ประเทศไทยจะได้รับหลังจากการศึกษาครั้งนี้เสร็จสิ้นลง มีดังต่อไปนี้

- 1) ความรู้ความเข้าใจต่อแนวความคิดที่มีผลต่อพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป
- 2) ความเข้าใจเชิงเปรียบเทียบระหว่างแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปและประเทศไทย
- 3) การประเมินผลประสิทธิภาพของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย
- 4) ข้อเสนอแนะต่อแนวทางในการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

บทที่ 2

พัฒนาการและแนวความคิดในกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของยุโรป

ความนำ

กฎหมายหลักที่ใช้จัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศไทยในปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ตลอดจนกฎหมายครอบครัวมหาชนที่ต้องบังคับใช้ร่วมกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เช่น พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 นั้นถูกยกวางขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยใช้ต้นแบบจากกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ, เยอรมนี, สวิตเซอร์แลนด์, อิตาลี, เนเธอร์แลนด์ ฯลฯ ดังนั้นการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยจึงควรเริ่มจากการศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายยุโรปว่ามีพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปอย่างไรและมีแนวความคิดใดที่อยู่เบื้องหลังพัฒนาการที่เกิดขึ้นนั้น

ในบทที่ 2 นี้ผู้ศึกษาจึงได้ตั้งประเด็นศึกษาเอาไว้อยู่ 2 ประเด็น ได้แก่

- 1) พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป
- 2) แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป

ผลการศึกษารวมถึงข้อค้นพบในแต่ละประเด็นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของยุโรปเริ่มปรากฏตัวขึ้นหลังจากประเทศต่างๆในยุโรปก้าวเข้าสู่สภาพของการเป็นรัฐสมัยใหม่ (modern state) ที่มีการสถาปนาอำนาจปกครองบ้านเมืองและจัดสรรระบบราชการอย่างมีแบบแผน การเป็นรัฐสมัยใหม่ทำให้ประเทศต่างๆในยุโรปจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดการกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนและเพื่อใช้อำนาจปกครองในทางมหาชน เมื่อครอบครัวถูกจัดว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนลักษณะหนึ่ง ประเทศต่างๆในยุโรปจึงจำเป็นต้องพัฒนากฎหมายสำหรับการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในทางครอบครัวด้วยเช่นกัน

การพัฒนากฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปอาจแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ คือ

- 1) การทำให้กฎหมายครอบครัวเกิดความชัดเจน
- 2) การสร้างกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และ
- 3) การใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์ทางครอบครัว

ข้อค้นพบและข้อสังเกตของผู้ศึกษาต่อพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวยุโรปในแต่ละรูปแบบมีดังต่อไปนี้

2.1.1 การทำให้กฎหมายครอบครัวเกิดความชัดเจน

การสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัวเกิดขึ้นแทบจะทันทีที่ประเทศในยุโรปมีสภาพเป็นรัฐสมัยใหม่ เนื่องจากก่อนที่ประเทศในยุโรปจะกลายเป็นรัฐสมัยใหม่นั้น กฎหมายครอบครัวของแต่ละประเทศจะอยู่ในรูปของจารีตประเพณีซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างกันไปในแต่ละภูมิภาคของประเทศ การใช้จารีตประเพณีมาจัดการหรือตัดสินข้อพิพาททางครอบครัวอาจทำให้ผลการยุติข้อพิพาทแตกต่างกันไปได้ ซึ่งจะขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานของการเป็นรัฐสมัยใหม่ที่ต้องการสร้างเอกภาพในการบริหารราชการของประเทศ ดังนั้นประเทศต่างๆในยุโรปจึงพยายามทำให้กฎหมายครอบครัวของตนมีความชัดเจนมากขึ้น โดยเชื่อว่าหากกฎหมายมีความชัดเจนขึ้นมาแล้ว ความยุติธรรมทางครอบครัวก็จะเกิดขึ้นตามมา เนื่องจากการกำหนดสิทธิ-หน้าที่และการระงับข้อพิพาททางครอบครัวจะมีผลทางกฎหมายแน่นอนตรงกันทั่วทั้งดินแดนของประเทศนั้นๆ

วิธีการสร้างความชัดเจนแก่กฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปปรากฏขึ้น 2 แนวทาง คือ

2.1.1.1 การสร้างกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษร

การสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัวโดยใช้วิธีการทำกฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษร (codification) เป็นแนวทางที่ประเทศกลุ่มภาคพื้นยุโรปนิยมใช้ แนวทางนี้มีต้นแบบทางความคิดจากการจัดทำกฎหมาย 12 โต๊ะของอาณาจักรกรีกโบราณ รวมถึงการทำประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนในยุคโรมัน การสร้างกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษรทำให้กฎหมายครอบครัวเกิดความชัดเจนนักกฎหมายรวมถึงบุคคลทั่วไปในสังคมสามารถเข้าถึงและทำความเข้าใจเนื้อหาของกฎหมายครอบครัวได้อย่างถูกต้องแม่นยำมากขึ้น

เนื้อหาของกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษรที่ประเทศในยุโรปบัญญัติขึ้นมานั้นมาจากจารีตประเพณีทางครอบครัวที่ผู้คนในยุโรปยึดถือปฏิบัติกันมาผสมผสานรวมกับความต้องการของรัฐที่จะจัดระเบียบ

ให้แก่นิติสัมพันธ์ทางครอบครัว¹ ตัวอย่างหนึ่งของกฎหมายครอบครัวหลายลักษณะอักษรของยุโรปคือ ประมวลกฎหมายโนเลียนของประเทศฝรั่งเศส (ค.ศ.1804) ที่สามารถสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัวฝรั่งเศส ตั้งแต่ขั้นตอนการก่อตั้งครอบครัว, การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส, การหย่าร้าง, การปกครองดูแลบุตร ไปจนถึงการจัดการมรดกให้แก่สมาชิกในครอบครัว² เป็นต้น และนอกจากประเทศฝรั่งเศสแล้ว ยังมีประเทศในยุโรปอีกหลายประเทศที่ใช้วิธีการทำกฎหมายหลายลักษณะอักษรเพื่อสร้างความชัดเจนแก่กฎหมายครอบครัวของตน เช่น ประเทศอิตาลี, เนเธอร์แลนด์, สเปน หรือเยอรมนี เป็นต้น

กฎหมายครอบครัวหลายลักษณะอักษรของประเทศต่างๆก็มักจะได้รับแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอ โดยการเปลี่ยนแปลงของสังคมจะเป็นตัวผลักดันให้มีการแก้ไขกฎหมายเหล่านั้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยอำนาจศาลในคดีหย่าของฝรั่งเศส ซึ่งเดิมนั้นศาลฝรั่งเศสถือหลักกฎหมายว่าศาลจะมีอำนาจเหนือคดีหย่าได้ต่อเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติฝรั่งเศส แต่เมื่อสังคมฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงไปโดยมีผู้เดินทางมาจากต่างประเทศเข้ามาตั้งถิ่นฐานในฝรั่งเศสมากขึ้น การถือหลักสัญชาติกลับทำให้คู่สมรสต่างด้าวไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องหย่าคู่สมรสต่อศาลฝรั่งเศสได้ เพราะเมื่อฝ่ายโจทก์ยื่นฟ้องหย่าแล้วแต่จำเลยไม่ประสงค์จะหย่าก็มักกล่าวอ้างต่อศาลฝรั่งเศสว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายเป็นคนต่างด้าว คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลฝรั่งเศส³ ทำให้ฝ่ายที่ประสงค์จะหย่าต้องสิ้นเปลืองทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายเพื่อเดินทางกลับไปยื่นฟ้องหย่าต่อศาลของประเทศที่ตนมีสัญชาติ หรือมิฉะนั้นก็ต้องแยกทางกับคู่สมรสโดยยังคงสถานะสมรสไว้ หากฝ่ายใดต้องการจะก่อตั้งครอบครัวใหม่ก็ต้องทำโดยไม่จดทะเบียนสมรส ซึ่งย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายน้อยกว่าการจดทะเบียนสมรส

ประเทศฝรั่งเศสจึงแก้ไขกฎหมายในการรับคำฟ้องหย่าใหม่โดยวางบทสันนิษฐานว่าศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจเหนือการหย่าคู่สมรสที่ทั้งสองฝ่ายเป็นคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีการพิสูจน์ว่าการหย่านั้นสามารถยื่นฟ้องในศาลแห่งประเทศอื่นได้⁴ ผลจากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวทำให้คนสัญชาติต่างประเทศสามารถยื่นฟ้องหย่าในประเทศฝรั่งเศสได้โดยใช้ประโยชน์จากบทสันนิษฐานของกฎหมายนี้

นอกจากเรื่องอำนาจศาลในคดีหย่าแล้ว กฎหมายครอบครัวสารบัญญัติที่ปรากฏอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ได้รับการแก้ไขปรับปรุงอยู่เสมอเช่นกัน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเกิดขึ้นในปี

¹ Harry V. Ball, George Eaton Simpson and Kiyoshi Ikeda, “Law and Social Change: Sumner Reconsidered,” 67 *American Journal of Sociology*, 537 (March, 1962).

² “Early Nineteenth Century French Family Law and Customs,” Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.placedauphine.net/projects/familylaw.html>.

³ Edmond Kelly, The French Law of Marriage, Marriage Contract and Divorce and the Conflict of Laws Arising Therefrom, 2nd ed., (London: Stevens and Sons, 1895), p.134.

⁴ *Ibid*, p.134.

ค.ศ.2016 ในประเด็นเกี่ยวกับการหย่าโดยความยินยอม⁵ จากเดิมที่กฎหมายกำหนดว่าการหย่าจะต้องเกิดขึ้นจากคำสั่งศาลเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการหย่าโดยความยินยอมหรือการฟ้องหย่าก็ตาม แต่กฎหมายการหย่าใหม่ของประเทศฝรั่งเศสวางหลักกฎหมายว่า หากเป็นการหย่าโดยความยินยอมที่คู่สมรสสามารถตกลงเรื่องผลภายหลังการหย่ากันได้แล้ว ทั้งเรื่องทรัพย์สินและอำนาจปกครองบุตร คู่สมรสแต่ละฝ่ายสามารถให้ทนายความของตนร่างหนังสือข้อตกลงหลังการหย่าลงลายมือชื่อคู่สมรสและทนายความทั้งสองฝ่ายแล้วนำไปจดทะเบียนกับโนตารีพับลิกได้ทันที โดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอีกต่อไป การแก้ไขกฎหมายครั้งนี้ทำให้กฎหมายการหย่าของฝรั่งเศสสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมฝรั่งเศสที่มีจำนวนคู่สมรสที่ต้องการจะหย่าร้างกันมากขึ้นเรื่อยๆ

2.1.1.2 การสร้างหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (case law)

แนวทางนี้นิยมใช้กันในประเทศกลุ่ม common law เช่น ประเทศอังกฤษ หรือสกอตแลนด์ การสร้างหลักกฎหมายครอบครัวด้วยแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานทำได้โดยการสกัดเอาเหตุผลทางกฎหมายและแนวทางการตีความกฎหมายออกจากคำพิพากษาของศาลในคดีครอบครัวต่างๆในอดีตที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน แล้วสรุปขึ้นเป็นหลักกฎหมายครอบครัวเพื่อใช้อ้างอิงต่อไปในอนาคต เช่น แนวคำพิพากษาคดี *Hermann v. Charlesworth*⁶ ได้สร้างความชัดเจนแก่กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยว่าการสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่สมรส หรือแนวคำพิพากษาคดี *Le Mesurier v. Le Mesurier*⁷ ได้วางหลักกฎหมายว่าผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องหย่าต่อศาลอังกฤษได้นั้นจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษเท่านั้น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางการสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัวด้วยการสร้างหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานยังมีจุดอ่อนสำคัญคือ หากเกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรวดเร็ว หลักกฎหมายในแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานก็อาจไม่เท่าทันต่อยุคสมัยได้

ตัวอย่างหนึ่งที่ได้เห็นได้คือคดีหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษช่วงทศวรรษ 1970 ซึ่งเป็นช่วงหลังจากที่ประเทศอังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community: EEC) จึงเกิดแรงกระตุ้นให้ผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษจำนวนหนึ่งเดินทางไปแสวงหาความมั่งคั่งในต่างประเทศ

⁵ Houchet-Tran, “The new French non-contested divorce and international private law,” Retrieved on 12 June 2017, from <https://frenchfamilylaw.wordpress.com/2017/01/13/the-new-french-divorce-and-international-private-law/> and see “Differents types of divorce,” Retrieved on 12 June 2017, from <https://www.notaires.fr/en/differents-types-divorce>.

⁶ *Hermann v. Charlesworth*, 2 KB 123 (1905).

⁷ *Le Mesurier v. Le Mesurier*, A.C. 517 (1985).

โดยทิ้งร้างภริยาของตนให้ใช้ชีวิตอยู่ในประเทศอังกฤษเพียงลำพัง พฤติการณ์เช่นนี้ทำให้หญิงในอังกฤษจำนวนไม่น้อยที่ต้องการจะฟ้องหย่าเพื่อเริ่มต้นชีวิตครอบครัวใหม่ แต่ปรากฏว่าพวกเขาเหล่านั้นไม่สามารถฟ้องหย่าสามีในศาลอังกฤษได้ เพราะกฎหมายอังกฤษยึดถือหลักภูมิลำเนาของบุคคลในการพิจารณาอำนาจศาลเหนือคดีหย่า จากหลักกฎหมายในคดี *Le Mesurier v. Le Mesurier*⁸ ศาลอังกฤษจึงตีความเป็นบรรทัดฐานว่าโจทก์ต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษจึงจะใช้สิทธิฟ้องหย่าคู่สมรสในศาลอังกฤษได้ แต่กฎหมายอังกฤษในเวลานั้นกำหนดให้หญิงมีสามีจะต้องถือภูมิลำเนาตามสามี ดังนั้นเมื่อมีการยื่นฟ้องหย่า ศาลอังกฤษจึงพิจารณาว่าโจทก์ซึ่งเป็นหญิงมีสามีนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ ทำให้โจทก์ขาดอำนาจฟ้องหย่าสามีต่อศาลอังกฤษไปในที่สุด

ผู้ศึกษาพบว่า การยึดถือหลักภูมิลำเนาโดยเคร่งครัดในคดีหย่าเช่นนี้แทบไม่เป็นปัญหาของฝ่ายสามีเลย เพราะถึงแม้ภริยาจะทิ้งร้างและไปมีถิ่นที่อยู่ใหม่ในต่างประเทศ แต่ตราบใดที่สามียังมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษ สามีก็ย่อมมีสิทธิฟ้องหย่าภริยาต่อศาลอังกฤษได้เสมอ เพราะถือว่าโจทก์ในคดีมีภูมิลำเนาในอังกฤษแล้ว แต่ในกรณีของฝ่ายหญิง กฎหมายนี้กลับสร้างความไม่เป็นธรรมแก่หญิงอย่างมาก⁹ เพราะทันทีที่ภริยาถูกสามีทิ้งร้าง แล้วสามีย้ายภูมิลำเนาไปใช้ชีวิตอยู่หรือไปตั้งครอบครัวใหม่ในต่างประเทศ ภริยาจะไม่สามารถฟ้อง

⁸ คำว่า “ภูมิลำเนา” ที่ศาลอังกฤษกำลังกล่าวถึงอยู่นี้มีความหมายแตกต่างจากภูมิลำเนาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยกฎหมายอังกฤษถือว่าบุคคลธรรมดาอาจมีภูมิลำเนาได้ 3 ลักษณะคือ

1) ภูมิลำเนาโดยกำเนิด (domicile of origin) เป็นภูมิลำเนาที่บุคคลธรรมดาเข้ามาแต่กำเนิด โดยถือตามภูมิลำเนาของบิดาหรือของมารดา และภูมิลำเนาลักษณะนี้จะมีติดตัวบุคคลไปตลอดชีวิต

2) ภูมิลำเนาในความพึ่งพิง (domicile of dependence) คือ ภูมิลำเนาของบุคคลที่อยู่ภายใต้ความดูแลของบุคคลอื่น เช่น ผู้เยาว์จะมีภูมิลำเนาตามบิดามารดา หรือหญิงมีสามีจะมีภูมิลำเนาตามสามี เป็นต้น และ

3) ภูมิลำเนาเลือก (domicile of choice) คือ ภูมิลำเนาที่บุคคลธรรมดาสามารถกำหนดได้จากถิ่นที่อยู่ประจำของตนเมื่อตนบรรลุนิติภาวะแล้ว

โปรดดู C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., (Oxford: Oxford University Press, 2006), p.21.

⁹ Albert Venn Dicey and John Humphrey Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, ed. Lawrence Collins, vol.2, 12th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1993), p.713, J.G. Collier, *Conflict of Laws*, 3rd ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p.319 and see Clarkson and Hill, *supra note 8*, p.325.

หย่าสามีในศาลอังกฤษก็ได้เลย ทำให้หญิงที่ถูกสามีทิ้งร้างต้องติดอยู่กับสถานภาพสมรสที่ล้มเหลว ทางออกของหญิงเหล่านี้จึงมีเพียงแต่ต้องเดินทางไปฟ้องหย่าต่อศาลต่างประเทศซึ่งก็มีภาระค่าใช้จ่ายในการเดินทางสูง หรือมิฉะนั้นก็มีครอบครัวใหม่โดยไม่จดทะเบียนสมรสซึ่งย่อมจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายน้อยกว่ากรณีที่จะจดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้อง

ประเทศอังกฤษจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่โดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ Matrimonial Causes Act 1973¹⁰ ขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของหญิงที่ถูกสามีทิ้งร้างเหล่านี้ โดยกฎหมายนี้ให้สิทธิแก่ภริยาที่ถูกสามีทิ้งร้างสามารถใช้สิทธิฟ้องหย่าสามีได้ หากว่าก่อนการทิ้งร้างนั้น

- 1) สามีมีภูมิลำเนาอยู่ในอังกฤษ หรือ
- 2) ภริยาอาศัยอยู่ในอังกฤษเป็นระยะเวลา 3 ปีก่อนการยื่นฟ้องหย่า

กฎหมาย Matrimonial Causes Act 1973 ทำให้ภริยาสามารถใช้สิทธิฟ้องหย่าสามีในศาลอังกฤษได้ แม้จะกฎหมายอังกฤษจะยังถือว่าภริยามีภูมิลำเนาในต่างประเทศตามสามีก็ตาม และต่อมาในปีเดียวกันนั้นประเทศอังกฤษยังได้ประกาศใช้กฎหมาย Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973 ที่คุ้มครองการใช้สิทธิทางครอบครัวของฝ่ายภริยาอีกทางหนึ่ง เพราะวางหลักให้ภริยาสามารถมีภูมิลำเนาเป็นของตนเองได้¹¹ คือ ภูมิลำเนาโดยกำเนิดและภูมิลำเนาเลือก โดยไม่ต้องมีภูมิลำเนาในความพึงพิงตามภูมิลำเนาของสามีอีกต่อไป จึงทำให้ภริยาที่มีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะเป็ภูมิลำเนาโดยกำเนิดหรือภูมิลำเนาเลือกก็ตาม สามารถฟ้องหย่าสามีในศาลอังกฤษได้เสมอ แม้ว่าสามีจะทิ้งร้างและไปมีภูมิลำเนาในต่างประเทศก็ตาม และหลังจากการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้ง 2 ฉบับในปี 1973 ประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติกฎหมายครอบครัวที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มขึ้นอีกหลายฉบับ เช่น Family Law Act 1986, Child Support Act 1991, Adoption and Children Act 2002, Civil Partnership Act 2004 และ Children and Families Act 2014 เป็นต้น

ผู้ศึกษาจึงมีข้อสรุปว่า การสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัวนั้นเกิดขึ้นโดยการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร และเมื่อประกาศใช้กฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษรแล้ว กฎหมายครอบครัวก็ยังถูกปรับปรุงแก้ไขให้เท่าทันการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอยู่เสมออีกด้วย

¹⁰ Matrimonial Causes Act 1973 § 46, Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>.

¹¹ Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973 § 1, Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/45>.

2.1.2 การสร้างกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

หลังจากที่ประเทศในยุโรปพัฒนากฎหมายครอบครัวของตนให้มีความชัดเจนโดยการบัญญัติกฎหมายครอบครัวให้เป็นสายลักษณะอักษรแล้ว ปัญหาการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวก็ยังคงมีต่อไปจากสถานการณ์ที่ผู้คนในยุโรปเดินทางโยกย้ายถิ่นฐานไปใช้ชีวิตและก่อตั้งครอบครัวในต่างประเทศ จนเกิดเป็นนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น กรณีการสมรสระหว่างคนต่างสัญชาติกัน หรือการสมรสกันระหว่างคนสัญชาติเดียวกันแต่เกิดขึ้นในประเทศที่คู่สมรสทั้งสองไม่ได้ถือสัญชาติ เป็นต้น

การจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ลักษณะระหว่างประเทศอย่างง่ายก็อาจทำได้โดยยึดถือแนวคิดแบบ “ชาตินิยม (nationalism)” กล่าวคือ แต่ละประเทศใช้กฎหมายครอบครัวของตนเองมาพิจารณาสิทธิหน้าที่ทางครอบครัวหรือยุติข้อพิพาททางครอบครัวโดยไม่ต้องสนใจกฎหมายครอบครัวของประเทศอื่นๆ แต่การทำเช่นนี้จะมีข้อโต้แย้งถึงความไม่เหมาะสม 3 ประการ

ประการที่ 1 คือ ความไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณี เพราะกฎหมายที่นำไปใช้ควรเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี หรืออย่างน้อยที่สุดก็ควรเป็นกฎหมายของประเทศที่มีความใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้นมากที่สุด¹²

ประการที่ 2 คือ การไม่เคารพต่อกฎหมายของประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น ซึ่งไม่ส่งผลดีต่อการอยู่ร่วมกันในประชาคมระหว่างประเทศ

ประการที่ 3 คือ การพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวอาจเกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันจากความแตกต่างของกฎหมายครอบครัวสารบัญญัติของแต่ละประเทศ

ประเทศในยุโรปจึงต้องเปิดรับแนวความคิดแบบ “ระหว่างประเทศนิยม (internationalism)” โดยยินยอมให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาสิทธิ-หน้าที่และข้อพิพาททางครอบครัวโดยใช้กฎหมายต่างประเทศได้จนเกิดเป็นพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวรูปแบบที่ 2 คือ กฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว และกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูป

2.1.2.1 กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว

กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่เสมือนป้ายบอกทางให้แก่ผู้บังคับใช้กฎหมายเมื่อต้องพบกับนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยจะชี้ว่าการพิจารณาปัญหาแต่ละเรื่องจะต้องนำกฎหมายครอบครัวภายในของประเทศใดมาบังคับใช้ เช่น การพิจารณาความสามารถในการสมรสของบุคคลให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ หรือมีภูมิลำเนา เป็นต้น แต่กฎหมาย

¹² C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill, *supra* note 8, p.12.

ขัดกันด้านครอบครัวก็เป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นประเทศต่างๆในยุโรปจึงอาจมีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันไปได้ และกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันก็อาจทำให้ผลการพิจารณาแตกต่างกันได้

ผู้ศึกษาขอสมมติตัวอย่างกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพื่อพิจารณาความสามารถในการสมรสของ นาย Robert คนสัญชาติอังกฤษที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศเยอรมนี เพื่อแสดงถึงการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนี้

- กฎหมายขัดกันเยอรมันและฝรั่งเศสกำหนดให้ความสามารถในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ (*lex patriae*)¹³

- กฎหมายขัดกันอังกฤษและสวิสกำหนดให้ความสามารถในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาก่อนที่จะสมรส (*lex domicilli*)¹⁴

- กฎหมายขัดกันเนเธอร์แลนด์กำหนดให้ความสามารถในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ (*lex patriae*) แต่หากไม่ปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับประเทศที่มีสัญชาติ แล้วกฎหมายจะกำหนดให้ใช้หลักภูมิลำเนาแทน (*lex domicilli*)¹⁵

หากการพิจารณาความสามารถในการสมรสของนาย Robert เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษก็จะใช้กฎหมายครอบครัวของประเทศเยอรมนีอันเป็นกฎหมายของประเทศที่นาย Robert มีภูมิลำเนา แต่หากการพิจารณาเกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี ศาลเยอรมันก็จะใช้กฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษอันเป็นกฎหมายของประเทศที่นาย Robert มีสัญชาติ การใช้กฎหมายที่แตกต่างกันเช่นนี้จึงทำให้มีโอกาสสูงมากที่ผลการพิจารณาสีทธิของนาย Robert แตกต่างกัน ดังนั้นการสร้างกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้ผลการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวตรงกันได้ ประเทศในยุโรปจึงพัฒนาหลักการและนิติวิธีว่าด้วย “*การย้อนส่ง (renvoi)*” ขึ้นเพื่อให้การพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกันมากขึ้น

การย้อนส่งเกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาคความแตกต่างของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายและเพื่อให้การ

¹³ Introductory Act to the Civil Code (EGBGB) § 7, Retrieved on 30 May 2017, from https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0041 and see Edmond Kelly, *supra note 3*, p.57.

¹⁴ Albert Venn Dicey and John Humphrey Morris, *supra note 9*, p.663 and see Switzerland’s Federal Code on Private International Law (CPIL) § 20 and § 35, Retrieved on 30 May 2017, from <https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL.pdf>.

¹⁵ Th.M. de Boer and R. Kotting, “Chapter 15 – Private international Law” in *Introduction to Dutch Law*, 4th ed., (AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), p.281.

พิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีผลทางกฎหมายตรงกัน¹⁶ โดยมีหลักการว่าเมื่อผู้บังคับใช้กฎหมายใช้กฎหมายขัดกันของประเทศตนเอง แล้วกฎหมายขัดกันนั้นชี้ให้ไปใช้กฎหมายของต่างประเทศ ผู้บังคับใช้กฎหมายนั้นจะต้องพิจารณากฎหมายขัดกันต่างประเทศนั้นก่อนว่ามีบัญญัติให้ไปใช้กฎหมายของประเทศใดหรือไม่ กรณีเช่นนี้อาจปรากฏว่ากฎหมายขัดกันของต่างประเทศชี้ให้กลับมาใช้กฎหมายของประเทศตนเอง (เรียกว่าการย้อนส่งกลับ) หรืออาจชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศที่สามก็ได้ (เรียกว่าการย้อนส่งต่อไป) เช่น เมื่อศาลเยอรมนีต้องพิจารณาความสามารถในการสมรสของนาย Robert คนสัญชาติอังกฤษที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศเยอรมนี หากกฎหมายขัดกันของประเทศเยอรมนีชี้ให้ไปใช้กฎหมายแห่งประเทศที่นาย Robert มีสัญชาติ (คือกฎหมายอังกฤษ) แล้วศาลเยอรมนีจะต้องพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษก่อน และเมื่อศาลเยอรมันพบว่ากฎหมายขัดกันอังกฤษชี้กลับมาให้ใช้กฎหมายของประเทศที่นาย Robert มีภูมิลำเนา (คือกฎหมายเยอรมัน) แล้ว ศาลเยอรมนีก็สามารถใช้กฎหมายครอบครัวสารบัญญัติเยอรมันในการพิจารณาความสามารถของนาย Robert ได้ต่อไป การย้อนส่งจึงทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งได้มีโอกาสตรวจสอบกฎหมายครอบครัวของอีกประเทศหนึ่งทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายขัดกัน

อย่างไรก็ตามการย้อนส่งก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้การพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีผลทางกฎหมายที่ตรงกันได้เสมอไป เพราะกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของแต่ละประเทศยังแตกต่างกัน หากผู้ศึกษาสมมติให้ศาลอังกฤษเป็นผู้พิจารณาความสามารถในการสมรสของนาย Robert บ้าง กฎหมายขัดกันอังกฤษก็จะชี้ให้ศาลอังกฤษไปใช้กฎหมายของประเทศที่นาย Robert มีภูมิลำเนา (คือกฎหมายเยอรมัน) และกฎหมายขัดกันเยอรมันก็จะชี้กลับไปใช้กฎหมายของประเทศที่นาย Robert มีสัญชาติ (คือกฎหมายอังกฤษ) ทำให้ศาลอังกฤษต้องนำกฎหมายครอบครัวสารบัญญัติอังกฤษมาพิจารณาความสามารถของนาย Robert ในที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลของการเลือกกฎหมายนั้นก็ยังแตกต่างกับกรณีที่การพิจารณาประเด็นนี้เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีแม้ว่าจะนำเทคนิคการย้อนส่งมาปรับใช้แล้วด้วยก็ตาม

นอกจากนี้หลักการย้อนส่งก็ไม่ใช่หลักสากลที่อยู่ในกฎหมายขัดกันของทุกประเทศ เพราะบางประเทศ เช่น ประเทศกรีซ สวีเดน หรือเดนมาร์ก ปฏิเสธการย้อนส่งอย่างสิ้นเชิง¹⁷ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันของประเทศที่ปฏิเสธการย้อนส่งชี้ให้นำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ ผู้บังคับใช้กฎหมายจะนำกฎหมายครอบครัวสารบัญญัติของต่างประเทศมาบังคับใช้ทันที เช่น หากศาลของประเทศกรีซพิจารณาความสามารถใน

¹⁶ กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, “การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 46, น.77 (มีนาคม 2560).

¹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.180-183.

การสมรสของนาย Robert ศาลกรีซจะนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศอังกฤษมาบังคับใช้ทันที¹⁸

ความแตกต่างของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายจึงเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้การพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน และหลักการย้อนส่งก็ยังไม่ใช่เครื่องมือที่มีประสิทธิภาพเพียงพอสำหรับการแก้ปัญหาในยุโรปจึงหันมาใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปแทน

2.1.2.2 กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูป

ความพยายามของประเทศในยุโรปที่จะสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปปรากฏขึ้นตั้งแต่ช่วงทศวรรษ 1920 โดยเชื่อว่าสภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้ประเทศภาคีต้องแก้ไขเนื้อหาของกฎหมายครอบครัวให้มีเนื้อหาสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน¹⁹ การใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างกฎหมายเอกรูปจึงเกิดขึ้นใน 2 แนวทาง แนวทางหนึ่งคือการทำให้กฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันเป็นเอกรูป (unification of the rules of conflict of laws) อีกแนวทางหนึ่งคือการทำให้กฎหมายสารบัญญัติเป็นเอกรูป (unification of substantive law)²⁰ ประเทศในยุโรปจึงเริ่มก่อตั้งหน่วยงาน/สถาบันระหว่างประเทศเพื่อระดมนักวิชาการด้านกฎหมายในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและแสวงหาแนวทางที่จะขจัดความแตกต่างของกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยเริ่มต้นจากการก่อตั้งสถาบันระหว่างประเทศเพื่อสร้างเอกภาพให้แก่กฎหมายเอกชน (UNIDROIT) ในปีค.ศ.1926 หลังจากนั้นยังมีการก่อตั้งที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hcch) และสหภาพยุโรป (EU) ตามมาเป็นลำดับ แต่ด้วยเหตุที่ UNIDROIT มีวัตถุประสงค์หลักในการสร้างกฎหมายเอกรูปด้านการค้า จึงไม่มี

¹⁸ กฎหมายขัดกันของประเทศกรีซกำหนดให้การพิจารณาความสามารถของบุคคลในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายแห่งสัญชาติของบุคคลนั้น โปรดดู “Applicable Law - Greece”, European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, Retrieved on 1 June 2017, from http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_gre_en.htm#II.2.

¹⁹ A.N. Yiannopoulos, “Conflict of Laws and Unification of Law by International Convention: The Experience of the Brussels Convention of 1924,” *Louisiana Law Review*, no.3, vol.21, p.557 (April 1961).

²⁰ Rene David, “The Method of Unification,” *American Journal of Comparative Law* Issue 1-2, vol.16, p.13 (1968).

ผลงานการสร้างกฎหมายเอกรูปด้านครอบครัวเลยตลอดระยะเวลากว่า 90 ปีที่ผ่านมา²¹ ดังนั้นที่ประชุมกรุงเฮกฯ และสหภาพยุโรป จึงเป็นหน่วยงานสำคัญต่อการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปให้แก่ประเทศในยุโรปในปัจจุบัน²² กฎหมายครอบครัวเอกรูปที่เกิดจากองค์การระหว่างประเทศทั้งสอง ได้แก่

1) อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ค.ศ.

1978

อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ นี้เป็นผลงานของที่ประชุมกรุงเฮกฯ ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล สารสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้คือการสร้างกฎหมายเอกรูปแก่หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมาย 2 เรื่อง ดังนี้

เรื่องที่ 1 คือ **“แบบของการสมรส”** โดยอนุสัญญากำหนดให้เป็นไปตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสทำขึ้น (*lex loci celebrationis*)²³

เรื่องที่ 2 คือ **“เงื่อนไขในการสมรส”** โดยอนุสัญญานี้กำหนดให้เป็นไปตามหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสทำขึ้น (*lex loci celebrationis*) เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ประจำในประเทศที่มีการสมรสนั้น หรือเป็นไปตามกฎหมายภายในแห่งประเทศที่สามตามที่กฎหมายขัดกันของประเทศที่มีการสมรสชี้นำไปใช้ก็ได้²⁴

ผู้ศึกษาพบว่า การใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสทำขึ้น (*lex loci celebrationis*) เพื่อพิจารณาความชอบด้วยแบบของการสมรสนั้นเป็นกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่พบได้ในกฎหมายขัดกันของแทบทุกประเทศในยุโรป²⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่าการพิจารณาความชอบด้วยแบบของการสมรสนั้น กฎเกณฑ์การเลือก

²¹ “UNIDROIT Instruments,” Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.unidroit.org/>.

²² Katharina Boele-Woelki, “The Principles of European Family Law: Its Aims and Prospects,” *Utrecht Law Review*, Issue 2, vol.1, p.161 (December 2005).

²³ Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage § 2, Retrieved on 30 May 2017, from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=88>.

²⁴ *Ibid*, § 3.

²⁵ Hague Conference on Private International Law, “The Hague Marriage Convention,” Retrieved on 12 June 2017, from <https://assets.hcch.net/docs/4b59dd11-e4bd-4b96-9244-513645c7658b.pdf>.

กฎหมายของประเทศในยุโรปเป็นเอกรูปอยู่ก่อนแล้ว อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ นี้จึงเพียงแต่นำมาบัญญัติไว้เพื่อสร้างความชัดเจนเท่านั้น

แต่การใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสทำขึ้นเพื่อพิจารณาเงื่อนไขของการสมรสนั้นกลับมีประเด็นที่น่าสนใจ เนื่องจากกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาเงื่อนไขแห่งการสมรสของประเทศในยุโรปส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสแต่ละฝ่ายมีสัญชาติ (*lex patriae*) หรือมีภูมิลำเนา (*lex domicilli*) เพราะถือกันว่าเงื่อนไขแห่งการสมรสเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาจากคุณสมบัติของผู้ที่จะสมรส ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใกล้ชิดกับตัวบุคคลมากที่สุด โดยในประเทศกลุ่ม *civil law* ก็จะพิจารณาตามหลักสัญชาติ ขณะที่ประเทศกลุ่ม *common law* ก็จะพิจารณาตามหลักภูมิลำเนา

ประชุมกรุงเฮกฯ ให้เหตุผลที่นำเสนอหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสทำขึ้นมาทดแทนหลักสัญชาติหรือหลักภูมิลำเนาว่า การใช้หลักถิ่นที่การสมรสทำขึ้นมาพิจารณาเงื่อนไขของการสมรสจะเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประเทศต่างๆ ที่ต้องรับมือกับการอพยพย้ายถิ่นฐานของผู้คนจำนวนมาก แนวความคิดนี้จึงมีข้อดี 3 ประการ คือ²⁶

1) เมื่อการสมรสเกิดขึ้นในประเทศใด หน่วยงานที่ดูแลการจดทะเบียนสมรสของประเทศนั้นก็สามารรถนำกฎหมายครอบครัวของประเทศตนเองมาพิจารณาเงื่อนไขของการสมรสได้ และย่อมเข้าใจกฎหมายครอบครัวของประเทศตนเองได้ดีกว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศ

2) หลีกเลี่ยงปัญหาความสับสนในการกำหนดประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาด เช่น การตีความเรื่องการให้ความยินยอมของบิดามารดาซึ่งบางประเทศมองเป็นเรื่องเงื่อนไขในการสมรสขณะที่บางประเทศมองว่าเป็นแบบในการสมรส

3) รัฐไม่ต้องพิจารณาเงื่อนไขแห่งการสมรสจากกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะเงื่อนไขที่อาจมีลักษณะการเลือกปฏิบัติ เช่น เงื่อนไขด้านเชื้อชาติ หรือสีผิว เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมกรุงเฮกฯ ก็ตระหนักดีว่าหากจะบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องยอมรับกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายแบบใหม่นี้ก็น่าจะนำไปสู่การปฏิเสธการเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ได้ จึงกำหนดให้เป็นความสมัครใจของประเทศสมาชิกว่าจะเลือกปรับเปลี่ยนมาใช้หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้นตามข้อเสนอของที่ประชุมกรุงเฮกฯ หรือจะคงกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายตามหลักสัญชาติหรือหลักภูมิลำเนาเช่นเดิมก็ได้ ซึ่งผู้ศึกษาเชื่อว่านี่คงเป็นความกุศโลบายของที่ประชุมกรุงเฮกฯ ที่จะให้แนวปฏิบัติใหม่ตามอนุสัญญานี้มีความยืดหยุ่น

²⁶ Hague Conference on Private International Law, “Outline of the Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage”, Retrieved on 30 May 2017, from <https://assets.hcch.net/docs/4b59dd11-e4bd-4b96-9244-513645c7658b.pdf>.

และเป็นที่ยอมรับได้ของประเทศสมาชิกอย่างค่อยเป็นค่อยไป

2) ข้อบังคับโรม 3 (Regulations Rome III)

ข้อบังคับแห่งสหภาพยุโรปที่ 1259/2010 ว่าด้วยการเลือกใช้กฎหมายบังคับต่อการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย หรือข้อบังคับโรม 3 เป็นผลงานของสหภาพยุโรปในการสร้างกฎหมายครอบครัวเอก रूपแก่กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับต่อการหย่าหรือการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ข้อบังคับโรม 3 วางหลักว่าคู่สมรสสามารถร่วมกันแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การหย่าหรือการแยกกันอยู่ตามกฎหมายได้ โดยเลือกจากของประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสมรสนั้น ดังต่อไปนี้

- กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual resident)
- กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันเป็นแห่งสุดท้าย ตราบเท่าที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งยังคงอาศัยอยู่ ณ ที่แห่งนั้น

- กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติ (*lex patriae*) หรือ

- กฎหมายแห่งของประเทศที่พิจารณาคดีหย่า (*lex fori*)²⁷

ส่วนกรณีที่คู่สมรสไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับการหย่าหรือการแยกกันอยู่ของตนเองไว้ ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องเลือกกฎหมายของประเทศต่อไปนี้ไปตามลำดับ คือ

- กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual resident)
- กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติ (*lex patriae*) และ
- กฎหมายของประเทศที่พิจารณาคดี (*lex fori*)²⁸

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตต่อข้อบังคับโรม 3 ดังต่อไปนี้

1) ข้อบังคับโรม 3 เป็นนวัตกรรมของกฎหมายขัดกันที่ยินยอมให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการหย่าหรือการแยกกันอยู่ได้เอง โดยประยุกต์หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contracts) มาใช้กับเรื่องการหย่า จากเดิมที่กฎหมายบังคับแก่การหย่าและการแยกกันอยู่จะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศโดยที่คู่สมรสไม่สามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของประเทศอื่นได้ สาเหตุที่

²⁷ Regulations implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Regulations Rome III) § 5, Retrieved on 30 May 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33194&from=EN>.

²⁸ Regulations Rome III § 8.

สหภาพยุโรปเปิดช่องให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายบังคับแก่การหย่าของตนได้เองนั้น เป็นเพราะประชากรในยุโรปมีการโยกย้ายถิ่นฐานข้ามชาติเพิ่มขึ้นทุกปี ทำให้จำนวนคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นตามไปด้วย²⁹ ศาลของประเทศในยุโรปจึงมีภาระในการค้นหาและใช้กฎหมายต่างประเทศมากขึ้น นอกจากนี้ กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการหย่าของแต่ละประเทศก็ยังคงแตกต่างกัน ทำให้การพิจารณาคดีหย่าเกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าคดีหย่านั้นถูกพิจารณาโดยศาลของประเทศใด แต่เมื่อคู่สมรสสามารถตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การหย่าได้เองแล้ว ภาระการค้นหากฎหมายต่างประเทศของศาลและคู่สมรสยังสามารถคาดการณ์ผลทางกฎหมายของการหย่าล่วงหน้าได้อีกด้วย เพียงแต่การเลือกกฎหมายในกรณีนี้ยังมีขอบเขตกำหนดไว้ โดยคู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายของประเทศที่ตนมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดคือ กฎหมายของประเทศที่ตนมีถิ่นที่อยู่ประจำหรือมีสัญชาติเท่านั้น จึงแสดงถึงร่องรอยของการเคารพหลักสัญชาติและหลักภูมิลำเนาที่แนวคิดพื้นฐานของการเลือกกฎหมายกำหนดความสามารถของบุคคลอยู่

2) ข้อบังคับโรม 3 กำหนดให้ถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual resident) เป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการเลือกกฎหมายในการหย่าได้ นอกเหนือจากหลักสัญชาติหรือหลักภูมิลำเนาที่แต่ละประเทศในยุโรปใช้อยู่กันแต่เดิม เนื่องจากถิ่นที่อยู่ประจำเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมกับสภาพสังคมในสหภาพยุโรปที่มีการโยกย้ายถิ่นฐานของผู้คนเป็นจำนวนมาก และมีผู้คนจำนวนไม่น้อยที่อาศัยอยู่ในประเทศที่ตนไม่มีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาโดยไม่ได้คิดที่จะเดินทางกลับไปยังประเทศต้นทางอีก³⁰ การเพิ่มหลักถิ่นที่อยู่ประจำจึงทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถเลือก

²⁹ Aude Fiorini, “Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?,” *International Journal of Law, Policy and the Family*, no.2, vol.22, p.178, (2008).

³⁰ นอกจากเรื่องการเลือกกฎหมายแก่การหย่าแล้ว ยังมีกฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลฉบับอื่นๆ ที่มีการใช้ถิ่นที่อยู่ประจำเป็นจุดเกาะเกี่ยวระหว่างบุคคลกับรัฐได้แก่

1. Regulation No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Regulation Rome I)
2. Regulation No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)
3. Regulation No 2201/2003 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility
4. Regulation No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์มากที่สุดได้ง่ายขึ้น

3) ข้อบังคับโรม 3 ปฏิเสธการย้อนส่ง³¹ โดยวางหลักให้การพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมายต้องใช้กฎหมายครอบครัวสารบัญญัติของประเทศที่คู่สมรสเลือกเอาไว้ล่วงหน้า หรือที่ข้อบังคับโรม 3 กำหนดให้นำมาบังคับใช้เท่านั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมายแตกต่างกัน

พัฒนาการรูปแบบที่ 2 แสดงให้เห็นได้ว่าประเทศในยุโรปพยายามใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการสร้างครอบครัวให้เป็นเอกรูปเพื่อขจัดความยุ่งยากซับซ้อนในการใช้กฎหมายขัดกันด้านครอบครัว เพื่อให้การพิจารณาประเด็นทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกันไม่ว่าจะถูกพิจารณาในประเทศใด ถึงแม้ว่ากฎหมายครอบครัวเอกรูปจะมีเพียงการเลือกกฎหมายบังคับต่อแบบของการสมรส, เงื่อนไขของการสมรส, การหย่า และการแยกกันอยู่ตามกฎหมายเท่านั้น แต่ก็นับว่าเป็นพัฒนาการครั้งสำคัญที่จะนำไปสู่กฎหมายครอบครัวเอกรูปในประเด็นอื่นๆต่อไปในอนาคต

2.1.3 การใช้กฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว

ประเทศในยุโรปใช้กฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ เช่น³²

- การกำกับดูแลหรือควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในทางครอบครัว โดยกำหนดรูปแบบพฤติกรรมทางครอบครัวที่รัฐประสงค์ให้บุคคลประพฤติปฏิบัติและกำหนดบทลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืน เช่น การกำหนดให้พฤติกรรมในเชิงซู้สาวระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญา

- การกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของสมาชิกในครอบครัว เช่น การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างสามี-ภรรยา หรือระหว่างบิดา-มารดากับบุตร

- การส่งเสริมหรือสร้างภาระต่อการก่อตั้งครอบครัวโดยใช้มาตรการจูงใจ เช่น การให้สิทธิลดหย่อนทางภาษีตามจำนวนบุตร หรือการเพิ่มอัตราภาษีมากขึ้นตามจำนวนบุตร เพื่อกระตุ้นหรือจำกัดการมีบุตรในครอบครัว

- การให้ความช่วยเหลือสมาชิกครอบครัวที่ได้รับความเดือดร้อน เช่น การให้ความช่วยเหลือเด็กที่ขาดไร้อุปการะเมื่อเด็กต้องสูญเสียทั้งบิดาและมารดาไปก่อนที่เด็กจะบรรลุนิติภาวะ

³¹ Regulations Rome III § 11.

³² Jonathan Herring, *Family Law*, 3rd ed., (Harlow: Pearson, 2007), p.20.

ส่วนประเด็นที่ผู้ศึกษาได้หยิบยกมาศึกษาในส่วนนี้คือการใช้กฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวเพื่อสร้างความชัดเจนให้เกิดขึ้นในสถานะครอบครัวของบุคคลซึ่งได้แก่ กฎหมายการทะเบียนครอบครัว, กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว, กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป และกฎหมายครอบครัวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน เพื่อจัดระบบระเบียบความสัมพันธ์ทางครอบครัวของผู้คนและรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.3.1 กฎหมายการทะเบียนครอบครัว

กฎหมายการทะเบียนครอบครัวมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดระบบระเบียบให้แก่นิติสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยบันทึกว่าบุคคลคนหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างบุคคล ทั้งในฐานะสามี-ภริยา, บิดา-บุตร หรือผู้รับบุตรบุญธรรม-บุตรบุญธรรม การมีทะเบียนครอบครัวไม่เพียงแต่ทำให้บุคคลสามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวได้โดยมีเอกสารมาสนับสนุนเท่านั้น แต่ยังเป็นประโยชน์ต่อการกล่าวอ้างสิทธิอื่นๆตามกฎหมายที่เกิดขึ้นสืบเนื่องจากการมีครอบครัวอีกด้วย เช่น การใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีจากการมีคู่สมรสหรือมีบุตร หรือสิทธิการได้รับสวัสดิการจากรัฐในฐานะครอบครัวของเจ้าหน้าที่รัฐ เป็นต้น

2.1.3.2 กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว

เมื่อผู้คนในยุโรปมีการเดินทางโยกย้ายถิ่นฐานข้ามประเทศกันมากขึ้น ปัญหาที่ตามมาต่อประเด็นสถานะครอบครัวจึงมีว่า สถานะครอบครัวที่เกิดขึ้นโดยทะเบียนครอบครัวของประเทศหนึ่งจะมีผลติดตามตัวบุคคลไปในดินแดนของรัฐต่างประเทศด้วยหรือไม่ ประเทศต่างๆในยุโรปตระหนักดีว่าหากบุคคลใดไม่สามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐต่างประเทศได้แล้ว บุคคลนั้นก็จะต้องถือว่ามีสถานะครอบครัว 2 สถานะที่ขัดแย้งกันในเวลาเดียวกัน ซึ่งพบได้มากในกรณีที่มีการสมรสหรือการหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่งไม่ได้รับการรับรองในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งเราเรียกกรณีเช่นนี้ว่า “limping marriage” หรือ “limping divorce”³³ แล้วแต่กรณี การมีสถานะครอบครัว 2 สถานะทำให้เกิดความสับสนยุ่งยากต่อการกล่าวอ้างสถานะและใช้สิทธิทางครอบครัวตามมาอีกมาก

เช่น นาย Robert จดทะเบียนสมรสกับนาง Maria ในประเทศอังกฤษ หลังจากนั้นนาย Robert ย้ายถิ่นฐานไปทำงานในประเทศฝรั่งเศส หากประเทศฝรั่งเศสไม่ยอมรับว่านาย Robert สมรสกับนาง Maria แล้ว ก็เท่ากับว่านาย Robert จะมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกัน คือ มีสถานะสมรสตามกฎหมายอังกฤษ และมีสถานะโสดตามกฎหมายฝรั่งเศส การมีสถานะครอบครัว 2 สถานะจะสร้างความสับสนในการพิจารณา

³³ คำนี้อาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “การสมรสลักลั่น” หรือ “การหย่าลักลั่น” แต่เนื่องจากผู้ศึกษาไม่เคยพบว่ามีผู้รู้ท่านใดได้นิยามคำนี้เป็นภาษาไทยเอาไว้ จึงขอคงคำศัพท์ภาษาอังกฤษไว้ในดุลยพินิจเล่มนี้แทน

สถานะ, สิทธิ และหน้าที่ทางครอบครัวของนาย Robert อย่างมาก เพราะเกิดความไม่แน่นอนว่า นาย Robert มีหน้าที่ต่อนาง Maria ในฐานะสามีหรือไม่, นาย Robert และนาง Maria มีสินสมรสร่วมกันหรือไม่ หรือหากนาย Robert สมรสกับหญิงอีกคนหนึ่งในประเทศฝรั่งเศสจะถือเป็นการสมรสซ้อนหรือไม่ ฯลฯ

ประเทศต่างๆในยุโรปจึงต้องสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของผู้เดินทางมาจากต่างแดน โดยกำหนดเงื่อนไขของการรับรองสถานะครอบครัวในกรณีต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการรับรองการสมรส หรือการรับรองการหย่าขึ้น แต่ทว่ากฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวก็เป็นกฎหมายภายในอย่างหนึ่ง จึงอาจมีรายละเอียดหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

เช่น กฎหมายรับรองการหย่าของประเทศเยอรมนีวางเงื่อนไขการรับรองว่า การหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นต้องมีผลบังคับได้ตามกฎหมายของประเทศนั้น โดยอดีตคู่สมรสจะต้องนำเอกสารยืนยันการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศไปให้ศาลเยอรมันและสำนักงานการยุติธรรมแห่งรัฐ (Landesjustizverwaltung) พิจารณารับรองเสียก่อน³⁴

ขณะที่กฎหมายรับรองการหย่าของประเทศวางเงื่อนไขการรับรองว่า นอกจากการหย่าจะมีผลบังคับได้ในต่างประเทศแล้ว อดีตคู่สมรสจะต้องมีความสัมพันธ์กับประเทศที่มีการหย่าในทางใดทางหนึ่งด้วย เช่น มีถิ่นที่อยู่ประจำ, มีภูมิลำเนา หรือมีสัญชาติของประเทศนั้นก็ได้ และอดีตคู่สมรสต้องนำเอกสารยืนยันการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศไปให้ศาลอังกฤษรับรองด้วย³⁵

ตัวอย่างปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวจนทำให้บุคคลมีสถานะครอบครัว 2 สถานะ คือ คดี *Arias v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriage*³⁶ ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ประเด็นแห่งคดีมีว่านางสาว Arias หญิงสัญชาติสเปนและนาย Galli ชายสัญชาติอิตาลีต้องการจะสมรสกันในประเทศอังกฤษ โดยในเวลานั้นทั้งสองมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสวีตเซอร์แลนด์ แต่เมื่อทั้งสองยื่นคำขอประกอบพิธีสมรสต่อสำนักทะเบียน Brentwood ทางสำนักทะเบียนกลับปฏิเสธคำขอโดยอ้างกฎหมาย

³⁴ Federal Foreign Office, “International marriages”, Retrieved on 30 May 2017, from http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Laenderinformationen/01-Laender/Konsularisches/Eheschliessung_node.html.

³⁵ Family Law Act 1986, § 46, Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/55>.

³⁶ *Arias v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriage*, 3 W.L.R. 531; (1968).

Marriage Act 1949 มาตรา 23 (2)(a)³⁷ ว่านาย Galli มีคู่สมรสอยู่แล้วจึงมี “อุปสรรคอย่างสำคัญ (*lawful impediment*)” ทำให้ไม่สามารถประกอบพิธีสมรสใหม่ได้ โดยก่อนที่จะได้พบกับนางสาว Arias นั้น นาย Galli เคยจดทะเบียนสมรสแต่ได้หย่าขาดจากคู่สมรสเดิมแล้วตามคำสั่งของศาลสวีตเซอร์แลนด์

สาเหตุที่ทำให้สำนักทะเบียน Brentwood ปฏิเสธคำขอประกอบพิธีสมรสก็เริ่มมาจากสำนักทะเบียน Brentwood พิจารณาความสามารถในการสมรสของนาย Galli ตามกฎหมายสวีตเซอร์แลนด์อันเป็นประเทศที่นาย Galli มีภูมิลำเนา แต่กฎหมายขัดกันสวิสซีให้การพิจารณาความสามารถของบุคคลเป็นไปตามกฎหมายแห่งสัญชาติ จึงเกิดการ “ย้อนส่งต่อไป” ที่กฎหมายอิตาลี ซึ่งกฎหมายอิตาลีในเวลานั้นห้ามไม่ให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน สำนักทะเบียน Brentwood จึงเห็นว่าการหย่าของนาย Galli ที่เกิดขึ้นจากคำสั่งศาลสวิสนั้นไม่มีผลใช้บังคับได้ในประเทศอังกฤษ หรืออีกนัยหนึ่งคือ สำนักทะเบียน Brentwood ไม่รับรองการหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศสวีตเซอร์แลนด์ และเลือกที่จะเคารพกฎหมายของประเทศอิตาลีที่ห้ามนาย Galli หย่าขาดจากคู่สมรสเดิมมากกว่าที่จะเคารพศาลของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ที่พิพากษาให้นาย Galli หย่าขาดจากคู่สมรสเดิมได้

คดี *Arias v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriage* นำมาสู่ข้อถกเถียงทางวิชาการมากมาย เพราะคดีนี้ที่ให้นาย Galli มีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกัน คือ มีสถานะโสดตามกฎหมายสวิส แต่มีสถานะสมรสตามกฎหมายอังกฤษ (หรือที่เรียกว่า “*limping divorce*”) ซึ่งกระทบต่อเสถียรภาพทางครอบครัวของนาย Galli อย่างมาก นอกจากนี้ยังสะท้อนให้เห็นข้อเท็จจริงที่ว่า แม้จะมีการรับรองสถานะครอบครัวแล้วก็ตามแต่ก็อาจเกิดกรณีที่บุคคลไม่อาจกล่าวอ้างสถานะครอบครัวของตนได้เพราะกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของแต่ละประเทศมีรายละเอียดแตกต่างกัน³⁸ ดังนั้นกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวจึงยังไม่ใช่เครื่องมือที่ดีที่สุดที่จะทำให้สถานะครอบครัวของบุคคลมีเพียงสถานะเดียวและติดตัวบุคคลนั้นไปทุกหนแห่งได้

2.1.3.3 กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป

เมื่อสาเหตุของปัญหาการรับรองสถานะครอบครัวอยู่ที่ความแตกต่างในรายละเอียดของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของแต่ละประเทศ ประเทศในยุโรปจึงใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองสถานะครอบครัวร่วมกันขึ้น วิธีการนี้เป็นแนวทางเดียวกับการสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเอกรูปที่ผู้ศึกษาเคยกล่าวถึงใน

³⁷ Marriage Act 1949, § 32, Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents>.

³⁸ M. R. Chesterman, “A Limping Divorce”, *The Modern Law Review*, no.1, vol.32, p.87, (January 1969).

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวรูปแบบที่ 2 นั้นเอง

องค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปก็ยังคงเป็นประชุมกรุงเฮกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (HccH) และสหภาพยุโรป (EU) เช่นเคย

ที่ประชุมกรุงเฮกฯจัดทำกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปขึ้น 2 ฉบับ คือ

1) อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ค.ศ.1978

และ

2) อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ค.ศ.1970

ส่วนสหภาพยุโรปจัดทำกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป 1 ฉบับ คือ ข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 2201/2003 ว่าด้วยอำนาจรัฐและการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาในคดีครอบครัวและคดีความรับผิดชอบของบิดามารดา หรือ **“ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ”**

สาระสำคัญของกฎหมายทั้ง 3 ฉบับมีดังนี้

1) **อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส**

ค.ศ.1978

อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ เป็นผลงานของที่ประชุมกรุงเฮกกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งไม่เพียงแต่จะสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูปเท่านั้น เนื้อหาอีกส่วนหนึ่งของอนุสัญญานี้ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกฎหมายการรับรองการสมรสที่เป็นเอกรูปด้วย มาตรา 9 ของอนุสัญญาฯได้วางหลักการว่าบรรดาการสมรสที่เกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการสมรส ย่อมเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศภาคีอื่นๆด้วย³⁹

และการไม่รับรองการสมรสจะทำได้ต่อเมื่อมีเหตุตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญา ได้แก่⁴⁰

- การสมรสนั้นเป็นการสมรสซ้อน
- การสมรสเกิดขึ้นระหว่างผู้มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิต หรือเป็นการสมรสระหว่างบิดา/มารดาบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม
- ผู้ที่สมรสมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ขั้นต่ำที่จะสมรสได้ตามกฎหมายของประเทศที่ต้องรับรองการสมรส

³⁹ Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage § 9.

⁴⁰ Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage § 11 and

นั้น

- ผู้ที่สมรสมีความบกพร่องทางจิต
- การสมรสไม่ได้เกิดขึ้นจากความสมัครใจของผู้ที่สมรส รวมไปถึง
- การสมรสนั้นขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐผู้รับรองอย่างร้ายแรง

อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสนี้พยายามนำเอา “*ลักษณะร่วมกัน*” ของกฎหมายการรับรองการสมรสของประเทศในยุโรปที่มีอยู่ก่อนแล้วมาบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากกฎหมายการรับรองการสมรสของประเทศในยุโรปส่วนใหญ่ถือหลักว่าตนจะรับรองสมรสที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศที่การสมรสเกิดขึ้น (หลัก *lex loci celebrationis*) และจะให้การรับรองการสมรสที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยอัตโนมัติอีกด้วย⁴¹ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า หลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการสมรสของยุโรปเป็น “*เอกรูป*” อยู่ก่อนแล้ว อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสนี้เพียงแค่ว่า “*ยืนยันความเป็นเอกรูป*” นั้นให้กระจ่างชัดยิ่งขึ้น และขจัดข้อแตกต่างในรายละเอียดเล็กๆน้อยๆของหลักเกณฑ์การไม่รับรองการสมรสเท่านั้น

แม้อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ จะสร้างกฎหมายรับรองการสมรสเอกรูปขึ้นจากการนำลักษณะร่วมกันของกฎหมายรับรองการสมรสของประเทศต่างๆในยุโรปมายืนยันเป็นลายลักษณ์อักษร และหากพิจารณาไปตามสามัญสำนึกแล้วก็อาจเกิดข้อสันนิษฐานว่าอนุสัญญานี้คงจะได้รับการยอมรับและมีประเทศลงนามเป็นภาคีจำนวนมาก แต่ผู้ศึกษากลับพบว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯกลับมีประเทศลงนามเป็นภาคีเพียง 3

⁴¹ กฎหมายรับรองการสมรสของประเทศอังกฤษ โปรดดู “Immigration Directorates’ Instructions,” Retrieved on 30 May 2017, from https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263218/recog.pdf.

กฎหมายรับรองการสมรสของประเทศเยอรมนี โปรดดู Federal Foreign Office, “International marriages”, Retrieved on 30 May 2017, from http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Laenderinformationen/01-Laender/Konsularisches/Eheschliessung_node.html.

กฎหมายรับรองการสมรสของประเทศเนเธอร์แลนด์ โปรดดู Act Conflict of Law Rules for Marriages § 5 and § 6, Retrieved on 30 May 2017 from <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/actconflictmarriage.htm>.

กฎหมายรับรองการสมรสของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โปรดดู Switzerland’s Federal Code on Private International Law, § 45 and see also Swiss Civil Code § 105, Retrieved on 30 May 2017, from <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201701010000/210.pdf>.

ประเทศเท่านั้น⁴²

ผู้ศึกษาวิเคราะห์สาเหตุของความล้มเหลวนี้น่าจะมาจากพันธกรณีตามอนุสัญญาในส่วนของการรับรองการสมรสโดยอัตโนมัตินี้เอง เนื่องจากประเทศต่างๆเกรงว่าพันธกรณีดังกล่าวอาจบังคับให้ตนต้องรับรองการสมรสที่เกิดจากการหลีกเลี่ยงข้อห้ามของกฎหมายภายในแล้วเดินทางไปสมรสในต่างประเทศในลักษณะของ forum shopping⁴³ รวมถึงความเสี่ยงที่ประเทศภาคีอาจถูกบังคับให้ต้องรับรองการสมรสตามกฎหมายอิสลามที่ยอมรับหลัก “หนึ่งผัวหลายเมีย (polygamy)” ซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานของการสมรสในยุโรปอย่างร้ายแรง ประกอบกับบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญาซึ่งแก้ไขได้ยากและขาดความยืดหยุ่น⁴⁴ บทเรียนที่เกิดขึ้นจากความล้มเหลวของอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสก็คือ การนำลักษณะร่วมกันของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวมาบรรจุไว้ในกฎหมายนั้นยังไม่ใช่หลักประกันความสำเร็จของการสร้างกฎหมายเอกรูป และเนื้อหาของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปต้องถูกร่างขึ้นด้วยความละเอียดรอบคอบอย่างยิ่ง เพื่อให้เกิดการยอมรับร่วมกันของประเทศภาคี โดยหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่จะสร้างความกังวลต่อการรับรองสถานะครอบครัวให้ได้มากที่สุด

2) อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ค.ศ.1970

อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯก็เป็นผลงานของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเช่นเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ แต่อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกฎหมายเอกรูปสำหรับหลักเกณฑ์ของการรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลเพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยวางหลักการร่วมกันไว้ว่า การหย่าหรือการแยกกันอยู่ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศจะได้รับการรับรองก็ต่อเมื่อในวันที่เริ่มกระบวนการหย่าหรือการแยกกันอยู่นั้นปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

- 1) คู่สมรสฝ่ายที่ถูกขอหย่าหรือขอแยกกันอยู่นั้นมีถิ่นที่อยู่ประจำในประเทศออกคำสั่งหย่าหรือ

⁴² ประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส คือ ประเทศออสเตรเลีย, เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก

⁴³ Willis L.M. Reese, “The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages,” *Virginia Journal of International Law*, vol.1, p.35, (Fall 1979) and see Hannah Baker & Maja Groff, “The impact of the Hague Conventions on European family law,” in *European Family Law Volume I: the Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, ed. Jens M. Scherpe, (Cheltenham: Edward Elgar, 2016), p.191.

⁴⁴ Jose Angelo Estrella Faria, “Future Direction of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Properous Voyage ?,” *Uniform Law Review*, p.8, (2009).

แยกกันอยู่ หรือ

2) คู่สมรสฝ่ายที่ขอหย่าหรือแยกกันอยู่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีคำสั่งหย่าหรือแยกกันอยู่มาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี หรือประเทศนั้นเป็นประเทศสุดท้ายที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ร่วมกัน หรือ

3) คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติของประเทศที่ดำเนินการขอหย่าหรือแยกกันอยู่ หรือ

4) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติของประเทศที่ดำเนินการขอหย่าหรือแยกกันอยู่ และมีถิ่นที่อยู่ประจำ หรือเคยมีถิ่นที่อยู่ประจำสุดท้ายร่วมกับคู่สมรสในประเทศนั้นด้วย⁴⁵

การใช้ “*หลักสัญชาติ (lex patriae)*” เพื่อเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณารับรองการหย่านั้น จะสอดคล้องกับ “*ลักษณะร่วมกัน*” ของกฎหมายการรับรองการหย่าของประเทศกลุ่มภาคพื้นยุโรปที่นิยมใช้ สัญชาติเป็นเครื่องแสดงสัมพันธภาพระหว่างบุคคลกับรัฐที่มีการฟ้องหย่า⁴⁶ ส่วนการใช้ “*หลักถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual resident)*” นั้นเป็นเครื่องแสดงสัมพันธภาพระหว่างบุคคลกับรัฐแบบใหม่ซึ่งที่ประชุมกรุงเฮกฯ พยายามผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้ เนื่องจากที่ประชุมกรุงเฮกฯ เห็นว่า ถิ่นที่อยู่ประจำน่าจะเป็นเครื่องแสดงสัมพันธภาพระหว่างบุคคลกับรัฐที่เหมาะสมกว่าต่อสภาพสังคมยุโรปที่มีการเคลื่อนย้ายประชากรเสรี ซึ่งทำให้มีผู้ที่ตั้งถิ่นฐานระยะยาวอยู่ในประเทศที่ตนไม่มีสัญชาติหรือไม่มีภูมิลำเนาเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

นอกจากหลักสัญชาติและหลักถิ่นที่อยู่ประจำแล้ว ที่ประชุมกรุงเฮกฯ เองก็ยังใช้ “*หลักภูมิลำเนา (lex domicilli)*” ที่นิยมใช้กันในประเทศกลุ่ม common law เพื่อแสดงสัมพันธภาพระหว่างรัฐกับบุคคลด้วยเช่นกัน โดยเปิดช่องให้ประเทศที่นิยมใช้หลักภูมิลำเนาสามารถตีความคำว่าถิ่นที่อยู่ประจำให้กินความหมายถึงภูมิลำเนาของบุคคลได้ด้วย⁴⁷ เพื่อให้อนุสัญญานี้ได้รับการยอมรับจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law

อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ นี้จึงเป็นการนำลักษณะร่วมกันของกฎหมายการรับรอง

⁴⁵ Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations § 2, Retrieved on 30 May 2017, from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=80>.

⁴⁶ กฎหมายรับรองการหย่าของประเทศเยอรมนี โปรดดู Federal Foreign Office, “International marriages”, Retrieved on 30 May 2017, from http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Laenderinformationen/01-Laender/Konsularisches/Eheschliessung_node.html.

กฎหมายรับรองการหย่าของประเทศเนเธอร์แลนด์ โปรดดู Civil Code, § 10:57 and § 10:59, Retrieved on 30 May 2017, from <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01010.htm>.

กฎหมายรับรองการหย่าของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โปรดดู *supra not 41*, § 65.

⁴⁷ Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations § 3.

การหย่าของประเทศในยุโรปมายืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในตราสารระหว่างประเทศเช่นเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ และอนุสัญญานี้เกิดจากการถดถอยของที่ประชุมกรุงเฮกจากความล้มเหลวของกฎหมายรับรองการหย่าเอกรูปที่เคยนำเสนอไว้เมื่อปีค.ศ.1902 คือ อนุสัญญาการหย่า ค.ศ.1902 ในคราวนั้นที่ประชุมกรุงเฮกฯ ใช้แต่หลักสัญชาติเป็นเครื่องแสดงสัมพันธภาพระหว่างรัฐกับบุคคล ทำให้ประเทศกลุ่ม common law ต่างพากันไม่ยอมลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาการหย่า ค.ศ.1902 จนทำให้อนุสัญญาดังกล่าวต้องล้มเลิกไป⁴⁸ ในครั้งนี้ที่ประชุมกรุงเฮกฯ จึงเพิ่มเติมหลักภูมิลาเนา ลงไปในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ ดังที่ผู้ศึกษาได้แสดงไว้ข้างต้น ทำให้อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ มีประเทศลงนามเป็นภาคีอยู่ถึง 20 ประเทศ

ความสำเร็จของอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ จึงเกิดจากการประนีประนอมแนวคิดของประเทศภาคพื้นยุโรปกับประเทศกลุ่ม common law ของที่ประชุมกรุงเฮกฯ โดยยอมให้ประเทศภาคียังคงใช้หลักสัญชาติหรือหลักภูมิลาเนาเพื่อรับรองการหย่าได้ตามเดิม เพียงแต่เสนอให้ประเทศทั้งสองกลุ่มทดลองยอมรับหลักการรับรองการหย่าของกันและกัน กล่าวคือ เสนอให้ประเทศภาคีทุกประเทศใช้ทั้งหลักสัญชาติและหลักภูมิลาเนาในการรับรองการหย่าไปพร้อมๆ กัน พร้อมกับนำเสนอหลักถิ่นที่อยู่ประจำอันเป็นหลักการใหม่ในการแสดงสัมพันธภาพระหว่างรัฐกับบุคคลเป็นทางเลือกเพิ่มเติม แต่ถึงแม้อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ จะสามารถสร้างกฎหมายเอกรูปสำหรับหลักเกณฑ์ของการรับรองการหย่าได้ก็ตาม แต่อนุสัญญานี้ก็ยังไม่สามารถสร้างกฎหมายเอกรูปสำหรับวิธีการรับรองการหย่าได้สำเร็จ ดังนั้นการหย่าที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะได้รับการรับรองโดยวิธีใดนั้นก็ยังคงเป็นไปตามที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้กำหนดเอาไว้ ซึ่งอาจเป็นการรับรองโดยศาลหรือโดยการจดทะเบียนรับรองก็ได้

3) ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ

นอกจากที่ประชุมกรุงเฮกฯ แล้ว สหภาพยุโรปก็มีบทบาทเรื่องการสร้างกฎหมายการรับรองสถานะทางครอบครัวให้เป็นเอกรูปเช่นกัน โดยในปีค.ศ.2003 สหภาพยุโรปประกาศใช้ข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 2201/2003 ว่าด้วยอำนาจรัฐและการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาในคดีครอบครัวและคดีความรับผิดชอบบิดามารดา หรือ “**ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ**” เพื่อสร้างกฎหมายเอกรูปสำหรับหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองการหย่าโดยผลของคำพิพากษาของศาล

มาตรา 21⁴⁹ แห่งข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ วางหลักให้คำพิพากษาในคดีครอบครัวที่ออกโดยศาล

⁴⁸ T. von Mehren and Kurt H. Nadelmann, “The Draft Convention on Recognition of Divorces and Legal Separations,” The American Journal of Comparative Law, no. 4, vol.16, pp.579-580, (Autumn, 1968).

⁴⁹ Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of

ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องได้รับการรับรองในประเทศสมาชิกอื่นๆโดยอัตโนมัติ บทบัญญัติมาตรา 21 นี้จึงเป็นการสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการหย่าในเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นประเด็นที่อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯของที่ประชุมกรุงเฮกฯทำไม่สำเร็จ

ขณะที่มาตรา 22⁵⁰ กำหนดเหตุที่จะทำให้คำพิพากษาในคดีครอบครัวไม่ได้รับการรับรอง ได้แก่

- การรับรองการหย่านั้นจะขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐที่จะให้การรับรองอย่างร้ายแรง
- จำเลยในคดีหย่าไม่มีสิทธิต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม หรือ
- คำพิพากษาหย่านั้นเกิดจากการดำเนินคดีซ้ำ เป็นต้น

ดังนั้นมาตรา 22 จึงเป็นการสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยเงื่อนไขการปฏิเสธการหย่า

ผู้ศึกษาวิเคราะห์ว่า สาเหตุที่ทำให้ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิสามารถสร้างกฎหมายรับรองการหย่าเอกรูปได้ถึงขั้นที่ทำให้การหย่าที่เกิดในต่างประเทศได้รับการรับรองโดยอัตโนมัตินั้นเป็นเพราะว่าข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิเป็นกฎหมายที่เกิดจากการต่อยอดความคิดมาจากข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 44/2001 ว่าด้วยอำนาจศาลและการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ หรือ **“ข้อบังคับบรัสเซลส์ 1”** ข้อบังคับบรัสเซลส์ 1 เป็นกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายในสหภาพยุโรป โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องรับรองคำพิพากษาของศาลประเทศสมาชิกอื่นๆโดยอัตโนมัติ เพื่อสร้างเสถียรภาพให้แก่ผลของคำพิพากษา⁵¹ โดยถือหลักว่า **“การรับรองคำพิพากษาเป็นหลัก การไม่รับรองคำพิพากษาเป็นข้อยกเว้น”** ทำให้การบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ในยุโรปเกิดความสะดวกรวดเร็วและมีเสถียรภาพ เพียงแต่ข้อบังคับบรัสเซลส์ 1 มีขอบเขตการบังคับใช้ว่าจะไม่รวมไปถึงการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดา ดังนั้นข้อบังคับบรัสเซลส์ 1 จึงไม่ได้สร้างกฎหมายเอกรูปสำหรับการรับรองการหย่า⁵² ด้วยเหตุผลว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกว่าด้วยการรับรองการหย่าในเวลานั้นยังมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ทั้งในเชิงหลักเกณฑ์และวิธีการรับรอง

judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (Regulation Brussels II bis) § 21, Retrieved on 30 May 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33194&from=EN>.

⁵⁰ Regulation Brussels II bis § 22.

⁵¹ Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Regulation Brussels I) § 33, Retrieved on 30 May 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML>.

⁵² De Cavel v De Cavel, ECR 120/79 (1980).

แต่ต่อจากนั้นเพียง 2 ปี เมื่อสหภาพยุโรปเห็นว่าประเทศสมาชิกเริ่มคุ้นชินกับการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยอัตโนมัติแล้ว ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าของที่ประชุมกรุงเฮกก็ได้วางรากฐานของการสร้างกฎหมายเอกรูปในส่วนของหลักเกณฑ์การรับรองการหย่าไปแล้วพอสมควร สหภาพยุโรปจึงใช้โอกาสนี้สร้างข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวีขึ้นเพื่อขยายขอบเขตของการรับรองคำพิพากษาจากคดีแพ่งทั่วไปไปสู่คำพิพากษาหย่า การขยายผลของการสร้างกฎหมายเอกรูป “อย่างค่อยเป็นค่อยไป” ประกอบกันข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวีเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันโดยตรง (direct application) ต่อประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทั้งหมด โดยไม่ต้องมีการลงนามเป็นภาคีเหมือนกับสนธิสัญญาทั่วไป ทำให้สหภาพยุโรปประสบความสำเร็จในการสร้างกฎหมายรับรองการหย่าเอกรูปได้เป็นผลสำเร็จ

2.1.3.4 กฎหมายครอบครัวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิทางครอบครัวปรากฏตัวในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนหลายต่อหลายฉบับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁵³, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง/พลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁵⁴, กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ, สังคม และวัฒนธรรม⁵⁵, อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ⁵⁶ ฯลฯ ข้อเรียกร้องให้รัฐขยายการคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวจึงมีมากขึ้นโดยเริ่มจากการยืนยันว่าคุณคนทุกคนจะสามารถมีครอบครัวได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องเพศ และข้อเรียกร้องยังขยายไปถึงประเด็นการมีชีวิตครอบครัวที่ดี ปราศจากความรุนแรง และมีความเท่าเทียมกันระหว่างสมาชิกในครอบครัวด้วย

ปรากฏการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิทางครอบครัวในหลายประเทศของยุโรป ประเด็นของการเคลื่อนไหวแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ

- 1) การเรียกร้องสิทธิก่อตั้งครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน เพื่อร้องขอให้ประเทศต่างๆ เปลี่ยน

⁵³ Universal Declaration of Human Rights § 16, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

⁵⁴ International Covenant on Civil and Political Rights § 23, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

⁵⁵ International Covenant on Economic, Social and Cultural Right § 10, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁵⁶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women § 16, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>.

แนวความคิดว่าการมีครอบครัวไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะระหว่างเพศชายและหญิง รวมถึงยกเลิกกฎหมายอาญาที่กำหนดโทษแก่การมีความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกัน จนเกิดเป็นกฎหมายรับรองการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันขึ้น และ

2) การเรียกร้องให้รัฐเข้ามาคุ้มครองผู้เปราะบางในครอบครัว โดยเรียกร้องให้รัฐส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างชายหญิงในครอบครัว แก้ปัญหาการใช้กำลังหรือการล่วงละเมิดทางเพศในครอบครัว รวมถึงการคุ้มครองสิทธิเด็ก จนเกิดเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้เปราะบางในครอบครัวขึ้น

1) กฎหมายรับรองการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน

ประเด็นเรียกร้องนี้ปรากฏอย่างเข้มข้นขึ้นหลังจากองค์การอนามัยโลก (WHO) ยอมรับว่าการรักชอบคนเพศเดียวกันนั้นไม่ใช่อาการผิดปกติทางจิต (mental disorder) อีกต่อไป เพียงแต่เป็นรสนิยมทางเพศ (sexual orientation) ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีได้แตกต่างกัน โดยองค์การอนามัยโลกได้ถอดเอาคำว่า “homosexuality” ออกจากบัญชีการจำแนกโรคและปัญหาสุขภาพ (ICD)⁵⁷ และประชากรกลุ่ม LGBT ในยุโรปเริ่มได้รับการยอมรับจากสังคมมากขึ้นเรื่อยๆ ประเทศในยุโรปจึงเริ่มผ่อนคลายนโยบายกีดกันความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันอย่างค่อยเป็นค่อยไป ขั้นตอนแรกคือยกเลิกบทบัญญัติที่ลงโทษทางอาญาต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์กับคนเพศเดียวกัน ปัจจุบันจึงไม่มีกฎหมายอาญาของประเทศใดในยุโรปที่บัญญัติว่าการมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นความผิดอีกแล้ว⁵⁸ และนั่นทำให้คนเพศเดียวกันสามารถก่อตั้งครอบครัวโดยข้อเท็จจริงได้

ขั้นตอนที่ต่อมาคือ การยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมายได้ และประเทศเดนมาร์กกลายเป็นประเทศแรกของยุโรปและของโลกที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวให้แก่กลุ่ม LGBT โดยประกาศใช้กฎหมาย Registered Partnership Act 1989 ยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวในฐานะ “คู่อภิเวต (partnership)” ของกันและกันได้⁵⁹ ส่วนสหภาพยุโรปเองก็ตอบสนองข้อเรียกร้องการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่ม LGBT เช่นกัน โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights: ECHR) ได้มีแนวคำวินิจฉัยที่รับรองความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันมาแล้ว

⁵⁷ WHO, “ICD-10 Version:2016,” WHO, Retrieved on 30 May 2017, from <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>.

⁵⁸ “76 countries where homosexuality is illegal,” 76crimes.com, Retrieved on 12 June 2017, from <https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>.

⁵⁹ Registered Partnership Act 1989 § 1, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>.

มากมาย เช่น

- คดี *Dudgeon v. the United Kingdom*⁶⁰ ศาล ECHR ตัดสินว่ากฎหมายอาญาของประเทศไอร์แลนด์เหนือที่ห้ามการมีความสัมพันธ์แบบคนรักระหว่างคนเพศเดียวกันนั้นขัดต่ออนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

- คดี *Karner v. Austria*⁶¹ ศาลตัดสินว่ากฎหมายครอบครัวของรัฐควรจะถูกตีความตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และการอยู่ร่วมกันของคนเพศเดียวกันก็ถือเป็นความสัมพันธ์ทางครอบครัวได้เช่นกัน

- คดี *E.B. v. France*⁶² ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธคำร้องขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของศูนย์อำนวยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของประเทศฝรั่งเศสด้วยเหตุผลว่าผู้ยื่นคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเป็นคนรักเพศเดียวกันนั้น ถือเป็นกรกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ

ถึงแม้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะไม่ได้ระบุชัดไปถึงขนาดให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ก็ตาม แต่แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ถือเป็นกรขยายขอบเขตการตีความสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และครอบครัวสามารถเกิดขึ้นจากคนเพศเดียวกันได้ กระแสการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเช่นนี้ทำให้ประเทศในยุโรปค่อยๆทยอยกันประกาศใช้หรือแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกัน จนมีหลายประเทศที่ยอมรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันทั้งในรูปแบบของการเป็นคู่สมรสและการเป็นคู่ชีวิต ดังนี้

- ประเทศรับรองให้คนเพศเดียวกันสามารถสมรสได้ ได้แก่ ประเทศเนเธอร์แลนด์ (2001), เบลเยียม (2003), สเปน (2005), ฝรั่งเศส (2013), อังกฤษ (2014) และฟินแลนด์ (2017) เป็นต้น

- ประเทศที่ยอมรับให้มีการก่อตั้งครอบครัวในรูปแบบคู่ชีวิต ได้แก่ เยอรมนี (2001), สวิตเซอร์แลนด์ (2007), ออสเตรีย (2010), กรีซ (2015) และอิตาลี (2016) เป็นต้น

กฎหมายการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันในยุโรปนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นการยืนยันว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะก่อตั้งครอบครัวได้อย่างเท่าเทียมกัน แต่ยังสร้างความมั่นคงให้แก่สถานะครอบครัวของคนเพศเดียวกันในระดับที่ “เท่าเทียม” หรือ “เกือบเท่าเทียม” กับครอบครัวของคนต่างเพศอีกด้วย

2) กฎหมายคุ้มครองผู้เปราะบางในครอบครัว

การคุ้มครองครอบครัวผู้เปราะบาง (vulnerable persons) เกิดจากข้อเรียกร้องในสังคมยุโรปที่

⁶⁰ *Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No.7525/76 (1981).

⁶¹ *Karner v. Austria*, ECHR 395 (2003).

⁶² *E.B. v. France*, Appl. No. 43546/02 (2008).

ต้องการให้รัฐส่งเสริมความเท่าเทียมในครอบครัวระหว่างชายหญิงและจัดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งเป็นพันธกรณีของประเทศในยุโรปภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (อนุสัญญา CEDAW) หรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น และในปีค.ศ.2011 สหภาพยุโรปได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและต่อสู้กับความรุนแรงต่อสตรีและความรุนแรงในครอบครัว (Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence) เพื่อประกาศเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิสตรีจากความรุนแรงในครอบครัวในยุโรปให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

นอกจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือคุ้มครองผู้เปราะบางในครอบครัวแล้ว ประเทศในยุโรปหลายประเทศยังจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพของสมาชิกในครอบครัว ที่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กสัญชาติเยอรมันที่ขาดผู้ปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้ว่าเด็กจะมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศก็ตาม ซึ่งผู้ศึกษาได้เห็นการทำงานของสำนักงานดูแลและคุ้มครองเยาวชนของประเทศเยอรมนี จากกรณีการช่วยเหลือ “น้องปีเตอร์”⁶³ เด็กสัญชาติเยอรมันที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและต้องสูญเสียบิดามารดาที่แท้จริงไปก่อนที่น้องปีเตอร์จะบรรลุนิติภาวะ น้องปีเตอร์ได้รับสัญชาติเยอรมันโดยหลักสืบสายโลหิตจากบิดา และประเทศเยอรมนีเข้ามาดูแลน้องปีเตอร์ผ่านการทำงานของสำนักงานดูแลและคุ้มครองเยาวชนเยอรมัน โดยให้ความช่วยเหลือเป็นเงินบำนาญตกทอดที่เด็กสัญชาติเยอรมันทุกคนจะได้รับเมื่อบิดาหรือมารดาสัญชาติเยอรมันของตนเสียชีวิต นอกจากนี้สำนักงานยังทำหน้าที่เสมือนเป็นผู้ปกครองของน้องปีเตอร์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กให้อีกด้วย

การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เปราะบางในครอบครัวของประเทศในยุโรปไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะคนชาติเท่านั้น เพราะในปัจจุบันมีผู้อพยพหนีภัยความตายจากประเทศตะวันออกกลาง เช่น ซีเรีย หรือเลบานอน เดินทางเข้ามาในดินแดนยุโรปเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก ประเทศในยุโรปก็พยายามให้ความคุ้มครองด้านครอบครัวแก่ผู้อพยพเหล่านี้โดยจัดตั้งศูนย์การให้ความสนับสนุนเด็กและครอบครัว หรือ Blue Dot hubs ขึ้นตามเส้นทางอพยพต่างๆรอบภูมิภาคยุโรป โดยได้รับความช่วยเหลือจากสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) และกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF) ซึ่ง Blue Dot hubs จะเข้ามาแก้ปัญหาและเยียวยาเด็กที่ต้องพลัดพรากจากครอบครัวระหว่างการลี้ภัยผ่านการติดตามค้นหาครอบครัวของเด็ก ให้ที่พักและให้คำปรึกษาแก่เด็กที่ต้องพบเจอเรื่องโหดร้ายระหว่างอพยพลี้ภัย รวมถึงเป็นที่พักชั่วคราวให้แก่ครอบครัวที่อยู่

⁶³ กรณีศึกษาสมมติจากเหตุการณ์จริงของการให้ความช่วยเหลือเด็กชายสัญชาติเยอรมันที่สูญเสียบิดาและต้องอาศัยอยู่กับญาติในประเทศไทย โดยผู้ศึกษาได้รับทราบข้อเท็จจริงเรื่องนี้จากโครงการบางกอกคลินิก เพื่อให้คำปรึกษากฎหมายด้านสถานะและสิทธิบุคคล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ระหว่างการอพยพลี้ภัยอีกด้วย⁶⁴

พัฒนาการรูปแบบที่ 3 จึงแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวและสวัสดิภาพของสมาชิกในครอบครัวบนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนของประเทศในยุโรป ทำให้กฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปขยายผลการบังคับใช้ให้ครอบคลุมบุคคลทุกคนในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน

2.2 แนวความคิดเบื้องหลังกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรป

จากพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปทั้ง 3 รูปแบบ ผู้ศึกษาค้นพบแนวความคิดที่เปรียบเทียบเป็นเป้าหมายของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ 3 แนวความคิด ได้แก่

- 1) ความยุติธรรมทางครอบครัว (family justice)
- 2) เสถียรภาพทางครอบครัว (family security) และ
- 3) ประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัว (effectiveness in family management)

แต่ละแนวความคิดมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.2.1 ความยุติธรรมทางครอบครัว (family justice)

แนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวมีเป้าหมายคือ การพิจารณาสิทธิและหน้าที่ทางครอบครัว ตลอดจนการระงับข้อพิพาทระหว่างสมาชิกในครอบครัวต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁶⁵ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการพิจารณาสิทธิและหน้าที่ทางครอบครัวและการพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวเรื่องเดียวกันต้องได้ผลทางกฎหมายที่ตรงกัน ไม่ว่าการพิจารณาจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม

⁶⁴ “UNHCR, UNICEF launch Blue Dot hubs to boost protection for children and families on the move across Europe,” UNHCR, Retrieved on 12 June 2017, from <http://www.unhcr.org/news/press/2016/2/56d011e79/unhcr-unicef-launch-blue-dot-hubs-boost-protection-children-families-move.html>.

⁶⁵ John Eekelaar and Mavis Maclean, Family Justice: The Work of Family Judges in Uncertain Times, (Oxford: Hart Publishing, 2013), p.16.

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปที่ตอบสนองต่อแนวความคิดนี้ ได้แก่

1) การสร้างกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษร

การใช้กฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษรจะทำให้เนื้อหาของกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปมีความชัดเจนเป็นเอกภาพ และทำให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกันไม่ว่าจะถูกพิจารณาในท้องที่ใดภายในอาณาเขตของแต่ละประเทศ⁶⁶ การสร้างกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการสร้าง “*ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายในประเทศ (domestic family justice)*” ขึ้น

2) การสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเอกรูป

กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเป็นเครื่องมือทำให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกัน ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะถูกพิจารณาโดยผู้ใช้กฎหมายของประเทศใด แต่กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวก็ยังไม่สามารถทำให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกันได้ทุกกรณี เพราะจุดเกาะเกี่ยวที่แต่ละประเทศต่างๆ ใช้เพื่อกำหนดกฎหมายยังไม่ตรงกัน ดังนั้นประเทศในยุโรปจึงใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือเพื่อสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูป ได้แก่

- อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองการสมรส ค.ศ.1978 ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล สร้างกฎหมายขัดกันเอกรูปด้านการสมรส และ

- ข้อบังคับโรม 3 ของสหภาพยุโรป สร้างกฎหมายขัดกันเอกรูปด้านการหย่า

กฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับ โดยเฉพาะข้อบังคับโรม 3 ได้ทำให้กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายสำหรับการพิจารณาผลของการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปตรงกัน การใช้กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเอกรูปจึงเป็นการสร้าง “*ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ (international family justice)*” ขึ้น

2.2.2 เสถียรภาพทางครอบครัว (family security)

แนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวมีเป้าหมาย คือ การทำให้สถานะครอบครัวของบุคคลสามารถกล่าวอ้างได้โดยมีหลักฐานที่เป็นเอกสารมหาชนรองรับ และสถานะครอบครัวจะต้องติดตามตัว

⁶⁶ Wienczyslaw J. Wagner, “Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the Nineteenth Century in the United States”, Saint Louis Law Review, p.341, (1953).

บุคคลผู้เป็นเจ้าของสถานะนั้นไปทุกหนแห่งไม่ว่าผู้นั้นจะปรากฏตัวอยู่ในดินแดนของประเทศใดก็ตาม

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปที่ตอบสนองต่อแนวความคิดนี้ ได้แก่

1) การสร้างกฎหมายการทะเบียนครอบครัว

กฎหมายการทะเบียนครอบครัวมีวัตถุประสงค์หลักคือการจัดบันทึกสถานะครอบครัวของบุคคลที่เกิดขึ้นตามกฎหมายครอบครัวเอกชนด้วยทะเบียนครอบครัวที่เป็นเอกสารมหาชน ทะเบียนครอบครัวจึงทำให้บุคคลสามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวของตนได้โดยมีเอกสารมหาชนรองรับ ประโยชน์ของทะเบียนครอบครัวไม่เพียงแต่จะทำให้การจัดการสิทธิหน้าที่ทางครอบครัวที่บุคคลมีอยู่ตามสถานะครอบครัว เช่น การเป็นคู่สมรส, การเป็นบิดามารดา, การเป็นบุตร หรือการเป็นบุตรบุญธรรม เป็นไปโดยสะดวกแล้ว ทะเบียนครอบครัวยังมีประโยชน์ต่อการส่งเสริมนโยบายการจัดการครอบครัวของประเทศในยุโรปอีกด้วย เช่น นโยบายให้บุคคลมีคู่สมรสคนเดียว (monogamy) ทำให้ประเทศในยุโรปยินยอมให้บุคคลสามารถจดทะเบียนสมรสกับคู่สมรสได้เพียงคนเดียวเท่านั้น เป็นต้น กฎหมายทะเบียนการทะเบียนครอบครัวจึงเป็นกฎหมายที่สร้าง **“เสถียรภาพทางครอบครัวในระดับภายในประเทศ (domestic family security)”**

2) การสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป

กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวมีวัตถุประสงค์หลักคือ การรับรองสถานะครอบครัวที่บุคคลได้รับมาตามกฎหมายครอบครัวของรัฐต่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือ การรับรองความชอบด้วยกฎหมายของทะเบียนครอบครัวที่เกิดขึ้นจากกฎหมายของรัฐต่างประเทศ เพื่อให้สถานะครอบครัวสามารถติดตามตัวบุคคลไปได้ทุกหนแห่งและหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่จะทำให้บุคคลคนหนึ่งมีสถานะครอบครัว 2 สถานะที่ขัดแย้งกันในเวลาเดียวกัน เช่น มีสถานะสมรสตามกฎหมายของประเทศหนึ่ง แต่มีสถานะโสดตามกฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง เพราะหากบุคคลคนหนึ่งมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกันอาจสร้างความยุ่งยากสับสนต่อการจัดการสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวก็เป็นกฎหมายภายในลักษณะหนึ่ง ดังนั้นประเทศต่างๆในยุโรปจึงสามารถกำหนดเงื่อนไขและวิธีการรับรองสถานะครอบครัวได้ตามที่ประเทศนั้นๆ เห็นสมควร แต่ความแตกต่างของเงื่อนไขและวิธีการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศต่างๆในยุโรปกลับสร้างสถานการณ์ที่ทำให้บุคคลมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกันขึ้นซึ่งขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว ประเทศในยุโรปจึงใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปขึ้น กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปจะสร้างพันธกรณีให้ประเทศภาคีในอันที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขและวิธีการรับรองสถานะครอบครัวให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ปัจจุบันประเทศในยุโรปมีกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว 3 ฉบับ ได้แก่

- อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ค.ศ. 1978 สร้างกฎหมายรับรองการสมรสที่เป็นเอกกรุป
- อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ค.ศ. 1970 สร้างกฎหมายรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมายที่เป็นเอกกรุป และ
- ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ สร้างกฎหมายการรับรองการหย่าตามคำพิพากษาของศาลที่เป็นเอกกรุป

กฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 3 ฉบับ โดยเฉพาะข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ ทำให้กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวที่เกิดจากการสมรส, การหย่า และการแยกกันอยู่ตามกฎหมายของประเทศในยุโรปมีหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวเหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน หรืออีกนัยหนึ่งคือกฎหมายเหล่านี้ได้สร้าง “เสถียรภาพทางครอบครัวในระดับระหว่างประเทศ (international family security)” ขึ้นนั่นเอง

2.2.3 ประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัว (effectiveness in family protection)

แนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัวมีวัตถุประสงค์คือ การปรับปรุงพัฒนากฎหมายครอบครัวให้มีประสิทธิภาพในการจัดการสิทธิทางครอบครัวให้ดียิ่งขึ้น ทั้งโดยการขยายขอบเขตความคุ้มครองของกฎหมายครอบครัวที่ดี ขจัดอุปสรรคที่ทำให้เกิดการใช้กฎหมายครอบครัวที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ดี ตลอดจนการก่อตั้งหน่วยงานของรัฐในการให้ความคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวที่ดี

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปที่ตอบสนองแนวความคิดนี้ คือการนำหลักสิทธิมนุษยชนเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายครอบครัวและการคุ้มครองผู้ที่เปราะบางในครอบครัว ทำให้กฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปสามารถคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวในบริบทใหม่ๆ ได้ เช่น การยินยอมให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวได้เช่นเดียวกับคนต่างเพศ หรือการก่อตั้งหน่วยงานของรัฐและหน่วยงานระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวของมนุษย์ที่ประสบความยากลำบากทั้งในและต่างประเทศ ตัวอย่างเช่นการให้ความช่วยเหลือแก่น้องปีเตอร์ เด็กชายสัญชาติเยอรมันที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและประสบปัญหาขาดรับบิดามารดาตามกฎหมาย หรือการก่อตั้งศูนย์ Blue Dot Hub ในเส้นทางอพยพผู้ลี้ภัยรอบแนวขอบนอกของสหภาพยุโรปเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่เด็กและสตรีที่เป็นครอบครัวของผู้ลี้ภัย เป็นต้น

แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปทั้ง 3 ประการนี้ไม่เพียงแต่จะสร้างความยุติธรรมและเสถียรภาพให้แก่ครอบครัวของมนุษย์ในยุโรปเท่านั้น เพราะเมื่อมีประเทศได้รับเอากฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปมาเป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายของตนแล้ว แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวยุโรปก็จะปรากฏตัวในกฎหมายของประเทศเหล่านั้นด้วย ผู้ศึกษาตระหนักถึงประเด็นนี้ได้จากครั้งที่ผู้ศึกษาได้เข้าไปร่วมให้ความช่วยเหลือครอบครัวของคุณพรทิพย์-คุณคุณได้-น้องยุริ ซึ่งสถานการณ์ชีวิตของครอบครัว

กรณีศึกษาครอบครัวคุณพรทิพย์-คุณคุ้ได้-น้องยูริ

คุณพรทิพย์เติบโตขึ้นมาจากการเลี้ยงดูของคุณตาพิสิษฐ์และคุณยายกนกพรในฐานะผู้รับเลี้ยง ตั้งแต่อายุประมาณ 2 ปี เนื่องจากมีผู้หญิงคนหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นมารดาของคุณพรทิพย์ได้นำมาฝากเลี้ยงไว้ และไม่เคยกลับมาหาคุณพรทิพย์อีกเลย คุณพรทิพย์ไม่มีเอกสารระบุทราบตัวบุคคลใดๆติดตัวมา ไม่ทราบสถานที่เกิด วันเกิด ไม่รู้ว่าบิดามารดาคือใคร เธอเป็นคนไร้รัฐตลอดมาจนกระทั่งปีพ.ศ.2551 เธอได้รับการสำรวจและจัดทำบัตรประจำตัวบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียน แต่อย่างไรก็ตามเธอก็ยังคงตกเป็นคนไร้สัญชาติ เนื่องจากเธอไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ว่าเธอมีสิทธิในสัญชาติไทยทั้งตามหลักสืบสายโลหิตและหลักดินแดน

คุณพรทิพย์ได้พบกับคุณคุ้ได้ ชายสัญชาติญี่ปุ่นซึ่งมาท่องเที่ยวในประเทศไทย ทั้งคู่อยู่กินฉันสามีภรรยาและมีลูกสาวด้วยกันคือน้องยูริ คุณคุ้ได้ต้องการรับภรรยาและบุตรสาวไปอยู่อาศัยที่ประเทศญี่ปุ่นด้วยกัน ทั้งสองจึงได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายไทย นอกจากนี้คุณตาพิสิษฐ์และคุณยายกนกพรยังจดทะเบียนรับคุณพรทิพย์เป็นบุตรบุญธรรมอีกด้วย

ปัจจุบันคุณพรทิพย์อาศัยอยู่ที่ประเทศญี่ปุ่นอย่างถูกต้องตามกฎหมายในฐานะภรรยาของชายสัญชาติญี่ปุ่น และมารดาของเด็กสัญชาติญี่ปุ่นถึง 2 คน

คุณพรทิพย์มีดังนี้⁶⁷

จากกรณีศึกษาดังกล่าว ผู้ศึกษาได้พบว่าเมื่อประเทศไทยได้รับเอากฎหมายครอบครัวของประเทศไทยในยุโรปมาเป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายครอบครัวของประเทศไทยแล้ว แนวความคิดด้านความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวจึงปรากฏตัวในกฎหมายครอบครัวไทยและสามารถให้ความคุ้มครองกับมนุษย์ที่ปรากฏตัวในประเทศไทยได้ จะเห็นได้ว่าแม้คุณพรทิพย์จะเป็นคนไร้สัญชาติในประเทศไทย แต่เธอก็ไม่ได้สิ้นสิทธิที่จะก่อตั้งครอบครัว ทั้งในแง่การเป็นภรรยาของคุณคุ้ได้และในแง่การเป็นบุตรบุญธรรมของคุณตาพิสิษฐ์และคุณยาย

⁶⁷ กรณีศึกษาสมมติจากสถานการณ์จริงของผู้ที่ขอรับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากโครงการบางกอกคลินิกเพื่อให้คำปรึกษากฎหมายด้านสถานะและสิทธิบุคคล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โปรตคูวิศรุต สำลีอ่อน, “การจดทะเบียนบุตรบุญธรรมของคนไร้สัญชาติ ตอนแรก: ภาคข้อกฎหมาย,” GotoKnow, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/485619>, พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “พรทิพย์ ม่วงทอง : คนไร้สัญชาติเพราะไร้รากเหง้าแห่งอำเภอบ้านแพรก จังหวัดอยุธยา,” GotoKnow, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/485959> และ พวงรัตน์ ปฐมสิริรักษ์, “กรณีศึกษา นางสาวพรทิพย์ ม่วงทอง : คนไร้รากเหง้า ภรรยาและแม่ของคนสัญชาติญี่ปุ่น,” GotoKnow, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/477677>.

กนกร และเมื่อคุณพรทิพย์จดทะเบียนสมรสกับคุณคุณได้แล้ว ประเทศญี่ปุ่นซึ่งรับอิทธิพลจากกฎหมายครอบครัวยุโรปมาเป็นต้นแบบของกฎหมายครอบครัวญี่ปุ่นด้วยเช่นกันนั้นก็ให้การรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรสระหว่างคุณพรทิพย์และคุณคุณุได้ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยทันทีทั้งที่ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นไม่เคยมีความตกลงระหว่างประเทศในการรับรองสถานะครอบครัวข้ามชาติกันเลย ผู้ศึกษาวิเคราะห์ว่าการที่ประเทศญี่ปุ่นรับรองความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เกิดขึ้นตามกฎหมายไทยได้โดยง่ายเช่นนี้เป็นผลจากความคล้ายคลึงกันในแนวความคิดทางกฎหมายครอบครัวซึ่งทั้งสองประเทศมีรากเหง้าร่วมกันนั่นคือกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปนั่นเอง จากข้อเท็จจริงดังกล่าวผู้ศึกษาจึงสรุปได้ว่าแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรปทั้ง 3 แนวความคิดไม่เพียงแต่จะปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายของประเทศในยุโรปเท่านั้น หากแต่ยังปรากฏตัวในกฎหมายของประเทศอื่นๆที่รับเอากฎหมายครอบครัวยุโรปมาเป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายครอบครัวของตนอีกด้วย

บทสรุป

พัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ และแต่ละรูปแบบก็ล้วนสะท้อนแนวความคิดอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรป กล่าวคือ

พัฒนาการรูปแบบที่ 1 คือการสร้าง ความชัดเจนแก่หลักกฎหมายโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร การทำให้กฎหมายครอบครัวอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรสะท้อนแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายใน โดยมีเป้าหมายคือทำให้การพิจารณาสิทธิหน้าที่ทางครอบครัว และการระงับข้อพิพาททางครอบครัวเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกัน ไม่ว่าจะการพิจารณานั้นจะเกิดขึ้นโดยใครหรือเกิด ณ ที่แห่งใด

พัฒนาการรูปแบบที่ 2 คือการสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัว ซึ่งเป็นกฎหมายที่สะท้อนแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ โดยมีเป้าหมายคือทำให้การพิจารณาสิทธิหน้าที่ทางครอบครัว และการระงับข้อพิพาททางครอบครัวเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกัน ไม่ว่าจะการพิจารณานั้นจะเกิดขึ้นในดินแดนของประเทศใดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของแต่ละประเทศในยุโรปก็มีรายละเอียดที่แตกต่างกันไป ทำให้การพิจารณาสิทธิหน้าที่ทางครอบครัวหรือการระงับข้อพิพาททางครอบครัวอาจเกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างได้ ประเทศในยุโรปจึงสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูปขึ้นเพื่อให้กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศต่างๆมีเนื้อหาเหมือนกันหรือใกล้เคียงกันมากที่สุด

พัฒนาการรูปแบบที่ 3 คือการใช้กฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยปรากฏเป็นกฎหมาย 4 ลักษณะ คือ

- กฎหมายการทะเบียนครอบครัว เป็นกฎหมายที่สะท้อนแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวในระดับภายใน โดยมีเป้าหมายคือการจัดบันทึกสถานะครอบครัวของบุคคลลงในทะเบียนครอบครัวที่เป็นเอกสารมหาชน เพื่อประโยชน์ต่อการกล่าวอ้างสถานะครอบครัว ตลอดจนการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลในประเด็นอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการมีสถานะครอบครัว เช่น การใช้สิทธิลดหย่อนทางภาษี, การขอรับสวัสดิการจากรัฐ เป็นต้น

- กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว เป็นกฎหมายที่สะท้อนแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวในระดับระหว่างประเทศ โดยมีเป้าหมายคือการรับรองสถานะครอบครัวของบุคคลที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐต่างประเทศและเกิดขึ้นตามกฎหมายครอบครัวของรัฐต่างประเทศ เพื่อยืนยันว่าสถานะครอบครัวจะติดตามตัวบุคคลไปทุกหนแห่งไม่ว่าจะเป็นดินแดนของประเทศใดก็ตาม

- กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูป เป็นกฎหมายที่สะท้อนแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวในระดับระหว่างประเทศเช่นกัน โดยมีเป้าหมายคือการทำให้กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศในยุโรปมีหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวที่เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันมากที่สุด เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการพิจารณาว่ามีสถานะครอบครัว 2 สถานะที่ขัดแย้งกันในเวลาเดียวกัน

- กฎหมายครอบครัวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน เป็นกฎหมายที่สะท้อนแนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัว โดยมีเป้าหมายคือการทำให้หลักสิทธิมนุษยชนเข้ามาปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายครอบครัว เพื่อให้กฎหมายครอบครัวสามารถใช้คุ้มครองบุคคลทุกคนในสังคมได้อย่างเท่าเทียมกัน เช่น กฎหมายการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน และเพื่อให้กฎหมายครอบครัวสามารถคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น กฎหมายคุ้มครองเด็กและสตรีจากความรุนแรงในครอบครัว หรือการก่อตั้งหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานระหว่างประเทศเพื่อให้ความดูแลผู้เปราะบางในครอบครัว เป็นต้น

บทที่ 3

ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

ความนำ

ในบทที่ 3 นี้ ผู้ศึกษามีวัตถุประสงค์เพื่อเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยและประเทศในยุโรปว่าเหมือนกันหรือแตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร พร้อมทั้งศึกษาสภาพปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย ทั้งในประเด็นที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อตั้งเป็นประเด็นสำหรับกำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยต่อไป

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงได้ตั้งประเด็นศึกษาเอาไว้เป็น 2 ประเด็น คือ

- 1) การเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยและประเทศในยุโรป
- 2) ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย ผลการศึกษาและข้อค้นพบของผู้ศึกษาในแต่ละประเด็นมีดังต่อไปนี้

3.1 การเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยและประเทศในยุโรป

กฎหมายครอบครัวปรากฏตัวอยู่คู่กับสังคมของชาติสยามมาตั้งแต่ยุคสุโขทัย โดยมีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมอินเดีย, ขอม และมอญ ผสมผสานกับแนวปฏิบัติทางสังคมของชนชาวไทย และกฎหมายครอบครัวไทยก็มีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องตามสถานการณ์ทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศแบบยุโรปทั้ง 3 แนวคิด ได้แก่ ความยุติธรรมทางครอบครัว, เสถียรภาพทางครอบครัว และประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัว ก็ปรากฏอยู่ในกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยด้วยเช่นกัน บางแนวความคิดก็เป็นสิ่งที่รัฐไทยค้นพบด้วยตนเองซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของยุโรป ขณะที่บางแนวความคิดก็เป็นสิ่งที่รัฐไทยเรียนรู้มาจากกฎหมายยุโรปผ่านกระบวนการปฏิรูปกฎหมายตามแนวทางของชาติตะวันตกในสมัยพระบาทสมเด็จพระ

จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5

แนวความคิดของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศทั้ง 3 แนวความคิดปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆของประเทศไทยดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1.1 ความยุติธรรมทางครอบครัว

แนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวได้ปรากฏขึ้นในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยใน 2 ลักษณะ คือ

1) ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายในประเทศ ปรากฏขึ้นเมื่อรัฐไทยจัดทำกฎหมายครอบครัวลายลักษณ์อักษร คือ กฎหมายลักษณะผัวเมียในยุครกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น และต่อเนื่องมาจนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

2) ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ ปรากฏขึ้นเมื่อประเทศไทยจัดทำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

3.1.1.1 ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายในประเทศ: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

รัฐไทยพยายามสร้างความยุติธรรมทางครอบครัวในระดับภายในรัฐมาตั้งแต่ยุครกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น คือ กรณีการชำระกฎหมายและจัดทำประมวลกฎหมายตราสามดวงในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ เนื่องจากในช่วงเวลานั้นรัฐไทยประสบปัญหาการใช้กฎหมายครอบครัวที่สร้างความไม่เป็นธรรมต่อความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัว ตัวอย่างที่ชัดเจนในกรณีนี้คือ คดีระหว่างอำแดงป้อมกับนายบุญศรี โดยอำแดงป้อมได้ยื่นฟ้องขอหย่าขาดจากนายบุญศรีผู้เป็นสามี ทั้งๆที่ตนเองนั้นกระทำการเป็นชู้กับนายราชาอรธ แต่ศาลกลับพิพากษาให้อำแดงป้อมหย่าขาดกับนายบุญศรีได้ทั้งๆที่นายบุญศรีไม่มีความผิด โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทกฎหมายในเวลานั้นที่ระบุว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้”

สาเหตุที่ทำให้นายบุญศรีไม่ได้รับความเป็นธรรมทางครอบครัวเกิดจากเนื้อความที่ผิดเพี้ยนไปจากหลักความเป็นธรรมของกฎหมายครอบครัวไทยในเวลานั้นนั่นเอง ความผิดเพี้ยนที่ว่านี้เป็นเพราะกฎหมายครอบครัวไทยในสมัยต้นรัตนโกสินทร์เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี ไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร และถ่ายทอดต่อกันมาโดยอาศัยการท่องจำและบอกเล่าปากต่อปาก ดังนั้นเนื้อความย่อมเกิดการผิดเพี้ยนขึ้นได้ ขณะที่กฎหมายครอบครัวส่วนที่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรในสมุดข่อย เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผัดเมีย หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณฑ์ระหว่างผัวเมียนั้นก็ได้รับความเสียหายจากเพลิงไหม้ที่ฝ่ายพม่าจุดเผากรุงศรีอยุธยาในครั้งการเสียกรุงครั้งที่ 2 ทำให้บรรดากฎหมายครอบครัวที่เป็นลายลักษณ์อักษรสูญหายหรือเสียหายไปมาก

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯให้มีการชำระสะสาง

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในกรุงรัตนโกสินทร์เสียใหม่ เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” และบรรจุกฎหมายครอบครัว หรือกฎหมายลักษณะผัวเมียในเวลานั้นให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตราสามดวงด้วย นอกจากนี้ยังมีการสร้าง หลักกฎหมายครอบครัวในประเด็นใหม่ขึ้นมาด้วย เช่น ระบบสินสมรส หรืออำนาจปกครองบุตร แต่ก็ยังคง แนวความคิดทางครอบครัวตามคลองจารีตประเพณีของไทยแต่เดิม เช่น การถือหลักชายเป็นใหญ่ในครอบครัว หรือความกตัญญูที่บุตรต้องมีต่อบิดามารดา เป็นต้น การประกาศใช้กฎหมายตราสามดวงจึงทำให้การพิจารณาคดี ครอบครัวของรัฐไทยมีผลทางกฎหมายที่ถูกต้องตรงกันและสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีได้มากขึ้น

เมื่อประเทศไทยเข้าสู่การเป็นรัฐสมัยใหม่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับชาติมหาอำนาจตะวันตกกลายเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาเอกราช ของชาติบ้านเมือง การปฏิรูปกฎหมายไทยโดยใช้ต้นแบบกฎหมายของตะวันตกจึงเกิดขึ้นในประเทศไทย โดยเริ่ม จากการปฏิรูปกฎหมายอาญาและกฎหมายเอกชนในส่วนที่เป็นกฎหมายลักษณะบุคคล, ทรัพย์สิน และกฎหมาย ลักษณะหนี้ก่อน จนกระทั่งรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล สถานการณ์ของสังคมไทยในเวลานั้น มีพลเมืองจากประเทศตะวันตกเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นจำนวนมากและเริ่มปรากฏการก่อตั้ง ครอบครัวระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติมากขึ้น รัฐบาลต่างประเทศเกิดความไม่ไว้วางใจต่อกฎหมายครอบครัวไทย โดยอ้างว่าไม่มีความทันสมัยจึงมีความพยายามเข้าแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวของประเทศไทย บ่อยครั้ง ประเทศไทยจึงต้องเร่งพัฒนาปรับปรุงกฎหมายครอบครัวให้มีความสมบูรณ์ทัดเทียมกฎหมายตะวันตก เพื่อรักษาเอกราชทางการศาลเอาไว้¹

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระกฎหมาย ครอบครัวไทยโดยอาศัยการเทียบเคียงกฎหมายลักษณะผัวเมียกับกฎหมายครอบครัวของต่างประเทศ โดยเฉพาะ กฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรป เช่น กฎหมายครอบครัวเยอรมัน, อังกฤษ, ฝรั่งเศส และสวิส และยังศึกษา เปรียบเทียบกับกฎหมายครอบครัวของประเทศในเอเชียและอเมริกาใต้ เช่น ญี่ปุ่น และบราซิลอีกด้วย² หลัก จากนั้นได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตรากฎหมายครอบครัวไทยฉบับใหม่ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การปฏิรูปกฎหมายครอบครัวตามแนวทางของชาติตะวันตกทำให้การกำหนดสิทธิหน้าที่ ตลอดจนการ พิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวภายในประเทศไทยให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกันทั่วทั้งอาณาเขตดินแดนของ

¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548), น.6.

² ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.4 และชาติชาย อัครวิบูล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น.19-20.

ประเทศไทยอีกครั้ง และยังได้รับการยอมรับจากชาติตะวันตกว่าเป็นกฎหมายครอบครัวที่ทันสมัยทัดเทียมกับ นานาอารยประเทศด้วย

การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ได้สร้างการเปลี่ยนแปลงในเชิงเนื้อหา ต่อกฎหมายครอบครัวไทยอย่างมาก การเปลี่ยนแปลงนี้มีทั้งการเปลี่ยนใหญ่ในระดับ “**การปฏิวัติ**” หลักกฎหมาย ครอบครัวไทยเดิม และการเปลี่ยนเล็กโดย “**การประยุกต์**” ดัดแปลงกฎหมายครอบครัวยุโรปให้เข้ากับวิถีชีวิตของคนไทย

ตัวอย่างของ “**การปฏิวัติ**” หลักกฎหมายครอบครัวไทยเดิม ได้แก่

- การเปลี่ยนมาถือหลักผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) ตามแบบยุโรป จากเดิมที่ใช้หลักหนึ่งผัวหลายเมีย (polygamy) ซึ่งเป็นแนวคิดจากกฎหมายฮินดูที่ไทยรับมาแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยา
- การบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา จากเดิมที่กฎหมายลักษณะผัวเมียไม่เคยมีข้อห้ามเช่นนี้
- การกำหนดให้ชายหญิงมีสิทธิในสินสมรสเท่าเทียมกัน จากเดิมที่กำหนดให้ชายมีสิทธิ 2 ส่วน หญิงมีสิทธิ 1 ส่วน ตามหลัก “**ชายหาบหญิงคอน**”³
- การเพิ่มเติมเหตุหย่าในบางกรณี เช่น กรณีสามี/ภริยาเป็นโรคติดต่อร้ายแรงหรือเป็นโรคเรื้อรัง ซึ่งความคิดนี้ไม่ใช่ความคิดดั้งเดิมของกฎหมายครอบครัวไทย เพราะข้อความคิดว่าด้วยการแต่งงานตามกฎหมาย ครอบครัวไทยแต่เดิมนั้นสามีภริยาจะต้องใช้ชีวิตอยู่ร่วมทุกข์ร่วมสุขกัน และยิ่งในภาวะลำบากยิ่งต้องช่วยเหลือเกื้อกูลกันจะทอดทิ้งกันไม่ได้⁴ ทำให้การเป็นโรคติดต่อร้ายแรงจึงไม่เคยถูกถือว่าเป็นเหตุฟ้องหย่าในกฎหมายครอบครัวไทยมาก่อน

ส่วนตัวอย่างของการ “**ประยุกต์**” ดัดแปลงกฎหมายยุโรปให้เข้ากับวิถีชีวิตของคนไทยนั้น เห็นได้จากกรณีที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้การจดทะเบียนสมรสซ้อนเป็นความผิดอาญาเหมือนกับประเทศในยุโรปบางประเทศ เพื่อป้องกันปัญหาในระยะเปลี่ยนผ่านที่ยังมีผู้ยึดถือแนวคิดการมีภริยาหลายคนว่าเป็นเรื่องบารมีทางสังคม

³ สหส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), น.6.

⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.268-269.

3.1.1.2 ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ: พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481

ประเทศไทยมีการติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศมายาวนานนับตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ดังนั้นสัมพันธภาพทางครอบครัวระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติจึงปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์ของชนชาติไทยอย่างต่อเนื่อง แต่สังคมไทยในอดีตกลับไม่ยอมรับให้คนไทยกับคนต่างชาติแต่งงานมีครอบครัวร่วมกันได้ เช่น ในสมัยสมเด็จพระเอกาทศรถ (ครองราชย์ระหว่างพ.ศ.2148 - 2153) มีกฎหมายอาญาบัญญัติลงโทษหญิงไทยที่แต่งงานอยู่กับชาวต่างชาติ คือกฎหมายพระไอยการอาญาหลวง กฎหมายฉบับนี้เกิดจากเหตุผลด้านความมั่นคงที่รัฐไทยเกรงว่าหญิงจะนำความบ้านเมืองไปบอกเล่ากับสามีที่เป็นชาวต่างชาติ และตั้งแต่สมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช (ครองราชย์ระหว่างพ.ศ.2199 - 2231) เป็นต้นมาจนถึงช่วงปลายยุคกรุงศรีอยุธยา (ราวพ.ศ.2310) กฎหมายฉบับนี้ยังขยายการบังคับจนถึงขั้นห้ามมิให้คนไทยทั้งชายและหญิงไปมีครอบครัวกับคนต่างชาติเลยทีเดียว⁵

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ประเทศไทยเริ่มผ่อนคลायข้อห้ามมิให้คนไทยแต่งงานกับชาวต่างชาติ ด้วยเหตุผลจากการเปิดเสรีทางการค้าตามข้อบังคับของสนธิสัญญาเบาว์ริง ทำให้มีผู้คนจากต่างชาติเข้ามาค้าขายในประเทศไทยมากขึ้น และในปีพ.ศ.2440 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯให้ตราพระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเทศในกรุงสยาม ร.ศ.116 ขึ้นซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่กล่าวถึงครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยยินยอมให้คนไทยและคนต่างด้าวสามารถสมรสกันได้ตามกฎหมาย และมีครอบครัวระหว่างคนไทยกับชาวต่างชาติเกิดขึ้นจากกฎหมายฉบับนี้มากมาย เช่น การแต่งงานระหว่างนายแอลเฟรด เฮนรี วิคตอ เดช ชายสัญชาติฝรั่งเศส กับอำแดงสน หญิงสัญชาติไทย หรือระหว่างนายวิลเลียม แสกเกส มันดิด ชายสัญชาติอังกฤษ กับอำแดงสุด หญิงสัญชาติไทย เป็นต้น ทั้งนี้พระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเทศในกรุงสยามฯ ยังได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าวด้วยว่าให้เป็นไปตามกฎหมายไทย⁶

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล หลังจากที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 แล้ว ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายสำหรับการพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่มีมาตรฐานทัดเทียมกับชาติตะวันตก ประเทศไทยจึงพัฒนากฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของตนเองขึ้น โดยบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวส่วนใหญ่ปรากฏอยู่ในภาค 5 ระหว่างมาตรา 18-36 หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวเกือบทั้งหมดในพระราชบัญญัตินี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมาย

⁵ ดารารัตน์ เมตตาริกานนท์, “สิทธิพลเมืองในการแต่งงานข้ามวัฒนธรรมช่วงก่อนพ.ศ.2475,” วารสารสังคมแม่โขง เล่มที่ 3, ปีที่ 7, น.60-61, (กันยายน-ธันวาคม 2554).

⁶ เฟิงอ้วง, น.67.

ขัดกันด้านครอบครัวของประเทศในยุโรป กล่าวคือ

- การใช้หลักสัญชาติ (*lex patriae*) ในการพิจารณาความสามารถทางครอบครัวและความสัมพันธ์ภายในครอบครัว (มาตรา 18, 19, 21, 25, 29, 30, 35 และ 36) มีต้นแบบจากกฎหมายขัดกันของประเทศฝรั่งเศส, เยอรมนี และอิตาลี

- การใช้หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้น (*lex loci celebrationis*) ในการพิจารณาแบบของการสมรส (มาตรา 20) มีต้นแบบจากกฎหมายขัดกันของประเทศกลุ่มภาคพื้นยุโรป

- การใช้หลักถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (*lex situs*) ในการจัดการสินสมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 25) มีต้นแบบจากกฎหมายขัดกันอังกฤษ

กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวทำให้ประเทศไทยสามารถกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลในทางครอบครัว ตลอดจนตัดสินข้อพิพาททางครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศได้โดยอาจมีการนำกฎหมายครอบครัวต่างประเทศมาใช้ประกอบการพิจารณา เพื่อให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวในประเทศไทยให้ผลทางกฎหมายตรงกับผลการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นในต่างประเทศ จึงเท่ากับว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ได้สร้างความยุติธรรมทางครอบครัวข้ามชาติขึ้นในกฎหมายครอบครัวไทย

การศึกษาแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวที่อยู่ในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยทำให้ผู้ศึกษาได้ข้อสรุปว่า ประเทศไทยเข้าใจแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวในระดับภายในมาก่อนที่จะได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากยุโรป เห็นได้ชัดเจนจากกฎหมายลักษณะผัวเมียที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งประเทศไทยพัฒนากฎหมายนี้ขึ้นมาเองเพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมทางครอบครัวในสังคมไทย โดยไม่ได้รับอิทธิพลทางความคิดใดๆ จากกฎหมายครอบครัวยุโรปเลย แต่เมื่อประเทศไทยปฏิรูปกฎหมายครอบครัวโดยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากชาติตะวันตกจนเกิดเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หลักกฎหมายครอบครัวแบบตะวันตกก็เข้ามาเปลี่ยนแปลงและหลอมรวมกับหลักกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย ทำให้การกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลในทางครอบครัวและการระงับข้อพิพาททางครอบครัวของประเทศไทยเกิดผลทางกฎหมายที่ตรงกันและมีมาตรฐานความยุติธรรมทางครอบครัวในระดับเดียวกับประเทศในยุโรป ขณะที่การสร้างความยุติธรรมทางครอบครัวในระดับระหว่างประเทศ ประเทศไทยรับเอาแนวความคิดนี้มาจากกฎหมายครอบครัวของประเทศยุโรปแทบทั้งหมด เพราะประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเป็นของตัวเองมาก่อน และในปัจจุบัน ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ต่างเป็นกฎหมายสะท้อนแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวของประเทศไทยทั้งในระดับภายในและระดับระหว่างประเทศ

3.1.2 เสถียรภาพทางครอบครัว

แนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทย แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

- 1) เสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายในประเทศ ซึ่งปรากฏชัดเจนในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478
- 2) เสถียรภาพทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวซึ่งแทรกอยู่ในกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 เป็นต้น

3.1.2.1 เสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายในประเทศ: พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478

ประเทศไทยมีการทำทะเบียนครอบครัวครั้งแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่การจัดทำทะเบียนครอบครัวในเวลานั้นจะมีเฉพาะแต่ในการสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ หรือระหว่างคนต่างชาติด้วยกันเองเท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติสำหรับแต่งงานคนต่างประเศในกรุงสยาม ร.ศ.116⁷ ส่วนความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างคนไทยด้วยกันเอง ยังไม่มีระบบการทะเบียนครอบครัว และหากมีการโต้แย้งกันในเรื่องสถานะครอบครัวของบุคคลก็จะพิสูจน์ยืนยันด้วยวาจาและด้วยพยานบุคคล ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในยุคเริ่มแรกของการเป็นรัฐสมัยใหม่ ประเทศไทยก็เริ่มรู้จักแนวความคิดว่าด้วยการสร้างเสถียรภาพทางครอบครัว เพียงแต่ยังครอบคลุมนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวในบางลักษณะเท่านั้น

ต่อมาเมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวจากกฎหมายของประเทศในยุโรปมาเต็มรูปแบบ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ล้วนแต่กำหนดให้การสมรส, การหย่า, การรับรองบุตร หรือการรับบุตรบุญธรรมต้องจดทะเบียนบันทึกนิติสัมพันธ์เหล่านั้นทั้งสิ้น ประเทศไทยจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 ขึ้นพร้อมกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และมีการจดทะเบียนครอบครัวที่ลือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ทะเบียนสมรส, ทะเบียนหย่า, ทะเบียนรับรองสถานะแห่งครอบครัว, ทะเบียนรับรองบุตร และทะเบียนรับรองบุตรบุญธรรม ระบบทะเบียนครอบครัวนี้ทำให้ผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติไทย คนต่างด้าว หรือคนไร้รัฐสัญชาติสามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวของตนได้โดยมีหลักฐานทางกฎหมายที่เป็นเอกสารมหาชนรองรับ ตามแนวความคิดว่าด้วยการสร้างเสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายใน

⁷ เฟิงอั้ง, น.67.

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายการทะเบียนครอบครัวของประเทศไทยก็ไม่ได้บังคับเด็ดขาดให้บุคคลต้องจดทะเบียนนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว บุคคลในประเทศไทยจึงมีสิทธิก่อนนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยจะมีการจดทะเบียนครอบครัวร่วมด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่ในกรณีบุคคลที่ก่อนนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยไม่จดทะเบียนครอบครัว นิติสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้นก็จะเป็นเพียงนิติสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงเท่านั้นและไม่สามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวให้มีผลใดๆในทางกฎหมายได้

3.1.2.2 เสถียรภาพทางครอบครัวระหว่างประเทศ: กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว

กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของไทยมีเจตนารมณ์ที่จะยอมรับสถานะครอบครัวที่บุคคลก่อตั้งขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศให้สามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวนั้นในประเทศไทยได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือ ประเทศไทยยอมรับว่าสถานะครอบครัวที่มนุษย์สร้างขึ้นในต่างประเทศจะติดตัวมนุษย์ผู้นั้นเข้ามาในประเทศไทย และสามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวนั้นในประเทศไทยได้ด้วย ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวในระดับระหว่างประเทศ

กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศไทยปรากฏตัวขึ้นใน 3 เรื่อง คือ การรับรองการสมรส, การรับรองการหย่า และการรับรองการรับบุตรบุญธรรม แต่หลักกฎหมายดังกล่าวจะสอดคล้องอยู่ในกฎหมายฉบับต่างๆ โดยไม่ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รวบรวมหลักกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอาไว้เป็นการเฉพาะ กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศไทยทั้ง 3 เรื่องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) กฎหมายรับรองการสมรส

กฎหมายการรับรองการสมรสของประเทศไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1459 ประกอบพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 20⁸ โดยมีหลักกฎหมายว่าการสมรสในต่างประเทศที่ทำตามแบบของกฎหมายไทยก็ดี หรือทำตามแบบของกฎหมายต่างประเทศก็ดี ถือว่าเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายไทยโดยอัตโนมัติ⁹ ดังนั้นคู่สมรสที่ได้สมรสกันในประเทศตามกฎหมายต่างประเทศจึงไม่ต้องจดทะเบียนสมรสซ้ำในประเทศไทยอีกและคู่สมรสนั้นย่อมมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในฐานะสามีภริยาตามกฎหมายไทยทุกประการ¹⁰ เพียงแต่การสมรสที่เกิดขึ้นในประเทศนั้นจะไม่ปรากฏในทะเบียน

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1459 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 20.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2485, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 610/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2524 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5887/2533.

¹⁰ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ เปิดช่องให้คู่สมรสที่สมรสกันในประเทศสามารถร้องขอให้มีการบันทึกสถานะแห่งครอบครัวในทะเบียนครอบครัวไทยได้ เรียกว่าการขอลงรายการบันทึกสถานะ

ครอบครัวของไทย ดังนั้นเพื่อเปิดช่องให้คู่สมรสสามารถนำการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาลงบันทึกในทะเบียนครอบครัวไทยได้ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 17 จึงให้สิทธิแก่คู่สมรสในการร้องขอให้มีการบันทึกสถานะแห่งครอบครัว เรียกว่า “การขอลงรายการบันทึกสถานะครอบครัว” โดยคู่สมรสสามารถนำหลักฐานที่ยืนยันว่ามีการสมรสเกิดขึ้นในต่างประเทศมาแสดงต่อนายทะเบียนครอบครัวเพื่อขอลงรายการบันทึกสถานะครอบครัวได้

2) กฎหมายรับรองการหย่า

กฎหมายการรับรองการหย่าของประเทศไทยปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) การรับรองการหย่าที่เกิดจากความยินยอมของคู่สมรสในต่างประเทศ

การรับรองการหย่าที่เกิดจากความยินยอมของคู่สมรส ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 26¹¹ แม้ถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวจะมีได้กล่าวถึงการรับรองการหย่าที่เกิดจากความยินยอมไว้โดยตรงก็ตาม แต่ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัยอธิบายว่าบทบัญญัตินี้สามารถปรับใช้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการรับรองการหย่าโดยความยินยอมได้ กล่าวคือ หากกฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเปิดช่องให้มีการหย่าโดยความยินยอมได้ แม้การหย่านั้นจะเกิดขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศ การหย่านั้นย่อมได้รับการรับรองตามกฎหมายไทยด้วย¹²

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้จึงมีต่อไปว่า คู่สมรสจะต้องดำเนินการจดทะเบียนหย่าในไทยตามกฎหมายไทยหรือไม่ คำตอบของประเด็นนี้อาจวิเคราะห์ได้จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1515¹³ ประกอบกับพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 17 ซึ่งนำไปสู่ความเข้าใจได้ว่าหากคู่สมรสได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นการสมรสในประเทศไทย หรือเป็นการสมรสในต่างประเทศโดยสถานทูตหรือสถานกงสุลก็ตาม แม้คู่สมรสจะได้ทำการหย่าโดยความยินยอมในต่างประเทศเรียบร้อยแล้วก็ตาม คู่สมรสดังกล่าวก็มีความจำเป็นต้องดำเนินการจดทะเบียนการหย่านั้นอีกครั้ง โดยอาศัย

ครอบครัว (เอกสารคร.22) โดยนำหลักฐานใดๆที่ยืนยันว่ามีการสมรสเกิดขึ้นจริงในต่างประเทศมาแสดงต่อนายทะเบียนครอบครัว

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 26.

¹² คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: แก้ไขเพิ่มเติมจากคำอธิบายดั้งเดิมพร้อมเชิงอรรถเกี่ยวกับสถานการณ์ปัจจุบัน, บรรณาธิการโดย วิทยา พองวาสนาส่ง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น.106.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1515.

ช่องทางของการขอบันทึกสถานะครอบครัว ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 17 เพื่อป้องกันความสับสนในทางทะเบียนครอบครัว เพราะในทะเบียนครอบครัวของประเทศไทยยังระบุว่าคู่สมรสนั้นยังคงมีสถานะสมรสอยู่

แต่หากคู่สมรสนั้นได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ เมื่อคู่สมรสได้ทำการหย่าโดยความยินยอมในต่างประเทศเรียบร้อยแล้ว และการหย่านั้นไม่ต้องห้ามตามกฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย การหย่านั้นย่อมได้รับการรับรองว่ามีเป็นการหย่าที่สมบูรณ์ตามกฎหมายไทยโดยไม่ต้องจดทะเบียนหย่าในประเทศไทยอีก¹⁴ หรือแม้คู่สมรสประสงค์จะให้มีการจดทะเบียนการหย่านั้นในทะเบียนครอบครัวของประเทศไทยก็สามารถทำได้ด้วย แต่ต้องร้องขอให้นายทะเบียนครอบครัวบันทึกข้อความลงในทะเบียนบันทึกสถานะแห่งครอบครัวว่าบุคคลทั้งสองได้จดทะเบียนสมรสกันในประเทศตามแบบกฎหมายของต่างประเทศก่อน จากนั้นก็ร้องขอให้นายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนหย่าโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายตามหนังสือหย่าทั้งนี้ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5887/2533¹⁵

2) การรับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

การรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 27 วรรคสอง ซึ่งถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้กล่าวถึงการรับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไว้โดยตรงเช่นเดียวกับกรณีการรับรองการหย่าที่เกิดโดยความยินยอม แต่ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัยได้อธิบายว่าเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 27 วรรคสองคือ หากศาลต่างประเทศพิพากษาให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันโดยอาศัยเหตุหย่าแห่งกฎหมายของประเทศที่ศาลนั้นสังกัดอยู่ และกฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายยินยอมให้หย่ากันได้โดยคำพิพากษา ศาลไทยจะรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย¹⁶ คำอธิบายนี้นอกจากจะแสดงเงื่อนไขของการรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้ว ยังอธิบายว่าศาลเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจพิจารณารับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอีกด้วย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงมีว่า หากคู่สมรสได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายไทย แต่หย่า

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 610/2496 และโปรดดู สหัส สิงหวิริยะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.174, ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.362, ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.358 และสมชัย ฑีฆาอุตมากร, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับสมบูรณ์*, (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2554), น.290.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5887/2533.

¹⁶ คณิง ภาไชย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น.108.

ขาดจากกันโดยคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้ว การหย่านั้นจะมีผลยุติความสัมพันธ์อันสามีภริยาทันทีหรือจะต้องขอจดทะเบียนการหย่าลงในทะเบียนครอบครัวไทยก่อน คำตอบของประเด็นนี้อาจเทียบเคียงได้จากเรื่องผลของการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1531 ซึ่งวางหลักว่า การหย่าโดยคำพิพากษามีผลบังคับเมื่อคำพิพากษาหย่านั้นถึงที่สุด คู่สมรสจึงไม่ต้องขอจดทะเบียนการหย่าต่อนายทะเบียนครอบครัวก็ได้ เพียงแต่ว่าหากมีการบันทึกการหย่าในทะเบียนครอบครัวแล้ว การหย่านั้นก็ใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้¹⁷ ดังนั้นในกรณีที่เป็นการหย่าที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจึงอาจเทียบเคียงได้ว่า เมื่อศาลไทยพิพากษารับรองการหย่าที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้ว การหย่านั้นย่อมมีผลยุติความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายไทยทันที แม้ว่าคู่สมรสจะได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายไทยก็ตาม และหากหลังจากนั้นมีการบันทึกการหย่าในทะเบียนครอบครัวไทยแล้ว การหย่าที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศก็สามารถนำไปใช้อ้างยื่นต่อบุคคลภายนอกได้

3) กฎหมายรับรองการรับบุตรบุญธรรม

นับแต่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในปีพ.ศ.2478 จนถึง การประกาศใช้พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ฉบับที่ 3) ในปีพ.ศ.2553 ประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนซึ่งกล่าวถึงหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการรับบุตรบุญธรรมที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเลย จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติมาตรา 1598/27 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดว่าการรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์เมื่อมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายไทยเท่านั้น¹⁸

ผู้ศึกษาจึงมีข้อสรุปว่า แม้จะมีการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายต่างประเทศมาแล้วก็ตาม หากผู้รับบุตรบุญธรรมหรือบุตรบุญธรรมประสงค์จะกล่าวอ้างสถานะการเป็นครอบครัวบุญธรรมระหว่างกันในประเทศไทย ผู้รับบุตรบุญธรรมก็ต้องดำเนินการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายไทยซ้ำอีกครั้งหนึ่ง จึงจะถือเป็นการรับบุตรบุญธรรมที่สมบูรณ์ตามกฎหมายไทย¹⁹ หากไม่มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรมนั้นก็จะไม่ผลกล่าวอ้างได้เฉพาะแต่ในประเทศที่การรับบุตรบุญธรรมเกิดขึ้นเท่านั้น²⁰

¹⁷ ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.414, ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.218 และโปรดดู วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพรีนติ้ง, 2554), น.219.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/27.

¹⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.469.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7636/2546) และโปรดดูสมชัย ทีฆาอุตมากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.552.

กฎหมายรับรองการรับบุตรบุญธรรมของประเทศไทยเริ่มปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2553 โดยผลของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและความร่วมมือในการรับรองบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ฉบับที่ 3) ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 5/1 ลงไปในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522²¹ โดยมีหลักการสำคัญให้การรับบุตรบุญธรรมที่เกิดขึ้นในประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทยให้ถือว่าเป็นการรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายไทยโดยอัตโนมัติ

บทบัญญัติมาตรา 5/1 นี้จึงทำให้ภาพของการรับรองการรับบุตรบุญธรรมของไทยชัดเจนกว่าในอดีตที่ผ่านมา กล่าวคือ กฎหมายไทยได้แบ่งหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการรับบุตรบุญธรรมออกเป็น 3 กรณี ได้แก่

1) กรณีการรับ “เด็ก” เป็นบุตรบุญธรรมที่เกิดขึ้น “ในประเทศที่เป็นภาคี” อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กฯ

การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในต่างประเทศจะได้รับการรับรองในประเทศไทยต่อเมื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทย ส่วนวิธีการรับรองนั้นเป็นไปโดยอัตโนมัติ จึงไม่ต้องจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมในประเทศไทยซ้ำอีกครั้ง

2) กรณีการรับ “เด็ก” เป็นบุตรบุญธรรมที่เกิดขึ้น “ในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี” อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองเด็กฯ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการรับบุตรบุญธรรมเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นผู้ที่รับบุตรบุญธรรมจะต้องจดทะเบียนรับเด็กคนเดิมเป็นบุตรบุญธรรมในประเทศไทยซ้ำอีกครั้ง โดยหลักเกณฑ์และวิธีการรับบุตรบุญธรรมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมฯ

3) การรับ “ผู้ที่บรรลุนิติภาวะ” เป็นบุตรบุญธรรมที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

ประเทศไทยก็ยังไม่มีความหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการรับบุตรบุญธรรมเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน ดังนั้นผู้ที่รับบุตรบุญธรรมจะต้องจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมในประเทศไทยซ้ำอีกครั้ง แต่หลักเกณฑ์และวิธีการรับบุตรบุญธรรมจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ เท่านั้น

²¹ พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ฉบับที่ 3) มาตรา 5/1.

3.1.3 ประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัว

แนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัวปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยหลายฉบับโดยเฉพาะกฎหมายครอบครัวที่ตั้งอยู่บนหลักสิทธิมนุษยชน กฎหมายครอบครัวเหล่านี้เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยผลของการลงนามเป็นภาคีในกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อส่งเสริมสิทธิทางครอบครัวและการคุ้มครองสวัสดิภาพของสมาชิกในครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองเด็กซึ่งถือว่าเป็นสมาชิกที่มีความเปราะบางมากที่สุดในครอบครัว การดำเนินการของรัฐไทยที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนในปัจจุบันจึงอาจพิจารณาได้เป็น 3 แนวทาง คือ²²

1) นโยบายเชิงป้องกันโดยการส่งเสริมพัฒนาการของเด็กและเยาวชนในรูปแบบต่างๆ เช่น การส่งเสริมความประพฤติที่เหมาะสม, การให้คำปรึกษา, สร้างสำนักความรับผิดชอบต่อสังคม ส่งเสริมการเล่นกีฬา ฯลฯ โดยมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐ เช่น บทบัญญัติในหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งว่าด้วยการส่งเสริมความประพฤติของนักเรียนนักศึกษา

2) การให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดและกลุ่มเด็กด้อยโอกาสและเสี่ยงต่อการกลายเป็นเหยื่อหรือกลายเป็นผู้กระทำความผิด เช่น เด็กหรือเยาวชนที่ถูกบังคับให้ขายบริการทางเพศ, ถูกล่อลวงละเมิดทางเพศ, ถูกกระทำทารุณกรรม หรือถูกทอดทิ้ง โดยกฎหมายที่เข้ามาดูแลเรื่องนี้คือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

3) การแก้ไขเยียวยาจิตใจและพฤติกรรมของเด็กหรือเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิด เนื่องจากรัฐไทยตระหนักว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีประสบการณ์ชีวิตและทักษะการใช้ชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ จึงอาจหลงผิดหรือถูกชักจูงให้กระทำความผิดได้ง่าย และบางครั้งการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนก็เป็นผลพวงจากปัญหาในสังคม รัฐจึงควรเข้ามามีบทบาทแก้ไขเยียวยาจิตใจและพฤติกรรมของเด็กหรือเยาวชนกลุ่มนี้ให้กลับคืนเป็นคนดีของสังคมได้

นโยบายของรัฐไทยทั้ง 3 ประการจึงนำมาสู่การตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 โดยมีเจตนารมณ์แห่งกฎหมายคือ การจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวขึ้นเพื่อเป็นองค์กรตุลาการที่พิจารณาคดีอาญาและคดีแพ่งโดยคำนึงถึงการคุ้มครอง

²² วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.21.

สวัสดิภาพและอนาคตของเด็กและเยาวชน²³ จากนั้นรัฐไทยยังได้มีการพัฒนากฎหมายดังกล่าวจนนำไปสู่การประกาศใช้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยขยายภารกิจของศาลเยาวชนและครอบครัวให้ครอบคลุมถึงคดีคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือบุคคลในครอบครัวด้วย

สำหรับการพิจารณาคดีแพ่งหรือคดีครอบครัวที่เป็นประเด็นศึกษาของดัชนีพันธบัตรฉบับนี้นั้น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ก็วางหลักให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมุ่งปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตลอดจนเสริมสร้างความมั่นคงและการอยู่ร่วมกันของสมาชิกในครอบครัว ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 146, 167 และ 169 โดยมีหลักการสำคัญสรุปได้ดังนี้คือ²⁴

- ในคดีครอบครัวที่มีข้อพิพาท ศาลจะต้องตั้งผู้ประนีประนอมคดีครอบครัวก่อนเริ่มการพิจารณา ให้คู่สมรสมีโอกาสได้ไกล่เกลี่ยประนีประนอมกัน เพื่อสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรส แต่หากในท้ายที่สุดแล้วการไกล่เกลี่ยนั้นไม่เป็นผล ก็ให้คู่สมรสหย่ากันด้วยความเป็นธรรมและเกิดความเสียหายต่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวให้น้อยที่สุด โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ

- ในคดีครอบครัวที่ผู้เยาว์มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสีย ศาลต้องแจ้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจที่ประจำอยู่ ณ ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ทราบ เพื่อให้ผู้อำนวยการสถานพินิจดังกล่าวจัดทำรายงานความเป็นอยู่ของครอบครัว สวัสดิภาพ ความประสงค์และประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ ตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นๆ พร้อมความเห็นเสนอต่อศาลเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา

- เมื่อการพิจารณาเสร็จสิ้นลง ศาลยังสามารถติดตามดูแลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีครอบครัวได้ โดยแต่งตั้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจที่ประจำอยู่ ณ ภูมิลำเนาของผู้เยาว์นั้น ให้เป็นผู้กำกับการปกครองโดยมีหน้าที่ติดตามว่าบิดา มารดา หรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ได้ใช้อำนาจปกครองเพื่อรักษาสวัสดิภาพและอนาคตของผู้เยาว์หรือไม่ พร้อมทั้งรายงานผลการติดตามต่อศาลเป็นครั้งคราวตามแต่ศาลจะกำหนด

ส่วนในการพิจารณาคดีคุ้มครองสวัสดิภาพ กฎหมายก็วางหลักให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อช่วยเหลือเด็กที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 171-179 โดยมีสาระสำคัญคือการให้สิทธิแก่เด็กที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวหรือญาติ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่น พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่องค์กรช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายหรือองค์กรคุ้มครอง

²³ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, ข้อสังเกตทางกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: อทตยา มิเลียนเนียม, 2550), น.13.

²⁴ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 22*, น.97-98.

สวัสดิภาพเด็ก หรือบุคคลอื่นใดสามารถร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวได้ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจสั่งควบคุมพฤติกรรมผู้ก่อความรุนแรงในครอบครัว เช่น ห้ามการตีมสุรา ห้ามผู้ก่อความรุนแรงเข้าใกล้ที่อยู่อาศัยหรือที่ทำงานของเหยื่อความรุนแรง และยังสามารถสั่งให้ผู้ก่อความรุนแรงต้องเข้ารับการบำบัดพฤติกรรมตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดได้ ทั้งนี้โดยมีพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในท้องที่เป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติตามคำสั่งของศาล²⁵

นอกจากกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กแล้ว ปัจจุบันยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาขององค์นิติบัญญัติ คือร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.... ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะรับรองความสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวที่ปรากฏตัวมากขึ้นในสังคมไทยบนพื้นฐานของความเสมอภาคและการยอมรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชน ร่างพระราชบัญญัตินี้จะกำหนดนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันทั้งเรื่องการจดทะเบียนครอบครัว, ความสัมพันธ์ภายในครอบครัว, การจัดการทรัพย์สิน, การสิ้นสุดสถานะครอบครัว และสิทธิในการรับมรดกบนหลักการเดียวกันกับการสมรสระหว่างชายหญิง

ในด้านการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำหน้าที่ดูแลและให้ความคุ้มครองแก่สถาบันครอบครัวนั้น แต่เดิมการดูแลคุ้มครองครอบครัวเป็นภารกิจหนึ่งของกระทรวงมหาดไทย จนกระทั่งประเทศไทยมีการจัดตั้งและจัดสรรภารกิจของกระทรวงต่างๆ ขึ้นใหม่ในปีพ.ศ.2545 ทำให้ปัจจุบันการดูแลและคุ้มครองครอบครัวเป็นภารกิจหลักของกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (พ.ม.) ซึ่งทางกระทรวงฯ ได้มอบหมายภารกิจดังกล่าวให้แก่กรมกิจการเด็กและเยาวชน (ด.ย.) และกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว (ส.ค.) โดยกรมกิจการเด็กและเยาวชนมีหน้าที่หลักในการส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนในทุกด้าน และให้การสงเคราะห์/คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ขณะที่กรมกิจการสตรีและครอบครัวมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิสตรีและครอบครัว โดยมุ่งเน้นไปที่การแก้ปัญหาความรุนแรงในครอบครัว การค้าประเวณี การคุ้มครองการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด และการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

นอกจากหน่วยงานทางบริหารแล้ว ประเทศไทยยังมีองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวอีกด้วยนั่นคือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ซึ่งมีพันธกิจหลักในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงมีพันธกิจในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวด้วยเช่นกัน

ข้อค้นพบข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยและประเทศในยุโรปมีแนวความคิดเบื้องหลังที่สอดคล้องกัน ดังนั้นการกำหนดแนวทางพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยจึงมีความเป็นไปได้ที่จะนำเอาบทเรียนจากการพัฒนากฎหมาย

²⁵ เฟิงอ๋าง, น.101-102.

ครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ แต่ผู้ศึกษาจำเป็นต้องทราบก่อนว่าสภาพปัญหาในการจัดการครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยเป็นอย่างไรเพื่อที่ผู้ศึกษาจะได้กำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมายได้อย่างตรงประเด็นต่อไป

3.2 ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

สภาพปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มคือ

- 1) กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง คือ ปัญหาที่เกิดจากองค์ประกอบของประเทศไทยเอง และการแก้ปัญหากลุ่มนี้จะต้องใช้กระบวนการนิติบัญญัติ, บริหาร หรือตุลาการของประเทศไทยเอง
- 2) กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ คือ ปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวและกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว และการแก้ปัญหากลุ่มนี้จะต้องใช้ความร่วมมือระหว่างประเทศ

สภาพปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีดังต่อไปนี้

3.2.1 กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง

ปัญหาในการจัดการครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศและเป็นปัญหาเฉพาะของประเทศไทยนั้นมีที่มาจากสาเหตุหลายประการ ทั้งสาเหตุจากบทบัญญัติของกฎหมาย, สาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้รักษากฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ และสาเหตุจากการพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการ เมื่อปัญหากลุ่มนี้เกิดจากองค์ประกอบของประเทศไทย ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องค้นหาแนวทางการแก้ไขปัญหาในกลุ่มนี้ด้วยตนเอง มิฉะนั้นแล้วผู้ที่อยู่ในประเทศไทยอาจประสบปัญหาด้านความยุติธรรมทางครอบครัว, ปัญหาเสถียรภาพทางครอบครัว หรือประเทศไทยอาจประสบปัญหาประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัวได้

3.2.1.1 ปัญหาในการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มีเจตนารมณ์ที่จะเคารพกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการหย่ามากกว่าเรื่องอื่นๆ ด้วยเข้าใจดีว่ากฎหมายว่าด้วยการหย่าของแต่ละประเทศนั้นมีเนื้อหาแตกต่างกันเนื่องจากอิทธิพลของศาสนา วัฒนธรรม และค่านิยมของสังคม²⁶ กฎหมายว่าด้วยการหย่าของ

²⁶ ย่อความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง

ประเทศต่างๆในโลกอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

- 1) กลุ่มประเทศที่ไม่ยินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้เลย เช่น ประเทศฟิลิปปินส์²⁷
- 2) กลุ่มประเทศที่ยินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้ด้วยกระบวนการทางศาลเท่านั้น เช่น ประเทศมาเลเซีย, สิงคโปร์ หรือเวียดนาม
- 3) กลุ่มประเทศที่ยินยอมให้คู่สมรสสามารถหย่ากันได้ ไม่ว่าจะด้วยกระบวนการทางปกครองหรือกระบวนการทางศาล เช่น ประเทศลาว หรือไทย

ดังนั้นเพื่อเป็นการเคารพต่อกฎหมายว่าด้วยการหย่าของต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 26 จึงกำหนดให้การหย่าโดยความยินยอมในประเทศไทยจะสมบูรณ์เมื่อกฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเปิดช่องให้หย่ากันโดยความยินยอมได้ ขณะที่มาตรา 27 บัญญัติห้ามมิให้ศาลไทยพิพากษาหย่าคู่สมรสหากปรากฏว่ากฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมให้หย่า ดังนั้นโดยหลักกฎหมายขัดกันว่าด้วยการหย่าของประเทศไทยแล้ว คนสัญชาติต่างประเทศจะไม่สามารถหย่าในประเทศไทยด้วยวิธีการที่แตกต่างจากที่กฎหมายแห่งสัญชาติของเขากำหนดไว้ได้เลย²⁸ แนวคิดเรื่องการเคารพความแตกต่างของกฎหมายการหย่าเช่นนี้ไม่มีปรากฏแม้ในกฎหมายขัดกันของประเทศในยุโรป สิ่งนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศไทยที่ยอมรับความแตกต่างทางวัฒนธรรมอันเป็นเรื่องสำคัญสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตามด้วยเหตุที่ประเทศไทยใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือก ประเทศไทยจึงมีมุมมองต่อข้อเท็จจริงที่มีลักษณะระหว่างประเทศและกฎหมายของรัฐต่างประเทศว่าเป็น “*ปัญหาข้อเท็จจริง (matter of fact)*” ดังนั้นข้อห้ามหย่าในกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่คู่กรณีต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลหรือนายทะเบียนครอบครัวเห็น หากไม่มีการนำสืบพิสูจน์ข้อห้ามหย่าในกฎหมายต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วย

กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป.) ไมโครฟิล์ม, น.540 และโปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.274.

²⁷ Elmer T. Rabuya, The Law on Persons and Family Relations, (Quezon City: Rex Printing, 2006), p.37 and please see Narciso M. Aguilar, Conflict of Laws, (Quezon City: Central Book Supply, 2013), p.124.

²⁸ สุพจน์ ภูมามะชัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2554), น.54 และภาสกร ชุณหอุไร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2520), น.97-98.

การขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 8 ก็กำหนดให้ศาลหรือนายทะเบียนครอบครัวต้องพิจารณาการหย่านั้นไปตามกฎหมายไทย แต่ทว่าผู้ศึกษากลับพบประเด็นที่น่าสนใจจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557²⁹ จึงขอหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาในดัชนีพันธฉบับนี้ ดังนี้

กรณีศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 เป็นคดีฟ้องหย่าระหว่างคู่สมรสสัญชาติไทยและสัญชาติแอลจีเรีย โดยฝ่ายโจทก์เป็นหญิงสัญชาติไทย แต่จำเลยซึ่งเป็นชายสัญชาติแอลจีเรียขาดยื่นคำให้การ ในการพิจารณาคดีนี้ปรากฏว่าศาลไทยใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 27 เพื่อกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาก่อน (preliminary question) ว่ากฎหมายแอลจีเรียยินยอมให้คู่สมรสหย่ากันได้หรือไม่ และศาลกำหนดว่าโจทก์มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงกฎหมายแอลจีเรียว่ายินยอมให้มีการฟ้องหย่ากันได้หรือไม่ โดยศาลอธิบายเหตุผลว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ศาลไม่อาจรู้เองได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 8 แต่เมื่อโจทก์ไม่ได้นำสืบกฎหมายแอลจีเรีย ศาลฎีกาจึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

การใช้กฎหมายขัดกันของศาลในคดีนี้มีข้อแตกต่างจากหลักการทั่วไปของการใช้กฎหมายขัดกันในประเทศไทย เพราะกฎหมายขัดกันของประเทศไทยอยู่ภายใต้ระบบทางเลือก ดังนั้นศาลไทยจึงไม่มีหน้าที่ต้องกล่าวอ้างลักษณะระหว่างประเทศของคดีขึ้นเองและไม่นำกฎหมายขัดกันมาใช้เอง จนกว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศและพิสูจน์ถึงเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ³⁰ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557.

³⁰ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาค นำ: แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.248, สุพจน์ คุ้มานะชัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น.30 และวิเชียร วัฒนคุณ, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508), น.216-217.

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าศาลไทยอาจใช้ความรู้กฎหมายต่างประเทศของตนมาประกอบการพิจารณาได้ โดยให้เหตุผลว่าการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯบัญญัติให้คู่กรณีนำสืบกฎหมายต่างประเทศโดยถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้นก็เพราะศาลไทยไม่จำเป็นต้องรู้กฎหมายต่างประเทศ แต่ถ้าศาลรู้กฎหมายต่างประเทศก็ชอบที่จะใช้ความรู้นั้นให้เป็นไปตามความประสงค์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯได้ แต่ดูเหมือนว่าความเห็นนี้จะไม่เป็นที่แพร่หลายในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยเท่าไรนัก โปรดดู กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมาย

ปรากฏว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่มีเจตนาที่จะกล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศ แต่ศาลกลับหยิบยกมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ขึ้นมาใช้เอง และยังใช้กำหนดภาระการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้ตกแก่โจทก์อีกด้วย การยกกฎหมายขัดกันขึ้นว่ากล่าวเองของศาลในคดีนี้จึงไม่เพียงแต่จะขัดต่อหลักการใช้กฎหมายต่างประเทศภายใต้ระบบทางเลือกเท่านั้น แต่ยังขัดต่อเจตนาของโจทก์และขัดต่ออำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติของประเทศแอลจีเรียอีกด้วย นอกจากนี้หากมองจากผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเมื่อศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ โจทก์ที่เป็นหญิงไทยก็ต้องติดค้างอยู่กับความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ล้มเหลวไปแล้ว เนื่องจากสามีชาวแอลจีเรียทิ้งร้างไป และหากต่อไปประสงค์จะจดทะเบียนสมรสกับคนรักคนใหม่ก็ย่อมทำไม่ได้ เพราะจะถือว่าเป็นการสมรสซ้อนที่ขัดต่อเงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากจะใช้ชีวิตร่วมกับคนรักใหม่ก็เป็นไปได้เพียงฐานะสามีภริยาตามข้อเท็จจริงซึ่งจะเป็นปัญหาต่อเสถียรภาพในสถานะครอบครัวของโจทก์ในอนาคตอีกด้วย

นอกจากคดีนี้จะมีประเด็นเรื่องการหยิบยกกฎหมายขัดกันขึ้นพิจารณาเองแล้ว ผู้ศึกษายังมีข้อสังเกตต่อไปว่าคดีนี้ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการใช้บทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ อีกด้วย เพราะเมื่อศาลกำหนดว่าโจทก์มีหน้าที่นำสืบถึงกฎหมายแอลจีเรียแต่โจทก์ไม่ได้นำสืบ ศาลก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ เพราะมาตรา 8 ตอนท้ายก็บัญญัติเอาไว้ชัดแล้วว่า ถ้าคู่ความไม่ได้ พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาล ก็ให้ศาลใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย³¹ นั่นหมายความว่า หากศาลใช้มาตรา 8 จนครบถ้วนตามครรลองแห่งเนื้อความในกฎหมายแล้ว ศาลควรจะได้สันนิษฐานไปว่า กฎหมายครอบครัวแอลจีเรียมีบทบัญญัติเช่นเดียวกับกฎหมายครอบครัวไทยซึ่งไม่มีข้อห้ามหย่า และในท้ายที่สุด ศาลก็จะสามารถพิพากษาหย่าให้แก่โจทก์ซึ่งก็จะเป็นการแก้ปัญหาความล้มเหลวในชีวิตครอบครัวให้แก่โจทก์ได้ในที่สุด

นอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 จะแสดงปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศต่อการ พิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของศาลไทยแล้ว ผู้ศึกษายังวิเคราะห์ได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกา ฉบับนี้สะท้อนถึงความย้อนแย้งของการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบทางเลือกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 8 กับเจตนารมณ์ที่จะเคารพกฎหมายว่าด้วยการหย่าของต่างประเทศตามมาตรา 26 และ 27 อีกด้วย กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 8 นั้นแสดงให้เห็นว่า การกล่าวอ้างลักษณะระหว่างประเทศ และ กฎหมายต่างประเทศเป็นสิทธิของคู่ความที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างหรือไม่ก็ได้ ขณะที่บทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ก็มี เจตนารมณ์ที่จะเคารพกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งในที่นี้คือกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติ ใน

ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2539), น.246 และภาสกร ชุณหอุไร, อ้าง แล้ว เจริญธรรมที่ 30, น.65.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3223/2525 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950/2529.

กรณีที่ถูกกฎหมายต่างประเทศนั้นห้ามไม่ให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน เพื่อรักษาแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวและเสถียรภาพทางครอบครัว

ในแง่การรักษาความยุติธรรมทางครอบครัวนั้น ผู้ศึกษาพบว่าบทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ให้ความสำคัญต่อความถูกต้องตรงกันของผลแห่งการหย่า ดังนั้นหากกฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสไม่ยินยอมให้หย่ากันแล้ว คู่สมรสก็ไม่ควรจะหย่ากันในประเทศไทยได้เช่นกัน มิฉะนั้นอาจเกิดกรณีที่คู่สมรสใช้ประโยชน์จากอำนาจของรัฐไทยเพื่อทำการหย่าขาดจากกันโดยหลบเลี่ยงข้อห้ามหย่าตามกฎหมายต่างประเทศในลักษณะ forum shopping ได้

ส่วนในแง่การรักษาเสถียรภาพทางครอบครัวนั้น บทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ยังมีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันกรณีการหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยถูกปฏิเสธการรับรองในต่างประเทศ เพราะหากคู่สมรสหย่ากันได้ในประเทศไทยโดยฝ่าฝืนกฎหมายแห่งสัญชาติของตนแล้ว การหย่าในประเทศไทยก็มีโอกาสสูงมากที่จะถูกปฏิเสธการรับรองการหย่าในประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติ และจะทำให้คู่สมรสมีปัญหาสถานะครอบครัว 2 สถานะตามมา คือคู่สมรสทั้งสองจะมีสถานะโสดตามกฎหมายไทย แต่ยังคงสถานะสมรสอยู่ตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งจะสร้างความสับสนต่อการกล่าวอ้างสถานะครอบครัวและการใช้สิทธิอื่นๆที่ผูกโยงอยู่กับการเป็นคู่สมรส เช่น ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส สิทธิการรับมรดก เป็นต้น

แต่เมื่อบทบัญญัติมาตรา 26 และมาตรา 27 อยู่ภายใต้ระบบทางเลือกตามมาตรา 8 ดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จึงทำให้คู่สมรสที่มีกฎหมายแห่งสัญชาติของตนห้ามมิให้หย่า เช่น คู่สมรสสัญชาติฟิลิปปินส์สามารถปิดกั้นข้อห้ามแห่งกฎหมายต่างประเทศเพื่อขอหย่าในประเทศไทยได้ โดยการจงใจปิดกั้นข้อห้ามแห่งกฎหมายต่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือการไม่กล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศและไม่ต้องนำสืบพิสูจน์กฎหมายของต่างประเทศ ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีเช่นนี้จึงถือเป็นเรื่องที่น่าตั้งคำถามว่าเพราะเหตุใดการใช้สิทธิหย่าของบุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นอยู่กับว่าจะมีการกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศหรือไม่

นอกจากนั้น การใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือกยังอาจส่งผลให้รัฐต่างประเทศปฏิเสธการรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อีกด้วย เหตุผลที่รัฐต่างประเทศจะปฏิเสธการรับรองการหย่าของประเทศไทยอาจมีได้ถึง 4 เหตุผล ดังนี้

1) เหตุผลที่ว่าประเทศไทยหย่าขาดคู่สมรสทั้งๆที่กฎหมายของต่างประเทศไม่ยินยอมให้คู่สมรสนั้นหย่ากันได้

กรณีนี้อาจเกิดขึ้นเมื่อประเทศไทยใช้อำนาจรัฐหย่าขาดคู่สมรสที่มีสัญชาติของประเทศที่กฎหมายครอบครัวห้ามมิให้หย่าขาดจากกันได้เลยไม่ว่ากรณีใดๆ เช่น คู่สมรสสัญชาติฟิลิปปินส์ ดังนั้นหากมีคู่สมรสสัญชาติฟิลิปปินส์คนหนึ่งเดินทางมาขอหย่ากันในประเทศไทยโดยไม่มีการกล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศและพิสูจน์กฎหมายฟิลิปปินส์ และทางการไทยก็ดำเนินการหย่าขาดให้แก่คู่สมรสนี้ไปตามกฎหมายไทย แต่เมื่อกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์บัญญัติห้ามมิให้คู่สมรสสัญชาติฟิลิปปินส์หย่าขาดจากกัน ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม และหากคู่

สมรสหลบเลี่ยงกฎหมายฟิลิปปินส์โดยไปทำการหย่ากันในต่างประเทศ กฎหมายฟิลิปปินส์ก็จะไม่รับรองการหย่า นั้นด้วย³² การหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยย่อมไม่ได้รับการรับรองในประเทศฟิลิปปินส์

2) เหตุผลที่ว่ากรหย่าในประเทศไทยมีวิธีการที่แตกต่างจากวิธีการหย่าในกฎหมายต่างประเทศ

ผู้ศึกษาได้พบปัญหานี้ในระหว่างการแลกเปลี่ยนทางวิชาการกับคณาจารย์จากคณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์ ประเทศเวียดนาม³³ โดยท่านอาจารย์ ดร. Do Thi Mai Hanh ได้กรุณาอธิบายหลักกฎหมายการรับรองการหย่าของประเทศเวียดนามให้แก่ผู้ศึกษาฟังว่า ตามกฎหมายเวียดนามนั้น การหย่าในเวียดนามจะต้องเกิดจากคำพิพากษาของศาลเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการหย่าโดยความยินยอมหรือฟ้องหย่าก็ตาม ดังนั้นหากการหย่าเกิดขึ้นในต่างประเทศจะได้รับการรับรองก็ต่อเมื่อการหย่านั้นเป็นผลจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วยเช่นกัน ส่วนการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศโดยวิธีอื่นใดนอกจากคำพิพากษาของศาลจะถือว่าขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายเวียดนาม และจะไม่ได้ได้รับการรับรองตามกฎหมายเวียดนาม³⁴

นอกเหนือจากกฎหมายเวียดนามแล้ว กฎหมายการรับรองการหย่าของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนบางประเทศ ได้แก่ ประเทศกัมพูชา, ลาว มาเลเซีย และสิงคโปร์ ก็มีลักษณะทำนองเดียวกัน คือประเทศเหล่านี้จะไม่รับรองการหย่าที่เกิดขึ้นจากกระบวนการอื่นนอกเหนือจากคำพิพากษาของศาล ดังนั้นหากประเทศไทยใช้อำนาจรัฐหย่าขาดคู่สมรสโดยไม่ได้ตรวจสอบว่ากฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสยินยอมให้มีการหย่าได้โดยวิธีการใด ก็มีความเสี่ยงที่การหย่านั้นจะถูกปฏิเสธการรับรองในต่างประเทศได้ด้วย

3) เหตุผลที่ว่าศาลไทยพิจารณาพิพากษาคดีหย่าโดยก้ำวล่วงอำนาจเฉพาะ (exclusive

³² กรณีที่ความสัมพันธ์ทางครอบครัวของผู้ถือสัญชาติฟิลิปปินส์มาถึงจุดแตกหักจนไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้อีกต่อไป กฎหมายครอบครัวฟิลิปปินส์จะมีทางออกคือ การขอแยกกันอยู่ตามกฎหมาย (legal separation) ซึ่งผลของการแยกกันอยู่ตามกฎหมายนั้นจะทำให้คู่สมรสสิ้นสุดสิทธิหน้าที่ในฐานะสามีภริยาระหว่างกัน ทรัพย์สินก็จะกลับสู่การบริหารจัดการของแต่ละฝ่ายโดยไม่มีระบบสินสมรสอีก นอกจากนี้ยังสิ้นสุดสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เพียงแต่สถานะครอบครัวยังคงเป็นสามีภริยากันเท่านั้น ทั้งสองจึงไม่สามารถสมรสใหม่กับบุคคลอื่นได้

³³ สัมภาษณ์ Do Thi Mai Hahn และคณะ, คณบดีคณะกฎหมายระหว่างประเทศ, คณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์, 31 สิงหาคม 2558. (ผู้สนใจสามารถอ่านบันทึกการสัมภาษณ์ได้ในภาคผนวก ก)

³⁴ Civil Procedure Code § 356, Retrieved on 5 June 2017, from http://www.moj.gov.vn/vbpc/en/lists/vn%20bn%20php%20lut/view_detail.aspx?itemid=7842.

jurisdiction) ของศาลต่างประเทศ

สาเหตุที่ทำให้การหย่าอยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศมี 2 ประการ คือ

- คู่สมรสได้ทำสัญญาก่อนสมรสโดยกำหนดให้บรรดาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากการสมรสให้อยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลประเทศใดประเทศหนึ่ง เรียกว่าเป็น “**ข้อตกลงเลือกศาล**” ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติห้ามเอาไว้³⁵ หรือ

- กฎหมายต่างประเทศมีบทบัญญัติกำหนดให้คดีหย่านั้นเป็นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแห่งประเทศตนโดยเฉพาะ การกำหนดเช่นนี้แม้จะเป็นการกำหนดเอาฝ่ายเดียวของรัฐต่างประเทศแต่ก็ชอบด้วยหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีความเป็นอิสระ รัฐต่างประเทศจึงสามารถกำหนดให้คดีลักษณะใดลักษณะหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนโดยเฉพาะได้ ผู้ศึกษาได้พบปัญหานี้ในระหว่างการแลกเปลี่ยนทางวิชาการกับคณาจารย์จากคณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์เช่นกัน โดยกฎหมายของประเทศเวียดนามกำหนดให้คดีหย่าระหว่างพลเมืองเวียดนามและคนต่างด้าวที่มีถิ่นอาศัยและทำงานอยู่ในเวียดนาม เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลเวียดนามโดยเฉพาะ³⁶ และหากคู่สมรสหลบเลี่ยงอำนาจศาลไปฟ้องหย่ากันในต่างประเทศ การหย่านั้นจะไม่ได้รับการรับรองในเวียดนาม³⁷

ดังนั้นหากศาลไทยใช้อำนาจศาลหย่าขาดคู่สมรสโดยไม่ได้ตรวจสอบว่าคดีนั้นเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศหรือไม่ ก็มีความเสี่ยงที่การหย่านั้นจะถูกปฏิเสธการรับรองในต่างประเทศได้เช่นกัน

4) สาเหตุที่ว่าคำพิพากษาหย่าของศาลไทยละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม (right to fair trial) ของจำเลย

กฎหมายของบางประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์³⁸ และประเทศมาเลเซีย จะมีหลักกฎหมายที่ให้อำนาจศาลพิจารณาความเหมาะสมในการรับคดีไว้พิจารณาบนเจตนาที่รักษาสีธรรมในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรมของจำเลย ซึ่งเรียกว่าหลัก “*forum non conveniens*” โดยปกติแล้วหลักการนี้จะถือว่าหากการรับฟ้อง

³⁵ กฎหมายไทยมีบัญญัติห้ามเอาไว้เฉพาะการทำข้อตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเท่านั้น โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1465.

³⁶ Civil Procedure Code § 411.

³⁷ Civil Procedure Code § 356.

³⁸ Debbie Ong, *International Issues in Family Law in Singapore*, (Singapore: Academy Publishing, 2015), p.138.

คดีใดจะสร้างภาระหรือเป็นอุปสรรคต่อการต่อสู้คดีของฝ่ายจำเลย ศาลควรปฏิเสธไม่รับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณา และให้โจทก์ไปยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลอื่นที่มีเขตอำนาจและจำเลยสามารถต่อสู้คดีได้สะดวกมากกว่าแทน

หลัก *forum non conveniens* นี้ยังถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์การรับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลด้วย กล่าวคือ เมื่อศาลของประเทศที่ใช้หลัก *forum non conveniens* เช่น ศาลสิงคโปร์หรือศาลฟิลิปปินส์เห็นว่าคำพิพากษาหย่าเรื่องใดที่ละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรมของจำเลย คำพิพากษาหย่าก็จะไม่ได้รับการรับรองในประเทศนั้น

ผู้ศึกษาจึงมีข้อสรุปว่า ปัญหาในการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทยนั้น เกิดจากการนำระบบทางเลือกมาใช้กับเรื่องการหย่า ทำให้เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 26 และ 27 ถูกกลืนไป ทั้งๆที่การพิจารณาคดีมีสิทธิที่จะหย่าของมนุษย์ในประเทศไทยควรมีเสรีภาพ กล่าวคือ บุคคลคนหนึ่งควรถูกพิจารณาว่า “มี” หรือ “ไม่มี” ความสามารถในการใช้สิทธิหย่าในทางใดทางหนึ่ง และผลของการพิจารณาสีตินั้นก็ควรจะต้องตรงกันไม่ว่าการพิจารณาจะเกิดขึ้นในประเทศไทยหรือในต่างประเทศ

ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยควรมีการปรับเปลี่ยนแนวทางการใช้กฎหมายขัดกันและกฎหมายต่างประเทศโดยให้ศาลหรือนายทะเบียนครอบครัวมีหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางครอบครัวและสถานะทางครอบครัว ซึ่งจะทำให้การใช้กฎหมายต่างประเทศสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ที่ต้องการจะเคารพกฎหมายของประเทศที่ห้ามมิให้คู่สมรสหย่ากันได้ และควรมีการปรับเปลี่ยนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีครอบครัวเพื่อให้ศาลได้มีโอกาสตรวจสอบว่าคดีหย่าที่นำมาฟ้องต่อศาลเขตอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศหรือไม่ ตลอดจนตรวจสอบว่าการดำเนินคดีหย่าในประเทศไทยจะกระทบสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรมของฝ่ายจำเลยหรือไม่

3.2.1.2 ปัญหาสถานะสมรสของคนเพศเดียวกันในประเทศไทย

การก่อตั้งครอบครัวตามข้อเท็จจริงของคนเพศเดียวกันในประเทศไทยสามารถทำได้โดยไม่มีข้อห้ามจากกฎหมายไทย ทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของบางประเทศที่มีบทลงโทษผู้มีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับคนเพศเดียวกัน³⁹ เพียงแต่การจดทะเบียนสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันในประเทศ

³⁹ ข้อมูลจากปีค.ศ. 2016 ระบุว่า มีประเทศทั่วโลกจำนวน 74 ประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งประเทศส่วนใหญ่เป็นประเทศในภูมิภาคเอเชียกลาง ตะวันออกกลาง และแอฟริกา โปรดดู Siobhan Fenton, “LGBT relationships are illegal in 74 countries, research finds,” Independent, Retrieved on 5 June 2017, from <http://www.independent.co.uk/news/world/gay-lesbian-bisexual-relationships-illegal-in-74-countries-a7033666.html>.

ไทยยังไม่ถูกบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมาย เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448⁴⁰ บัญญัติให้ประเด็นเรื่องเพศนี้ถือเป็น “องค์ประกอบ” ของการสมรส ส่วนการพิจารณาเพศของบุคคลนั้น กฎหมายไทยจะพิจารณาตามเพศกำเนิดที่แท้จริง⁴¹ ดังนั้นกฎหมายครอบครัวไทยปัจจุบันจึงยังมีแนวคิดว่าการสมรสเป็นเรื่องระหว่างชายจริงหญิงแท้ และเมื่อมีการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส นายทะเบียนครอบครัวจะต้องตรวจสอบว่าผู้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสทั้งสองมีเพศกำเนิดแตกต่างกันหรือไม่ หากปรากฏว่าบุคคลทั้งสองมีเพศกำเนิดเดียวกัน นายทะเบียนครอบครัวมีอำนาจที่จะปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสได้ และหากมีการฝ่าฝืนจดทะเบียนสมรสให้ไปไม่ว่าจะทำให้ได้ด้วยเหตุผลใด กฎหมายไทยก็จะไม่ถือว่ามี การสมรสเกิดขึ้น เพราะการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันจะถือว่าเป็นการสมรสที่ขาดองค์ประกอบมาตั้งแต่ต้น⁴²

ส่วนกรณีบุคคลเพศเดียวกันสมรสกันในต่างประเทศ การสมรสนั้นจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทยหรือไม่ก็ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ โดยคำอธิบายในทางตำรากล่าวว่า การสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นการสมรสขัดต่อกฎหมายไทย ดังนั้นการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศจึงต้องถือว่าไม่มีการสมรสตามกฎหมายไทยเช่นกัน⁴³ หรืออีกนัยหนึ่งคือ การสมรสนั้นจะไม่ได้ได้รับการรับรองในประเทศไทยนั่นเอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกรณีนี้ก็คือ แม้กฎหมายไทยจะไม่รับรองการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศก็ตาม แต่อย่างไรเสียการสมรสนั้นก็ยังคงมีผลสมบูรณ์และสร้างสิทธิหน้าที่ทางครอบครัวระหว่างคู่สมรสได้ตามกฎหมายต่างประเทศอยู่นั่นเอง นั่นหมายความว่า คู่สมรสคนเพศเดียวกันที่สมรสกันในต่างประเทศจะประสบปัญหาเสถียรภาพทางครอบครัวในประเทศไทยทันที เพราะต้องถือว่าคู่สมรสนั้นมีสถานะครอบครัว 2 สถานะ กล่าวคือ มีสถานะสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ แต่ขณะเดียวกันก็มีสถานะโสดตาม

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 และโปรดดู ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.109 และไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.98.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524.

⁴² ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.109, ชาติชาย อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.133 และ สมรภัช พรหมมา และประเสริฐ ลิ้มประเสริฐ, *กฎหมายครอบครัว*, (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2545), น.69.

อย่างไรก็ตาม ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าประเด็นเรื่องเพศเป็น “เงื่อนไข” ของการสมรสเช่นกัน โปรดดู วาโร นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.69.

⁴³ ประสพสุข บุญเดช, *หลักกฎหมายครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 40.

กฎหมายไทย

ผู้ศึกษาได้พบเรื่องจริงในสังคมไทย ซึ่งเป็นกรณีที่ชายสัญชาติไทยได้จดทะเบียนสมรสกับชายสัญชาติออสเตรเลียตามกฎหมายอังกฤษ คือเรื่องราวชีวิตครอบครัวระหว่างคุณวรานนท์ วานิซประภา และ Mr. Jon Neilson จึงขอหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาในดัชนีฉบับนี้ด้วย ดังนี้⁴⁴

สถานการณ์และปัญหาสถานะครอบครัวของคุณวรานนท์ วานิซประภา และคุณ Jon Nielsen

คุณวรานนท์ และคุณ Jon ได้จดทะเบียนสมรสกันในประเทศอังกฤษตามกฎหมายอังกฤษเมื่อปี พ.ศ.2557 โดยกฎหมายอังกฤษยินยอมให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ หลังจากจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายอังกฤษแล้ว คุณวรานนท์และคุณ Jon ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในประเทศไทยมาโดยตลอด

คุณวรานนท์ทราบว่าสมรสระหว่างตนและคุณ Jon มีโอกาสที่จะไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักกฎหมายในเรื่องการสมรสไว้ว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงเท่านั้น และศาลฎีกาก็เคยพิพากษาว่าการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันในประเทศไทยเป็นเรื่องต้องห้ามตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นการรับรองสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศก็ยังไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้แต่อย่างใด

คุณวรานนท์จึงทดลองยื่นคำร้องขอการใช้ชื่อสกุล Nielsen ตามสามีต่อสำนักงานเขตสาทร แต่ได้รับการปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานเขต และจนถึงปัจจุบันคุณวรานนท์ก็ยังไม่เคยได้รับการรับรองสถานะสมรสอย่างชัดเจนจากประเทศไทย

คุณวรานนท์และคุณ Jon จึงเป็นตัวอย่างของบุคคลที่ประสบปัญหาเสถียรภาพทางครอบครัวในประเทศไทยจากการมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ มีสถานะสมรสตามกฎหมายอังกฤษ และเป็นโสดตามกฎหมายไทย ซึ่งจะสร้างความสับสนในการพิจารณาความสัมพันธ์ทางครอบครัวในเรื่องอื่นๆ ตามมา อาทิ การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกัน, หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูกัน, สิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของกันและกัน, การใช้สิทธิลดหย่อนทางภาษี หรือสิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐในฐานะคู่สมรส

⁴⁴ สัมภาษณ์ วรานนท์ วานิซประภา, Partner และ LGBT Spokeperson ประจำสำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie, สำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie, 26 พฤษภาคม 2560. (ผู้สนใจสามารถอ่านบันทึกการสัมภาษณ์ได้ในภาคผนวก ค)

เป็นต้น⁴⁵

ประเด็นที่ควรหยิบยกขึ้นมาพิจารณา ณ ที่นี้คือ การถูกปฏิเสธการสถานะครอบครัวของคุณ วรานนท์และคุณ Jon ที่เกิดจากแนวการตีความกฎหมายและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารของรัฐไทยจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ตามบทนิยามในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 หรือไม่ เพราะหากกรณีดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศแล้ว บุคคลทั้งสองย่อมมีสิทธิที่จะยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (คณะกรรมการรลพ.) ตามมาตรา 18 เพื่อให้คณะกรรมการรลพ.มีคำสั่งให้กระทรวงมหาดไทยในฐานะหน่วยงานที่ดูแลการจดทะเบียนครอบครัวดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ รวมถึงเสนอเรื่องต่อไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อพิจารณายื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 รวมถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับรองการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 20 และ 21 ตามลำดับ⁴⁶

ผู้ศึกษามีความเห็นที่ว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯบางมาตราอาจเป็นอุปสรรคต่อการรับรองสถานะครอบครัวของคนเพศเดียวกันได้ กรณีหนึ่งคือบทนิยามของคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ มาตรา 3 เนื่องจากกฎหมายได้นิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศว่าหมายถึง “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งในที่น่าจะนำไปสู่การตีความว่า การที่รัฐไทยไม่อาจรับรองสถานะครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันที่สมรสกันในประเทศได้นั้นเป็นเพราะบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่กำหนดให้เพศเป็น “เงื่อนไขแห่งการสมรส” ตามกฎหมายไทย ดังนั้นการที่รัฐไทยไม่อาจรับรองการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้นั้นจึงเป็นการอันชอบธรรมแล้ว

อีกกรณีหนึ่งคือเงื่อนไขของการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการรลพ.ตามมาตรา 18 ซึ่งกำหนด

⁴⁵ ภาณพ มีชำนานู, “สภาพปัญหาความเสียเปรียบของกลุ่มความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น.119-121 (มกราคม-มิถุนายน, 2556) และโปรดดู ธีญลักษณ์ นามจักร, “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” วารสารนักบริหาร, เล่มที่ 2, ปีที่ 33, น.12 (เมษายน-มิถุนายน, 2556).

⁴⁶ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 มาตรา 3, มาตรา 18, มาตรา 20 และ มาตรา 21.

เงื่อนไขของการยื่นคำร้องไว้ 2 ประการคือ 1) ผู้ยื่นคำร้องเห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และ 2) ปัญหาที่นำยื่นเป็นคำร้องนั้น **มิใช่เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล หรือเป็นเรื่องที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว** ซึ่งเงื่อนไขประการที่ 2 นี้เองที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการยื่นคำร้องเพื่อให้คณะกรรมการรอลพ.วินิจฉัยถึงประเด็นเรื่องเพศอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ เพราะอาจมีผู้ตีความไปว่าประเด็นการพิจารณาเพศของบุคคลนั้นศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 แล้วจึงไม่อาจยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการรอลพ.ได้อีกก็เป็นได้

ผู้ศึกษาจึงมีข้อสรุปว่า ถึงแม้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จะมีเจตนารมณ์ที่ต้องการขจัดการกระทำใดๆ อันถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ แต่เนื้อหาของบทบัญญัติที่อาจสร้างอุปสรรคและไม่เพียงพอต่อการรับรองสถานะครอบครัวของคนเพศเดียวกันในประเทศไทย และประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อรับรองสถานะครอบครัวของคนเพศเดียวกัน ซึ่งในขณะนี้กฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะยอมรับครอบครัวของคนเพศเดียวกันมากยิ่งขึ้น โดยมีปรากฏการณ์ที่พอจะสนับสนุนข้ออ้างนี้ได้ 3 กรณี คือ

1) การปรากฏตัวของร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ....

ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.... ทั้งฉบับที่เสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และฉบับที่เสนอโดยภาคประชาชนมีหลักการสำคัญคือการยินยอมให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวได้ในรูปแบบของ “คู่ชีวิต”⁴⁷ และยังมีเจตนารมณ์ที่จะให้คู่ชีวิตคนเพศเดียวกันมี

⁴⁷ ในปัจจุบันมีประเทศในยุโรปหลายประเทศที่ยอมรับการจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวให้แก่คนเพศเดียวกัน เช่น เนเธอร์แลนด์, เบลเยียม, สเปน, ฝรั่งเศส หรือฟินแลนด์ ยอมรับในรูปการจดทะเบียนสมรส ขณะที่ประเทศเยอรมนี, สวิตเซอร์แลนด์, ออสเตรีย, กรีซ หรืออิตาลี ยอมรับในรูปการจดทะเบียนคู่ชีวิต

ขณะที่ประเทศในเอเชีย ยังไม่มีประเทศใดเลยที่ยอมรับการจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน อาจจะมีกฎหมายสิงคโปร์ที่ใกล้เคียงกับเรื่องนี้มากที่สุด คือ ยอมรับให้ผู้ที่ไม่ได้แต่งงานแล้วสามารถจดทะเบียนสมรสกับผู้ที่มิใช่เพศกำเนิดตรงกับตนเองได้ โปรดดู Women’s Charter § 11A, Retrieved on 5 June 2016, from <http://statutes.agc.gov.sg/aol/>.

และล่าสุดศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไต้หวันได้มีคำพิพากษาว่า องค์ประกอบของการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งได้วันที่กำหนดให้การสมรสต้องเกิดขึ้นระหว่างคนต่างเพศกันเท่านั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ หลังจากไต้หวันได้มีข้อเสนอเรื่องการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันต่อสาธารณชนมาตั้งแต่ค.ศ. 2012 ทำให้ภายในอีก 2 ปีนับจากนี้ประเทศไต้หวันจะต้องแก้ไขกฎหมายแพ่งเพื่อยอมรับการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันและอาจเป็นประเทศแรกใน

ความสัมพันธ์ทางครอบครัว ตลอดจนสิทธิหน้าที่ระหว่างกันใกล้เคียงกับคู่สมรสต่างเพศกันให้มากที่สุด โดยจะเห็นได้จากกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติชีวิตนี้วางหลักการให้นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภริยาทั้งในทางส่วนตัวและทางทรัพย์สินจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 มาอนุโลมใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตด้วย⁴⁸

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3725/2532

ข้อเท็จจริงโดยสังเขปของคดีตามคำพิพากษาลงบับนี้มีว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีเพศกำเนิดเป็นหญิง แต่ฝ่ายโจทก์มีนิสัยและทำตัวอย่างชายจนคนทั่วไปเข้าใจว่าโจทก์เป็นชาย คู่กรณีทั้งสองมีความรักต่อกันฉันชู้สาว และอาศัยอยู่ร่วมกันมากกว่า 20 ปีและทั้งสองช่วยกันทำมาหาเลี้ยงชีพกันมาโดยตลอด เมื่อทั้งสองจะแยกทางกัน คำพิพากษาศาลฎีกาได้ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสอง โดยตัดสินว่าต่างฝ่ายมีส่วนในทรัพย์สินที่ทำมาหาได้คนละครึ่ง โดยไม่สนใจว่าทั้งสองจะมีสถานะครอบครัวระหว่างกันตามกฎหมายหรือไม่⁴⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3725/2532 แสดงให้เห็นว่าฝ่ายตุลาการไทยยอมรับว่าคนเพศเดียวกันสามารถใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะครอบครัวตามข้อเท็จจริงได้ ดังนั้นหากในระหว่างที่ใช้ชีวิตร่วมกันในครอบครัว ทั้งสองได้ลงทุนร่วมแรงกันในการทำมาหาได้ เงินหรือทรัพย์สินต่างๆที่ทั้งสองได้มาจึงเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของบุคคลทั้งสอง **“หลักการลงทุนร่วมแรง (contribution)”** นี้แต่เดิมเป็นหลักกฎหมายที่ศาลไทยนำมาใช้ในการคุ้มครองชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกามาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2491⁵⁰ แต่ศาลไทยก็นำหลักการนี้มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่การจัดการทรัพย์สินระหว่างครอบครัวคนเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน

3) คำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวที่ พ.716/2559 (คดีน้องคาร์เมน)

ในคดีนี้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางได้ตัดสินว่า เด็กหญิงคาร์เมน เล็ก ซึ่งเกิดจากเชื้ออสุจิของ

เอเชียที่ยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวได้ตามกฎหมาย โปรดดู Douglas Sanders, “Recognizing Same-Sex Relationship in Thailand,” วารสารนิติสังคมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น.46-47 (มกราคม-มิถุนายน 2556) และ “ศาลได้หวั่นไฟเขียว “แต่งงานเพศเดียวกัน” สั่ง รม.บังคับใช้ภายใน 2 ปี,” MGR online, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9600000052882>.

⁴⁸ โปรดดูตารางเปรียบเทียบข้อเหมือนและข้อแตกต่างระหว่างคู่สมรสต่างเพศตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ... ได้ในภาคผนวก ง

⁴⁹ สมชัย ชีฆาอุตมากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น.83-84.

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 632/2491.

นายกอร์ดอน แอลลัน เลก กับไข่ของหญิงบริจาคนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (หรือการอุ้มบุญ) เป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของนายกอร์ดอน เลก โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า แม้อุปสรรคของนายกอร์ดอน เลกและนายมานูเอล บาเรลโลจะเป็นครอบครัวคนเพศเดียวกันก็ตาม แต่ด.ญ.คาร์เมนก็ได้รับการดูแลเอาใจใส่จากบุคคลทั้งสองคนมาโดยตลอด ความเป็นคนรักร่วมเพศจึงไม่ใช่อุปสรรคที่ทำให้กอร์ดอน-นายมานูเอลไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูน้องคามเนได้ เห็นได้ว่าศาลได้พิพากษาคดีนี้บนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best interest of the child) และคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของนายกอร์ดอนและนายมานูเอล โดยตระหนักว่าบุคคลทั้งสองมีศักยภาพในการเลี้ยงดูและสามารถให้ความรักความอบอุ่นแก่เด็กหญิงคาร์เมนได้ไม่ต่างจากคู่รักต่างเพศ โดยไม่คำนึงว่านายกอร์ดอนและนายมานูเอลจะเป็นสามีภริยากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่⁵¹

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า สถานการณ์ทั้ง 3 กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับการมีตัวตนของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นสัญญาณที่ดีสำหรับครอบครัวคนเพศเดียวกันในสังคมไทยและอาจเป็นปัจจัยที่ผลักดันให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.... สามารถผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติได้ในเร็ววัน และเมื่อใดที่พระราชบัญญัติคู่ชีวิตมีผลใช้บังคับในประเทศไทย ก็ไม่เพียงแต่จะทำให้ครอบครัวคนเพศเดียวกันในสังคมไทยจะสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวได้เท่านั้น ยังทำให้ประเทศไทยสามารถรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้อีกด้วย เพราะในเวลานั้นก็ต้องถือว่าการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันไม่ใช่เรื่องที่ขัดต่อกฎหมายไทยอีกต่อไป

3.2.1.3 ปัญหาคนไร้รัฐไร้สัญชาติถูกปฏิเสธการจดทะเบียนครอบครัว

คนไร้รัฐไร้สัญชาติในสังคมไทยประสบปัญหาการใช้สิทธิทางครอบครัวมาโดยตลอด และสภาพปัญหาที่พบส่วนใหญ่ก็จะเหมือนกัน คือ เจ้าหน้าที่ทะเบียนครอบครัวระดับปฏิบัติการมักปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนครอบครัวให้ โดยอ้างว่าการจดทะเบียนครอบครัวคนไร้รัฐไร้สัญชาตินั้นจะกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐไทย

แม้ว่าสถานการณ์ปัญหาการถูกปฏิเสธสิทธิจดทะเบียนครอบครัวของคนไร้รัฐไร้สัญชาติจะยังคงปรากฏในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารระดับปฏิบัติการมาตลอดก็ตาม แต่ฝ่ายตุลาการไทยก็ได้ยืนยันถึงสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของมนุษย์โดยไม่แบ่งแยกการมีรัฐมีสัญชาติมาตั้งแต่ปี 2505 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505⁵² ซึ่งเป็นเรื่องการจดทะเบียนสมรสระหว่างหญิงต่างด้าวที่ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวกับชาย

⁵¹ สมชัย ฑีฆาอุตมากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.37 และโปรดดู “ศาลเยาวชนฯ ตัดสินให้ ‘ด.ญ.คาร์เมน’ เป็นบุตรโดยชอบของผู้ว่าจ้างอุ้มบุญ,” ThaiPBS, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <http://news.thaipbs.or.th/content/251944>.

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505.

สัญญาชาติไทย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเมื่อบุคคลมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะจดทะเบียนสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวมีหน้าที่ต้องรับจดทะเบียนสมรสให้ นายทะเบียนครอบครัวจะอ้างหนังสือสั่งการของกระทรวงมหาดไทยอันมีสถานะเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติภายใน หรือเหตุอื่นๆ เช่น ความมั่นคงของประเทศ เพื่อปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสไม่ได้⁵³ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับอื่นๆที่วางบรรทัดฐานตามมาโดยตลอดว่าประเด็นสถานะบุคคลไม่ใช่อุปสรรคต่อการยื่นคำขอจดทะเบียนสมรส ได้แก่

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3740/2525 อันเป็นการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสระหว่างชาย สัญชาติไทยกับหญิงไร้สัญชาติซึ่งเป็นบุตรของชาวญวนอพยพ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 580/2527 เป็นการขอจดทะเบียนสมรสระหว่างชายสัญชาติไทยกับหญิงไร้สัญชาติซึ่งไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว⁵⁴ และ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950/2529 ซึ่งเป็นการขอจดทะเบียนสมรสระหว่างคนสัญชาติญวนด้วยกันเอง เป็นต้น⁵⁵

ส่วนฝ่ายบริหารของประเทศไทยที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายการทะเบียนครอบครัว คือ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยนั้นก็มีความเข้าใจที่ถูกต้องต่อหน้าที่ในการรับจดทะเบียนครอบครัวให้แก่บุคคลทุกคนที่ปรากฏตัวในประเทศไทย โดยไม่แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะมีรัฐมีสัญชาติหรือไม่ หลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจที่ถูกต้องของกรมการปกครองก็คือ หนังสือสั่งการที่ มท0309.3/ว 9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 โดยกรมการปกครองระบุไว้อย่างชัดเจนในหนังสือสั่งการฉบับนี้ว่า เมื่อมีการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส นายทะเบียนครอบครัว**จะต้องรับคำร้อง**ไว้ก่อนทุกครั้ง และในการตรวจสอบเงื่อนไขการสมรสก่อนจดทะเบียนสมรส ให้ชี้แจงทำความเข้าใจกับผู้ยื่นคำร้องขอ และให้นายทะเบียนครอบครัวใช้ความระมัดระวังไม่ให้เป็นการหวงเหนียว กลั่นแกล้ง หรือเรียกร้องผลประโยชน์จากผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสเป็นอันขาด

หนังสือสั่งการของกรมการปกครองที่ มท0309.3/ว 9609 กำหนดแนวทางปฏิบัติให้นายทะเบียนครอบครัวตรวจสอบคุณสมบัติของคนไร้สัญชาติที่ถือบัตรบุคคลที่ไม่มีสถานะทางทะเบียนที่มาขอจดทะเบียนสมรส

⁵³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร และจันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “ฎีกาวินิจฉัย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505: สิทธิในการสมรสของคนต่างด้าวในประเทศไทย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, เล่มที่ 1, ปีที่ 25, น.169-170 (มกราคม-มีนาคม, 2538) และพลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, *หลักกฎหมายครอบครัว*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), น.37.

⁵⁴ สหส สิงหวิริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.68.

⁵⁵ สุพจน์ กุ้มานะชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, น.49.

กับคนสัญชาติไทยอย่างละเอียด ดังนี้⁵⁶

1) ตรวจสอบความถูกต้องของคำร้องขอจดทะเบียนสมรส (เอกสารคร. 1) และตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชนหรือหนังสือเดินทางของผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรส

2) ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448-1458

3) สอบสวนปากคำผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสตามแบบปค.14 เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสเป็นใคร, มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศใด, สัญชาติอะไร, อาชีพอะไร, มีรายได้เท่าใด, เข้ามามีถิ่นพำนักในประเทศไทยนานเพียงใด และหลังจากจดทะเบียนสมรสแล้วจะพักอาศัยหรือเดินทางไปอยู่ที่ใด

หากกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสจะขาดคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสก็ให้นายทะเบียนยื่นข้อยกเว้นการจดทะเบียนสมรสไว้ก่อนโดยอ้างข้อกำหนดกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 ว่านายทะเบียนไม่อาจตรวจสอบหลักฐานได้ว่าขณะที่ร้องขอจดทะเบียนสมรส ผู้ร้องขอมีคู่สมรสอยู่หรือไม่ เป็นต้น เพื่อให้ผู้ร้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ปรากฏต่อนายทะเบียนว่าผู้ร้องขอมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขแห่งการสมรส

แม้ว่าหนังสือสั่งการที่ มท0309.3/ว 9609 จะกำหนดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการจดทะเบียนสมรสแก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติไว้แล้วก็ตาม แต่ด้วยถ้อยคำที่แสดงถึงปัญหาความมั่นคงของรัฐจากการที่คนต่างด้าวใช้เอกสารปลอมประกอบในการจดทะเบียนสมรส เช่น หนังสือรับรองต่างๆ โดยมุ่งหมายจะใช้การจดทะเบียนสมรสเป็นหลักฐานในการขออนุญาตอาศัยอยู่ในประเทศไทย รวมถึงการเข้ามาประกอบอาชีพโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งปรากฏในตอนต้นของหนังสือสั่งการฉบับนี้ ประกอบกับแนวคิดเชิงชาตินิยมที่ฝังรากลึกอยู่ในหมู่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารระดับปฏิบัติการในบางพื้นที่ ทำให้ปัญหาคนไร้รัฐไร้สัญชาติถูกปฏิเสธสิทธิก่อตั้งครอบครัวจนกระทบถึงเสถียรภาพและความยุติธรรมทางครอบครัวยังเป็นเรื่องที่พบเห็นได้อยู่เสมอในสังคมไทย และเพื่อยืนยันการมีอยู่จริงของปัญหานี้ ผู้ศึกษาขอหยิบยกกรณีศึกษาการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสของ “คุณไพรัตน์และคุณมนู” มาแสดงไว้ ณ ที่นี้⁵⁷

⁵⁶ อ่านรายละเอียดของหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ที่ มท0309.3/ว 9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 ได้ในภาคผนวก ข

⁵⁷ กรณีศึกษาสมมติจากสถานการณ์จริง โปรดดู ชลฤทัย แก้วรุ่งเรือง, “ประวัติของครอบครัววิไลพร ครอบครัวไร้รัฐแห่งปากเกร็ด,” GotoKnow, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/227075> และ ศิวนุช สร้อยทอง, “#เพื่อครอบครัววิไลพร,” facebook, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.facebook.com/sivanoot/posts/1563024753708952>.

สถานการณ์ปัญหาการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสของคุณไพรัตน์กับคุณมนู

กรณีศึกษานี้เกิดขึ้นที่อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี ในช่วงเดือนพฤษภาคม 2560 โดยคุณไพรัตน์ (หญิงไร้สัญชาติถือบัตรบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียน หรือบัตร 0-89) อยู่กินฉันสามีภริยากับคุณมนู (ชายสัญชาติไทย) เป็นเวลากว่า 10 ปี โดยทั้งสองมีบุตรร่วมกัน 3 คน คุณไพรัตน์ต้องการที่สร้างครอบครัวที่ถูกรับรองทางทะเบียน และทำให้บุตรของตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคุณมนูโดยการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547¹ และต้องการให้ตนเป็นภริยาตามกฎหมายของคุณมนู ก่อนหน้านี้คุณไพรัตน์เคยยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมาแล้วถึง 2 ครั้ง แต่ถูกเจ้าหน้าที่งานทะเบียนอำเภอปากเกร็ดปฏิเสธมาโดยตลอด

ครอบครัวคุณไพรัตน์-คุณมนู ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสครั้งที่ 3 โดยได้รับความช่วยเหลือจากนักกฎหมายในโครงการบางกอกคลินิกฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งทำหน้าที่หาหรือ นายอำเภอปากเกร็ดหรือนายทะเบียนครอบครัวอำเภอปากเกร็ดตามกฎหมาย ดังนั้นแม้ในช่วงแรกจะปรากฏปัญหาการไม่ปฏิบัติตามระเบียบในหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ที่ มท0309.3/ว 9609 ของเจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวอำเภอปากเกร็ด แต่ในที่สุดคุณไพรัตน์และคุณมนูก็สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสครั้งที่ 3 คือเจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวอำเภอปากเกร็ดเห็นว่าการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนไร้สัญชาติกับคนสัญชาติไทยจะเป็นปัญหาความมั่นคง จึงต้องการหารือกับกรมการปกครองก่อน และกำหนดให้คุณไพรัตน์และคุณมนูหาพยานบุคคล 2 คนที่รู้เห็นการอยู่กินกันฉันสามีภริยามาสอบปากคำไว้เป็นหลักฐาน และร้องขอให้มีการนำพยานบุคคลจากจังหวัดอุดรธานีมาเพื่อยืนยันการเกิดในประเทศไทยของคุณไพรัตน์ด้วย ความเห็นของเจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวอำเภอปากเกร็ดจึงเป็นข้อยืนยันว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505 ไม่ได้สร้างบทเรียนให้แก่ทางอำเภอปากเกร็ดเลยตลอดระยะเวลากว่า 50 ปี เนื่องจากที่มาของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็เกิดจากการปฏิเสธคำร้องขอจดทะเบียนสมรสของทางอำเภอปากเกร็ดเช่นกัน นอกจากนี้การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่งานทะเบียนอำเภอปากเกร็ดยังสะท้อนแนวความคิดเรื่องชาตินิยมและข้อกังวลด้านมั่นคงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในระดับปฏิบัติการที่กระทบต่อการจดทะเบียนครอบครัวได้เป็นอย่างดี ทั้งๆที่ประเด็นนี้กรมการปกครองนั้นก็ยืนยันมาโดยตลอดว่า การจดทะเบียนสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ไม่ว่าจะมิใช่ผู้มีสัญชาติหรือไม่ก็ตาม เพียงแต่กรมการปกครองต้องการให้เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการใช้ความระมัดระวังไม่ให้มีการใช้การจดทะเบียนสมรสเป็นช่องทางในการแสวงสิทธิของชาวต่างชาติที่ไม่ประสงค์จะก่อตั้งครอบครัวกันจริงๆเท่านั้น

ขณะที่อำเภอปากเกร็ดยังมีข้อกังวลสงสัยในการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติ แต่นายทะเบียนครอบครัวในท้องที่อื่นๆกลับเข้าใจหน้าที่การรับจดทะเบียนครอบครัวเป็นอย่างดี เช่น

- กรณีนายทะเบียนครอบครัวอำเภอแม่ระมาด จังหวัดตาก ดำเนินการจดทะเบียนสมรสให้แก่

นายจ่อเปง (ไม่มีนามสกุล) กับนางมีตะ (ไม่มีนามสกุล) โดยนายจ่อเปงและนางมีตะเป็นคนไร้สัญชาติและเป็นบิดามารดาของบุตร 4 คน จนทำให้ครอบครัวเหล่านี้เจริญรัตน์ 6 ชีวิตเกิดเสถียรภาพทางครอบครัวในที่สุด⁵⁸

- กรณีนายทะเบียนครอบครัว อำเภอบ้านแพรง จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ดำเนินการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คุณพรทิพย์ ซึ่งแม้ว่าคุณพรทิพย์ถูกบันทึกในทะเบียนราษฎรไทยในฐานะบุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียนก็ตาม คุณพรทิพย์สามารถจดทะเบียนสมรสกับสามีสัญชาติญี่ปุ่นได้ และคุณพ่อพิสิษฐ์-คุณแม่กนกร ซึ่งเป็นบิดามารดาบุญธรรมตามข้อเท็จจริงที่เลี้ยงดูคุณพรทิพย์มากกว่า 20 ปีสามารถจดทะเบียนรับคุณพรทิพย์เป็นบุตรบุญธรรมได้⁵⁹

การจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลไม่มีสถานะทางทะเบียนยังเกิดขึ้นในอีกหลายท้องที่ของประเทศไทย เช่น อำเภอฝาง จังหวัดเชียงใหม่, อำเภอเมืองนครพนม จังหวัดนครพนม, อำเภออุ้มผาง และอำเภอท่าสองยาง จังหวัดตาก เป็นต้น

ผู้ศึกษาจึงมีข้อสรุปว่า ปัญหาการถูกปฏิเสธสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวของคนไร้รัฐไร้สัญชาตินั้น มีสาเหตุอยู่ที่ทัศนคติเชิงลบของเจ้าหน้าที่รัฐในระดับปฏิบัติการทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่า การรับจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติจะก่อปัญหาความมั่นคงให้แก่รัฐไทย ทั้งๆที่กฎหมายและนโยบายของทางราชการส่วนกลางไม่มีข้อจำกัดสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวของบุคคลกลุ่มนี้เลย อีกทั้งยังสะท้อนปัญหาเชิงกระบวนการต้นทางของเจ้าหน้าที่รัฐไทยบางส่วนอีกด้วยว่ายังไม่มีเจตจำนงในการทำงาน บริการประชาชน เพราะเมื่อเจ้าหน้าที่รัฐเหล่านี้พบว่ามีคนไร้รัฐไร้สัญชาติมายื่นคำขอจดทะเบียนสมรส เจ้าหน้าที่รัฐกลับปฏิเสธคำขอและผลักไสประชาชนคนไร้รัฐไร้สัญชาติให้เดินทางกลับไป แทนที่จะค้นหาข้อกฎหมายหรือขอความเห็นจากนักกฎหมายเพื่อยืนยันสิทธิการมีครอบครัวของมนุษย์ ซึ่งถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐทำเช่นนั้นก็จะพบทางออกว่าทั้งข้อกฎหมายและนโยบายจากส่วนกลางไม่มีข้อจำกัดสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวของคนไร้รัฐไร้สัญชาติเลย และนั่นย่อมทำให้คนไร้รัฐไร้สัญชาติได้รับการรับรองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวในที่สุด

⁵⁸ ดาทุ เหล่ารัตน์เจริญ, “บันทึกการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนไร้สัญชาติด้วยตัวเอง,” facebook, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.facebook.com/notes/ddathoo-laorattanacharoen/บันทึกการจดทะเบียนสมรส-ระหว่างคนไร้สัญชาติด้วยตัวเอง>.

⁵⁹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “กรณีศึกษาครอบครัวนายคูโตะ นางสาวพรทิพย์ และเด็กหญิง ยูริ : การเลือกกฎหมายที่มีผลกำหนดความสัมพันธ์ของครอบครัวที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสองประเทศ – ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่น,” l3nr, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.l3nr.org/posts/518730> และ วิศรุต สำลีอ่อน, “การจดทะเบียนบุตรบุญธรรมของคนไร้สัญชาติ,” GotoKnow, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/485620>.

ผู้ศึกษาเห็นว่าแนวทางการแก้ปัญหาที่ยั่งยืนคงไม่ใช่การฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรือศาลอาญา แม้ว่าคำพิพากษาของศาลอาจสร้างแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐได้บ้าง แต่จากปัญหาที่เกิดขึ้นกับครอบครัวคุณไพรัตน์-คุณมนูก็แสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่รัฐบางส่วนก็เลือกปฏิบัติที่จะทำตามแนวคำพิพากษาของศาล อีกทั้งการปฏิบัติตามกระบวนการฟ้องคดีก็ยังเป็นภาระต่อประชาชนหาเข้ากินค่าที่ต้องเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ กับการต่อสู้คดี อีกทั้งศาลไทยก็ได้ยืนยันมาตั้งแต่ปีพ.ศ.2505 แล้วว่าการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนในสังคมไทย การฟ้องร้องเพื่อให้เป็นคดีตัวอย่างจึงไม่มีความจำเป็นอีก ดังนั้นแล้วการแก้ไขปัญหานี้จึงควรมุ่งเป้าไปที่ต้นเหตุ คือ ทศนคติของเจ้าหน้าที่รัฐระดับปฏิบัติการ โดยการสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องสิทธิการขอจดทะเบียนครอบครัวของมนุษย์ ควบคู่ไปกับการกำกับการทำงานให้เป็นไปตามกฎหมายโดยใช้การลงโทษทางวินัย และกระบวนการยุติธรรมทางศาล ไม่ว่าจะศาลปกครองหรือศาลอาญาแก่เจ้าหน้าที่รัฐที่ยังคงละเลยการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายไปเป็นรายกรณีๆ

3.2.1.4 ปัญหาการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนสัญชาติต่างประเทศ

ผู้ศึกษาได้พบปัญหานี้ในระหว่างการแลกเปลี่ยนเรียนรู้เกี่ยวกับปัญหาการจดทะเบียนครอบครัวในทางปฏิบัติกับคุณธนิต ต้นบัวคลี หัวหน้าฝ่ายงานทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก⁶⁰ โดยคุณธนิตให้ข้อมูลแก่ผู้ศึกษาว่าสำนักงานเขตหรือที่ว่าการอำเภอต่างๆในประเทศไทยมีความพร้อมในการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติไม่เท่ากัน ทำให้ปัญหาส่วนใหญ่ที่คนต่างชาติมักพบเมื่อมาขอจดทะเบียนครอบครัวในไทยคือ การถูกนายทะเบียนครอบครัวบ้ายเบี่ยงไม่รับจดทะเบียนครอบครัวให้

สาเหตุของปัญหานี้เกิดจากทักษะการใช้ภาษาอังกฤษของนายทะเบียนครอบครัวยังไม่เพียงพอที่จะสื่อสารกับชาวต่างชาติ ทำให้นายทะเบียนครอบครัวไม่สามารถพูดคุยสอบถามข้อมูลส่วนตัวรวมถึงถามเจตนาในการจดทะเบียนครอบครัวของชาวต่างชาติได้ ดังนั้นเมื่อมีชาวต่างชาติมาขอจดทะเบียนครอบครัวเจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวในบางท้องที่จึงมักอ้างต่อชาวต่างชาติว่านายทะเบียนครอบครัวติดภารกิจราชการอยู่บ้าง, ไปประชุมบ้าง หรือไปปฏิบัติราชการนอกสถานที่บ้าง ฯลฯ แล้วเสนอให้ชาวต่างชาติผู้นั้นไปจดทะเบียนที่สำนักงานเขตบางรักหรือหลักสี่แทน เพราะเป็นที่เข้าใจกันในกลุ่มนายทะเบียนครอบครัวว่าสำนักงานเขตทั้งสองมีความเชี่ยวชาญในการจดทะเบียนครอบครัวแก่คนต่างชาติ ทั้งๆที่ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ มาตรา 5 กำหนดว่าการจดทะเบียนครอบครัวสามารถดำเนินการที่สำนักทะเบียนแห่งใดก็ได้

ผลจากสถานการณ์นี้ทำให้เขตบางรักและเขตหลักสี่ต้องกลายเป็นศูนย์กลางการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติในประเทศไทยไปโดยปริยาย ในแต่ละวันมีชาวต่างชาติเดินทางมาจดทะเบียน

⁶⁰ สัมภาษณ์ ธนิต ต้นบัวคลี, หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก, สำนักงานเขตบางรัก, 8 กันยายน 2558. (ผู้สนใจสามารถอ่านบันทึกการสัมภาษณ์ได้ในภาคผนวก จ)

ครอบครัวที่สำนักงานเขตบางรักและหลักสี่เป็นจำนวนมาก จนเกิดปัญหาจำนวนคำขอจดทะเบียนครอบครัวล้นเกินอัตรากำลังของเจ้าหน้าที่ ในระหว่างการลงพื้นที่แลกเปลี่ยนเรียนรู้ที่สำนักงานเขตบางรัก ผู้ศึกษาสังเกตว่าสำนักงานเขตบางรักใช้เวลาจดทะเบียนครอบครัวให้คู่สมรสชาวต่างชาติประมาณ 45 นาทีถึง 1 ชั่วโมงต่อกรณี ดังนั้นหากถือตามเวลาราชการคือระหว่าง 8.00 น. – 16.00 น. แล้ว สำนักงานเขตบางรักจะสามารถจดทะเบียนครอบครัวได้เพียง 6-7 กรณีต่อวันเท่านั้น ทำให้ทางสำนักงานเขตบางรักต้องใช้ระบบบัตรคิวเพื่อจัดระบบการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติโดยเฉพาะแยกออกจากการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ผู้มีสัญชาติไทย โดยเมื่อบัตรคิวในแต่ละวันหมดลงนั้นก็หมายความว่าทางสำนักงานเขตจะไม่สามารถจดทะเบียนครอบครัวได้อีกในวันนั้นเพราะหมดเวลาราชการ และจากการสอบถามกับผู้มาขอจดทะเบียนครอบครัวกับชาวต่างชาติคู่หนึ่ง ทั้งสองยืนยันข้อเท็จจริงกับผู้ศึกษาว่าตนเคยเดินทางมาที่เขตบางรักแล้ว 2-3 ครั้งแต่บัตรคิวหมดเสียก่อน ในครั้งนี้จึงต้องเดินทางมาถึงสำนักงานเขตบางรักตั้งแต่ 6.00 น.เพื่อมารับบัตรคิวและได้บัตรคิวลำดับที่ 7 ซึ่งจะได้รับบริการจดทะเบียนสมรสในเวลา 15.00 น.โดยประมาณ และนายทะเบียนครอบครัวเขตบางรักยืนยันว่านี่เป็นสถานการณ์ปกติของทุกวัน

ปัญหาการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาตินี้กระทบต่อแนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัว เพราะสร้างภาระทั้งต่อประชาชนที่มาขอจดทะเบียนครอบครัว และต่อการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐด้วยตนเอง ทำให้การจดทะเบียนครอบครัวมีความล่าช้า ไม่อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเท่าที่ควร สาเหตุของปัญหาอยู่ที่ความพร้อมและทักษะด้านภาษาต่างประเทศของนายทะเบียนครอบครัวไทย ซึ่งหากหน่วยงานราชการไทยติดต่อหาบุคลากรให้แก่นายทะเบียนครอบครัว โดยการจัดฝึกอบรมการใช้ภาษาอังกฤษที่จำเป็นสำหรับการทำงานทะเบียนครอบครัว รวมถึงจัดทำคู่มือคำถามประกอบการจดทะเบียนครอบครัวเป็นภาษาอังกฤษแจกจ่ายไปยังท้องที่ต่างๆ ก็น่าจะเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของนายทะเบียนครอบครัวได้พอสมควร

3.2.1.5 ปัญหาการจดทะเบียนการเกิดให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักร

การจดทะเบียนคนเกิดถือเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญของการคุ้มครองความยุติธรรมทางครอบครัว เพราะจะทำให้เด็กเกิดใหม่ได้รับการบันทึกชื่อลงในทะเบียนราษฎรของรัฐ หรือทำให้เด็กเป็น “คนมีรัฐ” ในทันทีที่เกิดและจะนำไปสู่การพัฒนาสิทธิด้านอื่นๆของเด็ก การจดทะเบียนคนเกิดให้แก่เด็กที่มีสิทธิในสัญชาติไทยแต่เกิดในต่างประเทศก็ยังมีปัญหาบางประการ โดยผู้ศึกษาจะขอนำสถานการณ์ชีวิตของน้องเลย บุตรของหญิงสัญชาติไทยที่เกิดในประเทศมาเลเซีย และประสบปัญหาการจดทะเบียนการเกิดในประเทศไทย มาเป็นกรณีศึกษา

ประกอบ ดังนี้⁶¹

กรณีศึกษาปัญหาการจดทะเบียนการเกิดของน้องเลย

น้องเลยเป็นบุตรสาวของคุณแม่พิจิตรา หญิงสัญชาติไทย น้องเลยเกิดในประเทศมาเลเซียในระหว่างที่คุณพิจิตราพำนักอยู่ ณ ที่นั้นเพื่อเข้าร่วมการแข่งขันกีฬา น้องเลยมีเอกสารรับรองการเกิดออกโดยโรงพยาบาลในประเทศมาเลเซียที่ระบุว่าคุณแม่พิจิตราเป็นมารดา แต่คุณแม่พิจิตราไม่ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนคนเกิดให้แก่ น้องเลยที่สถานเอกอัครราชทูตไทยประจำประเทศมาเลเซียเพราะคุณแม่พิจิตราต้องเดินทางกลับมาประเทศไทยเสียก่อน ภายหลังจากบิดาตามข้อเท็จจริงของน้องเลยได้ยื่นขอจดทะเบียนการเกิดที่สำนักงานเขตราชเทวี กรุงเทพมหานคร แต่ทางสำนักงานเขตปทุมธานีและให้ไปแจ้งเกิดประเทศมาเลเซียแทน

แม่เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตราชเทวีไม่ได้อธิบายเหตุผลอย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใดน้องเลยจึงไม่สามารถแจ้งเกิดที่สำนักงานเขตราชเทวีได้ก็ตาม แต่ผู้ศึกษาเข้าใจว่าเจ้าหน้าที่สำนักงานเขตราชเทวีคงตีความกรณีนี้ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 มาตรา 28 ซึ่งกำหนดให้กงสุลไทยหรือข้าราชการสถานทูตไทยมีหน้าที่รับจดทะเบียนคนเกิดให้แก่คนสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักร⁶²

การผลักดันให้บิดามารดาของเด็กที่เกิดในต่างประเทศต้องไปยื่นคำขอจดทะเบียนการเกิดให้กับบุตรของตนในประเทศที่เด็กเกิดนั้นย่อมสร้างภาระทั้งในแง่เวลาและค่าใช้จ่ายแก่บิดามารดาของเด็กอย่างมาก อีกทั้งกฎหมายไทยก็ไม่ได้บังคับให้บิดามารดาต้องไปยื่นคำขอจดทะเบียนการเกิดแก่บุตรของตนที่ต่างประเทศเสมอไป หากบิดามารดาของเด็กย้ายกลับมาพำนักที่ประเทศไทยแล้ว การแจ้งเกิดและขอสูติบัตรไทยสามารถทำได้โดยยื่นคำร้องขอต่อกงสุลชาติและนิติกร กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ โดยกงสุลชาติฯจะเป็นผู้ดำเนินการประสานกับสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ไทยในประเทศที่เด็กเกิด เพื่อดำเนินการออกสูติบัตรไทย

⁶¹ กรณีศึกษาสมมติจากสถานการณ์จริง โปรดดู พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “บันทึกเพื่อเขตราชเทวีจะเข้าขจัดปัญหาความไร้รัฐให้แก่พี่น้องน้อยคนหนึ่งที่เกิดในมาเลเซียเมื่อพ.ศ.2558 จากมารดาสัญชาติไทย,” facebook, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2560, จาก <https://www.facebook.com/notes/archanwells-law-school/บันทึกเพื่อเขตราชเทวีจะเข้าขจัดปัญหาความไร้รัฐให้แก่พี่น้องน้อยคนหนึ่งที่เกิดในมาเล/1441350712603009/>.

⁶² พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 มาตรา 28.

ให้แก่เด็กได้⁶³

ปัญหาที่เกิดขึ้นกับน้องเลยและคุณแม่พิจิตราจึงสะท้อนปัญหาการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่รับคำร้องขอจดทะเบียนการเกิด ทั้งในแง่ของความเข้าใจข้อบทกฎหมายที่คลาดเคลื่อน และการขาดจิตใจที่มุ่งให้บริการประชาชน (service mind) นี้คงเป็นภารกิจของผู้รักษาการตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร ได้แก่ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ที่จะต้องสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการจดทะเบียนการเกิด พร้อมทั้งปลูกฝังจิตใจที่มุ่งให้บริการประชาชนให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ได้บังคับบัญชาของตน

3.2.2 กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ

สาเหตุของปัญหากลุ่มนี้มาจากความแตกต่างของกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวและกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว เพราะบรรดากฎหมายเหล่านี้มีสถานะเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นเนื้อหาและรายละเอียดของกฎหมายของแต่ละประเทศจึงอาจแตกต่างกันได้ และความแตกต่างของกฎหมายนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ที่ต้องเดินทางข้ามประเทศไม่ว่าจะเป็นด้านความยุติธรรมทางครอบครัวหรือด้านเสถียรภาพทางครอบครัว

ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นกับประเทศในยุโรปเช่นกัน และประเทศในยุโรปก็แก้ปัญหานี้ร่วมกันในระดับภูมิภาคภายใต้กรอบความร่วมมือของสหภาพยุโรป ดังนั้นการแก้ปัญหาคความแตกต่างของกฎหมายสำหรับประเทศไทยก็ควรเริ่มต้นทำจากกรอบความร่วมมือระดับภูมิภาค ซึ่งก็คือกรอบความร่วมมือของประชาคมอาเซียน โดยความแตกต่างของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวและกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนมีดังนี้

3.2.2.1 ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัว

ประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนต่างมีกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายสำหรับการพิจารณาสิทธิหน้าที่ของบุคคลทางครอบครัว ตลอดจนการตัดสินใจพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายของแต่ละประเทศก็มีทั้งจุดที่ใกล้เคียงกันและจุดที่แตกต่างกัน ดังนี้⁶⁴

⁶³ “การยื่นคำร้องขอสูติบัตรไทยกรณีเกิดในต่างประเทศ,” กรมการกงสุล, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.consular.go.th/main/th/services/1298/19805การยื่นคำร้องขอสูติบัตรไทยกรณีเกิดในต่างประเทศ.html>.

⁶⁴ ผู้สนใจสามารถอ่านรายละเอียดของหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในประเด็นทางครอบครัวของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนทั้ง 10 ประเทศได้ในภาคผนวก ฉ

1) ประเด็นความสามารถของบุคคลในการใช้สิทธิทางครอบครัว

หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาความสามารถในการใช้สิทธิทางครอบครัวของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนดูเหมือนจะเป็นประเด็นที่มีความแตกต่างกันมากที่สุด โดยแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

- กลุ่มที่ใช้หลักสัญชาติ (*lex patriae*) ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซีย, ฟิลิปปินส์, ไทย และเวียดนาม
- กลุ่มที่ใช้หลักภูมิลำเนา (*lex domicilii*) ได้แก่ ประเทศบรูไนฯ, มาเลเซีย, พม่า และสิงคโปร์

2) ประเด็นแบบของการสมรส

เรื่องแบบของการสมรสกลับดูเหมือนจะเป็นประเด็นที่ประเทศสมาชิกอาเซียนมีหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่สอดคล้องกันมากที่สุด โดยประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ใช้หลักถิ่นที่มีการสมรส (*lex loci celebrationis*) บังคับกับเรื่องแบบของการสมรส

3) ประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเป็นประเด็นที่คลุมเครือมากที่สุด เนื่องจากกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่จะไม่ได้ระบุว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาให้เป็นไปตามกฎหมายใด ส่วนประเทศที่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ หลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในประเด็นนี้ก็ยังคงมีความแตกต่างกันอีก โดยบางประเทศใช้หลักสัญชาติ (*lex patriae*) เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ และไทย ขณะที่บางประเทศใช้หลักถิ่นที่มีการพิจารณาคดี (*lex fori*) เช่น ประเทศสิงคโปร์

4) ประเด็นเหตุฟ้องหย่า

เรื่องเหตุฟ้องหย่าก็เป็นอีกประเด็นที่หลักกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนมีความคลุมเครืออยู่ เพราะกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะไม่ระบุว่าเหตุฟ้องหย่าให้เป็นไปตามกฎหมายใด แต่ในประเทศที่มีกฎหมายระบุเอาไว้ส่วนใหญ่จะมีหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพื่อเป็นเหตุฟ้องหย่าที่ใกล้เคียงกัน คือใช้หลักถิ่นที่มีการหย่า

จากประเด็นทั้ง 4 ที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น ผู้ศึกษามีข้อสังเกตต่อปัญหาความแตกต่างของกฎหมายขัดกันของประเทศสมาชิกอาเซียนว่า สาเหตุของปัญหาไม่ได้เกิดจากข้อแตกต่างของหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมีปัญหาความคลุมเครือของหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายอีกด้วย สาเหตุทั้งสองประการนี้จะทำให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียนมีโอกาสที่จะให้ผลทางกฎหมายแตกต่างกันได้ และหากผลการพิจารณาคดีครอบครัวของประเทศแต่ละประเทศแตกต่างกันก็จะกระทบต่อหลักความยุติธรรมทางครอบครัวในที่สุด

ผู้ศึกษาเห็นว่า ถึงเวลาแล้วที่ประเทศสมาชิกอาเซียนจะได้สร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยหลักเกณฑ์

การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัว เพื่อให้ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศนำไปใช้ร่วมกัน ประโยชน์ของการมีกฎหมายเอกรูปสำหรับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายของอาเซียนนั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้การพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียนมีโอกาสที่จะให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกันเท่านั้น ยังทำให้กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศที่ยังมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมทุกประเทศเกิดความสมบูรณ์รอบด้านมากขึ้นอีกด้วย

3.2.2.2 ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว

ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่มีกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว ทั้งการรับรองการสมรส และการรับรองการหย่า แต่เงื่อนไขและวิธีการรับรองสถานะครอบครัวของแต่ละประเทศก็แตกต่างกันออกไป ซึ่งข้อแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวนี้อาจส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพทางครอบครัวของผู้ที่อยู่ในภูมิภาคอาเซียนได้

1) กฎหมายการรับรองการสมรส⁶⁵

ผู้ศึกษาพบว่าเงื่อนไขของการรับรองการสมรสของประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่มีทิศทางเดียวกัน คือ การสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศจะได้รับการรับรองต่อเมื่อการสมรสนั้นเกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมายต่างประเทศตามหลัก *lex loci celebrationis*

แต่สำหรับวิธีการรับรองการสมรสแล้ว ผู้ศึกษากลับพบว่ากฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนมีข้อแตกต่างกันแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ

- กลุ่มที่รับรองการสมรสโดยอัตโนมัติ ได้แก่ ประเทศฟิลิปปินส์, สิงคโปร์ และไทย
- กลุ่มที่รับรองการสมรสโดยการจดทะเบียนซ้ำ ได้แก่ ประเทศบรูไนฯ และมาเลเซีย และ
- กลุ่มที่รับรองการสมรสโดยหน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ ประเทศเวียดนาม

2) กฎหมายการรับรองการหย่า

กฎหมายของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนก็มีความแตกต่างในรายละเอียดของหลักเกณฑ์ และวิธีการรับรองการหย่าเช่นกัน อาทิ

- กฎหมายเวียดนามจะรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศด้วยการจดทะเบียนรับรองการหย่า โดยมีหลักเกณฑ์ว่าการหย่านั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลเท่านั้น เว้นแต่จะมีการฟ้องร้องจากผู้มีส่วนได้

⁶⁵ ผู้สนใจสามารถอ่านรายละเอียดของกฎหมายการรับรองการสมรสของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนได้ในภาคผนวก ข

เสียเพื่อให้ศาลเวียดนามไม่รับรองการหย่านั้น⁶⁶

- กฎหมายฟิลิปปินส์จะรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศด้วยคำพิพากษาของศาลฟิลิปปินส์เท่านั้น โดยมีหลักเกณฑ์ว่าการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นต้องเกิดจากการดำเนินการของคู่สมรสฝ่ายที่มีสัญชาติต่างประเทศเท่านั้น⁶⁷

- กฎหมายสิงคโปร์จะรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นในต่างประเทศด้วยคำพิพากษาของศาลสิงคโปร์ โดยมีหลักเกณฑ์ว่าคู่สมรสต้องมีความสัมพันธ์กับประเทศที่มีคำพิพากษาหย่าในทางใดทางหนึ่ง เช่น มีภูมิลำเนาหรือมีถิ่นที่อยู่ประจำ⁶⁸

กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน ทั้งการรับรองการสมรสและการรับรองการหย่า ต่างก็มีรายละเอียดของหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองที่แตกต่างกันไป ความแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวนี้อาจสร้างความสับสนยุ่งยากต่อผู้ที่ต้องเดินทางย้ายถิ่นฐานภายในภูมิภาคอาเซียน เพราะหากบุคคลใดไม่ได้ดำเนินการให้เกิดการรับรองสถานะครอบครัว หรือดำเนินการแล้วแต่รัฐปลายทางปฏิเสธการรับรองสถานะครอบครัวแล้ว บุคคลผู้นั้นจะประสบปัญหาการมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกันซึ่งกระทบต่อแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวตามมาได้

การแก้ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวนั้น ประชาคมอาเซียนอาจนำรูปแบบการสร้างกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปของสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทางได้เช่นกัน โดยประเด็นที่จะต้องสร้างเอกภาพทางกฎหมายอย่างน้อยก็ควรจะมี 2 ประเด็น คือ หลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองสถานะครอบครัว หรืออาจใช้รูปแบบการรับรองสถานะครอบครัวโดยอัตโนมัติตามแนวความคิดของข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิของสหภาพยุโรปก็ได้

⁶⁶ Decree Detailing the implementation of a number of articles of the marriage and family law on the marriage and family relations involving foreign elements § 20, Retrieved on 5 June 2017, from http://www.moj.gov.vn/vbpq/en/lists/vn%20bn%20php%20lut/view_detail.aspx?itemid=10076.

⁶⁷ The Family Code of the Philippines § 26, Retrieved on 5 June 2017, from <http://www.chanrobles.com/executiveorderno209.htm#EXECUTIVE%20ORDER%20NO.%20209>.

⁶⁸ Debbie Ong, *supra note 38*, p.164.

บทสรุป

ผู้ศึกษาสามารถสรุปผลจากการศึกษากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันได้ว่า แนวความคิดเบื้องหลังของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับแนวความคิดเบื้องหลังของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเศในยุโรป กล่าวคือ

1) กฎหมายไทยมีแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัว ที่มุ่งประสงค์ให้การกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลในทางครอบครัว ตลอดจนการพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกันทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ

2) กฎหมายไทยมีแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัว ที่มุ่งประสงค์ให้บุคคลมีสถานะครอบครัวเพียงสถานะเดียว และสถานะครอบครัวจะต้องติดตัวบุคคลไปทุกหนแห่งไม่ว่าบุคคลจะเดินทางอยู่ภายในดินแดนของประเทศไทยหรือเป็นผู้ที่เดินทางเข้ามาจากต่างประเทศก็ตาม

3) กฎหมายไทยมีแนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัว ที่มุ่งประสงค์ให้การจัดการสิทธิทางครอบครัวเป็นไปโดยสะดวก และให้การคุ้มครองสมาชิกครอบครัวบนหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ส่วนปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1) กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง ซึ่งเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย, การปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ และการตัดสินใจของศาล การแก้ปัญหากลุ่มนี้สามารถทำได้ด้วยมาตรการภายใน

2) กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดจากความแตกต่างของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวและกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของแต่ละประเทศ การแก้ปัญหากลุ่มนี้ต้องอาศัยความร่วมมือภายใต้ประชาคมอาเซียน เนื่องจากเป็นกรอบความร่วมมือระดับภูมิภาคที่ใกล้ชิดกับประเทศไทยมากที่สุด

ผลการศึกษาในบทนี้นับเป็นข้อมูลที่ทำให้ผู้ศึกษาสามารถตั้งประเด็นสำหรับกำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยได้ ดังนั้นในบทต่อไป ผู้ศึกษาจะนำเสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย โดยประยุกต์จากแนวทางการพัฒนากฎหมายของประเศในยุโรปเป็นหลัก

บทที่ 4

แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

ความนำ

ผลการศึกษาในบทที่ 3 แสดงสภาพปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง และกลุ่มปัญหาที่ต้องแก้ไขโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ ดังนั้นในบทที่ 4 นี้ผู้ศึกษาจึงต้องการนำเสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยต่อทุกภาคส่วนในสังคม ทั้งสังคมไทย คือภาควิชาการ, องค์กรของรัฐไทย อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ, บริหาร และตุลาการ และสังคมระหว่างประเทศ คือ อาเซียน

แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยตามความเห็นของผู้ศึกษามีดังต่อไปนี้

4.1 ฝ่ายนิติบัญญัติควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ฝ่ายนิติบัญญัติมีภารกิจสำคัญที่จะต้องพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย สิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องทำอาจเป็นไปได้ทั้งการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่, แก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เดิม หรือยกเลิกการบังคับใช้กฎหมายบางฉบับที่ล้าสมัยก็ได้

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย ดังนี้

4.1.1 การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ปัญหาการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศมีความสลับซับซ้อน บางประเทศมองว่าสถาบันครอบครัวที่ดีต้องมีพื้นฐานอยู่บนความสมัครใจที่อยู่กินร่วมกันของคู่สมรส และเมื่อใดที่ความสัมพันธ์หรือความรักใคร่ของคู่สมรสขาดลงจนไม่อาจจะกลับมาคืนดีกันได้ รัฐก็ไม่ควรที่จะเหนี่ยวรั้งให้คู่สมรสนั้นอยู่กันต่อไป การหย่าจึงทำได้ทั้งโดยกระบวนการปกครองและทางศาล บางประเทศก็มองว่าแม้คู่สมรสจะหมดความรักต่อกันแล้ว รัฐก็ควรจะมีบทบาทในการไกล่เกลี่ยหาทางออกให้แก่คู่สมรสเพื่อรักษาประโยชน์ให้แก่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายรวมถึงบุตรของคู่สมรสนั้นด้วย การหย่าจึงต้องดำเนินการโดยกระบวนการทางศาลเท่านั้น ขณะที่บางประเทศ โดยเฉพาะ

ประเทศที่อิทธิพลจากศาสนาเข้ามามีบทบาทในกฎหมายครอบครัวอย่างเข้มข้น เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ก็มองว่าไม่ ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร การสมรสระหว่างบุคคลก็ไม่ควรที่จะขาดลงเพราะการสมรสเป็นความสัมพันธ์อันศักดิ์สิทธิ์ที่เกิดขึ้นเบื้องหน้าของพระเจ้า กฎหมายจึงห้ามมิให้คู่สมรสหย่าขาดจากกัน จะทำได้แต่เพียงการแยกกันอยู่ ตามกฎหมายโดยคงสถานะภาพสมรสไว้เท่านั้น เมื่อหลักเกณฑ์และวิธีการการหย่าของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันมาก ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังนี้

4.1.1.1 ปรับเปลี่ยนระบบการใช้กฎหมายต่างประเทศมาเป็นระบบผสม

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มีมุมมองต่อการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบทางเลือก โดยถือว่าลักษณะระหว่างประเทศและเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีหน้าที่จะต้องยกขึ้นกล่าวอ้างเอง หากไม่มีการกล่าวอ้างลักษณะระหว่างประเทศหรือพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศแล้ว นายทะเบียนครอบครัวหรือศาลไทยก็ต้องพิจารณากรณีนั้นไปตามกฎหมายไทย แต่การใช้กฎหมายขัดกันในระบบทางเลือกนี้ก็กลับย้อนแย้งกับเจตนารมณ์ของมาตรา 26 และมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ และอาจทำให้นายทะเบียนครอบครัวหรือศาลไทยหย่าขาดให้แก่ผู้ถือสัญชาติของประเทศที่มีกฎหมายไม่ยินยอมให้หย่าได้ เช่น ผู้ที่ถือสัญชาติฟิลิปปินส์ หรือหย่าขาดคู่สมรสโดยวิธีที่กฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสไม่ยอมรับ เช่น จดทะเบียนหย่าให้แก่ผู้ที่ถือสัญชาติสิงคโปร์ และเมื่อการหย่าในประเทศไทยขัดต่อกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสนั้นถือสัญชาติ ก็มีความเป็นไปได้ที่การหย่าจากประเทศไทยจะไม่ได้รับการรับรองในต่างประเทศ กลายเป็นปัญหาที่กระทบต่อความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวตามมา

เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ที่ต้องการเคารพกฎหมายของต่างประเทศที่ไม่ยินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันหรือมีวิธีการหย่าที่แตกต่างจากกฎหมายไทยนั้น ถือเป็นเอกลักษณ์อันงดงามของกฎหมายขัดกันไทยที่เข้าใจถึงความแตกต่างทางวัฒนธรรมและค่านิยมทางสังคมของแต่ละประเทศ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าเป็นความเหมาะสมที่ประเทศไทยจะรักษาหลักการนี้เอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของประชาคมอาเซียนที่มีความแตกต่างทางวัฒนธรรมอย่างมาก ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่านายทะเบียนครอบครัวหรือศาลไทยควรจะได้ตรวจสอบกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสแต่ละฝ่ายมีสัญชาติว่ายินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันได้หรือไม่ และหย่าได้โดยวิธีใด ก่อนที่จะจดทะเบียนหย่าหรือมีคำพิพากษาหย่าแล้วแต่กรณี ระบบการใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในกรณีที่นิติสัมพันธ์นั้นมีลักษณะระหว่างประเทศ แบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ คือ

1) ระบบบังคับ (mandatory system)

การใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบบังคับจะพบได้ในกฎหมายขัดกันของประเทศในยุโรปตอนกลางและตะวันออก รวมถึงประเทศกลุ่มคาบสมุทรบอลติก เช่น ประเทศอิตาลี, สเปน, โปรตุเกส, โปแลนด์,

ออสเตรเลีย, เอสโตเนีย, ลัตเวีย เป็นต้น โดยเกิดจากลักษณะเฉพาะของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศ กลุ่มนี้ที่กำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีบทบาทเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริงได้เอง และเมื่อผู้บังคับใช้กฎหมายทราบว่าข้อเท็จจริงในคดีครอบครัวยุ่มีลักษณะระหว่างประเทศ การค้นหาและทำความเข้าใจเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศจึงเป็นหน้าที่ของผู้บังคับใช้กฎหมายเช่นกัน ดังนั้นสถานะของกฎหมายต่างประเทศในประเทศที่ใช้ระบบบังคับจึงถือเป็น “**ปัญหาข้อกฎหมาย**” เสมอ¹

หากประเทศไทยเปลี่ยนแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศมาเป็นระบบบังคับจะมีข้อดีคือ ผลการพิจารณาความสมบูรณ์ของการหย่าโดยความยินยอม หรือการพิจารณาอำนาจศาลในการพิพากษาหย่าจะให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกันทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ เพราะผู้บังคับใช้กฎหมายของไทยจะถูกบังคับให้ต้องตรวจสอบกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติว่ายินยอมให้คู่สมรสหย่ากันได้หรือไม่และโดยวิธีใด ตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 26 และ 27 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ แต่ว่าการใช้ระบบบังคับก็มีข้อเสียสำคัญคือ ผู้บังคับใช้กฎหมายจะมีภาระที่ต้องค้นหากฎหมายของต่างประเทศในทุกกรณีที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเรื่องนั้นจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับการหย่าหรือไม่ก็ตาม² ระบบบังคับจึงอาจสร้างภาระให้แก่ผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยมากเกินไป

2) ระบบผสม (mixed system)

การใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบผสมจะพบได้ในกฎหมายขัดกันของประเทศเยอรมนี, ฝรั่งเศส, สวีเดน หรือฟินแลนด์ เป็นต้น การพิสูจน์ถึงลักษณะระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในระบบนี้อาจจะเป็นหน้าที่ของคู่กรณีหรือของผู้บังคับใช้กฎหมายก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าประเด็นที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นเป็นเรื่องใด หากเป็นประเด็นเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลหรือสถานะบุคคลแล้ว กฎหมายต่างประเทศจะมีสถานะเป็น “**ปัญหาข้อกฎหมาย**” ดังนั้นการพิสูจน์ลักษณะระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศจะเป็นหน้าที่ของผู้บังคับใช้กฎหมายเพราะถือว่าปัญหาความสามารถและสถานะของบุคคลจะต้องตรงกันไม่ว่าการพิจารณาจะเกิดขึ้นในประเทศใด แต่หากเป็นประเด็นเกี่ยวกับผลแห่งสัญญา กฎหมายต่างประเทศจะมีสถานะเป็น “**ปัญหาข้อเท็จจริง**” ดังนั้นการพิสูจน์ลักษณะระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศจะเป็นหน้าที่ของคู่กรณี

¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.204.

² Swiss Institute of Comparative Law, The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and Its Perspective for the Future, (Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2011), pp.8-9.

เพราะถือว่าเมื่อสัญญาเกิดจากเจตนาของคู่กรณีแล้ว การกำหนดผลแห่งสัญญาก็ควรให้คู่กรณีตัดสินใจเอาเองว่าจะกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนหรือไม่³

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบผสมมีจุดเด่นสำคัญคือการไม่ถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงในทางใดทางหนึ่งอย่างสุดโต่ง แต่จะพิจารณาตามความเหมาะสมของเรื่อง ดังนั้นหากประเทศไทยเปลี่ยนแนวคิดการใช้กฎหมายต่างประเทศเป็นระบบผสมแล้ว ผู้บังคับใช้กฎหมายไทยก็จะมีหน้าที่ตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่ว่ากฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายยินยอมให้หย่าได้หรือไม่ และโดยวิธีใดเท่านั้น เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางครอบครัว การตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศจะทำให้การหย่าในประเทศไทยสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศและเป็นหลักประกันในระดับหนึ่งว่าการหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะได้รับการรับรองในต่างประเทศด้วย ในขณะที่การพิจารณาประเด็นทางครอบครัวอื่นๆ เช่น ผลของสัญญาก่อนสมรส ก็จะไม่เป็นภาระต่อผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะต้องไปตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศ

หากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นการสมควรที่กฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศไทยจะหันมาใช้ระบบผสมตามข้อเสนอแนะของผู้ศึกษาแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 8 อาจต้องมีการแก้ไขปรับปรุงเนื้อความเสียใหม่ในทำนองว่า

“ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ คู่ความมีภาระการพิสูจน์ถึงเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ ถ้าคู่ความมิได้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ศาลใช้กฎหมายไทยบังคับแก่กรณีนั้น **เว้นแต่ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในสถานะบุคคลหรือสิทธิทางครอบครัว ให้ศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมายต่างประเทศไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้**”

หากกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวของประเทศไทยเปลี่ยนมาใช้ระบบผสมแล้ว ผู้ศึกษายังมีข้อเสนอแนะในเชิงปฏิบัติว่า แนวทางการตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศในการหย่าก็ควรแบ่งเป็น 2 แนวทางตามวิธีการหย่าในประเทศไทย กล่าวคือ การหย่าโดยกระบวนการทางปกครอง และการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

การตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศเมื่อมีการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนหย่านั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าในปัจจุบันนายอำเภอประจำท้องที่ต่างมีงานราชการอื่นนอกเหนือจากการเป็นนายทะเบียนครอบครัวอีกมาก⁴ ดังนั้นถ้าจะเพิ่มภาระให้นายอำเภอต้องตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศอีกก็คงเป็นอุปสรรคต่อการทำงานมากเกินไป ดังนั้นกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ในฐานะหน่วยงานต้นสังกัดจึงควรยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือโดยจัดทำ

³ *Ibid*, 12-13.

⁴ กฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช 2478 ข้อ 2.

บัญชีรายชื่อประเทศที่มีกฎหมายยินยอมให้คู่สมรสหย่าโดยกระบวนการทางปกครองได้แล้ว แจกจ่ายไปยังท้องที่ต่างๆ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกัน

ส่วนการตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศเมื่อมีการฟ้องหย่าต่อศาลนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้พิพากษาควรเป็นผู้ตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศด้วยตนเองว่ากฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติยินยอมให้มีการหย่ากันโดยคำพิพากษาของศาลได้หรือไม่ เนื่องจากศาลเป็นองค์กรที่มีหน้าที่พิจารณารรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่แล้วและผู้พิพากษาในปัจจุบันก็มีทักษะการใช้ภาษาต่างประเทศโดยเฉพาะภาษาอังกฤษในระดับดีเห็นได้จากผู้ที่ผ่านการสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาส่วนหนึ่งเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศ อีกทั้งในผู้เข้าสอบทุกคนยังต้องผ่านการทดสอบทักษะภาษาอังกฤษทั้งการอ่านและการแปลความ⁵ ดังนั้นในทางปฏิบัติศาลไทยอาจใช้แนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศของประเทศเยอรมนีมาเป็นตัวอย่งในการค้นหาเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ โดยกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้นวางแนวทางการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศแก่ศาลเยอรมันไว้ 3 แนวทาง ได้แก่⁶

แนวทางที่ 1 คือ การใช้ความรู้ส่วนตัวของศาลเอง ซึ่งอาจเป็นองค์ความรู้ในกฎหมายสารบัญญัติของรัฐต่างประเทศที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นเคยศึกษามาก่อน หรือเป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการค้นคว้าด้วยตนเองในระหว่างการพิจารณาคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศจากการอ่านเอกสารทางวิชาการ บทความ หรือตำรา แต่อย่างไรก็ตามการใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายต่างประเทศของศาลนี้ กฎหมายเยอรมนีก็ให้สิทธิแก่คู่ความในอันที่จะทำความเห็นโต้แย้งเอาไว้ในสำนวนเมื่อกรณีที่จะต้องมีการอุทธรณ์ต่อศาลสูงในอนาคตได้

แนวทางที่ 2 คือ การค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยวิธีที่ไม่เป็นทางการ โดยผู้พิพากษาอาจขอข้อมูลในทางส่วนตัวจากบุคคล, หน่วยงานภายในหรือระหว่างประเทศ, สถานทูต, สถานกงสุล หรือสถาบันการศึกษา นอกจากนี้ผู้พิพากษาเยอรมันอาจใช้ช่องทางที่เกิดขึ้นโดยผลของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลด้านกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ.1968 (European Convention on Information on Foreign Law 1968) เพื่อขอรับความช่วยเหลือถ่ายข้อมูลกฎหมายของรัฐต่างประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ก็ได้ แต่อย่างไรก็ผู้ศึกษาเห็นว่าแนวทางที่ 2 นี้อาจนำมาประยุกต์ใช้กับประเทศไทยได้ยากเนื่องจากประเทศไทยไม่ได้เป็นประเทศภาคีในอนุสัญญานี้⁷ ส่วนอาเซียนเองก็ยังไม่มีความตกลงในลักษณะเดียวกันนี้อีกด้วย

⁵ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัคร การสอบคัดเลือก และการทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ.2558 ข้อ 10 และข้อ 14.

⁶ Rainer Hausman, "Pleading and Proof of Foreign Law– a Comparative Analysis," *The European Legal Forum*, issue 1, vol.8, p.1-8, (January-February, 2008).

⁷ แม้อนุสัญญายุโรปว่าด้วยข้อมูลด้านกฎหมายต่างประเทศ ค.ศ. 1968 จะเป็นสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นโดยสหภาพยุโรปก็ตาม แต่สนธิสัญญานี้เป็นสนธิสัญญาแบบเปิดที่ยินยอมให้ประเทศนอกกลุ่มสหภาพ

แนวทางที่ 3 คือ การค้นหากฎหมายต่างประเทศด้วยวิธีที่เป็นทางการ โดยการขอความเห็นทางกฎหมายจากผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายจากสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัยในฐานะ “พยานผู้เชี่ยวชาญ” ข้อดีของแนวทางนี้คือ บรรดาผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ศาลนั้นไม่เพียงจะมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายของรัฐต่างประเทศเท่านั้น แต่ยังมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายสารบัญญัติภายในอีกด้วย ดังนั้นความเห็นทางกฎหมายที่ผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้เสนอต่อศาลนั้นจึงเป็นข้อเขียนทางวิชาการในเชิงลึกจนสามารถให้แนวทางการพิจารณาคดีแก่ศาลได้ นอกจากนี้ในแง่ของความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีคู่ความยังมีสิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้านความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญได้อีกด้วย

4.1.1.2 ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ศาลได้ตรวจสอบว่าคดีหย่าที่โจทก์ยื่นฟ้องนั้นไม่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยอมรับให้บุคคลสามารถนำคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศมาฟ้องในศาลไทยได้ ดังนั้นคดีหย่าที่อยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยผลของสัญญาก่อนสมรส หรือโดยผลของกฎหมายต่างประเทศ จึงอาจปรากฏตัวในกระบวนการพิจารณาของศาลไทยได้เช่นกัน และหากศาลไทยพิพากษาคดีหย่าที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศแล้ว ก็มีความเป็นไปได้ที่คำพิพากษานั้นก็อาจไม่ได้รับการรับรองและบังคับในต่างประเทศได้ และในกรณีเช่นนี้ก็จะส่งผลให้บุคคลประสบปัญหาเสถียรภาพทางครอบครัวจากการมีสถานะครอบครัว 2 สถานะในเวลาเดียวกันตามมาในที่สุด

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการพัฒนากฎหมายไทยในประเด็นนี้ควรมองเป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีที่คู่สมรสทำข้อตกลงเลือกศาลเอาไว้ในสัญญาก่อนสมรส

ผู้ศึกษาเห็นว่าการตั้งประเด็นแห่งคดีเพื่อปฏิเสธอำนาจของศาลไทยโดยกล่าวอ้างข้อตกลงเลือกศาลควรเป็นสิทธิโดยส่วนตัวของคู่ความเองว่าจะกล่าวอ้างหรือไม่ก็ได้ เพราะสัญญาก่อนสมรสนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยอิสระของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการใช้ประโยชน์จากข้อสัญญา ก่อนสมรสจึงควรกำหนดให้เป็นไปโดยเจตนาของคู่สมรสเช่นกัน ประเด็นนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายใดๆ เพราะหากความปรากฏว่าคู่สมรสได้ทำข้อตกลงเลือกศาลไว้ในสัญญา ก่อนสมรส แต่ไม่ยอมกล่าวอ้างข้อตกลงเลือกศาลเสียเอง กฎหมายไทยก็ควรต้องถือว่าคู่สมรสประสงค์จะสละประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าวด้วยความสมัครใจ ดังนั้นศาลไทยย่อมสามารถใช้อำนาจพิจารณาคดีครอบครัวนั้นต่อไปได้

2) กรณีที่คู่สมรสไม่ได้ทำข้อตกลงเลือกศาลเอาไว้ในสัญญา ก่อนสมรส

ยุโรปสามารถลงนามเป็นภาคีได้ ซึ่งในปัจจุบันมีประเทศนอกกลุ่มสหภาพยุโรปที่ลงนามเป็นภาคีสันติสัญญาฉบับนี้คือ ประเทศเบลารุส, คอสตา ริกา, เม็กซิโก และโมร็อกโก

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีนี้กฎหมายไทยควรกำหนดให้ศาลได้ตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่กฎหมายแห่งสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ว่ามีบทบัญญัติกำหนดให้คดีหย่านั้นอยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศหรือไม่ ในขณะที่เดียวกันคู่สมรสก็พึงมีสิทธิที่จะค้นหาและพิสูจน์ว่าคดีหย่านั้นอยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศหรือไม่เช่นกัน หากศาลไทยพบว่าคดีหย่าที่มีการนำมายื่นต่อศาลนั้นอยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยศาลเห็นเองหรือโดยการพิสูจน์ของคุณความ ศาลไทยก็ควรที่จะปฏิเสธไม่รับคดีหย่าไว้พิจารณาเพื่อป้องกันปัญหาจากกรณีที่คำพิพากษาหย่าของศาลไทยจะไม่ได้รับการรับรองในต่างประเทศ

การพัฒนากฎหมายของประเทศไทยในประเด็นนี้จึงควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากการพิจารณาคดีหย่าตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ จะต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้ และผู้ศึกษาเสนอว่าควรเพิ่มเติมหลักกฎหมายว่าด้วยการตรวจสอบอำนาจของศาลต่างประเทศในคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศในกระบวนการพิจารณาของศาลในชั้นตรวจรับคำฟ้อง คือบทบัญญัติมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเพิ่มหลักกฎหมายเป็นวรรคท้ายของมาตรา 172 ในทำนองว่า

“ในคดีหย่าอันมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลต่างประเทศ ให้ศาลตรวจสอบจนแน่ใจก่อนว่าคดีนั้นไม่อยู่ในอำนาจโดยเฉพาะของศาลต่างประเทศ หากศาลเห็นเองหรือมีคู่ความโต้แย้งว่าคดีหย่าใดอยู่ในอำนาจโดยเฉพาะของศาลต่างประเทศ และการฟ้องคดีนั้นในศาลต่างประเทศไม่เป็นภาระต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนั้น”

หากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นพ้องด้วยกับข้อเสนอแนะของผู้ศึกษาและมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเป็นที่เรียบร้อย ปัญหาในทางปฏิบัติก็ยังมีต่อไปได้อีกคือ ศาลหรือทนายความไทยจะทราบได้อย่างไรว่าคดีหย่าเรื่องใดจะอยู่ภายใต้อำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าภาควิชาการในสังคมไทยจะต้องมีบทบาทในการศึกษาวิจัยและเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับคดีหย่าที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศให้แก่ศาลและนักกฎหมายในภาคปฏิบัติต่อไปด้วย

4.1.1.3 นำหลัก *forum non conveniens* มาใช้ในการพิจารณาคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การส่งหมายหรือเอกสารทางคดีความไปยังต่างประเทศของประเทศไทยในปัจจุบันยังคงใช้วิธีการส่งผ่านกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงการต่างประเทศ การส่งหมายหรือเอกสารทางคดีความด้วยวิธีนี้ยังมีข้อยุ่งยากและสิ้นเปลืองเวลามาก จึงอาจทำให้คู่ความฝ่ายที่อยู่ต่างประเทศตกเป็นผู้ผิดนัดและไม่ได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม หากคดีนั้นเป็นคดีหย่าด้วยแล้วก็อาจส่งผลให้คำพิพากษาหย่าของศาลไทยไม่ได้รับการรับรองและบังคับในต่างประเทศได้ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่ากฎหมายไทยควรมีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อเปิดช่องให้ศาลไทยได้มีโอกาสรับฟังข้อโต้แย้งของจำเลยว่าคดีหย่าที่โจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลนั้นสมควรที่จะได้รับการพิจารณาในศาลของประเทศอื่นที่เหมาะสมและจำเลยจะได้รับความสะดวกในการต่อสู้คดีมากกว่า ตามหลัก *forum non*

conveniens

อันที่จริงแล้วหลักกฎหมาย *forum non conveniens* นี้ก็มีปรากฏอยู่ในกฎหมายวิธีสบัญญัติของประเทศไทยด้วยเช่นกัน อาทิ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 6 ที่ให้สิทธิแก่จำเลยในการยื่นคำร้องขอให้ศาลโอนคดีไปยังศาลอื่นที่มีเขตอำนาจได้เพื่อความสะดวกหรือเพื่อความยุติธรรมของจำเลย หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 23 วรรคสอง ที่ให้สิทธิแก่โจทก์ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลโอนคดีได้ในทำนองเดียวกัน เพียงแต่หลัก *forum non conveniens* ที่อยู่ในกฎหมายไทยนั้นเป็นเรื่องการโอนคดีระหว่างศาลภายในด้วยกันเท่านั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่า การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยเพื่อนำหลัก *forum non conveniens* มาใช้ในการพิจารณารับฟ้องคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศควรเป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือให้เป็นสิทธิของจำเลยที่จะกล่าวอ้างว่าการพิจารณาคดีหย่าในศาลไทยนั้นตนจะไม่ได้ได้รับความสะดวกในการต่อสู้คดี แต่จำเลยจะต้องแสดงหลักฐานยืนยันด้วยว่าโจทก์ยังสามารถฟ้องหย่าตนต่อศาลต่างประเทศได้ และการฟ้องหย่าในศาลต่างประเทศจะทำให้จำเลยได้รับความสะดวกมากกว่าการฟ้องในศาลไทยอย่างไร ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรจะได้เพิ่มเติมมาตราใหม่ลงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอาจวางตำแหน่งไว้ถัดจากมาตรา 6 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิในการขอโอนคดีของจำเลย กลายเป็นมาตรา 6/1 โดยมีหลักกฎหมายในทำนองว่า

“ในคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ก่อนยื่นคำให้การ จำเลยขอที่จะยื่นคำร้องต่อศาลที่โจทก์ได้ยื่นคำฟ้องไว้ขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความได้ โดยแสดงหลักฐานว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทยนั้นจะไม่สะดวก หรือจำเลยอาจไม่ได้รับความยุติธรรม และยังมีศาลต่างประเทศอื่นที่มีอำนาจเหนือคดีหย่านั้นและจำเลยจะได้รับความสะดวกหรือได้รับความยุติธรรมมากกว่าหากจะนำคดีให้ศาลต่างประเทศนั้นเป็นผู้พิจารณา”

4.1.2 การประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ....

ในปัจจุบัน มุมมองของสังคมต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศได้เปลี่ยนไปจากเดิมมาก หลังจากองค์การอนามัยโลก (WHO) ยอมรับว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นหนึ่งในรสนิยมทางเพศปกติของมนุษย์ในปี ค.ศ.1990⁸ การแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดก็เริ่มเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้น ปัจจุบันประเทศในยุโรปหลายประเทศมีกฎหมายยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถก่อตั้งครอบครัวร่วมกันได้ ทั้งในรูปของการจดทะเบียน

⁸ “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision”, ICD-10 Version: 2016, Retrieved on 15 June 2017, from <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>.

สมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิต การมีกฎหมายยอมรับรูปแบบของครอบครัวที่แตกต่างไปจากชนบประเพณีแบบเดิมนั้นเป็นจุดเริ่มต้นของการเคารพสิทธิในการแสดงออกของบุคคลและการยอมรับความแตกต่างระหว่างสมาชิกในสังคมในประเด็นอื่นๆ เช่น การยอมรับความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ, ศาสนา และวัฒนธรรม⁹ ตามมาและผู้ศึกษามองว่าประเด็นนี้เป็นเรื่องสำคัญสำหรับประเทศไทยต่อการรวมกลุ่มเป็นประชาคมอาเซียนในเวลานี้

สำหรับประเทศไทย ครอบครัวของคนเพศเดียวกันเริ่มปรากฏตัวมากขึ้นเรื่อยๆ ขณะเดียวกันผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศก็ได้รับการยอมรับจากสังคมมากขึ้นเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนไทยที่แสดงข้อมูลเชิงสถิติว่าสังคมไทยส่วนใหญ่ยอมรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ¹⁰ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าในเวลานี้น่าจะเป็นจังหวะอันเหมาะสมที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะผลักดันการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.... ให้แล้วเสร็จ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ นั้นมีหลักการสำคัญคือการยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวที่เรียกว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิต” ได้ การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะทำให้คู่รักเพศเดียวกันในประเทศไทยได้รับความยุติธรรมทางครอบครัวใกล้เคียงกับคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส และยังทำให้สถานะครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกันมีเสถียรภาพอีกด้วย นอกจากนี้การจดทะเบียนคู่ชีวิตยังเชื่อมโยงไปถึงการได้รับสิทธิตามกฎหมายอื่นเช่นเดียวกับที่คู่สมรสต่างเพศได้รับ เช่น สิทธิการดำเนินคดีอาญาแทนกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, การได้รับสิทธิประกันสังคมตามกฎหมายประกันสังคม, การลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร หรือการได้รับสวัสดิการของรัฐในฐานะคู่ชีวิต เป็นต้น¹¹ นอกจากนี้ การประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตยังจะทำให้ประเทศไทยสามารถรับรองการจดทะเบียนครอบครัวของคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นจากต่างประเทศได้ เพราะการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ย่อมแสดงว่าประเทศไทยไม่ถือว่าการจด

⁹ The European Magazine, “Positive Side Effects,” Huffpost, Retrieved on 15 June 2017, from http://www.huffingtonpost.com/the-european-magazine/positive-side-effects_b_5117984.html.

¹⁰ ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2560), น.332 และโปรดดู “สังคมไทยคิดอย่างไรกับเพศที่ 3,” NIDA Poll, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2560, จาก <http://nidapoll.nida.ac.th/index.php?op=polls-detail&id=317>.

¹¹ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตมีอยู่ด้วยกัน 2 ฉบับคือ ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิต ฉบับกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ร่างขึ้นในปี 2556 และร่างพ.ร.บ.ของภาคประชาชนเคลื่อนไหวโดยมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ ซึ่งมีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย(คปก.) เป็นผู้ดูแล ร่างขึ้นในปี 2557 โปรดดู “ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิตไม่คับ ผู้มีความหลากหลายทางเพศ แนะรัฐเร่งดำเนินการ,” วารสารศาสตร์ดิจิทัล มหาวิทยาลัยรังสิต, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.jr-rsu.net/article/2199>.

ทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศเป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทยอีกต่อไป

4.2 เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายบริหารควรเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายการทะเบียนครอบครัวที่ดี

การจัดการครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับองค์กรฝ่ายบริหารของประเทศไทยหลายหน่วยงาน อาทิ กระทรวงมหาดไทย, กระทรวงการต่างประเทศ, กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ตลอดจนกรมกองต่างๆในกระทรวงเหล่านี้ด้วย ปัญหาของฝ่ายบริหารที่พบเห็นในประเทศไทยส่วนใหญ่เกิดจากทัศนคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารในระดับปฏิบัติการมากกว่าระดับนโยบาย ดังนั้นฝ่ายนโยบายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องกำกับติดตามการทำงานของเจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ขณะที่เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการเองก็จำเป็นต้องปรับเปลี่ยนทัศนคติต่อการจัดการสิทธิทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะต่อการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนครอบครัว ดังนี้

4.2.1 การปรับเปลี่ยนทัศนคติของเจ้าหน้าที่รัฐระดับปฏิบัติการในการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติ

ปัญหาการปฏิเสธสิทธิขอรับการจดทะเบียนครอบครัวต่อคนไร้รัฐไร้สัญชาติเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวให้น้ำหนักกับประเด็นความมั่นคงของชาติมากกว่าประเด็นการรับรองสิทธิทางครอบครัว ทั้งที่กฎหมายไทย, คำพิพากษาของศาล ตลอดจนนโยบายของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ยืนยันสิทธิในการยื่นคำขอจดทะเบียนครอบครัวของคนไร้รัฐไร้สัญชาติในประเทศไทยมาโดยตลอด เพียงแต่หนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ที่มท0309.3/ว 9609 นั้นกำหนดแนวทางการทำงานให้แก่นายทะเบียนครอบครัวว่า จะต้องใช้ความรอบคอบในการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติเพื่อป้องกันปัญหาการใช้ทะเบียนครอบครัวเป็นเครื่องมือในการแสวงสิทธิต่างๆโดยคู่สมรสไม่มีความตั้งใจที่จะอยู่กินเป็นสามีภริยากันจริงๆ

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะในประเด็นนี้ 2 ประการ

1) เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับปฏิบัติการควรทำความเข้าใจสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน และรัฐมีหน้าที่ต้องรับรองการใช้สิทธิก่อตั้งครอบครัวนั้นโดยการยอมรับให้บุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดสามารถจดทะเบียนครอบครัวได้ การเป็นคนไร้รัฐไร้สัญชาติจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนครอบครัว

2) กระทรวงมหาดไทยควรมีหนังสือสั่งการเชิงตำราเพื่อวางแนวความคิดการรับรองสิทธิในครอบครัวทางทะเบียนราษฎรและกำหนดแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนครอบครัวแก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติโดยถือหลักการ

อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเป็นสำคัญ และให้นายทะเบียนครอบครัวตรวจสอบเฉพาะคุณสมบัติของบุคคลที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวเท่านั้น เช่น เพศ อายุ หรือสถานะครอบครัว เป็นต้น และแม้ผู้มาขอจดทะเบียนครอบครัวจะไม่มีเอกสารทางราชการยืนยันคุณสมบัติบางประการ เช่น ไม่มีเอกสารยืนยันอายุ หรือเอกสารรับรองความเป็นโสด นายทะเบียนครอบครัวก็ควรใช้วิธีสอบถามข้อมูลจากพยานบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนครอบครัวพามา พร้อมทั้งชี้แจงแก่ผู้ยื่นคำขอว่าหากมีการแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จอาจทำให้การจดทะเบียนครอบครัวนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้ ทั้งยังอาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาฐานแจ้งข้อความเท็จต่อเจ้าพนักงานอีกด้วย จากนั้นก็ให้นายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนครอบครัวให้ไปก่อนได้ เพราะหากมีความบกพร่องในเรื่องไขอันสำคัญของการจดทะเบียนครอบครัว ผู้มีส่วนได้เสียก็ยังมีช่องทางที่จะเพิกถอนการจดทะเบียนครอบครัวนั้นโดยกล่าวอ้างความเป็นโมฆกรรมหรือโมฆียกรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว และยังสามารถดำเนินคดีอาญากับผู้ที่แจ้งข้อความเท็จได้ ซึ่งโทษทางกฎหมายเหล่านี้จะตกอยู่กับตัวผู้ยื่นคำขอที่จงใจฝ่าฝืนกฎหมายเอง

4.2.2 นายทะเบียนครอบครัวควรมีทักษะภาษาต่างประเทศที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติ

ปัญหาการผลักระการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยกับชาวต่างชาติ หรือระหว่างชาวต่างชาติด้วยกันเองให้ตกอยู่กับสำนักงานทะเบียนครอบครัวแห่งใดแห่งหนึ่ง โดยอาศัยช่องโหว่ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2541 เช่น การอ้างต่อชาวต่างชาติที่มีขอจดทะเบียนครอบครัวว่านายทะเบียนไม่อยู่ ตัดภารกิจราชการ ฯลฯ เกิดจากความไม่พร้อมด้านการสื่อสารเป็นภาษาต่างประเทศของนายทะเบียนครอบครัวในการจดทะเบียนครอบครัวไทย

ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยในฐานะหน่วยงานรับผิดชอบหลักด้านการจดทะเบียนครอบครัวของประเทศไทย ควรเสริมสร้างความพร้อมในการปฏิบัติงานด้านการจดทะเบียนครอบครัวโดยใช้ภาษาต่างประเทศให้แก่บุคลากรของตน การดำเนินการอาจทำในรูปแบบของการอบรมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับการใช้ภาษาต่างประเทศในการจดทะเบียนครอบครัว โดยเฉพาะภาษาอังกฤษอันเป็นภาษาราชการของประชาคมอาเซียน หรือจัดทำคู่มือการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติโดยระบุคำถามที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวในแต่ละกรณีร่วมด้วยก็ได้

นอกจากนั้น กรมการปกครองควรกำหนดแนวทางการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2541 เพื่อให้เกิดเอกภาพในการปฏิบัติงานของนายทะเบียนครอบครัวทั่วประเทศ โดยเฉพาะประเด็นเรื่องความจำเป็นและคุณสมบัติของผู้เป็นพยานในการจดทะเบียนครอบครัว และการมีล่ามภาษาต่างประเทศอยู่ร่วมในการจดทะเบียนครอบครัว

4.2.3 ปรับปรุงแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนคนเกิดให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักร

ปัญหาการปฏิเสธคำร้องขอจดทะเบียนการเกิดให้แก่เด็กที่มีสัญชาติไทยแต่เกิดนอกราชอาณาจักร และผลักดันให้บิดามารดาของเด็กไปยื่นคำร้องขอจดทะเบียนการเกิดต่อสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศ มีสาเหตุมาจากความเข้าใจข้อบทกฎหมายที่คลาดเคลื่อน ขาดความรอบด้าน และขาดจิตใจที่มุ่งให้บริการประชาชนของเจ้าหน้าที่รัฐ

ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ปัญหาประเด็นนี้ คือ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ในฐานะผู้รักษาการตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร ควรมีหนังสือไปยังที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตต่างๆ เพื่อซักซ้อมความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการจดทะเบียนคนเกิดให้แก่ผู้มีสัญชาติไทยแต่เกิดนอกราชอาณาจักร โดยเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องให้คำแนะนำแก่ประชาชนที่มีติดต่อกับจดทะเบียนการเกิดให้แก่บุตรหลานของตนว่าจะต้องไปดำเนินการที่กองสัญชาติและนิติกร กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ และหากหน่วยงานของรัฐมีความตั้งใจที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น แล้วผู้ศึกษายังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมด้วยว่า กรมการปกครองและกรมการกงสุลควรบูรณาการการทำงานร่วมกัน โดยให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องขอจดทะเบียนการเกิดให้แก่บุตรหลานของตนได้ ณ ที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตใกล้บ้าน แล้วให้ที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตที่รับคำร้องนั้นส่งเอกสารคำร้องพร้อมทั้งพยานหลักฐานยืนยันการเกิดของเด็กไปยังกองสัญชาติและนิติกร กรมการกงสุลต่อไป การบูรณาการการทำงานเช่นนี้จะทำให้ประชาชน โดยเฉพาะผู้ที่อาศัยอยู่ในต่างจังหวัด ไม่ต้องเดินทางมายังที่ตั้งสำนักงานของกรมการกงสุลซึ่งจะช่วยประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายให้แก่ประชาชนได้มากขึ้น

4.3 ฝ่ายตุลาการควรทบทวนแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และแนวทางการสร้างความยุติธรรมทางครอบครัว

องค์กรตุลาการมีบทบาทสำคัญในการตัดสินบรรทัดดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้นจึงต้องตระหนักถึงหน้าที่อันสำคัญในการสร้างความยุติธรรมทางครอบครัวและรักษาเสถียรภาพทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และด้วยเหตุที่สังคมไทยมีจำนวนครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศเพิ่มเรื่อยๆ ผู้พิพากษาคดีครอบครัวจึงจำเป็นต้องตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายขัดกันให้มากขึ้น โดยพึงทบทวนหลักการและเทคนิคทางกฎหมายของกฎหมายขัดกัน เช่น หน้าที่ในการกล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศและการพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศในศาล, การย้อนส่ง, การวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้า ฯลฯ ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่าผู้พิพากษาที่มีหน้าที่ต้องพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศควรคำนึงถึงหลักการเหล่านี้

- 1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ ณ เวลานี้วางหลักการใช้กฎหมายต่างประเทศ

ในศาลไทยเป็นไปตามระบบทางเลือก ดังนั้นการกล่าวอ้างลักษณะระหว่างประเทศและการพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศจึงเป็นหน้าที่ของคู่ความที่ต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์เอง

2) หากคู่ความไม่กล่าวอ้างถึงลักษณะระหว่างประเทศ หรือกล่าวอ้างแต่ไม่ได้พิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ ศาลต้องนำกฎหมายไทยมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแทน

การเตรียมความพร้อมในการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศจำเป็นต้องอาศัยการจัดฝึกอบรมให้ความรู้การใช้กฎหมายขัดกันแก่บรรดาผู้พิพากษา โดยเฉพาะผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัว เนื่องจากเป็นต้นทางของกระบวนการยุติธรรมทางครอบครัว เพื่อให้ผู้พิพากษาเกิดความเข้าใจหลักกฎหมายขัดกันที่ถูกต้อง และสามารถใช้อีกกฎหมายเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวเพื่อสร้างความเป็นธรรมพร้อมกับสร้างเสถียรภาพแก่สถานะครอบครัวของคู่ความ

นอกจากศาลเยาวชนและครอบครัวแล้ว ศาลปกครองและศาลอาญาเองก็จะเป็นต้องมีความเข้าใจแนวความคิดด้านความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวด้วยเช่นกัน เนื่องจากศาลทั้งสองเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจทางปกครองในการจดทะเบียนครอบครัว เพราะถึงแม้ว่าฝ่ายบริหารจะมีหนังสือสั่งการในทางนโยบายเพื่อแก้ไขบรรดาปัญหาในการจดทะเบียนครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้วก็ตาม ก็ยังอาจมีเจ้าหน้าที่รัฐบางกลุ่มบางคนที่ยังมีทัศนคติทางลบต่อคนไร้รัฐไร้สัญชาติและยืนยันที่จะปฏิเสธสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติอยู่ต่อไป ศาลปกครองจึงมีภาระหน้าที่อันสำคัญในการยืนยันสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวของบุคคล ตลอดจนตรวจสอบและเร่งรัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ทะเบียนครอบครัว¹² ส่วนศาลอาญาก็จะมีบทบาทสำคัญในการลงโทษทางอาญาต่อเจ้าหน้าที่รัฐที่จงใจละเว้นการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่มนุษย์ อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 คำพิพากษาของศาลปกครองและศาลอาญานี้จะยืนยันบรรทัดฐานของประเทศไทยว่า บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีสัญชาติไทย, สัญชาติต่างประเทศ หรือเป็นคนไร้รัฐไร้สัญชาติอย่างไร ก็สามารถจดทะเบียนครอบครัวในประเทศไทยได้เสมอ

¹² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 และ มาตรา 72.

4.4 อาเซียนควรมีกฎหมายเอกรูปสำหรับการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ความแตกต่างของกฎหมายครอบครัว ทั้งกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายขัดกัน และกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัว ระหว่างประเทศไทยและประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน ทำให้บุคคลที่ต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปจากประเทศไทยอาจประสบปัญหาความยุติธรรมทางครอบครัวหรือปัญหาเสถียรภาพทางครอบครัวได้ สภาพปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายเช่นนี้ก็เกิดขึ้นกับประเทศในยุโรปเช่นกัน แต่เมื่อที่ประชุมกรุงเฮกฯ และสหภาพยุโรปเข้ามามีบทบาทในการจัดทำกฎหมายครอบครัวเอกรูป ปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายก็บรรเทาเบาบางลงไปได้มาก ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าอาเซียนในฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศที่เชื่อมโยงความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จึงควรมีบทบาทในการจัดทำกฎหมายครอบครัวเอกรูปสำหรับประเทศในประชาคมอาเซียนเช่นเดียวกัน

การสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปภายใต้กรอบของความร่วมมือของอาเซียนอาจพิจารณาได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในภารกิจของอาเซียนด้านสังคม-วัฒนธรรมที่ถูกระบุไว้ในแผนงานประชาคมสังคม-วัฒนธรรมอาเซียน ค.ศ.2025 (ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025) แผนงานฉบับนี้เป็นแผนการดำเนินงานเพื่อพัฒนาความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนในด้านสังคมและวัฒนธรรมต่อจากแผนงานประชาคมสังคม-วัฒนธรรมอาเซียน ค.ศ.2015 โดยมีระยะเวลาดำเนินการ 10 ปี พันธกิจของอาเซียนที่ผู้ศึกษาเห็นว่าอาจเชื่อมโยงมาถึงการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปได้นั้นคือ พันธกิจในข้อ B.3 ของแผนงานซึ่งกล่าวถึงการสร้างความครอบคลุม (Inclusive) โดยอาเซียนจะมุ่งส่งเสริมส่งเสริมและพิทักษ์สิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะสิทธิสตรี, เด็ก เยาวชน ฯลฯ¹³ ดังนั้นพันธกิจในข้อนี้จึงอาจเป็นเป้าหมายร่วมกันของประเทศสมาชิกอาเซียนที่จะสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปโดยให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวและให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสตรี เด็ก และเยาวชนในฐานะสมาชิกครอบครัว โดยผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะให้เกี่ยวกับการจัดทำกฎหมายครอบครัวเอกรูปดังนี้

¹³ ASEAN, ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025, (Jakarta: ASEAN Secretariat: 2016), p.9-10 และโปรดดู กรมอาเซียน, “วิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียนภายหลังปี 2558 และแผนงานประชาคมอาเซียน,” สืบค้นเมื่อ 26 กรกฎาคม 2560, จาก <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-center-20150727-162846-108896.pdf>.

4.4.1 กฎหมายเอกรูปว่าด้วยหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัว

กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนยังมีจุดที่แตกต่างกันอยู่มาก แม้จะมีการใช้เทคนิคทางกฎหมาย เช่น การย้อนส่ง เข้ามาประกอบในการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดการพิจารณาสีทธิทางครอบครัวหรือการระงับข้อพิพาททางครอบครัวก็อาจเกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมทางครอบครัวตามมาได้ ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า อาเซียนควรนำบทเรียนจากประเทศในยุโรปคือการจัดทำกฎหมายเอกรูปว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้ กฎหมายระหว่างประเทศที่อาเซียนนำมาเป็นตัวอย่างในศึกษาเพื่อสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวมีด้วยกัน 2 ฉบับ คือ

- อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ค.ศ.1978 ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และ

- ข้อบังคับโรม 3 ของสหภาพยุโรป

ผู้ศึกษามีความเห็นที่อาเซียนสามารถถอดบทเรียนด้านการกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายจากกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับข้างต้นได้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

1) กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาแบบของการสมรสควรเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่การสมรสเกิดขึ้น (*lex loci celebrationis*)

การเลือกกฎหมายบังคับแก่แบบของการสมรสดูเหมือนว่าจะเป็นประเด็นที่อาเซียนจะสร้างกฎหมายเอกรูปได้ง่ายที่สุด เพราะในปัจจุบันแทบทุกประเทศในอาเซียนจะใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน คือ ถิ่นที่การสมรสได้ทำขึ้น (*lex loci celebrationis*) บังคับกับแบบของการสมรสอยู่แล้ว¹⁴ นอกจากนี้การใช้หลักถิ่นที่การสมรสได้ทำขึ้นนี้ยังสอดคล้องกับแนวคิดของอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอีกด้วย ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าหากประชาคมอาเซียนสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยแบบของการสมรสโดยใช้หลักถิ่นที่การสมรสได้ทำขึ้น กฎหมายดังกล่าวก็น่าจะเป็นที่ยอมรับจากประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศได้

2) กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาเหตุฟ้องหย่าควรเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการหย่า (*lex fori*)

กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพื่อพิจารณาเหตุฟ้องหย่าของประเทศส่วนใหญ่ในอาเซียนจะเป็นไป

¹⁴ โปรดดูรายละเอียดของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาแบบของการสมรสในภาคผนวก ฉ

ตามกฎหมายภายในของตนเอง (*lex fori*) อยู่แล้วเช่นกัน¹⁵ นอกจากนี้การใช้หลักกฎหมายภายในเพื่อพิจารณาเหตุฟ้องหย่ายังสอดคล้องกับกฎหมายของยุโรป คือ ข้อบังคับโรม 3 อีกด้วย ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่าการทำกฎหมายเอกรูปของอาเซียนในเรื่องเหตุฟ้องหย่าโดยให้พิจารณาตามกฎหมายภายในจึงน่าจะเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศมากที่สุด

3) กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาความสามารถในการสมรสควรใช้หลักสัญชาติ (*lex patriae*) ร่วมกับหลักภูมิลำเนา (*les domicilli*)

การสร้างกฎหมายเอกรูปเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณาความสามารถในการสมรสนั้น แม้กระทั่งประเทศในยุโรปเองก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากประเทศกลุ่ม *civil law* และประเทศกลุ่ม *common law* ยังมีจุดยืนที่แตกต่างกันในการพิจารณาความสามารถในการสมรสของบุคคล โดยฝ่าย *civil law* ยืนยันที่จะใช้หลักสัญชาติ ขณะที่ฝ่าย *common law* ก็ยืนยันที่จะใช้หลักภูมิลำเนา และกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายต่อความสามารถในการสมรสของประเทศสมาชิกอาเซียนเองก็ถือหลักสัญชาติหรือหลักภูมิลำเนาอย่างใดอย่างหนึ่งเช่นกัน¹⁶

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการที่อาเซียนจะสร้างกฎหมายเอกรูปเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายสำหรับการพิจารณาความสามารถในการสมรสของบุคคลว่าให้เป็นไปตามหลักสัญชาติหรือหลักภูมิลำเนาอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นคงเป็นเรื่องยากที่จะได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกอาเซียนอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ ดังนั้นหากอาเซียนต้องการจะสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยความสามารถของบุคคลในการสมรสก็อาจนำบทเรียนเรื่องการประนีประนอมหลักกฎหมายที่แตกต่างกันจากอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ. 1978 ของที่ประชุมกรุงเฮกมาประยุกต์ใช้ได้ โดยอาเซียนอาจวางแนวทางให้การพิจารณาความสามารถของบุคคลในการสมรสเป็นไปตามหลักสัญชาติและหลักภูมิลำเนาร่วมกัน กล่าวคือ การพิจารณาความสามารถในการสมรสของบุคคลจะพิจารณาจากกฎหมายแห่งสัญชาติหรือกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของบุคคลก็ได้ แต่เพื่อให้มีหลักการพิจารณาที่ชัดเจนอาจมีการกำกับหลักความสัมพันธ์ที่แท้จริงและใกล้ชิดที่สุด (*real and closest connection*) เข้าไปประกอบด้วย กล่าวคือให้ผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ที่จะสมรสนั้นมีความสัมพันธ์กับประเทศที่มีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนามากกว่ากัน จากนั้นก็พิจารณาความสามารถในการสมรสไปตามกฎหมายของประเทศนั้น

แต่อย่างไรก็ตาม อาเซียนก็ยังมีข้อจำกัดในการสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวอยู่บางประการ ประการแรกคือ อำนาจการสร้างกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับประเทศสมาชิกอาเซียนนั้น

¹⁵ โปรดดูรายละเอียดของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพื่อพิจารณาเหตุฟ้องหย่าในภาคผนวก ฉ

¹⁶ โปรดดูรายละเอียดของกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายต่อความสามารถในการสมรสในภาคผนวก

อยู่กับที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ซึ่งมีการดำเนินงานภายใต้หลักการปรึกษาหารือและฉันทามติ (consultation and consensus)¹⁷ ทำให้การสร้างกฎหมายของอาเซียนต้องอาศัยบทบาทของผู้นำประเทศหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสมาชิกเป็นตัวขับเคลื่อน¹⁸ ดังนั้นหากผู้นำของประเทศสมาชิกอาเซียนยังไม่เห็นว่าการสร้างกฎหมายเอกรูปเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในคดีครอบครัวเป็นประเด็นสำคัญเร่งด่วนแล้ว ก็ยากที่ประเด็นนี้จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเวทีอาเซียนได้

ข้อจำกัดอีกประการหนึ่งคือ การสร้างกฎหมายเอกรูปในประเด็นด้านครอบครัวจำเป็นต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายครอบครัวและกฎหมายขัดกันของประเทศต่างๆในเชิงลึก เนื่องจากกฎหมายครอบครัวเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรากเหง้าทางวัฒนธรรมและศาสนาของแต่ละสังคม และประเทศในภูมิภาคอาเซียนก็มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมและศาสนาสูงกว่าในยุโรปมาก นอกจากนี้ประชาชนอาเซียนเองก็ไม่มีประสบการณ์การจัดทำกฎหมายเอกรูปมาก่อน หากอาเซียนจะสร้างกฎหมายเอกรูปโดยเริ่มจากกฎหมายครอบครัวแล้วผู้ศึกษาก็เกรงว่าจะเป็นการกีดกันกำลังของอาเซียนในขณะนี้

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าการสร้างกฎหมายเอกรูปของอาเซียนควรเริ่มจากกฎหมายที่ประเทศสมาชิกอาเซียนมีแนวความคิดสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันและสามารถชักนำให้ผู้นำของประเทศสมาชิกเล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีกฎหมายเอกรูปก่อน เช่น การมีกฎหมายเอกรูปด้านการค้าหรือธุรกิจระหว่างประเทศ และเมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนได้รับประโยชน์จากการจัดทำกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นเอกรูปจึงค่อยริเริ่มการทำกฎหมายครอบครัวเอกรูปเป็นลำดับต่อไป ถึงแม้วิธีการนี้อาจต้องใช้เวลาหลายสิบปีกว่าที่อาเซียนจะมีกฎหมายครอบครัวเอกรูปได้แต่ก็น่าจะเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายที่มั่นคงและยั่งยืนกว่า

4.4.2 กฎหมายเอกรูปว่าด้วยการรับรองสถานะทางครอบครัว

ปัญหาสำคัญของกฎหมายการรับรองสถานะทางครอบครัวของประชาคมอาเซียน คือความแตกต่างของหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัว ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า อาเซียนควรนำบทเรียนจากกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวเอกรูปของประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ในการจัดทำกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประชาคมอาเซียน โดยกฎหมายที่อาเซียนจะสามารถนำมาใช้เป็นต้นแบบในกรณีนี้ได้คือ

¹⁷ ASEAN Charter §7 and §20, Retrieved on 21 June 2017, from http://www.asean.org/wp-content/uploads/2012/05/11.-October-2015-The-ASEAN-Charter-18th-Reprint-Amended-updated-on-05_-April-2016-IJP.pdf.

¹⁸ Atena S. Feraru, “ASEAN Decision-Making Process: Before and After the ASEAN Charter,” *Asian Development Policy Review*, issue1, vol.4, p.33 (September, 2016).

- อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าและการแยกกันอยู่ตามกฎหมาย ค.ศ.1970 ของที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล
- อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสและการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ค.ศ.1978 ของที่ประชุมกรุงเฮกฯ เช่นกัน และ
- ข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ ของสหภาพยุโรป

1) หลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับการรับรองการสมรส

แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 ของที่ประชุมกรุงเฮกฯ จะนำเสนอแนวทางที่น่าสนใจในการรับรองการสมรส โดยเสนอให้ประเทศภาคีใช้วิธีการรับรองการสมรสโดยอัตโนมัติ แต่ผู้ศึกษาพบว่าหลักการรับรองการสมรสโดยอัตโนมัตินี้เองกลับทำให้อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 ไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศในยุโรป ส่งผลให้มีประเทศที่ลงนามเป็นภาคีอนุสัญญานับนี้เพียง 3 ประเทศเท่านั้น เพราะแต่ละประเทศเกรงว่าตนอาจต้องถูกบังคับโดยพันธกรณีแห่งอนุสัญญาให้ต้องรับรองการสมรสที่เกิดจากการหลีกเลี่ยงข้อห้ามตามกฎหมาย หรือการสมรสที่ขัดต่อกฎหมายของตนได้

ในปัจจุบันยังมีประเทศสมาชิกอาเซียน เช่น ประเทศบรูไนฯ, มาเลเซีย หรือเวียดนาม ที่ใช้หลักการจดทะเบียนซ้ำเพื่อรับรองการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนั้นหากอาเซียนจะนำแนวทางของอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 คือ การรับรองการสมรสโดยอัตโนมัติมาเป็นต้นแบบในการจัดทำกฎหมายการรับรองการสมรสของอาเซียนแล้ว ผู้ศึกษาก็เกรงว่าอาจถูกคัดค้านจากกลุ่มประเทศเหล่านี้ได้ในทำนองเดียวกับเหตุการณ์ที่เคยเกิดขึ้นในยุโรป ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า อาเซียนไม่ควรกำหนดให้วิธีการรับรองการสมรสเป็นไปตามหลักการรับรองโดยอัตโนมัติ หากแต่ควรให้เป็นอิสระของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศว่าจะใช้วิธีการรับรองการสมรสโดยวิธีใด จะใช้การรับรองโดยอัตโนมัติก็ได้ หรือจะใช้การรับรองโดยการจดทะเบียนซ้ำก็ได้

ผู้ศึกษายังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า การสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการรับรองการสมรสสำหรับประชาคมอาเซียนควรดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยเริ่มจากการกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองการสมรส และหลักเกณฑ์การปฏิเสธการสมรสให้เป็นเอกรูปเสียก่อน และในการนี้อาเซียนอาจนำบทเรียนจากอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 มาประยุกต์ได้ เพราะจุดที่ทำให้อนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ถูกปฏิเสธจากประเทศในยุโรปไม่ได้อยู่ที่ประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์การรับรองการสมรสหรือการปฏิเสธการสมรส แต่อยู่ที่เรื่องการรับรองการสมรสโดยอัตโนมัติดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ข้างต้น

หลักเกณฑ์ของการรับรองการสมรสตามอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 ที่อาเซียนอาจนำมาเป็นบทเรียนได้คือ การใช้หลักว่าการสมรสที่จะได้รับการรับรองนั้นต้องเกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมายของ

ประเทศที่การสมรสนั้นมีขึ้น (*lex loci celebrationis*) เนื่องจากกฎหมายขัดกันของประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ใช้หลักการนี้ในการพิจารณาแบบของการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศอยู่แล้ว¹⁹

ส่วนหลักเกณฑ์ปฏิเสธการสมรส ผู้ศึกษาก็มีความเห็นว่าอาเซียนอาจนำตัวอย่างจากอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ.1978 มาประยุกต์ใช้ได้เช่นกัน โดยกำหนดให้การสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศอาจถูกปฏิเสธการรับรองด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

- 1) การสมรสที่เกิดขึ้นเป็นการสมรสซ้อน
- 2) การสมรสเกิดขึ้นระหว่างญาติสืบสายโลหิต หรือระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา
- 3) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด
- 4) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริต
- 5) การสมรสเกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมของคู่สมรส
- 6) การสมรสขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศที่จะรับรองการสมรส

และเมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนมีหลักเกณฑ์การรับรองการสมรสและการปฏิเสธการสมรสที่เป็นเอกรูปแล้ว ผลของการพิจารณาสถานะครอบครัวของผู้ที่ต้องเดินทางย้ายถิ่นฐานข้ามชาติในอาเซียนก็จะเป็นเอกภาพมากขึ้นตามมา

2) หลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการหย่า

การสร้างกฎหมายเอกรูปเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของการรับรองการหย่าของประเทศในยุโรปมีพัฒนาการอย่างค่อยเป็นค่อยไป กล่าวคือ เริ่มจากการกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองและการปฏิเสธการหย่าที่เป็นเอกรูปก่อน นั่นคืออนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ ค.ศ.1970 โดยยังไม่กล่าวถึงวิธีการรับรองการหย่า จากนั้นประเทศในยุโรปก็ได้สร้างกฎหมายเอกรูปที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งโดยอัตโนมัติ คือ ข้อบังคับบรัสเซลส์ 1 จนกระทั่งประเทศในยุโรปได้นำเอาหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ ค.ศ.1970 มาผนวกรวมกับแนวคิดของข้อบังคับบรัสเซลส์ 1 เพื่อสร้างเป็นข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิ ทำให้ประเทศในยุโรปจะมีกฎหมายเอกรูปที่กำหนดทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองการหย่าที่มีประสิทธิภาพต่อสร้างเสถียรภาพทางครอบครัวดังที่ปรากฏในปัจจุบัน

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ในระยะเริ่มต้นของการสร้างกฎหมายว่าด้วยการรับรองการหย่าเอกรูป

¹⁹ โปรดดูหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายเพื่อพิจารณาแบบของการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้จากภาคผนวก ฉ

ในประชาคมอาเซียนนั้น อาเซียนนำบทเรียนจากประเทศในยุโรปมาเป็นแนวทาง กล่าวคือ อาเซียนควรเริ่มต้นจากการสร้างกฎหมายเอกรูปที่กำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์ของการรับรองและปฏิเสธการรับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศก่อน เนื่องจากการรับรองการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลเป็นการต่อยอดแนวความคิดมาจากกฎหมายการรับรองคำพิพากษาในคดีแพ่งทั่วไปซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่อยู่แล้ว²⁰ แต่อาเซียนยังไม่ควรสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการรับรองการหย่าที่เกิดจากกระบวนการทางปกครอง เพราะประเทศกัมพูชา, ลาว, มาเลเซีย, ฟิลิปปินส์, สิงคโปร์ และเวียดนามยังไม่ยินยอมให้คู่สมรสหย่าขาดจากกันด้วยวิธีนี้

ส่วนการจัดทำกฎหมายเอกรูปของอาเซียนเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองและปฏิเสธการรับรองการหย่าที่เกิดจากคำพิพากษา ผู้ศึกษามีข้อเสนอว่าอาเซียนควรนำตัวอย่างหลักเกณฑ์จากอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ ค.ศ.1970 มาประยุกต์ใช้ เพราะอนุสัญญาดังกล่าวจะสามารถประนีประนอมหลักกฎหมายบังคับเหนือตัวบุคคล (personal law) ของประเทศสมาชิกอาเซียนที่บางประเทศกำหนดใช้หลักสัญชาติ เช่น ประเทศอินโดนีเซีย, ฟิลิปปินส์, ไทย และเวียดนาม ขณะที่บางประเทศใช้หลักภูมิลำเนา เช่น ประเทศบรูไนฯ, มาเลเซีย และสิงคโปร์ โดยวางหลักการว่าการหย่าโดยผลของคำพิพากษาของศาลประเทศสมาชิกอาเซียนจะมีผลบังคับได้ในดินแดนของประเทศสมาชิกอาเซียนประเทศอื่นๆต่อเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง “มีความสัมพันธ์” กับประเทศที่มีคำพิพากษาให้หย่าในทางใดทางหนึ่งไม่ว่าจะโดยการมีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาก็ได้ การวางหลักการรับรองการหย่าเช่นนี้จะทำให้ประเทศที่ใช้หลักสัญชาติอยู่เดิมสามารถใช้หลักภูมิลำเนาเพื่อรับรองการหย่าจากคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศที่ใช้หลักภูมิลำเนาได้ และในทางกลับกันก็จะทำให้ประเทศที่ใช้หลักภูมิลำเนาสามารถใช้หลักสัญชาติเพื่อรับรองการหย่าได้เช่นกัน

ส่วนหลักเกณฑ์ของการปฏิเสธการหย่านั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่ายอาเซียนก็สามารถนำตัวอย่างหลักเกณฑ์จากข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิมาประยุกต์ใช้ได้เช่นกัน เนื่องจากข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิมีหลักกฎหมายที่ให้ความสำคัญต่อเสถียรภาพแห่งคำพิพากษาร่วมกับการพิทักษ์สิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นทางการของฝ่ายที่ถูกฟ้องหย่า ดังนั้นประเด็นที่อาเซียนอาจจะนำมาใช้สร้างเป็นหลักเกณฑ์การปฏิเสธการหย่าคือประเด็นดังต่อไปนี้

- 1) การรับรองการหย่าจะขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศที่รับรองการหย่าอย่างร้ายแรง
- 2) มีการละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นทางการของจำเลยเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณา และ
- 3) คำพิพากษาหย่านั้นขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษาในคดีอื่นที่เสร็จเด็ดขาดไปก่อนหน้านั้น

จากนั้นในอนาคต เมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนเริ่มคุ้นเคยกับการมีกฎหมายเอกรูปที่กำหนดหลักเกณฑ์การรับรองและปฏิเสธการหย่าแล้ว อาเซียนก็อาจมีดำริในการสร้างกฎหมายเอกรูปเพื่อกำหนดวิธีการ

²⁰ โปรดดูหลักเกณฑ์การรับรองการหย่าของประเทศสมาชิกอาเซียนได้จากภาคผนวก ข

รับรองการหย่าโดยอัตโนมัติเฉกเช่นเดียวกับระบบการรับรองการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลตามข้อบังคับ บรัสเซลส์ 2 ทวิต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม การสร้างกฎหมายการรับรองการสมรสและการหย่าเอกรูปสำหรับอาเซียนก็มี ข้อจำกัดเช่นกัน คือเรื่องการรับรองการสมรสและการรับรองการหย่าที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายอิสลาม เนื่องจาก ประชากรของประเทศสมาชิกอาเซียนรวมกันกว่าร้อยละ 40 เป็นผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม²¹ และในการดำเนินชีวิต ของของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามนั้น นอกจากจะอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมืองแล้วยังอยู่ภายใต้หลักปฏิบัติตามพระ คัมภีร์อัลกุรอานซึ่งมีส่วนหนึ่งกล่าวถึงหลักปฏิบัติที่ต้องยึดถืออย่างกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายชะรีอะห์ (Shariah Law)” รวมอยู่ด้วย และประเทศสมาชิกอาเซียน เช่น ประเทศบรูไนฯ, อินโดนีเซีย, มาเลเซีย, พม่า, ฟิลิปปินส์, สิงคโปร์²² หรือประเทศไทย²³ ก็ยอมรับให้กฎหมายชะรีอะห์เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบ้านเมืองซึ่ง สามารถนำมาใช้บังคับเหนือผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามได้

การสมรสและการหย่าระหว่างผู้นับถือศาสนาอิสลามมีประเด็นที่แตกต่างจากการสมรสและการ หย่าระหว่างผู้ที่นับถือศาสนาอื่นอยู่พอสมควร เช่น ในประเด็นเรื่องการสมรส กฎหมายอิสลามนั้นสนับสนุนให้ บุคคลทำการสมรสและชายคนหนึ่งสามารถมีภริยาได้มากที่สุดถึง 4 คน²⁴ ขณะที่ผู้นับถือศาสนาอื่นจะสามารถมีคู่ สมรสในทางทะเบียนได้เพียงคนเดียวเท่านั้น หรือในประเด็นเรื่องการหย่าที่กฎหมายอิสลามกำหนดว่าสามีสามารถ หย่าขาดจากภริยาได้โดยการเปล่งคำพูดแสดงความประสงค์ที่จะหย่าขาดจากภริยา 3 ครั้งซึ่งเรียกว่าการหย่าแบบ บาอินใหญ่²⁵ ในขณะที่ผู้ที่นับถือศาสนาอื่นจะต้องจดทะเบียนหรือยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อหย่าขาดจากคู่สมรส เป็นต้น ดังนั้นปัญหาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการรับรองการสมรสหรือการหย่าภายในประชาคมอาเซียนจึงมีว่า หากชายที่ นับถือศาสนาอิสลามสมรสกับหญิงในฐานะภริยาคนที่ 2, 3 หรือ 4 ในต่างประเทศ การสมรสนั้นจะได้รับการรับรองใน ประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นด้วยหรือไม่ หรือ หากสามีเปล่งคำพูดขอหย่าภริยาแบบบาอินใหญ่ในต่างประเทศ การ

²¹ “Religious diversity in the ASEAN region,” EENI, Retrieved on 21 June 2017, from <http://en.reingex.com/ASEAN-Religion.shtml>.

²² Administration of Muslim Law Act, Retrieved on 21 June 2017, from <http://statutes.agc.gov.sg/aol/download/0/0/pdf/binaryFile/pdfFile.pdf?Compld:3b0d2473-a95f-4655-8521-f90e3d76a1d5>.

²³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และ สตูล พ.ศ. 2489 มาตรา 3.

²⁴ มุณีร มุหะหมัด, กฎหมายอิสลามเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสืออิสลาม, 2551), น.111.

²⁵ เฟิงอ้วง, 131.

หย่านั้นจะได้รับการรับรองในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นด้วยหรือไม่

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นปัญหาการรับรองการสมรสและการรับรองการหย่าภายใต้กฎหมายอิสลาม เป็นประเด็นละเอียดอ่อนที่ต้องมีการการศึกษาเพิ่มเติมอีกมาก และการยอมรับการใช้กฎหมายอิสลามภายในดินแดนของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศเองก็ยังมีข้อจำกัดที่แตกต่างกัน เช่น ประเทศไทยยอมรับการใช้กฎหมายอิสลามเฉพาะในพื้นที่จังหวัดปัตตานี, นราธิวาส, ยะลา และสตูลเท่านั้น ดังนั้นหากอาเซียนมีแนวความคิดที่จะสร้างกฎหมายการรับรองการสมรสหรือการหย่าที่เป็นเอกบุปก็ควรเริ่มต้นจากการสมรสและการหย่าที่ไม่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายอิสลามก่อน จากนั้นในอนาคตหากมีการค้นพบแนวทางการรับรองการสมรสหรือการหย่าตามหลักกฎหมายอิสลามที่ประเทศสมาชิกอาเซียนจะยอมรับร่วมกันได้แล้ว อาเซียนจึงค่อยขยับไปสู่การสร้างกฎหมายเอกบุปว่าด้วยการรับรองการสมรสและการหย่าตามหลักกฎหมายอิสลามต่อไป

กล่าวโดยสรุปคือ การสร้างกฎหมายครอบครัวเอกบุประหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจำเป็นต้องใช้วิธีการที่มีความยืดหยุ่นและดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไป²⁶ จุดเริ่มต้นของการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกบุปของอาเซียนอาจเริ่มต้นจากการค้นหาแนวความคิดทางกฎหมายของกฎหมายครอบครัวที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศมีส่วนร่วมจากการเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและสิทธิทางครอบครัว เช่น แนวความคิดด้านความเสมอภาคระหว่างชายหญิงในความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ซึ่งเป็นแนวความคิดจากอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ หรือแนวความคิดในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งเป็นแนวความคิดจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น โดยในระยะแรกของการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกบุปนั้นอาเซียนอาจใช้วิธีการสร้างกฎหมายแม่แบบ (model law) ที่ไม่มีสภาพบังคับในทางระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดการยอมรับแนวความคิดทางกฎหมายครอบครัว ไม่ว่าจะในด้านความยุติธรรมทางครอบครัวก็ดี, เสถียรภาพทางครอบครัวก็ดี หรือประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัวก็ดี ส่วนการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ด้านครอบครัวที่เป็นเอกบุปอาจเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกบุปซึ่งอาจเกิดขึ้นในอีกหลายสิบปีข้างหน้า

²⁶ Rene David, "The Method of Unification," American Journal of Comparative Law, vol.16, p.20.

4.5 ภาควิชาการควรให้ความสำคัญต่อการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

คณะนิติศาสตร์ในสถาบันอุดมศึกษาต่างๆ ทั้งของรัฐและเอกชน รวมถึงสถาบันที่มีการเรียนการสอนวิชากฎหมาย เช่น สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา หรือสภาทนายความ ถือเป็นสถานที่บ่มเพาะนักกฎหมายรุ่นใหม่ที่จะกลายเป็นบุคลากรด้านนิติศาสตร์ให้แก่สังคมไทยในอนาคต แต่น่าเสียดายว่าวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นวิชาที่สถาบันการศึกษากฎหมายส่วนใหญ่ยังไม่ให้ความสำคัญมากเท่าที่ควร เพราะมีความเข้าใจกันว่าเป็นรายวิชาที่จัดการเรียนการสอนยาก ผู้ศึกษาก็ทำความเข้าใจได้ยาก อีกทั้งหนังสือตำราหรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่จะเอามาอ้างอิงเป็นตัวอย่างประกอบการเรียนการสอนก็มีน้อย

แต่เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมอาเซียน และนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศก็กำลังจะกลายเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ทั่วไปในสังคมไทย ดังนั้นสถาบันการศึกษากฎหมายของประเทศไทยจึงควรหันกลับมาให้ความสำคัญกับการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามแนวทางที่ท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ได้วางรากฐานเอาไว้ โดยเสริมสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายการจัดการบุคคลหรือนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ²⁷

- 1) การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ
- 2) สถานภาพของเอกชนในทางระหว่างประเทศ
- 3) การขัดกันแห่งกฎหมาย และ
- 4) การระงับข้อพิพาทของเอกชนในทางระหว่างประเทศ

นอกจากการจัดการเรื่องเนื้อหาวิชาแล้ว วิธีการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็ควรได้รับการพัฒนาด้วยเช่นกัน ปัจจุบันมีรูปแบบการเรียนการสอนกฎหมายแบบใหม่เรียกว่า **“การศึกษากฎหมายเชิงคลินิก (clinical legal education)”** ที่เริ่มมีการใช้กันมากขึ้นในสถาบันการศึกษาวิชากฎหมายในต่างประเทศนำโดยประเทศสหรัฐอเมริกา และปัจจุบันมีการแพร่ขยายไปสู่ประเทศในยุโรป เช่น ประเทศอังกฤษ, ฝรั่งเศส, เยอรมนี, ออสเตรเลีย หรือสเปน ฯลฯ รวมถึงประเทศในเอเชีย เช่น ประเทศจีน, อินเดีย

²⁷ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.13.

และฟิลิปปีนส์²⁸ รวมการศึกษากฎหมายเชิงคลินิกจะลดเวลาการสอนที่เน้นการบรรยายโดยอาจารย์ผู้สอน (lecture-based learning) ลง แล้วนำสถานการณ์ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคมร่วมมาตั้งเป็นโจทย์ให้นักศึกษาฝึกฝนการค้นคว้าและปรับใช้กฎหมายด้วยตนเอง โดยอาจารย์ผู้สอนจะเป็นผู้ให้คำแนะนำในการค้นคว้ากฎหมายและตำราต่างๆแก่นักศึกษาแทน การศึกษารูปแบบนี้จะสร้างโอกาสให้นักศึกษาได้ฝึกฝนทักษะการใช้กฎหมาย ทั้งการรวบรวมข้อเท็จจริง การค้นคว้าข้อกฎหมาย และการวิเคราะห์เพื่อหาทางออกที่ดีที่สุด จนเกิดเป็นองค์ความรู้ในการใช้กฎหมายอย่างรอบด้าน²⁹ ดังนั้นหากครูผู้สอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจะได้ทดลองนำเอาการศึกษากฎหมายเชิงคลินิกมาเป็นส่วนหนึ่งของการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว ผู้ศึกษาเชื่อว่านักศึกษาจะมีความรู้ความเข้าใจและตระหนักถึงประโยชน์จากการศึกษาวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกันมากขึ้น

หากนักกฎหมายรุ่นใหม่เห็นความสำคัญและมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องต่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมากขึ้นแล้ว ในอนาคตประเทศไทยก็จะมีนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมากขึ้น บางส่วนของนักกฎหมายเหล่านี้อาจเป็นนายความที่สามารถว่าความโดยใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเพื่อรักษาประโยชน์สูงสุดของลูกค้า บางส่วนอาจผันตัวไปเป็นอาจารย์กฎหมายในสถาบันการศึกษาต่างๆที่สร้างสรรค์ตำราวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ดีมีคุณภาพ ขณะที่บางส่วนอาจผันตัวไปเป็นผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีโดยใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีได้

บทสรุป

ผู้ศึกษามีข้อสรุปว่าการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทยสามารถนำแนวความคิดของประเทศในยุโรปมาเป็นต้นแบบได้ และทุกภาคส่วนในสังคมจำเป็นต้องมีส่วนร่วมเพื่อให้การพัฒนากฎหมายของประเทศไทยเป็นไปอย่างต่อเนื่องสอดคล้องกับทั้งระบบ กล่าวคือ

1) องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือเร่งบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อรักษาความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวของมนุษย์

²⁸ พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, การศึกษากฎหมายเชิงคลินิก ทางเลือกในการปฏิรูปการศึกษา กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.19-20.

²⁹ เฟิงอ๋าง, น.133-137.

2) องค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมาย สอดส่องดูแลและกวดขันการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในระดับปฏิบัติการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย รวมทั้งเพิ่มพูนศักยภาพในการทำงานของเจ้าหน้าที่ของตนเพื่อสร้างประสิทธิภาพในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วย

3) องค์กรฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายบริหารเมื่อมีการร้องเรียนถึงปัญหาความยุติธรรมทางครอบครัว, เสถียรภาพทางครอบครัว และประสิทธิภาพในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว แต่ทั้งนี้ฝ่ายตุลาการต้องมีความรู้ความเข้าใจกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ที่ถูกต้องแม่นยำ เพื่อให้ผลการพิพากษาถูกต้องตรงตามหลักกฎหมายให้มากที่สุด

4) ประชาคมอาเซียนก็มีบทบาทสำคัญในการประสานความแตกต่างของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกให้เป็นเอก रूपโดยใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งประเด็นการเลือกกฎหมาย และการรับรองสถานะครอบครัว เพื่อรักษาความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวของบุคคลทุกคนในประชาคมอาเซียน

5) องค์กรวิชาการไทยมีหน้าที่สำคัญในการสร้างนักกฎหมายรุ่นใหม่ที่มีความรู้ความเข้าใจและเห็นคุณประโยชน์ของวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

เมื่อทุกภาคส่วนในสังคมร่วมขับเคลื่อนการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศไปพร้อมๆ กันแล้ว ผู้ศึกษาก็เชื่อมั่นว่าการกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยจะสามารถรักษาความยุติธรรมทางครอบครัว, เสถียรภาพทางครอบครัว และประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัวได้

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

ดัชนีนิพนธ์ฉบับนี้เกิดขึ้นเพื่อตอบโจทย์วิจัยที่ว่า “**แนวทางการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยควรเป็นอย่างไร?**” และผลการศึกษาชี้ว่า ประเทศไทยควรพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของในทุกมิติ กล่าวคือ การพัฒนากฎหมายควรเกิดขึ้นทั้งในด้าน การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย, การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในฐานะผู้รักษาการตามกฎหมาย, การตัดสินคดีความของศาล, การเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ในสถาบันการศึกษา ตลอดจนการสร้างกฎหมายครอบครัวเอกรูปโดยความร่วมมือระหว่างประเทศในกรอบของประชาคมอาเซียน โดยประเทศไทยสามารถนำบทเรียนการพัฒนากฎหมายมาจากประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ได้บางประเด็น

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาใช้ระเบียบวิธีวิจัยแบบการวิจัยเชิงเอกสารรวมกับการวิจัยภาคสนาม สำหรับการวิจัยเชิงเอกสารนั้นเป็นการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย, ประเทศในยุโรป, ประเทศสมาชิกอาเซียน, กฎหมายระหว่างประเทศ, แนวคำพิพากษาของศาล, ระเบียบปฏิบัติของทางราชการ ตลอดจนบทความ และข้อเขียนทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง ส่วนการวิจัยภาคสนามเป็นการศึกษาจากการวิเคราะห์กรณีศึกษา, การสัมภาษณ์นักกฎหมายและผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายครอบครัวทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ รวมถึงการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ในประชาคมวิจัย

รายละเอียดโดยสังเขปของผลการศึกษาและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย มีดังต่อไปนี้

5.1 ผลการศึกษา

5.1.1 พัฒนาการและแนวความคิดเบื้องหลังของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

การศึกษากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยนับตั้งแต่ช่วงที่ประเทศไทยก้าวเข้าสู่การเป็นรัฐสมัยใหม่จนถึงปัจจุบันบ่งชี้ว่า กฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีพัฒนาการของแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ กล่าวคือ

- 1) การสร้างความชัดเจนให้แก่กฎหมายครอบครัว เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหากรณีพิพาททางครอบครัวมีผลทางกฎหมายออกมาแตกต่างกันในช่วงเริ่มต้นการเป็นรัฐสมัยใหม่ เนื่องจากกฎหมายครอบครัวขอประเทศในยุโรปในช่วงเวลานั้นอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ประเทศในยุโรปทั้งที่เป็นประเทศกลุ่ม civil law ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส, อิตาลี, เยอรมนี ฯลฯ และประเทศกลุ่ม common law ได้แก่ ประเทศอังกฤษ, สกอตแลนด์ ฯลฯ ต่างใช้วิธีการสร้างกฎหมายครอบครัวเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้กฎหมายครอบครัวเกิดความชัดเจนขึ้น

2) การสร้างกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างของกฎหมายครอบครัวภายในของประเทศต่างๆ เนื่องจากความแตกต่างของกฎหมายอาจทำให้ผลของการพิจารณาข้อพิพาททางครอบครัวในประเทศหนึ่งแตกต่างจากอีกประเทศหนึ่งได้ โดยประเทศในยุโรปได้พัฒนากฎหมายขัดกันด้านครอบครัวขึ้นเพื่อใช้กำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณานิติสัมพันธ์หรือข้อพิพาททางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

แต่ทว่ากฎหมายขัดกันด้านครอบครัวเองก็มีสถานะเป็นกฎหมายภายในจึงอาจมีหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่แตกต่างกันได้ ประเทศในยุโรปจึงพัฒนามาตรฐานกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกบุพโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือประสานข้อแตกต่างของกฎหมายขัดกันด้านครอบครัว เพื่อสร้างหลักเกณฑ์กลางในการเลือกกฎหมายสำหรับการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

3) การแทรกแซงนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วยกฎหมายมหาชน เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความยุ่งยากในการพิสูจน์และกล่าวอ้างสถานะครอบครัว โดยประเทศในยุโรปได้พัฒนากฎหมายการจดทะเบียนครอบครัวขึ้นเพื่อให้รัฐสามารถจดทะเบียนบันทึกสถานะครอบครัวของบุคคล และทำให้ผู้เป็นเจ้าของสถานะครอบครัวนั้นสามารถกล่าวอ้างสถานะครอบครัวของตนได้โดยมีหลักฐานที่เป็นเอกสารมหาชนรองรับ และยังมีการพัฒนากฎหมายรับรองสถานะครอบครัวขึ้นเพื่อยืนยันสถานะครอบครัวของผู้ที่เดินทางมาจากต่างประเทศอีกด้วย

แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวก็เป็นกฎหมายมหาชนภายในอย่างหนึ่ง หลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวของแต่ละประเทศจึงอาจแตกต่างกันได้ และความแตกต่างของกฎหมายนี้อาจทำให้บุคคลไม่ได้รับการรับรองสถานะครอบครัวและเกิดเป็นสภาพการณ์ที่บุคคลมีสถานะครอบครัว 2 สถานะขัดแย้งกันได้ ประเทศในยุโรปจึงพัฒนามาตรฐานการรับรองสถานะครอบครัวเอกบุพขึ้นโดยใช้ความตกลงระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองสถานะครอบครัวร่วมกัน

หลังจากนั้นเมื่อแนวความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับจากประเทศในยุโรปและสิทธิทางครอบครัวก็ถูกจัดให้เป็นสิทธิมนุษยชนลักษณะหนึ่ง ผู้คนในยุโรปจึงเริ่มมีการเคลื่อนไหวเรียกร้องให้รัฐในยุโรปสร้างหรือปรับปรุงกฎหมายครอบครัวให้สามารถคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวได้ ประเทศในยุโรปจึงเริ่มมีกฎหมายที่คุ้มครองความสัมพันธ์ทางครอบครัวรูปแบบใหม่ ได้แก่ กฎหมายการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน ตลอดจนกฎหมายคุ้มครองผู้ที่เปราะบางในครอบครัว ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองเด็กและสตรีจากการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือกฎหมายคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวที่ได้รับความยากลำบากจากวิกฤตการณ์ในชีวิต เช่น กรณีการสูญเสียบิดามารดา หรือการที่ต้องกลายเป็นผู้อพยพลี้ภัย

จากพัฒนาการของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปทั้ง 3

รูปแบบ แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดสำคัญในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศในยุโรปได้ 3 แนวความคิด คือ

1) แนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัว ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ผลการพิจารณาลิทธิหน้าที่ และข้อพิพาททางครอบครัวให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกัน ไม่ว่าการพิจารณานั้นจะเกิดขึ้น ณ ที่แห่งใด ไม่ว่าจะโดยศาลภายในและศาลต่างประเทศ โดยพัฒนาการของกฎหมายที่ตอบสนองต่อแนวความคิดนี้คือการสร้างกฎหมายครอบครัววลักษณ์อักษรและคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งถือว่าการสร้างความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายในประเทศ และการสร้างกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวไปจนถึงการมีกฎหมายขัดกันด้านครอบครัวที่เป็นเอกรูปซึ่งถือว่าการสร้างความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ

2) แนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัว ซึ่งวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้สถานะครอบครัวของบุคคลสามารถกล่าวอ้างได้โดยมีหลักฐานทางกฎหมายที่เป็นเอกสารมหาชนรองรับ และสถานะครอบครัวต้องตามติดตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของสถานะนั้นไปทุกหนแห่ง โดยพัฒนาการของกฎหมายที่ตอบสนองแนวความคิดนี้คือการสร้างกฎหมายการทะเบียนครอบครัว ซึ่งถือว่าการสร้างเสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายในประเทศ และการสร้างกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวไปจนถึงการมีกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวที่เป็นเอกรูปซึ่งถือว่าการสร้างเสถียรภาพทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ

3) แนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการคุ้มครองครอบครัว ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้กฎหมายครอบครัวให้สามารถคุ้มครองความสัมพันธ์ทางครอบครัวให้มากขึ้น โดยพัฒนาการของกฎหมายที่ตอบสนองแนวความคิดนี้คือการสร้างกฎหมายรับรองการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน และการสร้างกฎหมายคุ้มครองผู้เปราะบางในครอบครัว ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายครอบครัวในมิติใหม่ที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน

5.1.2 ปัญหาของกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย

การศึกษากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยตั้งแต่ยุคกรุงรัตนโกสินทร์ เป็นต้นมาบ่งชี้ว่า ประเทศไทยมีแนวความคิดในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศในยุโรป โดยบางแนวความคิดก็เป็นสิ่งที่ประเทศไทยค้นพบด้วยตนเอง ขณะที่บางแนวความคิดก็เป็นสิ่งที่ประเทศไทยศึกษาเรียนรู้จากกฎหมายครอบครัวของประเทศในยุโรป กล่าวคือ

1) แนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยทั้งในแง่ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับภายใน คือ การประกาศใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตราสามดวงในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ รัชกาลที่ 1 มาจนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล และในแง่ความยุติธรรมทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ คือ การประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

กฎหมายเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ที่จะต้องการให้การพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวมีผลทางกฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งภายในประเทศไทยและระดับระหว่างประเทศ

2) แนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยทั้งในแง่เสถียรภาพทางครอบครัวระดับภายใน คือ การประกาศใช้พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 และในแง่เสถียรภาพทางครอบครัวระดับระหว่างประเทศ คือ กฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวซึ่งปรากฏตัวอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522 โดยกฎหมายเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สถานะครอบครัวของบุคคลได้รับการรับรองจากรัฐไทย

3) แนวความคิดว่าด้วยประสิทธิภาพในการจัดการครอบครัวปรากฏอยู่ในกฎหมายการคุ้มครองสิทธิทางครอบครัวและสวัสดิภาพของสมาชิกในครอบครัว เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาก็พบว่ากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยยังคงมีปัญหาที่กระทบต่อแนวความคิดในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข โดยสภาพปัญหาแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

1) กลุ่มปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขด้วยตนเอง คือ ปัญหาที่มีสาเหตุจากปัจจัยภายในของประเทศไทยทั้งในแง่นิติบัญญัติ, บริหาร และตุลาการ ได้แก่

- ปัญหาการพิจารณาคดีหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เป็นปัญหาเชิงนิติบัญญัติและตุลาการที่เกิดจากความย้อนแย้งระหว่างระบบการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลของไทยซึ่งใช้ระบบทางเลือกรับเจตนาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่ต้องการจะเคารพข้อห้ามหย่าในกฎหมายต่างประเทศ ทำให้ศาลไทยเกิดความสับสนในการปรับใช้หลักกฎหมาย

- ปัญหาสถานะสมรสของคนเพศเดียวกัน เป็นปัญหาเชิงนิติบัญญัติจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเปิดช่องให้คนเพศเดียวกันสามารถก่อตั้งครอบครัวและรับรองสถานะครอบครัวทางทะเบียนราษฎรได้ ทำให้ครอบครัวคนเพศเดียวกันในประเทศไทยไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิหน้าที่ในทางครอบครัวตามกฎหมายได้ และคนเพศเดียวกันที่จดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวกันมาโดยชอบตามกฎหมายต่างประเทศก็ไม่สามารถร้องขอให้ประเทศไทยรับรองสถานะครอบครัวได้อีกด้วย

- ปัญหาคนไร้รัฐไร้สัญชาติถูกปฏิเสธการจดทะเบียนครอบครัว เป็นปัญหาเชิงบริหารที่เกิดจากเจ้าหน้าที่งานทะเบียนครอบครัวของรัฐไทยในบางท้องที่มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนหรือมีอคติต่อการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติ ทั้งๆที่กฎหมาย, นโยบายทางบริหาร และคำพิพากษาของศาลไทยยืนยันสิทธิใน

การก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมายว่าเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนมาโดยตลอด

- ปัญหาการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ชาวต่างชาติ เป็นปัญหาในเชิงบริหารที่เกิดจากความไม่พร้อมในการใช้ภาษาอังกฤษในงานจดทะเบียนครอบครัวของเจ้าหน้าที่รัฐบางท้องที่และมีการหาทางออกโดยผลการงานจดทะเบียนครอบครัวแก่ชาวต่างชาติมาอย่างที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตแห่งใดแห่งหนึ่งที่มีความพร้อมมากกว่า สร้างความล่าช้าทั้งต่อตัวผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนครอบครัวและเจ้าหน้าที่ทะเบียนครอบครัวในเขตท้องที่อื่นๆ

- ปัญหาการจดทะเบียนการเกิดให้แก่เด็กที่เกิดนอกราชอาณาจักร เป็นปัญหาในเชิงบริหารที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เข้าใจวิธีการจดทะเบียนการเกิดที่ครบถ้วนรอบด้าน ทำให้เกิดข้อแนะนำการจดทะเบียนคนเกิดที่สร้างภาระให้บิดามารดาของเด็ก

2) ปัญหาที่ประเทศไทยต้องแก้ไขโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ คือปัญหาที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่

- ปัญหาความแตกต่างของหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในกฎหมายขัดกันด้านครอบครัว เช่น ประเด็นความสามารถในการใช้สิทธิทางครอบครัวของบุคคล, แบบของการสมรส, ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือเหตุฟ้องหย่า ซึ่งประเทศไทยและประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศสมาชิกอาเซียน กำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายเอาไว้แตกต่างกัน ทำให้การพิจารณาสีติหน้าที่ของบุคคลในทางครอบครัว ตลอดจนการระงับข้อพิพาททางครอบครัวให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน

- ปัญหาความแตกต่างของหลักเกณฑ์และวิธีการรับรองสถานะครอบครัวไม่ว่าจะเป็นการรับรองการสมรสหรือการรับรองการหย่าซึ่งประเทศไทยและประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นๆ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเอาไว้แตกต่างกัน ทำให้ผู้ที่ต้องเดินทางโยกย้ายถิ่นฐานจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งอาจประสบปัญหาจากการมีสถานะครอบครัว 2 สถานะขัดแย้งกันในเวลาเดียวกันได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลศึกษาประสบการณ์ในการพัฒนามาตรฐานครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศในยุโรปและสภาพปัญหาของประเทศไทย ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรฐานครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย และข้อเสนอแนะเชิงวิชาการเพื่อการศึกษาต่อไปในอนาคต ดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

ผู้ศึกษามีข้อเสนอว่า เมื่อกฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยมีแนวความคิดสอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายของประเทศในยุโรป ดังนั้นบทเรียนจากพัฒนาการของกฎหมายจากประเทศในยุโรปจึงสามารถนำมาประยุกต์ใช้เพื่อพัฒนากฎหมายครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทยได้ และทุกภาคส่วนในสังคมจำเป็นต้องมีส่วนร่วมในการพัฒนากฎหมายในครั้งนี้ด้วย กล่าวคือ

1) ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศใน 2 ประเด็น

ประเด็นแรกคือกฎหมายว่าด้วยการหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 โดยหันมาใช้แนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในระบบผสมซึ่งจะทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยสามารถตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศว่ายินยอมให้คู่สมรสหย่ากันได้หรือไม่และโดยวิธีใดด้วย เพื่อยืนยันเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่โครงการจะเคารพกฎหมายว่าด้วยการหย่าของรัฐต่างประเทศ นอกจากนี้ยังควรปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อให้ศาลไทยได้ตรวจสอบว่าคดีหย่าที่นำมาฟ้องต่อศาลนั้นอยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลต่างประเทศหรือไม่ประการหนึ่ง และให้ศาลไทยได้พิจารณาความสะดวกในการใช้สิทธิต่อสู้คดีหย่าของฝ่ายจำเลยตามหลัก forum non conveniens อีกประการหนึ่ง ข้อเสนอเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายทั้งหลายในประเด็นนี้เป็นไปเพื่อให้การหย่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยสอดคล้องและได้รับการรับรองจากกฎหมายของรัฐต่างประเทศตามแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวและเสถียรภาพทางครอบครัว

ประเด็นที่สองคือกฎหมายรับรองสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรผลักดันให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.... ที่ค้างพิจารณาในสภานิติบัญญัติแห่งชาติอยู่ในขณะนี้ผ่านการพิจารณาและประกาศใช้โดยเร็ว เพื่อให้ครอบครัวคนเพศเดียวกันในประเทศไทยมีทางเลือกที่จะจดทะเบียนก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวโดยมีกฎหมายรองรับได้ การจดทะเบียนครอบครัวที่จะเกิดขึ้นไม่เพียงแต่จะเป็นประโยชน์ต่อการยืนยันสถานะครอบครัวให้แก่ครอบครัวคนเพศเดียวกันเท่านั้น ยังเป็นประโยชน์ต่อการใช้สิทธิอื่นๆที่สืบเนื่องจากการมีสถานะครอบครัวอีกด้วย เช่น สิทธิการดำเนินคดีอาญาแทนกัน, สิทธิการลดหย่อนภาษีหรือการได้รับสวัสดิการจากรัฐ เป็นต้น นอกจากนี้การประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตยังจะทำให้ประเทศไทยสามารถรับรองสถานะครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันที่เกิดในต่างประเทศตามกฎหมายต่างประเทศได้อีกด้วย ข้อเสนอเกี่ยวกับการประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตจึงเป็นการส่งเสริมแนวความคิดว่าด้วยเสถียรภาพทางครอบครัวอีกทางหนึ่ง

2) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารควรเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายครอบครัวที่ดี โดยเริ่มจากนายทะเบียนครอบครัวควรตระหนักว่าสิทธิในการมีครอบครัวเป็นสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคน และปัญหาการเป็น

คนไร้รัฐไร้สัญชาติจึงไม่ใช่อุปสรรคต่อการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนครอบครัว ดังปรากฏข้อยืนยันถึงสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวของคนไร้รัฐไร้สัญชาติตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ขณะเดียวกันกระทรวงมหาดไทยเองก็ควรมีบทบาทในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของนายทะเบียนครอบครัวทั่วประเทศ โดยออกหนังสือสั่งการเพื่อกำหนดแนวทางการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไร้รัฐไร้สัญชาติให้มีความชัดเจน พร้อมทั้งอำนวยความสะดวกให้คนไร้รัฐไร้สัญชาติสามารถจดทะเบียนครอบครัวได้ พร้อมทั้งกำกับดูแลการทำงานของนายทะเบียนครอบครัวให้ปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากการใช้อคติต่อคนไร้รัฐไร้สัญชาติ

นอกจากนี้กระทรวงมหาดไทยยังควรพัฒนาทักษะภาษาอังกฤษที่จำเป็นสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวแก่ชาวต่างชาติให้แก่นายทะเบียนครอบครัว เพื่อลดการบายเบี่ยงงานจดทะเบียนครอบครัวและผลกระทบให้ไปตกอยู่กับท้องที่อื่น และควรสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องกับเจ้าหน้าที่งานทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับระเบียบการจดทะเบียนการเกิดให้แก่เด็กสัญชาติไทยที่เกิดนอกราชอาณาจักรเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชน การเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายครอบครัวที่ดีไม่เพียงแต่จะทำให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถรักษาความยุติธรรมและเสถียรภาพทางครอบครัวให้แก่บุคคลได้ แต่ยังสามารถจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย

3) ฝ่ายตุลาการควรทบทวนแนวทางการใช้กฎหมายต่างประเทศในการพิจารณาคดีครอบครัว โดยคำนึงว่าการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย ณ ปัจจุบันนี้อยู่ภายใต้ระบบทางเลือก ดังนั้นคู่ความจึงมีหน้าที่ต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่มีลักษณะระหว่างประเทศและพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศเอง หากไม่มีการกล่าวถึงลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่มีการพิสูจน์เนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศ ศาลจะต้องนำกฎหมายไทยมาพิจารณาคดีครอบครัวนั้น นอกจากนี้ศาลยังควรต้องตระหนักถึงบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายบริหารในกรณีที่มีการฟ้องร้องการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งในคดีปกครองและคดีอาญา ซึ่งจะส่งเสริมแนวความคิดว่าด้วยความยุติธรรมทางครอบครัวและเสถียรภาพทางครอบครัวในกฎหมายไทยให้เด่นชัดมากยิ่งขึ้น

4) อาเซียนควรมีกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพิจารณาคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างน้อยในประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวและเรื่องการรักษาอสังหาริมทรัพย์

ในการสร้างกฎหมายเอกรูปว่าด้วยหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้น อาเซียนอาจนำบทเรียนจากการพัฒนากฎหมายเอกรูปในยุโรปมาใช้ได้ โดยเริ่มจากการกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในเรื่องการสมรสและการหย่าให้เป็นเอกรูปก่อน เนื่องจากหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนในประเด็นนี้ค่อนข้างจะสอดคล้องกันไปในทิศทางเดียวกันและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในกฎหมายการรับรองสถานะครอบครัวของประเทศในยุโรป เช่น เรื่องแบบของการสมรสที่ประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่มีการสมรส หรือเรื่องเหตุฟ้องหย่าที่ประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ยื่นฟ้องหย่า เป็นต้น ส่วนการสร้างกฎหมายเอกรูปในส่วนที่หลักเกณฑ์การ

เลือกกฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน เช่น เรื่องความสามารถในการสมรส ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งสัญชาติของบุคคล ขณะที่บางประเทศกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งภูมิลำเนาของบุคคล ก็อาจใช้บทเรียนจากอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ. 1978 คือการประนีประนอมหลักการเลือกกฎหมาย ให้ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถใช้หลักสัญชาติควบคู่ไปกับหลักภูมิลำเนาก็ได้

ส่วนการสร้างกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการรับรองสถานะครอบครัว อาเซียนก็นำบทเรียนจากกฎหมายเอกรูปร่างของประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ได้เช่นกัน เริ่มจากการกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองการสมรส และการรับรองการหย่าตามคำพิพากษาของศาลให้เป็นเอกรูปร่างก่อน โดยในเรื่องการรับรองการสมรส อาเซียนอาจกำหนดประเทศสมาชิกรับรองการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเมื่อปรากฏว่าการสมรสนั้นเกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ใช้ในการรับรองการสมรสอยู่แล้วและสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการสมรสฯ ค.ศ. 1978 ขณะที่เรื่องการรับรองการหย่าตามคำพิพากษาของศาล อาเซียนอาจใช้ตัวอย่างหลักเกณฑ์จากอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองการหย่าฯ ค.ศ. 1970 ร่วมกับข้อบังคับบรัสเซลส์ 2 ทวิมาประยุกต์ใช้ได้ กล่าวคือ อาเซียนอาจกำหนดให้ประเทศสมาชิกรับรองการหย่าตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเมื่อปรากฏว่าคู่สมรสมีความสัมพันธ์ในทางใดทางหนึ่งไม่ว่าจะโดยการมีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาในประเทศที่มีการหย่า และการหย่านั้นไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือละเมิดสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรมหรือขัดต่อคำพิพากษาในคดีอื่นๆ

แต่อย่างไรก็ตามการสร้างกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายในการพิจารณานิติสัมพันธ์ทางครอบครัวและการรับรองสถานะครอบครัวของอาเซียนก็ยังมีอุปสรรคอยู่บางประการ กล่าวคืออำนาจสร้างกฎหมายของอาเซียนนั้นตกอยู่กับที่ประชุมสุดยอดอาเซียนซึ่งผู้มีสิทธิเข้าร่วมการประชุมจะต้องเป็นผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียน ดังนั้นหากบรรดาผู้นำประเทศสมาชิกอาเซียนไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญหรือความจำเป็นเร่งด่วนในการมีกฎหมายเอกรูปร่างด้านครอบครัวแล้วก็เป็นเรื่องยากที่กฎหมายเอกรูปร่างจะเกิดขึ้นได้ ดังนั้นอาเซียนจึงควรจะเริ่มสร้างกฎหมายเอกรูปร่างจากประเด็นที่ประเทศสมาชิกเห็นผลประโยชน์ร่วมกันได้อย่างเป็นรูปธรรมก่อน เช่น กฎหมายเอกรูปร่างด้านการค้าหรือธุรกิจระหว่างประเทศ แล้วจึงขยับมาสู่การสร้างกฎหมายเอกรูปร่างด้านครอบครัวต่อไป และเมื่ออาเซียนมีแนวความคิดที่จะสร้างกฎหมายเอกรูปร่างด้านครอบครัวแล้ว อาเซียนก็ควรจะแยกสร้างกฎหมายเอกรูปร่างในการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามออกจากการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวภายใต้กฎหมายอิสลาม เนื่องจากกฎหมายครอบครัวทั้งสองระบบมีรายละเอียดในการกำหนดความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่แตกต่างกัน

5) คณะนิติศาสตร์ในสถาบันอุดมศึกษา รวมถึงสถาบันที่มีการเรียนการสอนวิชากฎหมาย เช่น สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา หรือสภานายความ ควรกลับมาให้ความสำคัญต่อการเรียนการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในครบถ้วนทั้ง 4 ด้าน คือ การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, สถานภาพของเอกชนในทางระหว่างประเทศ, การขัดกันแห่งกฎหมาย และการระงับข้อพิพาทของเอกชนในทางระหว่างประเทศ โดยอาจใช้การศึกษากฎหมายเชิงคลินิกเพื่อให้ผู้เรียนได้เรียนรู้วิธีปรับใช้หลัก

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้วยตนเองในระหว่างการแก้ปัญหาในคดีจำลองที่ผู้สอนตั้งใจยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อสร้างนักกฎหมายรุ่นใหม่ที่เห็นถึงความสำคัญของวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและมีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายอย่างลึกซึ้งซึ่งจะเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

5.2.2 ข้อเสนอแนะเชิงวิชาการ

ข้อเสนอแนะในส่วนนี้เป็นประเด็นที่ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความน่าสนใจและควรได้รับการศึกษาต่อยอดเพิ่มเติมยิ่งขึ้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) การศึกษาครั้งนี้มุ่งประเด็นไปที่การจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัว แต่ด้วยข้อจำกัดด้านเวลา ผู้ศึกษาจึงเลือกที่จะศึกษาเฉพาะประเด็นเรื่องการสมรสและการหย่าเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามกฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวยังมีประเด็นอื่นๆที่น่าสนใจอีกมาก เช่น การหมั้น, ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา, ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร และการรับบุตรบุญธรรม รวมไปถึงความสัมพันธ์ทางครอบครัวรูปแบบใหม่ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับบุคคลผู้เป็นเจ้าของสเปิร์มหรือไข่ (การอุ้มบุญ) ดังนั้นผู้ที่สนใจอาจทำการศึกษาต่อยอดในประเด็นเหล่านี้เพิ่มเติมอีกได้

2) การศึกษาครั้งนี้พยายามที่จะสำรวจกฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศในยุโรปให้ได้มากที่สุด แต่ด้วยข้อจำกัดด้านภาษาทำให้ผู้ศึกษาค้นคว้าเฉพาะแต่ตำรา หรือบทความทางวิชาการที่จัดพิมพ์เป็นภาษาอังกฤษเท่านั้น แต่ผู้ศึกษาเชื่อว่ายังมีองค์ความรู้ด้านการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศในยุโรปอีกมากที่ถูกตีพิมพ์เป็นภาษาอื่นๆ เช่น ภาษาฝรั่งเศส, ภาษาเยอรมัน, ภาษาสเปน ฯลฯ ดังนั้นหากในอนาคตมีผู้สนใจและมีความรู้ภาษาต่างประเทศอื่นนอกเหนือจากภาษาอังกฤษแล้ว ผู้ศึกษาก็เชื่อว่าจะมีการค้นพบองค์ความรู้ใหม่ๆเพิ่มเติมได้อีกมาก

3) การศึกษาครั้งนี้พยายามที่จะสำรวจกฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของประเทศสมาชิกอาเซียนให้ครบทั้ง 10 ประเทศ แต่ด้วยข้อจำกัดด้านข้อมูล ทำให้ผู้ศึกษาเข้าถึงแหล่งข้อมูลทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนได้ไม่ครบถ้วน และแม้ว่าผู้ศึกษาจะได้พยายามหาทางแก้ไขอุปสรรคนี้โดยการติดต่อขอสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายครอบครัวในประเทศสมาชิกอาเซียนโดยตรง แต่ก็มีผู้ทรงคุณวุฒิจาก 3 ประเทศเท่านั้นที่ตอบรับ คือ ประเทศฟิลิปปินส์, สิงคโปร์ และเวียดนาม ทำให้การศึกษานี้ยังขาดข้อมูลกฎหมายการจัดการนิติสัมพันธ์ทางครอบครัวของบางประเทศ ได้แก่ ประเทศกัมพูชา อินโดนีเซีย และพม่า ดังนั้นหากในอนาคตประเทศเหล่านี้มีการจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายในระบบอินเทอร์เน็ตและมีการแปลกฎหมายเหล่านั้นเป็นภาษาอังกฤษ ผู้ศึกษาก็เชื่อว่าน่าจะมีข้อค้นพบใหม่ๆที่น่าสนใจจากกฎหมายครอบครัวของประเทศเหล่านี้

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กมล สนธิเกษตริณ. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2539.
- คณิง ฤไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย: แก้ไขเพิ่มเติมจากคำอธิบายดั้งเดิมพร้อมเชิงอรรถเกี่ยวกับสถานการณ์ปัจจุบัน. บรรณาการโดย วิทยา พองวาสนาส่ง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2560.
- ชาติชาย อัครวิบูล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.
- . หลักกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. การศึกษากฎหมายเชิงคลินิก ทางเลือกในการปฏิรูปการศึกษากฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.
- พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. หลักกฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ: แนวความคิดทั่วไปของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2548.
- ภาสกร ชุณหอุไร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2520.
- วรวิทย์ ฤทธิทิศ. หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- วารี นาสกุล และเบญจวรรณ ธรรมรัตน์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : พลสยามพรีนติ้ง, 2554.
- วิเชียร วัฒนคุณ. คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508.

สมชัย ทีฆาอุตมากร. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ฉบับสมบูรณ์.

กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง, 2554.

สมรักษ์ พรหมมา และประเสริฐ ลิมประเสริฐ. กฎหมายครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : พิมพ์อักษร, 2545.

สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 9.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2551.

สุพจน์ ภูมิณะชัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม,

2554.

สุพิศ ประณีตพลกรัง. ข้อสังเกตทางกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธี

พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : อชตยา มิئينเนียม,

2550.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548.

บทความวารสาร

กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส. “การยกเลิกหลักการย้อนส่งในการขัดกันแห่งกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 1.

ปีที่ 46. (มีนาคม 2560) : 77.

ดรรารัตน์ เมตตาริกานนท์. “สิทธิพลเมืองในการแต่งงานข้ามวัฒนธรรมช่วงก่อนพ.ศ.2475.” วารสารสังคมลุ่ม

แม่น้ำโขง. เล่ม 3. ปีที่ 7. (กันยายน-ธันวาคม 2554) : 60-61.

ธัญลักษณ์ นามจักร. “การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.” วารสารนัก

บริหาร. เล่ม 2. ปีที่ 33. (เมษายน-มิถุนายน 2556) : 12.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร และจันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505:

สิทธิในการสมรสของคนต่างด้าวในประเทศไทย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 1. ปีที่ 25. (มกราคม-มีนาคม 2538) :

37.

ภาณพ มีชานาญ. “สภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมาย

รับรองการสมรสในประเทศไทย.” วารสารนิติสังคมศาสตร์. เล่ม 1. ปีที่ 6. (มกราคม-มิถุนายน 2556) :

119-121.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- กรมการกงสุล. “การยื่นคำร้องขอสูติบัตรไทยกรณีเกิดในต่างประเทศ.” <http://www.consular.go.th/main/th/services/1298/19805การยื่นคำร้องขอสูติบัตรไทยกรณีเกิดในต่างประเทศ.html>, 11 มิถุนายน 2560.
- กรมอาเซียน. “วิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียนภายหลังปี 2558 และแผนงานประชาคมอาเซียน.” <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/asean-media-center-20150727-162846-108896.pdf>, 26 กรกฎาคม 2560.
- ชลฤทัย แก้วรุ่งเรือง. “ประวัติของครอบครัววิสัยพร ครอบครัวไร้รัฐแห่งปากเกร็ด.” <https://www.gotoknow.org/posts/227075>, 5 มิถุนายน 2560.
- ดาทุ เหล่ารัตน์เจริญ. “บันทึกการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนไร้สัญชาติด้วยตนเอง.” <https://www.facebook.com/notes/ddathoo-laorattanacharoen/บันทึกการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนไร้สัญชาติด้วยตนเอง>, 5 มิถุนายน 2560.
- พวงรัตน์ ปฐมสิริรักษ์. “กรณีศึกษา นางสาวพรทิพย์ ม่วงทอง: คนไร้รากเหง้า ภรรยาและแม่ของคนสัญชาติญี่ปุ่น.” <https://www.gotoknow.org/posts/477677>, 14 สิงหาคม 2560.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “กรณีศึกษาครอบครัวนายคุโตะ นางสาวพรทิพย์ และเด็กหญิงยูริ : การเลือกกฎหมายที่มีผลกำหนดความสัมพันธ์ของครอบครัวที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสองประเทศ – ประเทศไทย และประเทศญี่ปุ่น.” <https://www.l3nr.org/posts/518730>, 5 มิถุนายน 2560.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “บันทึกเพื่อเขตราชเทวีจะเข้าขจัดปัญหาความไร้รัฐให้แก่พี่น้องน้อยคนหนึ่งที่เกิดในมาเลเซียเมื่อพ.ศ. 2558 จากมารดาสัญชาติไทย.” <https://www.facebook.com/notes/archanwells-law-school/บันทึกเพื่อเขตราชเทวีจะเข้าขจัดปัญหาความไร้รัฐให้แก่พี่น้องน้อยคนหนึ่งที่เกิดในมาเลเซียเมื่อพ.ศ. 2558 จากมารดาสัญชาติไทย>, 11 มิถุนายน 2560.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “พรทิพย์ ม่วงทอง : คนไร้สัญชาติเพราะไร้รากเหง้าแห่งอำเภอบ้านแพรก จังหวัดอยุธยา.” <https://www.gotoknow.org/posts/485959>, 14 สิงหาคม 2560.
- วิศรุต สำลีอ่อน. “การจดทะเบียนบุตรบุญธรรมของคนไร้สัญชาติ ตอนแรก: ภาคข้อกฎหมาย.” <https://www.gotoknow.org/posts/485619>, 14 สิงหาคม 2560.
- วิศรุต สำลีอ่อน. “การจดทะเบียนบุตรบุญธรรมของคนไร้สัญชาติ ตอนจบ: ภาคการจดทะเบียน.” <https://www.gotoknow.org/posts/485620>, 5 มิถุนายน 2560.
- ศิวนุช สร้อยทอง. “#เพื่อครอบครัววิสัยพร.” facebook. <https://www.facebook.com/siwanoot/posts/1563024753708952>, 5 มิถุนายน 2560.

- JR-RSU. “ร่าง พ.ร.บ.คู่ชีวิตไม่คืบ ผู้มีความหลากหลายทางเพศ แนะรัฐเร่งดำเนินการ.” <http://www.jr-rsu.net/article/2199>, 13 มิถุนายน 2560.
- MGR online. “ศาลใต้หวันไฟเขียว ‘แต่งงานเพศเดียวกัน’ สั่ง รม.บังคับใช้ภายใน 2 ปี.” <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9600000052882>, 5 มิถุนายน 2560.
- Nida Poll. “สังคมไทยคิดอย่างไรกับเพศที่ 3.” <http://nidapoll.nida.ac.th/index.php?op=polls-detail&id=317>, 13 มิถุนายน 2560.
- Thai PBS. “ศาลเยาวชนฯ ตัดสินให้ ‘ด.ญ.คาร์เมน’ เป็นบุตรโดยชอบของผู้ว่าจ้างอุ้มบุญ.” <http://news.thaipbs.or.th/content/251944>, 5 มิถุนายน 2560.

สัมภาษณ์

- ธนิต ต้นบัวคลี่. หัวหน้าฝ่ายทะเบียน. สัมภาษณ์. สำนักงานเขตบางรัก. 8 กันยายน 2558.
- วรานนท์ วาณิชประภา. Partner และ LGBT Spokeperson. สัมภาษณ์. สำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie. 26 พฤษภาคม 2560.
- Do Thi Mai Hahn และคณะ. คณาจารย์คณะกฎหมายระหว่างประเทศ. สัมภาษณ์. คณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์. 31 สิงหาคม 2558.

ไมโครฟิล์ม

- . ย่อความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป. ไมโครฟิล์ม.

Book

- Adren Briggs. Private International Law in Myanmar. [publisher unknown], 2015.
- Albert Venn Dicey and John Humphrey Morris. Dicey and Morris on the Conflict of Laws. ed. Lawrence Collin. vol.2. 12th ed. London : Sweet & Maxwell, 1993.
- ASEAN. ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025. Jarkata : ASEAN Secretariat, 2016.

- C.M.V. Clarkson and Jonathan Hill. The Conflict of Laws. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2006.
- Debbie Ong. International Issues in Family Law in Singapore. Singapore : Academy Publishing, 2015.
- Do Thi Mai Hahn. “Civil Relationships with Foreign Elements.” In Introduction to Vietnamese Law. p.324. Hanoi : Hong Duc Publishing, [date unknown].
- Edmond Kelly. The French Law of Marriage, Marriage Contract and Divorce and the Conflict of Laws Arising Therefrom. 2nd ed. London : Stevens and Sons, 1895.
- Elmer T. Rabuya. The Law on Persons and Family Relations. Quezon City : Rex Printing, 2006.
- J.G. Collier. Conflict of Laws. 3rd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2001.
- John Eekelaar and Mavis Maclean. Family Justice: The Work of Family Judges in Uncertain Times. Oxford : Hart Publishing, 2013.
- Jonathan Herring. Family Law. 3rd ed. Harlow : Pearson, 2007.
- Narciso M. Aguilar. Conflict of Laws. Quezon City : Central Book Supply, 2013.
- Swiss Institute of Comparative Law. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and Its Perspective for the Future. Lausanne : Swiss Institute of Comparative Law, 2011.
- Thi Hong Trinh Nguyen. Private International Law in Vietnam. Tubingen : Mohr Siebeck, 2016.

Journal

- A.N. Yiannopoulos. “Conflict of Laws and Unification of Law by International Convention: The Experience of the Brussels Convention of 1924.” Louisiana Law Review. no.3. vol.21. (April 1961) : 557.
- Aude Fiorini. “Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?.” International Journal of Law, Policy and the Family. no.2. vol. 22. (2008) : 178.
- Atena S. Feraru. “ASEAN Decision-Making Process: Before and After the ASEAN Charter.” Asian Development Policy Review. no.4. vol.1. (September 2016) : 33.
- Douglas Sanders, “Recognizing Same-Sex Relationship in Thailand,” วารสารนิติสังคมศาสตร์. เล่ม 1_ปีที่ 6. (มกราคม-มิถุนายน 2556) : 46-47.

- Harry V. Ball. George Eaton Simpson and Kiyoshi Ikeda. "Law and Social Change: Sumner Reconsidered." American Journal of Sociology. no.5. vol.67. (March 1962) : 537.
- Hannah Baker and Maja Groff. "The impact of the Hague Conventions on European family law." in European Family Law Volume I: the Impact of Institutions and Organisations on European Family Law. ed. Jens M. Scherpe. p.191. Cheltenham : Edward Elgar, 2016.
- Jose Angelo Estrella Faria. "Future Direction of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Properous Voyage?." Uniform Law Review. (2009) : 538.
- Katharina Boele-Woelki. "The Principles of European Family Law: Its Aims and Prospects." Utrecht Law Review. Issue 2. vol.1. (December 2005) : 161.
- M. R. Chesterman. "A Limping Divorce." The Modern Law Review. no.1. vol.32. (January 1969) : 87.
- Rainer Hausman. "Pleading and Proof of Foreign Law– a Comparative Analysis." the European Legal Forum. no.1. vol.8. (January-February 2008) : 1-8.
- Rene David. "The Method of Unification." American Journal of Comparative Law. Issue 1-2. vol.16.(1968) : 20.
- T. von Mehren and Kurt H. Nadelmann. "The Draft Convention on Recognition of Divorces and Legal Separations." The American Journal of Comparative Law. no.4. vol.16. (Autumn 1968) : 579-580.
- Th.M. de Boer and R. Kotting. "Chapter 15 – Private international Law" in Introduction to Dutch Law. 4rd ed. p.281. AH Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2006.
- Wieczyslaw J. Wagner. "Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the Nineteenth Century in the United States." Saint Louis Law Review. (1953) : 341.
- Willis L.M. Reese, "The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages," Virginia Journal of International Law. vol.1. (Fall 1979) : 35.

Electronics Media

- 76 crimes. "76 countries where homosexuality is illegal." <https://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>, 12 June 2017.

- EUROPA. “Applicable Law – Greece.” http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_gre_en.htm#II.2., 1 June 2017.
- Federal Foreign Office. “International marriages.” http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Laenderinformationen/01-Laender/Konsularisches/Eheschliessung_node.html, 30 May 2017.
- Hague Conference on Private International Law. “Outline of the Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriage.” <https://assets.hcch.net/docs/4b59dd11-e4bd-4b96-9244-513645c7658b.pdf>, 30 May 2017.
- . “The Hague Marriage Convention.” <https://assets.hcch.net/docs/4b59dd11-e4bd-4b96-9244-513645c7658b.pdf>, 12 June 2017.
- Houchet-Tran. “The new French non-contested divorce and international private law.” French family law. <https://frenchfamilylaw.wordpress.com/2017/01/13/the-new-french-divorce-and-international-private-law/>, 12 June 2017.
- Notaires. “Differents types of divorce.” <https://www.notaires.fr/en/differents-types-divorce>, 12 June 2017.
- Placedauphine. “Early Nineteenth Century French Family Law and Customs.” <http://www.placedauphine.net/projects/familylaw.html>, 30 May 2017.
- Reingex. “Religious diversity in the ASEAN region.” <http://en.reingex.com/ASEAN-Religion.shtml>, 21 June 2017.
- The European Magazine. “Positive Side Effects.” http://www.huffingtonpost.com/the-european-magazine/positive-side-effects_b_5117984.html, 15 June 2017.
- Siobhan Fenton. “LGBT relationships are illegal in 74 countries, research finds.” <http://www.independent.co.uk/news/world/gay-lesbian-bisexual-relationships-illegal-in-74-countries-a7033666.html>, 5 June 2017.
- UNHCR. “UNHCR, UNICEF launch Blue Dot hubs to boost protection for children and families on the move across Europe.” <http://www.unhcr.org/news/press/2016/2/56d011e79/unhcr-unicef-launch-blue-dot-hubs-boost-protection-children-families-move.html>, 12 June 2017.
- UK Government. “Immigration Directorates’ Instructions.” https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263218/recog.pdf, 30 May 2017.
- UNIDROIT. “UNIDROIT Instruments.” <http://www.unidroit.org/>, 12 June 2017.

WHO. "International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision." <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>, 15 June 2017.

----- . "ICD-10 Version:2016." <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>, 30 May 2017.



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

บันทึกการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ร่วมกับคณาจารย์คณะกฎหมายระหว่างประเทศ
มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์ ประเทศเวียดนาม
ณ ห้องประชุม A301 มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์ เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2558

บันทึกและเรียบเรียงโดย วิศวกรต์ สำลีอ่อน

ประเด็นที่ 1 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้านครอบครัวของประเทศเวียดนาม

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้านครอบครัวของประเทศเวียดนามนั้น ยังมีกฎหมายอื่นใดนอกเหนือจาก Marriage and Family Law (No.22/2000/QH10) อีกหรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกแทนที่ด้วยกฎหมายฉบับใหม่แล้ว คือ Marriage and Family Law (No. 52/2014/QH13) ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2558 แต่บทบัญญัติส่วนใหญ่ยังคงเหมือนกับกฎหมายฉบับปีค.ศ.2000 เว้นแต่เรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาลเวียดนามเหนือคดีครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่มีการเพิ่มเติมเข้าไป

นอกจากนี้ยังมี Decree No.126 และ Circular No.22/2013/TT-BTP ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองในการกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับการจดทะเบียนครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และกฎหมาย Civil Code ฉบับปีค.ศ.2005 เป็นกฎหมายทั่วไปในเรื่องครอบครัว

ประเด็นที่ 2 : การสมรสที่มีลักษณะระหว่างประเทศในประเทศเวียดนาม

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า การสมรสในประเทศเวียดนามใช้ระบบจดทะเบียนสมรสหรือไม่ และประเทศเวียดนามพิจารณาเขตอำนาจของตนในการพิจารณารับจดทะเบียนสมรสที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างไร

Dr. Mai Hahn ตอบว่าประเทศเวียดนามใช้ระบบการจดทะเบียนสมรสเพื่อรับรองการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสนั้น แม้จะไม่ใช่ความผิดตามกฎหมาย

แต่ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองในสถานะทางครอบครัว ส่วนการจดทะเบียนสมรส สามารถดำเนินการได้หากคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีถิ่นอาศัยอยู่ในประเทศเวียดนาม โดยยื่นคำขอต่อคณะกรรมการประชาชนแห่งเขตที่อาศัย (People Committee of District)

ผู้ศึกษากล่าวว่า คำว่า “การมีถิ่นอาศัย (reside)” มีความหมายเหมือนกับคำว่า “มีภูมิลำเนา (domicile)” หรือไม่และพิจารณาการมีถิ่นอาศัยอย่างไร และ คณะกรรมการประชาชนแห่งเขตที่อาศัย คืออะไร

Dr. Mai Hahn อธิบายว่า คณะกรรมการประชาชนนั้นแบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ

- 1) คณะกรรมการประชาชนระดับจังหวัด (People Committee of Province)
- 2) คณะกรรมการประชาชนระดับเขต (People Committee of District)
- 3) คณะกรรมการประชาชนระดับแขวง (People Committee of Ward)

ซึ่งสมาชิกคณะกรรมการเหล่านี้มาจากการเลือกตั้ง มีหน้าที่ดูแลความเป็นอยู่ของประชาชน ภายใต้อำนาจของตน

ส่วนการมีถิ่นอาศัยพิจารณาจากการมีภูมิลำเนาตามทะเบียนบ้าน ดังนั้นจึงมีความหมายเหมือนกับคำว่า “ภูมิลำเนา”

ผู้ศึกษาตั้งคำถามต่อไปว่า เงื่อนไขและแบบของการสมรสที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามกฎหมายเวียดนามเป็นอย่างไร

อาจารย์ Hoii ตอบว่าตามมาตรา 126 ของ Law on Marriage and Family (2014) ประกอบกับ Decree No.126 มาตรา 26 หากการสมรสนั้นทำขึ้นต่อหน่วยงานของประเทศเวียดนาม เงื่อนไขของการสมรสนอกจากจะต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งชาติที่คู่สมรสแต่ละฝ่ายเป็นพลเมือง (citizen) แล้ว ยังจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายเวียดนามด้วย ส่วนแบบของการสมรส เนื่องจากเป็นการสมรสภายใต้อำนาจของหน่วยงานประเทศเวียดนาม จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายเวียดนาม

ผู้ศึกษากล่าวแทรกว่า คำว่า “พลเมือง (citizen)” ในที่นี้มีนัยเดียวกับการมี “สัญชาติ (nationality)” หรือไม่

อาจารย์ Hoii ขยายความว่า ทั้งสองคำมีความหมายเดียวกัน และกล่าวต่อว่า หากการสมรสเกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ แบบของการสมรสย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งประเด็นนี้จะอยู่ในเรื่องของการรับรองการสมรส ซึ่งการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศตามแบบของกฎหมายต่างประเทศสามารถได้รับการรับรองในเวียดนามได้โดยการยื่นเอกสารยืนยันความสมบูรณ์ของการสมรสนั้นต่อกระทรวงยุติธรรม ทำนองเดียวกับการจดทะเบียนสมรสในเวียดนาม

ส่วนขั้นตอนการจดทะเบียนสมรสโดยสังเขปคือ คณะกรรมการประชาชนระดับจังหวัดจะเป็นผู้

รับคำร้องขอจดทะเบียนสมรสแล้วส่งต่อให้กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้อนุมัติการจดทะเบียนสมรส โดยการดำเนินการทั้งหมดจะกินเวลาประมาณ 25 วันนับจากวันที่กระทรวงยุติธรรมได้รับเอกสาร

ผู้ศึกษาจึงตั้งคำถามว่า คณะกรรมการประชาชนจะทราบได้อย่างไรว่าคนต่างด้าวที่มาขอจดทะเบียนสมรสมีความสามารถที่จะสมรสได้ตามกฎหมายแห่งสัญชาติ

Dr. Mai Hahn ตอบว่า คณะกรรมการจะตรวจสอบจากเอกสารที่ผู้ขอจดทะเบียนสมรสส่งเข้ามา ประกอบคำขอจดทะเบียน ซึ่งจะต้องมีเอกสารรับรองจากหน่วยงานของประเทศที่ผู้นั้นมีสัญชาติว่าบุคคลนั้นสามารถจดทะเบียนสมรสได้

ผู้ศึกษาถามว่า การจดทะเบียนสมรสระหว่างการสมรสที่มี-ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศมีขั้นตอนแตกต่างกันในสาระสำคัญหรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่า ไม่มี มีเพียงเอกสารประกอบการจดทะเบียนสมรสบางรายการที่ต้องยื่นเพิ่มเติมเท่านั้น ส่วนหลักเกณฑ์การพิจารณา หรือระยะเวลาการอนุมัติคำขอเหมือนกัน

ประเด็นที่ 3 : การหย่าที่มีลักษณะระหว่างประเทศในเวียดนาม

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า การหย่าในประเทศเวียดนามสามารถทำได้โดยวิธีใดบ้าง มีการหย่าโดยความยินยอมและการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลหรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่า การหย่าในประเทศเวียดนามอาจเป็นการหย่าแบบไม่มีข้อพิพาทหรือการหย่าแบบมีข้อพิพาทก็ได้ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ศาลเวียดนามเท่านั้นที่จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการหย่า ดังนั้นการหย่าในประเทศเวียดนามทั้งหมดจึงเป็นการกระทำโดยคำสั่งของศาล

อาจารย์ Nga กล่าวเสริมว่าหากคู่สมรสตกลงใจที่จะหย่า สามารถเริ่มกระบวนการโดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการประชาชนประจำเขตที่ตนมีถิ่นอาศัย และคณะกรรมการจะต้องทำการไกล่เกลี่ยเพื่อทำความเข้าใจต่อประเด็นต่างๆที่จะเป็นผลภายหลังการหย่า เช่น ทรัพย์สิน สิทธิในการเลี้ยงดูบุตร การจ่ายค่าดูแล เมื่อได้มีการไกล่เกลี่ยแล้วจึงส่งเรื่องให้ศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาให้หย่าต่อไป ประเด็นใดที่คู่สมรสไม่สามารถตกลงกันได้ ศาลจะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยให้ หรือหากยังไม่สามารถตกลงกันได้ศาลจะเป็นผู้หาข้อยุติในเรื่องนั้นให้

ส่วนการฟ้องหย่าก็สามารถทำได้เช่นกัน โดยยื่นฟ้องหย่าต่อศาลแห่งท้องที่ที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมี

ผู้ศึกษาถามว่า กฎหมายที่จะมีผลบังคับใช้ต่อการหย่าคือกฎหมายใด คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับต่อการหย่าของตนได้หรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่า ไม่สามารถเลือกได้ ต้องเป็นไปตามกฎหมายเวียดนามเท่านั้น ตาม Marriage and Family Law (2014) มาตรา 127 เนื่องจากคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเวียดนาม

ผู้ศึกษาถามต่อไปว่า กฎหมายเวียดนามมีหลักเกณฑ์ในการรับรองการหย่าในต่างประเทศอย่างไร

Dr. Mai Hahn ให้คำตอบว่าเมื่อมีการหย่าเกิดขึ้นในต่างประเทศ อดีตคู่สมรสที่มีสัญชาติเวียดนามสามารถส่งหลักฐานในการหย่านั้นให้แก่กระทรวงยุติธรรมเพื่อให้การหย่านั้นมีผลสมบูรณ์ในประเทศเวียดนาม โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษารับรอง ดังนั้นศาลเวียดนามจึงมีโอกาที่จะพิจารณาคดีการรับรองการหย่าเฉพาะในประเด็นของการปฏิเสธการรับรองการหย่าเท่านั้น ซึ่งศาลเวียดนามจะปฏิเสธการรับรองการหย่าในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) คดีหย่านั้นยังไม่เป็นที่สุดตามกฎหมายแห่งประเทศที่ออกคำพิพากษา
- 2) คดีหย่านั้นเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเวียดนามโดยเฉพาะ
- 3) คำพิพากษาหย่านั้นขัดหรือแย้งต่อคำพิพากษาอื่นในกรณีเดียวกัน ซึ่งศาลเวียดนามได้พิพากษาหรือได้รับรองไปแล้ว (หลัก *res judicata*)

- 4) การรับรองการหย่านั้นขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายเวียดนาม

ทั้งนี้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 356

ผู้ศึกษาตั้งข้อสังเกตว่าท่านอาจารย์ Dr. Mai Hahn ใช้คำว่า “คำพิพากษาหย่า” อยู่เสมอจึงถามว่า ประเทศไทยมีการหย่าที่ดำเนินการโดยทำเป็นหนังสือระหว่างคู่สมรสแล้วนำไปจดทะเบียนหย่า (เช่น การหย่าโดยความยินยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514 ประกอบมาตรา 1515) แล้วกฎหมายเวียดนามจะรับรองการหย่าในลักษณะนี้ด้วยหรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่า หากพิจารณาตาม Marriage and Family Law (2000) แล้วค่อนข้างชัดเจนว่าการหย่านั้นจะไม่ได้รับการรับรองในเวียดนาม เพราะประเทศเวียดนามรับรองเฉพาะการหย่าที่เป็นผลของคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่ Marriage and Family Law (2014) นั้นมีการแก้ไขหลักเกณฑ์ในเรื่องของการรับรองแล้ว โดยไม่ระบุในกฎหมายว่าการหย่าที่จะได้รับการรับรองจะต้องเป็นผลจากคำพิพากษา ถึงกระนั้น Dr. Mai Hahn ก็ชี้แจงเพิ่มเติมว่ากฎหมายดังกล่าวยังจะต้องมี Decree ออกมาสร้างความชัดเจนต่อแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้ อีก ดังนั้นในขณะนี้จึงยังมีความเป็นไปได้ทั้งสองทางว่า ประเทศเวียดนามจะรับรองการหย่าโดยผลของคำสั่งทางปกครอง หรืออาจจะไม่รับรองเหมือนเดิมก็ได้

ประเด็นที่ 4 : การใช้กฎหมายต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ผู้ศึกษากล่าวว่า บรรดานักกฎหมายเวียดนามมีทัศนคติต่อการใช้กฎหมายต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของการขัดกันแห่งกฎหมายในวิชาชีพของตนอย่างไร มีการพยายามหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่

Dr. Mai Hahn ตอบว่า หากเป็นนักกฎหมายรุ่นเก่าก็มีการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายต่างประเทศในการทำงาน โดยพยายามมองข้ามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล แต่นักกฎหมายรุ่นใหม่ที่จบการศึกษาไปในช่วง ๑๐ ปีที่ผ่านมาให้ความสนใจหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมากขึ้น ทาง HCMC University of Law ก็มีส่วนสร้างความเข้าใจแก่นักศึกษาถึงความสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

ผู้ศึกษาตั้งข้อสังเกตต่อ Marriage and Family Law (2000) โดยเฉพาะมาตรา 100-106 ที่เกี่ยวข้องกับการสมรสที่มีลักษณะระหว่างประเทศว่า มีหลายกรณีที่บัญญัติที่กำหนดให้ใช้กฎหมายเวียดนาม จึงอยากทราบว่าชุดความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลของแนวคิดชาตินิยม (nationalism) อยู่ด้วยหรือไม่

Dr. Mai Hahn อธิบายอย่างชัดเจนว่า การกำหนดให้กฎหมายเวียดนามเป็นกฎหมายที่บังคับใช้นั้น เพราะเป็นไปตามหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict rules) ที่มีการศึกษาเปรียบเทียบมาแล้ว และผู้ร่างกฎหมายลงความเห็นว่าประเทศเวียดนามมีความใกล้ชิดกับประเด็นนั้นๆมากพอที่จะใช้กฎหมายเวียดนามได้ เช่น ความสามารถของบุคคลในการสมรสนั้น กฎหมายที่ใกล้ชิดกับบุคคลมากที่สุดคือกฎหมายแห่งประเทศที่บุคคลนั้นเป็นพลเมือง และขณะเดียวกันเมื่อการสมรสเกิดขึ้นในประเทศเวียดนามและขอให้ประเทศเวียดนามจดทะเบียนรับรองการสมรส จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายเวียดนามด้วย ดังนั้นจึงมิได้ยืนอยู่บนหลักการชาตินิยมแต่อย่างใด

ประเด็นที่ 5: แนวคิดในการจัดทำกฎหมายเอกรูปในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระหว่างรัฐสมาชิกประชาคมอาเซียน

ผู้ศึกษาตั้งประเด็นว่า ผู้เข้าร่วมสนทนามีความเห็นอย่างไรต่อการสร้างกฎหมายเอกรูปในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระหว่างรัฐสมาชิกประชาคมอาเซียน

อาจารย์ Nga กล่าวว่า การสร้างกฎหมายเอกรูปในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นเรื่องที่ดีมาก แต่ขณะเดียวกันก็เป็นเรื่องที่ยากมากเช่นกัน การทำเช่นนั้นจำเป็นต้องมีการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของแต่ละรัฐสมาชิกอย่างเข้มข้น จนกว่าจะสกัดหลักกฎหมายที่เป็นจุดร่วมอันจะยอมรับร่วมกัน

ไต่ระหว่างรัฐสมาชิก

ผู้ศึกษาถามว่า หากสมมติว่ามีการศึกษาวิจัยจนได้ข้อสรุปในระดับที่ยอมรับร่วมกันได้แล้ว หน่วยงานใดควรเป็นผู้ริเริ่มจัดทำกฎหมายเอกรูป จะเป็นการริเริ่มของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือเป็นการทำงานในระดับที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit)

อาจารย์ Nga เห็นว่า การใช้แนวทางของการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อสร้างกฎหมายเอกรูปจะเป็นแนวทางที่ง่ายที่สุด โดยเริ่มจากสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีระหว่างรัฐที่มีความเห็นร่วมกันก่อน โดยในเบื้องต้นยังไม่ต้องตั้งเป้าหมายในระดับภูมิภาค แต่ใช้การขยายความร่วมมือแบบค่อยเป็นค่อยไป ดังนั้นเรื่องนี้จึงอาจใช้ระยะเวลานานพอสมควร แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่ดีที่จะทำ

Dr. Mai Hahn กล่าวเสริมว่า ในปัจจุบันเวียดนามเองก็เป็นภาคีในสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อขจัดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยสนธิสัญญาดังกล่าวทำขึ้นกับหลายประเทศ (ราว 15 ประเทศ โดยในจำนวนนั้นมีประเทศไทย และกัมพูชาที่เป็นรัฐสมาชิกประชาคมอาเซียน) นอกจากนี้การศึกษากฎหมายของ HCMC University of Law ทั้งระดับปริญญาตรี, ปริญญาโท และปริญญาเอก ดุษฎีนิพนธ์เพื่อสำเร็จการศึกษาของนักศึกษาทุกคนจะต้องมีเนื้อหาส่วนหนึ่งที่เป็นการศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อศึกษาข้อดีข้อเสียของกฎหมายต่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อศึกษา ซึ่งการทำเช่นนี้จะทำให้ประเทศเวียดนามมีชุดความคิดทางวิชาการที่เกิดจากการศึกษาเปรียบเทียบ และเปิดรับแนวคิดที่ดีจากต่างประเทศเข้ามาปรับใช้ในกฎหมายเวียดนาม ซึ่งหลักฐานเชิงประจักษ์ของการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายอยู่ในการแก้ไขกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหลายฉบับ รวมถึง Marriage and Family Law (2014) ที่เพิ่งจะมีผลบังคับใช้ไปเมื่อต้นปี 2558 ด้วย

ปิดการสนทนากลุ่มเวลาประมาณ 18.35 น. ใช้ระยะเวลาพูดคุยประมาณ 2 ชั่วโมง



ภาพประกอบการพูดคุยแลกเปลี่ยนเรียนรู้
คณาจารย์จากคณะกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยนิติศาสตร์แห่งนครโฮจิมินห์
Prof.Dr. Do Thi Mai Hahn (ท่านที่ 2 จากขวา) และผู้ศึกษา (กลาง)

ภาคผนวก ข

หนังสือสั่งการกรมการปกครอง ที่ มท0309.3/9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558

เรื่อง แนวทางปฏิบัติการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลต่างด้าว



ที่ มท ๐๓๐๙.๓/๖ ๙๖๐๙

กรมการปกครอง
ถนนรัชฎางค์ กทม. ๑๐๒๐๐

๒ มิถุนายน ๒๕๕๘

เรื่อง แนวทางปฏิบัติการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลต่างด้าว

เรียน ผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด และปลัดกรุงเทพมหานคร

อ้างถึง ๑. หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท ๐๓๑๐.๒/๖ ๑๑๗๐ ลงวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๕๓

๒. หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท ๐๓๐๙.๓/๖ ๓๖๖๐ ลงวันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓

สิ่งที่ส่งมาด้วย แนวทางปฏิบัติการรับจดทะเบียนสมรส จำนวน ๑ ชุด

ด้วยกรมการปกครองได้ตรวจพบการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงกับบุคคลต่างด้าวซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายชายเป็นจำนวนมาก ณ สำนักทะเบียนอำเภอต่าง ๆ ซึ่งเป็นการรับจดทะเบียนสมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด

กรมการปกครอง พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำทุจริตในการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงกับบุคคลต่างด้าวซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายชายจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงภายในของประเทศ ทั้งในด้านสังคมและเศรษฐกิจ โดยบุคคลต่างด้าวจะใช้เอกสารจดทะเบียนสมรสโดยทุจริตเป็นหลักฐานในการขอตรวจลงตรา (วีซ่า) อยู่ในประเทศไทยได้เป็นเวลานานขึ้น และเข้ามาประกอบอาชีพโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำทุจริตการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลต่างด้าว กรมการปกครองจึงได้กำหนดแนวทางปฏิบัติการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงกับบุคคลต่างด้าว รายละเอียดปรากฏตามสิ่งที่ส่งมาด้วยพร้อมนี้

จึงเรียนมาเพื่อโปรดแจ้งสำนักทะเบียนอำเภอ/เขต ในพื้นที่ถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดต่อไป

ขอแสดงความนับถือ

(นายอลงเดช วัฒนรัฐ)

รองอธิบดี ปฏิบัติราชการแทน
อธิบดีกรมการปกครอง

สำนักบริหารการทะเบียน
ส่วนการทะเบียนทั่วไป
โทร. ๐ ๒๗๙๑ ๗๐๑๓-๙
โทรสาร ๐ ๒๗๙๑ ๗๐๑๙

แนวทางปฏิบัติในการรับจดทะเบียนสมรส
ระหว่างบุคคลสัญชาติไทยซึ่งเป็นผู้สมรสฝ่ายหญิงกับบุคคลต่างด้าว
 (แนบท้ายหนังสือกรมการปกครอง ที่ มท ๐๓๐๙.๓/ว ๓๖๐๙ ลงวันที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๕๘)

๑. กรณีการรับจดทะเบียนสมรส ระหว่างบุคคลสัญชาติไทย กับบุคคลต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย
- ๑.๑ ให้ตรวจสอบคำร้องขอจดทะเบียนสมรส (คร.๑) ว่าถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ และให้ตรวจสอบ บัตรประจำตัวประชาชนหรือหนังสือเดินทางของผู้ร้อง
- ๑.๒ ให้ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสทั้งสองฝ่ายว่า มีคุณสมบัติครบถ้วน ตามเงื่อนไขแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วรรพ ๕ หรือ ครอ.ครว หมวด ๒ เงื่อนไขการสมรส มาตรา ๑๔๕๘ - มาตรา ๑๔๕๘ หรือไม่
- ๑.๓ สอบสวนปากคำผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรสโดยละเอียดตามแบบ ปค.๑๔ เพื่อให้ได้ ชัยเท็จจริงว่า ผู้ร้องขอจดทะเบียนเป็นใคร ภูมิลำเนาประเทศอะไร สัญชาติอะไร อาชีพอะไร มีรายได้เท่าใด และเข้ามาอยู่เมืองไทยนานเท่าใดแล้ว เมื่อจดทะเบียนสมรสแล้ว จะพักอาศัยหรือเดินทางไปอยู่ที่ไหน
- ๑.๔ ให้ตรวจสอบหนังสือรับรองของสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลของผู้ร้องซึ่งเป็น บุคคลต่างด้าว ในประเทศไทย หรือรากองการฑูรฑูบาลประเทศนั้นมอบหมาย ซึ่งหนังสือรับรองนั้นต้องระบุ ในเรื่องต่อไปนี้
- ผู้ร้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมายไทย และเหมาะสมที่จะทำการสมรสกับ
 - ผู้ร้องประกอบอาชีพอะไร และมีรายได้เท่าใด
 - ภาวะทางการสมรสของผู้ร้อง เป็นโสดหรือสมรสแล้ว หากสมรสแล้ว มีภาวะผูกพัน
- ที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องอะไรบ้าง
- ระบุชื่อบุคคลที่ราชการสามารถติดต่อและขอทราบข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้ จำนวน ๒ คน ซึ่งมีถิ่นที่อยู่หรือภูมิลำเนาเดียวกับผู้ร้อง
- ในกรณีที่หนังสือรับรองโดยองค์การฑูรฑูบาลต่างประเทศมอบหมาย หนังสือรับรองนั้น จะต้องผ่านการรับรองจากสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลไทยในประเทศนั้นรับรองว่าเป็นเอกสาร ที่ถูกต้อง
- ๑.๕ ให้นายอำเภอและผู้ช่วยการเขตปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนอำเภอและนายทะเบียนเขต แล้วแต่กรณี ปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนในการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลต่างด้าว ที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยตนเอง แต่หากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนได้ให้มอบหมาย ปลัดอำเภอ หัวหน้ากลุ่มบริหารงานปกครอง หรือ ปลัดอำเภอ หัวหน้าฝ่ายทะเบียนและบัตร และผู้ช่วย ผู้ช่วยการเขต หรือหัวหน้าฝ่ายทะเบียน แล้วแต่กรณี เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน โดยมีกำหนดระยะเวลา แนบอนุ.

๒. กรณีบุคคล...

- ๒ -

๒. กรณีบุคคลไม่มีสถานทางการทะเบียนหรือแรงงานต่างด้าวร้องขอจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทย

๒.๑ ให้ดำเนินการเหมือนกับข้อ ๑.๑ - ๑.๓

๒.๒ ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า ผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรส จะขาดคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ก็ให้นายทะเบียนอ้างถึงการจดทะเบียนสมรสไว้ก่อน โดยอ้างข้อกฎหมาย เช่น มาตรา ๑๔๕๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่านายทะเบียนไม่อาจตรวจสอบหลักฐานได้ว่าขณะที่ผู้ร้องขอจดทะเบียนสมรส มีคู่สมรสอยู่หรือไม่ เป็นต้น เพื่อให้ผู้ร้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ปรากฏต่อนายทะเบียนว่า มีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขแห่งการสมรส

๒.๓ ในการรับจดทะเบียนสมรสดังกล่าว ให้รับคำร้องไว้ก่อนทุกครั้ง และในการตรวจสอบเงื่อนไขการสมรสก่อนจดทะเบียน หรือตรวจสอบเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้ชี้แจงทำความเข้าใจกับผู้ร้องเช่นกัน และพึงระมัดระวังมิให้เป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือกั้นกั๊ก หรือเรียกร้อยผลประโยชน์จากผู้ร้องเป็นอันขาด

๒.๔ ให้นายอำเภอและผู้อำนวยการเขตปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนอำเภอและนายทะเบียนเขต แล้วแต่กรณี ปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนในการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลที่ไม่มีสถานะทางการทะเบียน หรือแรงงานต่างด้าว แต่หากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนได้ให้มอบหมาย ปลัดอำเภอ หัวหน้ากลุ่มบริหารงานปกครอง หรือปลัดอำเภอ หัวหน้าฝ่ายทะเบียนและบัตร และผู้ช่วยผู้อำนวยการเขต หรือหัวหน้าฝ่ายทะเบียน แล้วแต่กรณี เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน โดยมีกำหนดระยะเวลาแน่นอน

๓. กรณีนายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมรส

นายทะเบียนอำเภอ/เขต ได้รับ คำร้องขอจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับบุคคลต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย และระหว่างบุคคลสัญชาติไทย กับบุคคลไม่มีสถานะทางการทะเบียนหรือแรงงานต่างด้าวแล้ว โดยให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่ผู้ร้องนำมาแสดง ประกอบข้อกฎหมาย ระเบียบ และหนังสือสั่งการแล้ว หากพิจารณาเห็นว่า การร้องขอจดทะเบียนสมรสไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการร้องขอจดทะเบียนสมรสนั้น จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือการร้องขอจดทะเบียนสมรสนั้น มีเจตนาทุจริตกรรมอำพราง ก็ให้ใช้ดุลพินิจในการไม่รับจดทะเบียนสมรสดังกล่าว โดยชี้แจงเหตุผลในการใช้ดุลพินิจให้ผู้ร้องทราบ และแจ้งให้ผู้ร้องทราบว่าสามารถยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสต่อศาลได้ ตามนัยมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๕ (ฉบับ ๒) พุทธศักราช ๒๔๘๒ และ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๓

ภาคผนวก ค

บันทึกการให้สัมภาษณ์ของคุณวรานนท์ วานิชประภา

Partner และ LGBT Spokeperson ประจำสำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie

ณ ห้องประชุม Beijing สำนักงานกฎหมาย Baker McKenzie เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2560

สรุปและเรียบเรียงโดย วิศรุต สำลีอ่อน

ประเด็นที่ 1 สถานการณ์ปัจจุบันของครอบครัวคุณวรานนท์

คุณวรานนท์เล่าข้อมูลเกี่ยวกับชีวิตครอบครัวของตนเองให้ผู้ศึกษาฟังดังนี้

คุณวรานนท์ วานิชประภา เป็นชายสัญชาติไทยที่มีภูมิลำเนาในประเทศไทย ได้สมรสกับคุณ Jon Nielsen ชายสัญชาติออสเตรเลียที่มีภูมิลำเนาในประเทศไทย การสมรสระหว่างคุณวรานนท์และคุณ Jon เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษตามกฎหมายอังกฤษ ปัจจุบันทั้งสองใช้ชีวิตครอบครัวร่วมกันในประเทศไทยมาเป็นเวลากว่า 3 ปีแล้ว

คุณวรานนท์เห็นว่าการศึกษาที่ประเทศอังกฤษยินยอมให้ตนและคุณ Jon สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้เป็นเรื่องที่น่าสนใจมาก เพราะบุคคลทั้งสองไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศอังกฤษเลยทั้งในแง่ของการถือสัญชาติและการมีภูมิลำเนา แสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เปิดกว้างในเรื่องการสมรสมาก ทั้งด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมและเหตุผลทางเศรษฐกิจที่ประเทศอังกฤษจะได้รายได้จากคู่สมรสที่เดินทางไปจดทะเบียนสมรสกันในพื้นที่ดินแดนของประเทศอังกฤษ

ผู้ศึกษาถามว่าประเทศอังกฤษตรวจสอบเอกสารหรือคุณสมบัติของผู้ที่จะจดทะเบียนสมรสในประเทศอังกฤษอย่างไรบ้าง

คุณวรานนท์ตอบว่า กฎหมายอังกฤษต้องการข้อเท็จจริงเรื่องการอาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษอย่างต่อเนื่อง 9 คินติดต่อกันเพื่อแสดงการมีอำนาจรัฐที่เพียงพอจะจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลได้ ดังนั้นคุณวรานนท์จึงแจ้งนัดหมายกับทางสำนักงานเขตสำนักงานเขต Westminster ในกรุง London ว่าประสงค์จะไปยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส และต้องไปพักอาศัยอยู่กับเพื่อนที่อยู่ในประเทศอังกฤษล่วงหน้าก่อนวันนัดหมาย 9 คินก่อนไปยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสในวันที่ 10 ในการนี้จะต้องมีเอกสารยืนยันการพักอาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษต่อเนื่องอย่างน้อย 9 คินจากเจ้าของบ้านที่พักอาศัย พร้อมทั้งหนังสือเดินทางของเจ้าของบ้านที่พักอาศัยและหลักฐานที่ยืนยันว่าเจ้าของบ้านเป็นผู้ครอบครองที่พักนั้นจริง เช่น ใบเสร็จค่าน้ำประปาหรือค่าไฟฟ้า ไปแสดงต่อ

สำนักงานเขตด้วย

การจดทะเบียนสมรสจะยังไม่เกิดขึ้นในวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียนสมรส ทางสำนักงานเขตจะต้อง สอบปากคำผู้ที่ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสแต่ละคนแยกกันอย่างละเอียดเสียก่อน เจ้าหน้าที่จะสอบถามถึง ความเป็นมาของผู้ที่ประสงค์จะจดทะเบียนสมรสว่าทั้งสองพบกันที่ไหนอย่างไร มีแผนว่าจะใช้ชีวิตร่วมกันอย่างไร ฯลฯ เพื่อยืนยันว่าบุคคลทั้งสองประสงค์จะสมรสกันจริงๆ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์อื่นแอบแฝง ดังนั้นการจดทะเบียน สมรสของประเทศอังกฤษจึงเป็นกระบวนการที่จริงจังและไม่ว่าจะเป็นการสมรสระหว่างคู่รักต่างเพศหรือคู่รัก เพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็คู่รักสัญชาติอังกฤษหรือสัญชาติต่างประเทศก็มีการบวนการเหมือนกัน

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า หากเปรียบเทียบกับกรจดทะเบียนสมรสในประเทศไทยแล้ว กระบวนการ ของประเทศอังกฤษถือว่ามีความรัดกุมเข้มงวดกว่ามาก และคุณวรานนท์เห็นด้วยกับผู้ศึกษา พร้อมทั้งชี้ว่าการ สอบปากคำผู้ที่จะสมรสแยกกันจะทำให้เจ้าหน้าที่ทะเบียนครอบครัวมั่นใจว่าการสมรสนั้นจะไม่ได้เกิดจากการ หลอกลวงหรือบังคับขู่เข็ญด้วย

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ประเทศอังกฤษถือว่าตนมีอำนาจที่จะจดทะเบียนสมรส ให้แก่บุคคลคนหนึ่งได้โดยไม่พิจารณาถึงการมีสัญชาติหรือการมีภูมิลำเนาของบุคคลในประเทศอังกฤษเลย เพียงแต่บุคคลพักอาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษเพียง 9 คินติดต่อกันก็เพียงพอแล้ว จึงสอบถามคุณวรานนท์ว่ายังมี คู่รักเพศเดียวกันในประเทศไทยคู่อื่นที่ไปจดทะเบียนสมรสในประเทศอังกฤษอีกหรือไม่

คุณวรานนท์ตอบว่าตนเองก็ไม่ทราบว่าจะมีคู่รักเพศเดียวกันคู่อื่นที่จดทะเบียนสมรสกันในประเทศอังกฤษอีกหรือไม่ แต่ที่ตนตัดสินใจไปจดทะเบียนสมรสที่ประเทศอังกฤษเพราะทราบว่ามีคู่รักเพศเดียวกัน จากประเทศอื่นๆเดินทางไปจดทะเบียนสมรสในประเทศอังกฤษได้ ทั้งๆที่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับประเทศอังกฤษ เลย ประกอบกับตนเป็นนักกฎหมายจึงค้นคว้าหาข้อมูลด้วยตนเองและพบว่า ประเทศอังกฤษเพิ่งแก้ไขกฎหมายให้ คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้เมื่อราวปี.ศ.2012 โดยก่อนหน้านั้นประเทศอังกฤษยอมรับการจด ทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันในรูปแบบ civil partnership มานานกว่า 10 ปีแล้วซึ่งคู่รักเพศเดียวกัน คู่แรกที่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายใหม่คือ Sir Elton John ซึ่งเป็นนักดนตรีชื่อดังของโลก

ผู้ศึกษาสอบถามต่อไปว่า หลังจากยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสกับทางสำนักงานเขต Westminster แล้ว ขั้นตอนต่อจากนั้นเป็นอย่างไร

คุณวรานนท์อธิบายว่า ตามกฎหมายอังกฤษ การสมรสจะต้องเกิดขึ้นหลังจากวันยื่นคำขอจด ทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่า 14 วันทำการเพื่อให้ทางสำนักงานเขตได้ติดประกาศแจ้งต่อสาธารณชนว่าจะมีผู้ใด คัดค้านการสมรสนี้หรือไม่ซึ่งเป็นรากเหง้าทางความคิดจากกฎหมายครอบครัวอังกฤษโบราณ และเมื่อครบ 14 วัน ทำการแล้ว ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสต้องสมรสกันภายใน 12 เดือน มิฉะนั้นจะต้องเริ่มกระบวนการยื่นคำขอ ใหม่ทั้งหมด ทั้งนี้ตั้งแต่การประกาศการสมรสไปจนถึงวันจดทะเบียนสมรสจริง ผู้ยื่นคำขอไม่จำเป็นต้องอาศัยอยู่ใน ประเทศอังกฤษก็ได้ เช่นกรณีของคุณวรานนท์หลังจากยื่นคำขอก็เดินทางกลับมาประเทศไทยก่อน แล้วจึงเดินทาง

กลับไปประเทศอังกฤษอีกครั้งเพื่อประกอบพิธีสมรสและจดทะเบียนสมรส

พิธีสมรสและการจดทะเบียนสมรสจะเกิดขึ้นในโบสถ์คริสต์ก็ได้หรือในสถานที่อื่นก็ได้ เช่น พิธีสมรสและจดทะเบียนสมรสของคุณวราวนนท์จัดขึ้นที่ Mayfair Library ซึ่งเป็นห้องสมุดประชาชนในเขต Westminster โดยไม่ได้จัดเป็นพิธีทางศาสนา หรือคู่สมรสจะเลือกเฉพาะให้มีการจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานเขต โดยไม่จัดพิธีสมรสก็ได้ และในวันจัดพิธีสมรสจะมีเจ้าหน้าที่จากทางสำนักงานเขตมาสอบถามคู่สมรสอีกเล็กน้อย เพื่อยืนยันว่าการสมรสที่กำลังจะเกิดขึ้นเป็นไปด้วยความสมัครใจ ไม่ได้มีการบังคับขู่脅แต่อย่างใด

ประเด็นที่ 2 มุมมองความแตกต่างระหว่างการจดทะเบียนคู่ชีวิตและการจดทะเบียนสมรส

ผู้ศึกษากล่าวว่า เพราะเหตุใดคุณวราวนนท์ถึงตัดสินใจที่จะเลือกการจดทะเบียนสมรสแทนที่จะเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิต

คุณวราวนนท์ตอบว่าโดยส่วนตัวแล้วตนไม่ได้ให้ความสำคัญว่าจะต้องจดทะเบียนครอบครัวในรูปแบบใด จริงๆแล้วตนและคุณ Jon สามารถเดินทางไปจดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศที่คุณ Jon มีสัญชาติก็ได้และดำเนินการง่ายกว่าด้วย แต่คุณ Jon และกลุ่ม LGBT ผิวขาวส่วนใหญ่มีทัศนคติว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตเสมือนเป็นการถูกเลือกปฏิบัติเยี่ยงพลเมืองชั้น 2 ดังนั้นหากพิจารณาในมุมมองทางสังคม การจดทะเบียนสมรสจะเป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีคุณค่ายิ่งกว่าเพราะเป็นการสถาปนาสถานะการเป็น “คู่สมรส” ซึ่งกันและกัน ซึ่งแม้กระทั่งในประเทศออสเตรเลียที่ยอมรับให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตกันได้แล้วก็ยังมี การเคลื่อนไหวของกลุ่ม LGBT เพื่อเรียกร้องให้มีการจดทะเบียนสมรสอยู่แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ

ประเด็นที่ 3 สภาพปัญหาสถานะครอบครัวของคุณวราวนนท์ตามกฎหมายไทย

ผู้ศึกษากล่าวว่า หลังจากคุณวราวนนท์กับสามีจดทะเบียนสมรสในประเทศอังกฤษแล้วเดินทางกลับมาใช้ชีวิตครอบครัวในประเทศไทย มีปัญหาสถานะครอบครัวเกิดขึ้นหรือไม่ อย่างไร

คุณวราวนนท์อธิบายว่า เนื่องจากคุณวราวนนท์เป็นนักกฎหมายจึงทราบอยู่แล้วว่าประเทศไทยน่าจะไม่มีรับรองสถานะครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน แต่ทั้งนี้ก็ยังไม่มีความพิพากษาของศาลวางเป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้ ดังนั้นเพื่อยืนยันสมมติฐานนี้ คุณวราวนนท์จึงไปยื่นคำขอเปลี่ยนนามสกุลตามสามีกับทางสำนักงานเขตสาทรพร้อมทั้งแสดงหลักฐานการสมรสตามกฎหมายอังกฤษ ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่สำนักงานเขตเกิดความสับสน

เนื่องจากไม่เคยพบกรณีเช่นนี้มาก่อน แม้ว่าคุณวรานนท์จะได้ชี้แจงอธิบายข้อกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่แล้วก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ก็ได้แจ้งกับคุณวรานนท์ว่า “สำนักงานเขตไม่ได้ปฏิเสธคำร้องขอ แต่เจ้าหน้าที่ก็ทำเรื่องนี้ไม่เป็น อยากรู้ขอให้ทางคุณวรานนท์เขียนจดหมายเป็นคำร้องเข้ามา” ซึ่งคุณวรานนท์ก็ไม่ได้ดำเนินการอย่างใดต่อ ส่วนหนึ่งเพราะมีภาระงานที่มากและส่วนหนึ่งก็เชื่อว่าจดหมายนั้นไม่น่าจะเปลี่ยนแปลงผลอะไรได้

กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่า ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เมื่อการสมรสเกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมายแห่งประเทศที่การสมรสนั้นเกิดขึ้นแล้ว การสมรสนั้นย่อมถือว่ามีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทยด้วย เว้นแต่การสมรสนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทย แต่ในขณะนี้ก็ยังไม่มีความพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันถือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทยหรือไม่ อย่างไรก็ตามการยื่นคำร้องขอใช้นามสกุลตามสามีของคุณวรานนท์จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อทดสอบการบังคับใช้กฎหมายของรัฐไทยทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย เพราะการได้รับการรับรองสถานะครอบครัวจะส่งผลถึงสิทธิและสถานะครอบครัวที่จะได้รับตามกฎหมาย เช่น ในช่วงแรกของการอาศัยอยู่ในประเทศไทย คุณ Jon ก็ยังไม่สามารถขอวีซ่าสำหรับการอาศัยอยู่ในประเทศในฐานะคู่สมรสของคนสัญชาติไทยได้ และแม้กระทั่งคุณวรานนท์เองก็เคยประสบปัญหาที่ไม่สามารถขอข้อมูลการรักษาทางการแพทย์ของคุณ Jon ได้ เพราะไม่สามารถอ้างสถานะครอบครัวระหว่างกันได้ ดังนั้นการไม่ได้รับการรับรองสถานะครอบครัวก็สร้างปัญหาต่อการใช้ชีวิตของครอบครัวคนเพศเดียวกันในประเทศไทยพอสมควร ในขณะที่ตามกฎหมายออสเตรเลีย สถานะครอบครัวของคุณวรานนท์และคุณ Jon จะได้รับการรับรองในฐานะการเป็นคู่ชีวิตได้

ประเด็นที่ 4 การเคลื่อนไหวเรียกร้องให้มีการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันในประเทศไทย

ผู้ศึกษาถามว่า ในปัจจุบันความเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้ประเทศไทยรับรองสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นอย่างไรบ้าง

คุณวรานนท์แสดงความเห็นว่า ประเทศไทยใดที่แนวความคิดการให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนยังไม่แข็งแรงก็มักจะยังไม่มีมีการรับรองสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน เพราะพื้นฐานของการยอมรับสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันมีพื้นฐานอยู่บนหลักสิทธิมนุษยชน และประเทศไทยก็ยังไม่ค่อยมี LGBT ที่มีชื่อเสียงทางสังคม เช่น ดารานักแสดง หรือนักการเมือง ออกมาเป็นหัวหอกในการเรียกร้องหรือสนับสนุนเรื่องนี้อย่างจริงจัง ขณะที่การผลักดันข้อเรียกร้องให้มีการยอมรับการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันในต่างประเทศมักอาศัยการสนับสนุนจากผู้มีชื่อเสียงในสังคมทำให้มีพลังในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายจนนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทัศนคติของผู้คนในสังคมได้

ผู้ศึกษาตั้งข้อสังเกตว่า ทั้งๆที่สังคมไทยมี LGBT ปรากฏตัวในสื่อสาธารณะหลายรูปแบบ ทั้งโทรทัศน์, อินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายสังคมออนไลน์ และได้รับการยอมรับจากผู้คนในสังคมไทย แต่เพราะเหตุใดจึงยังไม่มี การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวให้แก่ LGBT อย่างจริงจัง

คุณวรานนท์เห็นด้วยว่า คนรุ่นใหม่ส่วนใหญ่ให้การยอมรับตัวตนของ LGBT มากขึ้น แต่สาเหตุที่ทำให้การขับเคลื่อนเรื่องการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันยังไม่ไปถึงไหนน่าจะเป็นเพราะสังคมไทยไม่ได้มองที่ประเด็นด้าน “สิทธิของบุคคล” แต่กลับมองที่การใช้ชีวิตของ LGBT ที่เป็นคนดังเหล่านี้มากกว่า เช่นทานอาหารอะไร, ไปเที่ยวที่ไหน, ใช้สินค้ายี่ห้อใด ฯลฯ นอกจากนี้สังคมไทยก็มีวัฒนธรรม “พึงพากฎหมายเป็นทางเลือกสุดท้าย” เห็นได้จากเมื่อใดที่เกิดปัญหาในสังคม ผู้คนในสังคมมักจะแก้ปัญหาโดยการพึ่งพาผู้ที่มีอำนาจมากกว่าพึ่งพานักกฎหมาย ดังนั้นการจะคาดหวังให้มีการเคลื่อนไหวเพื่อให้เกิดการยอมรับสิทธิของ LGBT จึงเป็นเรื่องยากในประเทศไทย เพราะผู้คนไม่เชื่อมั่นว่ากฎหมายจะให้ความช่วยเหลือแก่เขาได้ ขณะที่ LGBT ในประเทศไทยเองก็พอใจที่สังคมปัจจุบันยอมรับในตัวตนที่แต่ละคนเป็น ไม่มีใครมาว่าร้ายในทางเสียหาย ขณะเดียวกันผู้คนบางส่วนที่ไม่ใช่ LGBT ก็คัดกระแสเรียกร้องนี้โดยให้เหตุผลว่าการเป็น LGBT ในประเทศไทยนั้นยังดีกว่าการเป็น LGBT ในประเทศอื่น เช่น ประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลามซึ่งปรากฏภาพการประชาติชนกลุ่ม LGBT อยู่เสมอ นอกจากนี้แม้ว่าประเทศไทยจะมีประชากร LGBT อยู่มากพอสมควร แต่กลับไม่มีนักการเมืองหรือข้าราชการระดับสูงแม้แต่คนเดียวที่แสดงตัวยอมรับว่าตนเองเป็น LGBT ขณะที่ต่างประเทศมีนักการเมือง/ข้าราชการระดับสูงที่ยอมรับว่าตนเองเป็น LGBT และได้รับการยอมรับจากสังคม เช่น อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมของสหรัฐฯ, รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส, ผู้ว่าการรัฐเบอร์ลินในประเทศเยอรมนี, เอกอัครราชทูตอังกฤษประจำประเทศไทย หรือเอกอัครราชทูตโปรตุเกสประจำประเทศไทย เป็นต้น

ผู้ศึกษากล่าวว่าหากข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้ คุณวรานนท์มองว่าสังคมไทยยอมรับ LGBT อย่างแท้จริงจากส่วนลึกของจิตใจหรือไม่

คุณวรานนท์เห็นว่าสังคมไทยน่าจะยังไม่ยอมรับ LGBT อย่างแท้จริง สังคมไทยเป็นสังคม “ห้ามถาม ห้ามบอก (Don't ask, don't tell)” คือ LGBT ก็ใช้ชีวิตตามแนวทางหรือธรรมเนียมทางเพศของตัวเองไป แต่เมื่อใดที่ LGBT ในประเทศไทยเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวเทียบเท่ากับครอบครัวต่างเพศก็มักจะถูกตั้งคำถามว่าทำไปเพื่ออะไร แม้กระทั่ง LGBT บางคนเองก็เห็นว่าไม่จำเป็นต้องเรียกร้องการจดทะเบียนครอบครัวแค่ได้ใช้ชีวิตร่วมกันกับคนที่รักก็เพียงพอแล้ว และคู่รักต่างเพศก็มีหลายคู่ที่อยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรส ซึ่งคุณวรานนท์เห็นว่าวิธีคิดเช่นนี้มีจุดที่โต้แย้งได้คือ คู่รักต่างเพศมีสิทธิที่จะจดทะเบียนครอบครัวได้เพียงแต่ไม่ใช่ทุกคู่ที่จะใช้สิทธินั้น แต่คู่รักเพศเดียวกัน “ไม่มี” สิทธิเช่นว่านั้นมาตั้งแต่ต้น ดังนั้นจึงนำ 2 กรณีนี้มาเปรียบเทียบกันไม่ได้ ยังมีพิกัดต้องกล่าวถึงเรื่องสิทธิอื่นๆที่สืบเนื่องจากการมีทะเบียนครอบครัว เช่น สิทธิในการรับมรดก, การรับบุตรบุญธรรม, สิทธิทางภาษี, การรับสวัสดิการจากรัฐ ฯลฯ

หากเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ประเทศไทยถือว่ามีกระแสการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันน้อยมากเมื่อพิจารณาถึงจำนวนประชากร LGBT ในประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ซึ่งมีกฎหมายห้ามคนเพศเดียวกันมีเพศสัมพันธ์กันก็ยังมีกระแสการเคลื่อนไหวเชิงสัญลักษณ์ที่เรียกว่า Pink Dot คือ การผู้คนสวมเสื้อผ้าสีชมพูและมารวมตัวกันกลางเมืองสิงคโปร์ และในปีที่แล้วมีผู้คนมาร่วมงานนี้กว่า 80,000 คน จากจำนวนประชากรราว 5 ล้านคน ขณะที่การเคลื่อนไหวลักษณะนี้ในประเทศไทยจะมีภาพลักษณ์เป็นเพียงงานชุมนุมรื่นเริงที่ไม่เน้นประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายเท่าไรนัก

เมื่อราว 2 ปีก่อนคุณวรานนท์ได้รับเชิญให้เข้าร่วมงานสัมมนา LGBT's Private in Workplaces จัดโดย UNESCO และนิตยสาร The Economist งานสัมมนาครั้งนี้มีผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงานภาคเอกชนชั้นนำในประเทศไทย องค์กรลูกจ้าง และกระทรวงแรงงานเข้าร่วม เนื้อหาการสัมมนาทำให้ทราบว่าลูกจ้าง LGBT ได้รับสิทธิการดูแลสุขภาพจากบริษัทต่างชาติในประเทศไทยสูงกว่าสิทธิที่ได้รับจากกฎหมายไทย และบริษัทเอกชนไทยซึ่งเป็นสำนักงานในต่างประเทศก็ต้องปฏิบัติตามลูกจ้าง LGBT ให้สอดคล้องกับสิทธิที่กำหนดไว้ตามกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีมาตรฐานสูงกว่ากฎหมายไทย นอกจากนี้ลูกจ้าง LGBT ในประเทศไทยยังได้รับความทุกข์และความลำบากอยู่มาก เช่น เกศศิครสาวประเภทสองคนหนึ่งเล่าว่าตนมีอุปสรรคในการเดินทางไปต่างประเทศเนื่องจากในหนังสือเดินทางปรากฏค่านำหน้าชื่อเป็น “นาย” จึงมักถูกตำรวจตรวจคนเข้าเมืองกักตัวไว้และถูกตั้งคำถามมากมายที่จุดตรวจคนเข้าเมืองในสนามบิน รวมถึงการถูกคุกคามด้วยวาจาจากเพื่อนร่วมงานโดยที่ไม่มีนโยบายจากนายจ้างที่จะปกป้องสิทธิในความเป็นส่วนตัว

ดังนั้นการยอมรับ LGBT ในประเทศไทยจึงเป็นเพียงการยอมรับโดยผิวเผินเท่านั้นไม่ใช่การยอมรับในฐานะผู้มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน เห็นได้จากการสร้างคำว่า “**เพศที่สาม**” ในประเทศไทยที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกกีดกัน LGBT ออกจาก “**เพศที่ 1 หรือเพศที่ 2**” หรืออีกนัยหนึ่งคือออกจากความเป็น “**ชายหรือหญิง**” ทั้งๆที่ LGBT ก็คือมนุษย์คนหนึ่ง นอกจากนี้การยอมรับ LGBT ในประเทศไทยก็เป็น “**การยอมรับแบบไม่ยอมรับ**” คือ ยอมรับเฉพาะการมีตัวตนหรือการปรากฏตัวเท่านั้นและการที่ประเทศไทยไม่มีบทลงโทษทางกฎหมายต่อการเป็น LGBT นั้นก็ถือว่าเป็นโชคดีสำหรับ LGBT ในประเทศไทยมากแล้ว

นโยบายของรัฐไทยต่อประเด็น LGBT มีผลต่อการตัดสินใจในการใช้ชีวิตของประชากร LGBT ในประเทศไทยและอาจผลักดันบุคลากรของชาติที่มีคุณภาพออกจากประเทศไทยโดยไม่รู้ตัว เห็นได้จากการที่คุณวรานนท์เปิดใจกับนักศึกษาว่าในอนาคตตนมีแผนที่จะย้ายถิ่นฐานไปอาศัยอยู่กับคุณ Jon ที่ประเทศออสเตรเลียเนื่องจากเห็นว่าประเทศออสเตรเลียสามารถให้รับรองสิทธิทางครอบครัวของตนได้ดีกว่าที่ประเทศไทยรับรองสิทธิทางครอบครัวของคุณ Jon ดังนั้นเรื่องนี้จึงถือว่าไม่เป็นธรรมหากต้องให้คุณ Jon พักอาศัยอยู่ในประเทศไทยต่อไป ซึ่งนั่นจะทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียรายได้จากภาษีร้อยละ 37 ของเงินได้พึงประเมินของคุณวรานนท์ไป และยังมี LGBT ที่มีศักยภาพและมีทางเลือกในชีวิตอีกมากที่มีแนวคิดเช่นนี้

ประเด็นที่ 5 กฎหมายการรับรองสิทธิจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันของประเทศไทย

ผู้ศึกษาถามว่าการมีกฎหมายยอมรับสิทธิของ LGBT จะสร้างความเปลี่ยนแปลงในสังคมไทยได้จริงหรือไม่ เพราะการแก้ไขทัศนคติของมนุษย์ต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่งน่าจะทำได้ยาก

คุณวรานนท์เห็นต่างจากผู้ศึกษา โดยอธิบายว่ากฎหมายที่ยอมรับสิทธิของ LGBT สามารถปรับเปลี่ยนทัศนคติของสังคมได้ไม่ช้าก็เร็ว เช่น ประเทศไต้หวันเองในปัจจุบันก็ยังมีกระแสเรียกร้องให้รัฐไม่ควรรับรองสิทธิให้แก่กลุ่ม LGBT แต่การที่กฎหมายไต้หวันรับรองสิทธิของ LGBT ก็ทำให้ทัศนคติของสังคมไต้หวันเปลี่ยนไป ประชากรรุ่นใหม่เติบโตมาโดยเข้าใจว่าการเป็นคู่รักมีรูปแบบมากกว่าแค่ชาย-หญิง และการเรียนการสอนในโรงเรียน, โฆษณาทางสื่อ, การรับรู้และยอมรับของสังคม ฯลฯ ล้วนเปลี่ยนแปลงไปซึ่งทั้งหมดนี้เกิดจากการชี้แนะโดยกฎหมาย

ผู้ศึกษาถามคุณวรานนท์ว่ามีความคิดเห็นอย่างไรต่อตรรกะที่ว่า “หากประเทศไทยจะมีกฎหมายยอมรับการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน ควรขอให้สังคมไทยยอมรับ LGBT ให้ได้มากกว่านี้ก่อน”

คุณวรานนท์ให้ความเห็นในเชิงเปรียบเทียบว่า ในปัจจุบันสังคมอเมริกันก็ยังมี การเหยียดคนผิวสีอยู่ ถ้าอย่างนั้นเราควรจะให้คนผิวขาวยอมรับคนผิวสีให้ได้ก่อนจากนั้นจึงค่อยมีกฎหมายห้ามการเหยียดสีผิวหรือการเลือกปฏิบัติอย่างนั้นหรือ? หรือเราจะรอให้ชายในสังคมยอมรับว่าหญิงมีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกับตนจึงจะมีกฎหมายรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศอย่างนั้นหรือ? และประเทศไทยก็ไม่เคยใช้หลักการอย่างนี้ในการออกกฎหมาย ดังนั้นตรรกะดังกล่าวจึงไม่สมเหตุสมผล

ผู้ศึกษาถามคุณวรานนท์ต่อไปว่ามีความคิดเห็นอย่างไรกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.... ที่ค้างพิจารณาอยู่ในฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทย

คุณวรานนท์ตอบว่า แม้การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะไม่ใช่ว่าตอบที่ดีที่สุดสำหรับการรับรองสิทธิการจดทะเบียนครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกัน แต่ส่วนตัวก็สนับสนุนร่างพระราชบัญญัตินี้เพราะถือเป็น “ก้าวสำคัญ” ของการพัฒนาสิทธิการจดทะเบียนครอบครัว เพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตน่าจะมีเสียงต่อต้านจากกลุ่มผู้เห็นต่างน้อยกว่าการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน และจะนำไปสู่การจดทะเบียนสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันในอนาคต นอกจากนี้ยังเป็นวิถีทางที่นุ่มนวลก่อนที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงใหญ่ของสังคมไทยคล้ายกับการเลิกทาสในสมัยรัชกาลที่ 5

ผลทางบวกที่จะเกิดขึ้นจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ไม่เพียงแต่มีเฉพาะประเด็นด้านสิทธิหน้าที่และสถานะครอบครัวตามกฎหมายเท่านั้น โดยคุณวรานนท์อธิบายว่า สาเหตุที่ทำให้การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักเพศเดียวกันเป็นเรื่องยากเพราะสังคมไม่ยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันว่าเป็นครอบครัว ดังนั้นจึงแทบเป็นไปได้เลยที่คู่รักเพศเดียวกันส่วนใหญ่จึงปฏิบัติต่อกันในทำนองเดียวกับคู่รักต่าง

เพศ เช่น ไปทานอาหารร่วมกัน, พักค้างแรมในห้องเดียวกัน ฯลฯ ดังนั้นพระราชบัญญัติคู่ชีวิตจะทำให้ทัศนคติของสังคมไทยต่อ LGBT เปลี่ยนไปเหมือนกับที่เคยเกิดขึ้นในหลายประเทศ และแม้ว่าคู่รักคนเพศเดียวกันบางคู่อาจเลือกที่จะไม่จดทะเบียนครอบครัวตามกฎหมายนี้ก็ตาม แต่การแสดงออกซึ่งการมีความสัมพันธ์กับคู่รักเพศเดียวกันก็ปรากฏมากขึ้นในสังคมซึ่งเป็นผลดีต่อการรักษาความสัมพันธ์ทางครอบครัว

อย่างไรก็ตามประเทศที่รับรองสิทธิของ LGBT ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่รับรองสิทธิมนุษยชนอย่างเข้มข้น ขณะที่การรับรองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยเป็นประเด็นลำดับรองๆ ในการบริหารประเทศ ดังนั้นการรับรองสิทธิของ LGBT ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนจึงเป็นเรื่องยากสำหรับประเทศไทยในเวลานี้ และคุณวรานนท์ขอให้เปรียบเทียบประเทศไทยกับประเทศไต้หวันเมื่อไม่นานมานี้ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันได้พิพากษาว่าการที่กฎหมายบังคับให้การสมรสเกิดขึ้นได้เฉพาะระหว่างคู่รักชาย-หญิงถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ทำให้ประเทศไต้หวันอาจกลายเป็นประเทศแรกในเอเชียที่จะมีกฎหมายรับรองให้คนเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนก่อตั้งครอบครัวได้

ผู้ศึกษาตั้งข้อสังเกตว่า ขณะนี้ศาลไทยกำลังมีท่าทียอมรับครอบครัวคนเพศเดียวกันมากขึ้นเห็นได้จากคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวที่ พ.716/2559 หรือคดีน้องคาร์เมน ซึ่งคุณวรานนท์ก็เห็นด้วยว่าคดีนี้เป็นเครื่องบ่งชี้การยอมรับจากฝ่ายตุลาการที่ดี เพียงแต่น่าเสียดายว่าคดีนี้ยุติในศาลชั้นต้นทำให้บุคคลทั่วไปไม่ทราบว่าศาลได้ให้เหตุผลทางกฎหมายประกอบการพิจารณาในคดีนี้อย่างไรจึงพิพากษาให้ด.ญ.คาร์เมนเป็นบุตรของชาย LGBT ที่เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิ

ผู้ศึกษาถามว่าหากในอนาคตพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ มีผลบังคับใช้แล้วกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายคนเข้าเมือง, กฎหมายประกันสังคม ฯลฯ จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพื่อรับรองสิทธิของผู้เป็นคู่ชีวิตให้เท่าเทียมกับผู้ที่เป็นคู่สมรสด้วยหรือไม่

คุณวรานนท์เห็นว่ากฎหมายอื่นๆ ก็ควรผ่อนคลายเงื่อนไขทางกฎหมายบางประการลง เช่น การจำกัดสิทธิไว้ให้แต่เฉพาะคู่สมรสก็ควรขยายให้รวมถึงคู่ชีวิตด้วย หรือพระราชบัญญัติคู่ชีวิตอาจบัญญัติรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างการเป็นคู่ชีวิตและคู่สมรสในทำนองว่า “ในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นโดยเฉพาะ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกล่าวถึงคู่สมรสให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตด้วย” อย่างนี้ก็ได้อีก แต่อย่างไรก็ตามในทัศนะของ LGBT การเป็นคู่ชีวิตก็สร้างความรู้สึกที่แตกต่างกับการเป็นคู่สมรสอยู่นั่นเอง เพราะคล้ายกับว่าครอบครัว LGBT ถูกปฏิบัติแปลกแยกเสมือนเป็นประชากรชั้นสอง คล้ายกับกรณีในต่างประเทศที่ครั้งหนึ่งเคยมีการกีดกันทางสีผิว และต่อมาก็ยอมรับให้คนผิวสีขึ้นรถประจำทางร่วมกับคนผิวขาวได้ แต่จำกัดที่นั่งให้นั่งเฉพาะตอนท้ายของรถเท่านั้น ดังนั้นกุญแจสำคัญของปัญหาต่างเกี่ยวกับ LGBT จึงอยู่ที่การยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนและความเท่าเทียมกันระหว่างมนุษย์ตามที่ได้สนทนากันเมื่อสักครู่

นอกจากนี้หากเรามองเรื่องนี้ด้วยสายตาเป็นกลางก็พอจะเข้าใจได้ว่า ปัญหาสิทธิของ LGBT อาจจะไม่ใช่ว่าปัญหาเร่งด่วนที่สุดของประเทศไทยในเวลานี้ เพราะยังมีปัญหาสังคมอื่นๆ เช่น ปัญหาปากท้องของ

ประชาชน, ปัญหาการเมืองการปกครอง, สวัสดิภาพของผู้ใช้แรงงาน ฯลฯ และ LGBT ก็ยังคงเป็นสมาชิกของสังคมที่มีบทบาทอื่นนอกจากการเป็น LGBT แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยจะต้องแก้ปัญหาเรื่องอื่นๆก่อนที่จะเริ่มแก้ปัญหาของ LGBT เพราะปัญหาหลายๆเรื่องก็สามารถแก้ไขไปพร้อมกันได้

ประเด็นที่ 6 ความเป็นไปได้ที่การรับรองสิทธิของ LGBT จะเป็นวาระของประชาคมอาเซียน

ผู้ศึกษาสอบถามว่าเพราะเหตุใดประเทศในยุโรปซึ่งเป็นประเทศคริสต์ถึงสามารถผลักดันเรื่องสิทธิของ LGBT ให้เป็นวาระร่วมกันของทั้งภูมิภาคได้ และภาพเหตุการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นในอาเซียนได้บ้างหรือไม่

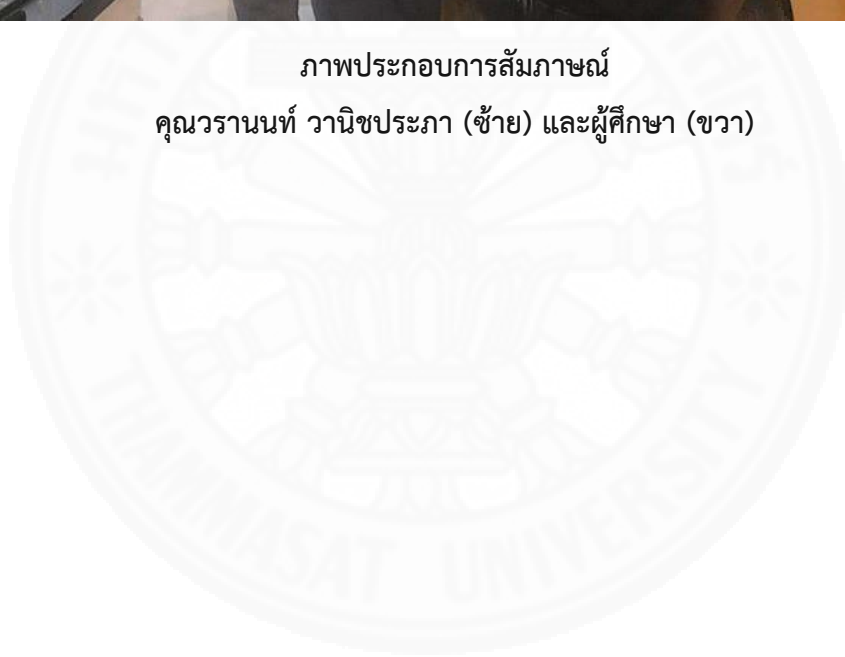
คุณวรานนท์ได้กรุณาอธิบายว่าการกล่าวว่าประเทศในยุโรปเป็นประเทศคริสต์ศาสนาอาจจะไม่ถูกต้องนัก จริงอยู่ว่าประชากรส่วนใหญ่ของประเทศในยุโรปนับถือคริสต์ศาสนา แต่ก็มีประชากรอีกจำนวนไม่น้อยที่ไม่นับถือศาสนาใดเลย (atheism) แต่เหนือสิ่งอื่นใดคือประเทศในยุโรปจะไม่ให้ศาสนาเข้ามาเกี่ยวข้องกับการออกกฎหมายหรือการบริหารประเทศ ตั้งแต่ที่ประเทศเหล่านี้แบ่งแยกฝ่ายอาณาจักรออกจากฝ่ายศาสนจักรในสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการ ดังนั้นแม้หลักบัญญัติในศาสนาคริสต์จะกล่าวว่าการเป็นคนรักเพศเดียวกันจะเป็นบาปก็ตาม ก็ไม่มีผลต่อการสนับสนุนสิทธิของ LGBT แต่ทว่าประเทศที่ศาสนาเข้ามาอิทธิพลต่อการออกกฎหมายและการบริหารประเทศ ปัญหาการคุกคามสิทธิของ LGBT ดูเหมือนจะทวีความรุนแรงขึ้นเห็นได้จากภาพการใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นกับ LGBT เพิ่มมากขึ้น ทำให้มี LGBT ที่ต้องลี้ภัยออกจากประเทศเหล่านี้เพื่อเอาตัวรอดจากการถูกข่มเหงเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

ดังนั้นการที่ประเด็น LGBT จะกลายเป็นวาระของอาเซียน หรืออาเซียนจะมีกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวระหว่างคนเพศเดียวกันจึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าเป็นไปได้ เพราะอย่างน้อยประเทศบรูไนฯ, มาเลเซีย, อินโดนีเซีย หรือฟิลิปปินส์คงจะต้องคัดค้านเรื่องนี้อย่างแน่นอน และการร่วมมือกันในกรอบของอาเซียนก็หลวมกว่าสหภาพยุโรปมาก แต่หากมองแค่การยอมรับเฉพาะภายในแต่ละประเทศก็อาจเป็นไปได้เพราะประเทศไทยหรือเวียดนามก็มีสัญญาณการยอมรับสิทธิของ LGBT แล้ว อย่างไรก็ตามการมีอุดมคติว่าอาเซียนจะมีกฎหมายรับรองสิทธิของ LGBT ก็ยังคงเป็นสิ่งที่ดีเพราะอุดมคตินั้นจะเป็นเป้าหมายให้อาเซียนสร้างกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของ LGBT ให้เกิดขึ้นและพัฒนากฎหมายนั้นให้ดียิ่งขึ้น เหมือนกับที่ครั้งหนึ่งคำว่าสิทธิมนุษยชนก็เคยเป็นเพียงอุดมคติแต่ในปัจจุบันสังคมโลกก็สร้างและพัฒนากฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนมาแล้วหลายต่อหลายเรื่อง

ปิดการสัมภาษณ์เวลาประมาณ 17.30 น. ใช้เวลาสัมภาษณ์ประมาณ 1 ชั่วโมง 30 นาที



ภาพประกอบการสัมภาษณ์
คุณวรานนท์ วานิชประภา (ซ้าย) และผู้ศึกษา (ขวา)



ภาคผนวก ง
ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการจดทะเบียนสมรส
และแนวคิดในร่างกฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต

ประเด็น	การจดทะเบียนสมรส	การจดทะเบียนคู่ชีวิต ¹
1. เงื่อนไขของการจดทะเบียน		
1.1 เงื่อนไขด้านอายุ	17 ปีบริบูรณ์	20 ปีบริบูรณ์
1.2 เงื่อนไขด้านสัญชาติ	(ไม่มี)	<u>ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย</u>
1.3 เงื่อนไขด้านความยินยอม	คู่สมรสต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน	คู่ชีวิตต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน
1.4 เงื่อนไขด้านสุขภาพอนามัย	ต้องไม่เป็นคนวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ	ต้องไม่เป็นคนวิกลจริต <u>จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ</u> คนไร้ความสามารถ <u>หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ</u>
1.5 เงื่อนไขการเป็นญาติสืบสายโลหิต	ต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา (ถือตามข้อเท็จจริง)	ต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา (ถือตามข้อเท็จจริง)
1.6 เงื่อนไขการจดทะเบียนซ้อน	ต้องไม่มีคู่สมรสคนอื่น	ต้องไม่มีคู่สมรสหรือมีคู่ชีวิตคนอื่น
2. การจดทะเบียนในต่างประเทศ	ทำได้	ทำได้

¹ ชวินโรจน์ ธีรพัชรพร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย, 471-484.

ประเด็น	การจดทะเบียนสมรส	การจดทะเบียนคู่ชีวิต
3. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี	เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 3	อนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 3 และมีสิทธิหน้าที่ต่อกับเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
4. ทรัพย์สินระหว่างคู่กรณี	เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 4	อนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 4
5. การสิ้นสุดความสัมพันธ์ทางครอบครัว		
5.1 เหตุสิ้นสุดความสัมพันธ์	ความตาย การหย่าโดยความยินยอม การหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส	ความตาย สมัครใจเลิกกันโดยการจดทะเบียนศาลพิพากษาให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต
5.2 เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษายุติความสัมพันธ์	การจดทะเบียนสมรสที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ มีเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516	การจดทะเบียนคู่ชีวิตฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมาย การจดทะเบียนคู่ชีวิตเกิดขึ้นโดยความสำคัญผิด ถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่ มีเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (เหตุฟ้องหย่า)
5.3 ผลภายหลังการสิ้นสุดการสมรส	เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 6	อนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 6
6. สิทธิหน้าที่ในมรดกของอีกฝ่าย	มีสิทธิหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6	มีสิทธิหน้าที่ที่อนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

ภาคผนวก จ

บันทึกการให้สัมภาษณ์ของคุณธนิศ ต้นบัวคลี หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก
ณ สำนักงานเขตบางรัก เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558

บันทึกและเรียบเรียงโดย วิศรุต สำลีอ่อน

ประเด็นที่ 1 เกี่ยวกับเงื่อนไขการรับจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

ผู้ศึกษากล่าวว่า การจดทะเบียนครอบครัวระหว่างผู้มีสัญชาติไทยกับคนต่างด้าว ทางสำนักงานเขต มีหลักเกณฑ์การพิจารณารับจดทะเบียนอย่างไร

คุณธนิศตอบว่า เงื่อนไขการรับจดทะเบียนเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ.2478 เช่น การจดทะเบียนสมรส ผู้ที่มาขอจดทะเบียนสมรสและมีสัญชาติไทยก็ต้องมีความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนคนต่างด้าวก็ต้องมีความสามารถตามกฎหมายของประเทศที่ผู้นั้นมีสัญชาติ ซึ่งในการพิจารณานั้น หากผู้ขอจดทะเบียนมีสัญชาติไทย ทางสำนักงานเขต จะตรวจสอบความสามารถจากฐานข้อมูลทะเบียนราษฎร ส่วนผู้มีสัญชาติต่างประเทศ จะต้องพิจารณาตามหนังสือรับรองความสามารถในการสมรส ซึ่งคนต่างด้าวสามารถขอหนังสือนี้ได้จากสถานทูตหรือสถานกงสุลของประเทศตนที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยและดำเนินการแปลเป็นภาษาไทยโดยให้กระทรวงการต่างประเทศรับรองคำแปลภาษาไทยนั้น และในทางปฏิบัติจะถือว่าหากคนต่างด้าวสามารถขอหนังสือรับรองความสามารถในการสมรสนี้ได้ ย่อมแปลว่าเขามีความสามารถที่จะสมรสแล้ว

ผู้ศึกษาสอบถามเพิ่มเติมว่า ได้มีการพิจารณาความยาวนานในการพำนักอยู่ในประเทศไทยก่อนที่คนต่างด้าวจะมาขอจดทะเบียนสมรสหรือไม่

คุณธนิศตอบว่า ไม่มีเงื่อนไขการพิจารณาความยาวนานของการพำนัก เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องพิจารณา และในความเป็นจริงก็มีชาวต่างชาติหลายคนที่คบหากับคนไทย ติดต่อกับผ่าน application Line บ้าง ผ่านทาง facebook บ้าง จากนั้นก็เดินทางมาประเทศไทยเพื่อจดทะเบียนสมรสกับคนไทย แล้วก็เดินทางกลับต่างประเทศหลังจากนั้นทันที

อนึ่ง ในระหว่างการสัมภาษณ์ มีผู้ที่มาขอจดทะเบียนสมรสโดยฝ่ายชายเป็นคนต่างด้าว ส่วนฝ่ายหญิงมีสัญชาติไทย ผู้ศึกษาจึงสอบถามว่าทั้งสองรู้จักกันได้อย่างไร ได้รับคำตอบว่า ภรรยาเก่าของฝ่ายชายเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็งเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2558 หลังจากการจากไปของภรรยา เพื่อนของฝ่ายชายก็ได้แนะนำให้รู้จักกับ

ฝ่ายหญิง จากนั้นจึงได้ติดต่อพูดคุยกัน และฝ่ายชายตัดสินใจจะสมรสกับฝ่ายหญิงจึงได้เดินทางมาประเทศไทยเพื่อ การนี้โดยเฉพาะ

ผู้ศึกษาถามคุณธนิตต่อไปว่า แล้วการจดทะเบียนหย่ามีเงื่อนไขใดเป็นพิเศษแตกต่างจากการจดทะเบียนสมรสหรือไม่

คุณธนิตตอบว่า ไม่มีเงื่อนไขใดเป็นพิเศษเช่นกัน เพียงแต่คู่สมรสจะต้องจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยก่อน หรือการสมรสนั้นได้รับการบันทึกสถานะแห่งครอบครัวก่อน จึงจะมีขอจดทะเบียนหย่าที่ สำนักงานเขตได้ ดังนั้นหากจดทะเบียนสมรสกันในประเทศ และมีได้ดำเนินการจดทะเบียนสมรสซ้ำหรือมีการ บันทึกสถานะแห่งครอบครัวตามกฎหมายไทย ก็ไม่สามารถขอจดทะเบียนหย่าได้

ประเด็นที่ 2 เกี่ยวกับการเลือกใช้กฎหมายเพื่อการจดทะเบียนครอบครัว

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า ในการจดทะเบียนครอบครัว ทางสำนักงานเขตพิจารณาความสามารถของ บุคคลตามกฎหมายสัญชาติ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 19 และมาตรา 26) ใช่หรือไม่

คุณธนิตตอบว่า ก็น่าจะเป็นเช่นนั้น เพราะในการจดทะเบียนสมรสนั้น ฝ่ายที่มีสัญชาติไทยก็ต้อง เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนฝ่ายคนต่างด้าวก็ต้องใช้หนังสือรับรองความสามารถในการ สมรสซึ่งออกโดยสถานทูตหรือสถานกงสุล ตามที่ได้ตอบไปเมื่อสักครู่

ผู้ศึกษาสนใจประเด็นของการหย่าโดยความยินยอม เนื่องจากตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 26 วางหลักว่า การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อกฎหมายแห่ง สัญชาติของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมให้หย่าได้ จึงถามว่าในกรณีเช่นนี้ ทางสำนักงานเขตจะทราบได้อย่างไรว่า กฎหมายของประเทศใดยินยอมให้มีการหย่าโดยความยินยอมได้หรือไม่ได้

คุณธนิตตอบว่า ในการหย่านั้นปกติก็ใช้กฎหมายไทย เพราะเจ้าหน้าที่ไม่มีทางทราบได้ว่า กฎหมายของประเทศใดบ้างที่ยินยอมให้หย่าได้หรือหย่าไม่ได้

ผู้ศึกษาตรวจสอบถึงเรื่องแบบของการสมรสและการหย่าว่าเป็นไปตามกฎหมายของประเทศไทย หรือไม่ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 20) ซึ่งคุณธนิตตอบว่า เป็นไปตามกฎหมาย ไทย คือเอกสาร คร.2 (ทะเบียนสมรส) และคร.6 (ทะเบียนหย่า)

ประเด็นที่ 3 การรับรองสถานะครอบครัวที่ได้มาจากรัฐต่างประเทศ

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า ทางสำนักงานเขตรับรองสถานะทางครอบครัวที่บุคคลได้มาจากต่างประเทศอย่างไร

คุณธนิตอธิบายว่า สำนักงานเขตจะทำการบันทึกสถานะทางครอบครัวเหล่านั้นลงในเอกสาร คร. 22 (ทะเบียนฐานะแห่งครอบครัว) เพื่อรับรองสถานะทางครอบครัวให้มีผลทางกฎหมายในประเทศไทย หากในความสัมพันธ์ทางครอบครัวนั้นมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทย ดังนั้นคู่สมรสต่างด้าวที่สมรสหรือหย่าในต่างประเทศจึงไม่อาจขอบันทึกสถานะครอบครัวในประเทศไทยได้

ผู้ศึกษาถามต่อว่า ทางสำนักงานเขตพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสถานะทางครอบครัวก่อนที่จะรับลงบันทึกสถานะทางครอบครัวหรือไม่

คุณธนิตตอบว่า ทางสำนักงานเขตมิได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพราะเกินความสามารถที่จะตรวจสอบได้ จึงต้องถือว่าเอกสารสถานะครอบครัวที่บุคคลได้รับมาจากต่างประเทศย่อมมีความถูกต้องแท้จริง และเมื่อมีการแปลและรับรองจากกระทรวงการต่างประเทศ ย่อมถือว่าดำเนินการตามระเบียบหลักเกณฑ์ของกระทรวงมหาดไทยแล้ว ทางสำนักงานเขตจึงต้องบันทึกสถานะให้

ผู้ศึกษาเกิดความสนใจในเรื่องการรับรองการหย่าด้วยเอกสาร คร. 22 (ทะเบียนฐานะแห่งครอบครัว) จึงถามว่า หากบุคคลสมรสกันในประเทศ โดยมีได้จดทะเบียนสมรสในประเทศไทย และคู่สมรสนี้ฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย ต่อมาทั้งสองหย่ากันในประเทศ การหย่านี้สามารถนำมายื่นขอบันทึกสถานะทางครอบครัวได้หรือไม่ ซึ่งคุณธนิตให้คำตอบว่า สามารถทำได้เช่นกัน

ประเด็นที่ 4 แนวทางปฏิบัติในการดำเนินการจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

ผู้ศึกษาถามว่า การจดทะเบียนครอบครัวระหว่างผู้มีสัญชาติไทยกับคนต่างด้าวมียื่นตอนอย่างไร

คุณธนิตตอบว่า สำนักงานเขตบางรักสามารถรับจดทะเบียนสมรสระหว่างผู้มีสัญชาติไทยกับคนต่างด้าวได้วันละประมาณ 10 คู่เท่านั้น เพราะการใช้เวลาจดทะเบียนต่อ 1 คู่ประมาณ 1 ชั่วโมง (ช่วงเวลาทำการคือ 8.00 น. – 16.00 น.) ดังนั้นคู่สมรสจะต้องเดินทางมารับบัตรคิวก่อนเวลาทำการ เมื่อรับบัตรคิวแล้วจึงเขียนคำร้องขอจดทะเบียนสมรส (แบบปค.14) และให้เจ้าหน้าที่ประชาสัมพันธ์ของสำนักงานเขตตรวจสอบเอกสารว่าครบถ้วนหรือไม่

เมื่อถึงคิวเรียก เจ้าหน้าที่จะทำการตรวจสอบข้อมูลของผู้ยื่นคำร้องฝ่ายไทยจากฐานข้อมูลทะเบียนราษฎรเพื่อตรวจสอบความสามารถในการสมรส (เช่น อายุ สถานภาพสมรส) เมื่อไม่มีข้อขัดข้องจึงเริ่ม

พิมพ์ทะเบียนสมรส (แบบคร.2) และใบสำคัญการสมรส (แบบคร.3) เมื่อเอกสารครบถ้วนแล้วจึงส่งต่อให้แก่ นายทะเบียนครอบครัวเพื่อให้ผู้ที่ประสงค์จะสมรสลงนามต่อหน้านายทะเบียน ซึ่งตามกฎหมายแล้วจะต้องเป็นผู้อำนวยความสะดวกเพราะเป็นนายทะเบียนครอบครัวตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวฯ แต่ในทางปฏิบัติ ผู้อำนวยการเขตจะมอบอำนาจให้หัวหน้ากลุ่มงานทะเบียนเป็นผู้ลงนามจดทะเบียนแทนเนื่องจากมีภารกิจอื่น ๆ มาก

แต่เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2558 กรมการปกครองมีหนังสือสั่งการที่ มท 0309.3/ว9609 กำหนดแนวทางปฏิบัติในการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยซึ่งเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงกับบุคคลต่างด้าว โดยหนังสือสั่งการดังกล่าวระบุในข้อ 1.5 ว่า “ให้นายอำเภอและผู้ว่าการเขตปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนอำเภอและนายทะเบียนเขตแล้วแต่กรณี ปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนในการรับจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยตนเอง แต่หากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนได้ให้มอบหมายปลัดอำเภอ หัวหน้ากลุ่มบริหารงานปกครอง หรือปลัดอำเภอ หัวหน้าฝ่ายทะเบียนและบัตร และผู้ช่วยผู้ว่าการเขต หรือหัวหน้าฝ่ายทะเบียน แล้วแต่กรณี เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน โดยมีกำหนดระยะเวลาแน่นอน” นั้นทำให้หัวหน้ากลุ่มงานทะเบียนไม่สามารถลงนามจดทะเบียนสมรสในกรณีเช่นนี้ได้อีก ภาระงานจึงตกเป็นของหัวหน้าฝ่ายทะเบียนประจำสำนักงานเขตไป

ก่อนการลงนามนั้น นายทะเบียนครอบครัวจะต้องอธิบายเนื้อหาในส่วนต่างๆของเอกสารให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะสมรสฟัง และอธิบายว่าการสมรสครั้งนี้มีความตกลงอย่างไรเป็นพิเศษบ้างหรือไม่ เช่น การเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อของฝ่ายหญิง การเปลี่ยนนามสกุลหลังจากการสมรส ความตกลงเรื่องสินสมรส เป็นต้น เมื่อคู่สมรสเข้าใจสิ่งต่างๆที่อธิบายดีแล้ว จึงลงนามต่อหน้านายทะเบียน จากนั้นนายทะเบียนจึงลงนาม และมอบใบสำคัญการสมรส (แบบคร.3) ให้แก่คู่สมรส รวมถึงเอกสารอื่นๆที่จำเป็น เช่น หนังสือรับรองการสมรสเพื่อนำไปใช้เป็นหลักฐานในการรับรองการสมรสในต่างประเทศ เป็นอันเสร็จสิ้นกระบวนการ

ส่วนการจดทะเบียนหย่านั้น เนื่องจากยังไม่มีระเบียบหรือหนังสือสั่งการใดเป็นพิเศษ จึงสามารถให้หัวหน้ากลุ่มงานทะเบียนครอบครัว (ผู้ได้บังคับบัญชาของหัวหน้าฝ่ายทะเบียน) เป็นผู้ลงนามแทนได้ตามแนวปฏิบัติปกติ ซึ่งมีขั้นตอนคล้ายกับการจดทะเบียนสมรส คือ คู่สมรสต้องมารับบัตรคิวจากเจ้าหน้าที่ประชาสัมพันธ์ และเขียนคำร้องขอจดทะเบียนหย่า

ประเด็นที่ 5 เกี่ยวกับปัญหาในทางปฏิบัติของงานจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

ผู้ศึกษาตั้งคำถามว่า ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ นายทะเบียนครอบครัวประสบปัญหาอย่างไรบ้างหรือไม่

คุณธนิตเชื่อว่าในประเทศไทย มีสำนักงานเขตที่รับจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่าง

ประเทศเป็นปกติเพียง 2 แห่งเท่านั้น คือ สำนักงานเขตบางรัก และสำนักงานเขตหลักสี่ ส่วนสำนักงานเขตหรือที่ว่าการอำเภอแห่งอื่นๆ หากประชาชนไปยื่นขอจดทะเบียนครอบครัวในลักษณะนี้ จะถูกปฏิเสธ โดยเจ้าหน้าที่จะอ้างว่า นายทะเบียนติดภารกิจ ไปราชการ ฯลฯ แล้วเสนอให้มาดำเนินการที่เขตบางรักแห่งนี้ ทั้งๆที่ตามกฎหมายและระเบียบราชการก็มีได้มีข้อห้ามแต่ประการใด จนเหมือนกลายเป็นธรรมเนียมไปแล้วว่า ถ้าจะจดทะเบียนครอบครัวกับคนต่างด้าว ต้องมาที่เขตบางรักเท่านั้น จึงทำให้เขตบางรักกลายเป็นศูนย์กลางของการจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศไปโดยปริยาย

แต่ในอีกแง่หนึ่ง เขตบางรักก็มีองค์ความรู้เกี่ยวกับการจดทะเบียนครอบครัวในลักษณะนี้เป็นอย่างดี และทราบว่าการสมรสในแต่ละกรณี จำเป็นต้องใช้เอกสารหรือต้องดำเนินการอย่างไรเป็นพิเศษ เช่น หากเป็นการจดทะเบียนสมรสระหว่างหญิงสัญชาติไทยกับชายสัญชาติเยอรมันแล้ว ฝ่ายหญิงจะต้องเปลี่ยนนามสกุลตามสามีทุกครั้ง มิฉะนั้นการสมรสนั้นจะนำไปขอรับรองในประเทศเยอรมนีไม่ได้ หรือหากเป็นการจดทะเบียนสมรสกับชาวอิตาลี ต้องมีการระบุสถานที่เกิดของคู่สมรสชาวไทยลงในทะเบียนสมรส (คร.2) ด้วย นี่จึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่สถานทูตของประเทศต่างๆจะแนะนำให้พลเมืองของตนมาดำเนินการจดทะเบียนครอบครัวที่สำนักงานเขตบางรัก

ในระหว่างสัมภาษณ์ประเด็นนี้ เป็นคิวเรียกของผู้ประสงค์จะทำการสมรสอีกคู่หนึ่งและเป็นคิวสุดท้ายของวันพอดี โดยเป็นการสมรสระหว่างหญิงสัญชาติไทยกับชายสัญชาติแคนาดา ผู้ศึกษาจึงสอบถามว่า ก่อนที่จะมาจดทะเบียนสมรสที่เขตบางรัก ได้ไปดำเนินการที่ใดมาบ้าง จึงได้รับคำตอบว่าก่อนหน้านี้ได้ไปยื่นขอจดทะเบียนสมรสมาแล้ว 4 แห่ง แต่ได้รับการปฏิเสธทั้งหมด โดยเจ้าหน้าที่อ้างว่านายทะเบียนติดประชุมบ้าง ไปราชการนอกสถานที่บ้าง รับจดทะเบียนให้ไม่ได้บ้าง และทุกแห่งล้วนแนะนำตรงกันว่าให้ทั้งสองมาจดทะเบียนสมรสที่เขตบางรัก ซึ่งก็ตรงตามที่คุณธนิศบอกเล่ามา

คุณธนิศยังบอกเล่าถึงหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ที่มท 0309.3/ว 9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 ซึ่งมีข้อความตอนหนึ่งระบุถึงปัญหาการรับจดทะเบียนสมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายในสำนักงานทะเบียนอำเภอต่างๆ ซึ่งกรมการปกครองเห็นว่า การสมรสโดยมิชอบเหล่านั้นเป็นช่องทางที่บุคคลต่างด้าวใช้เพื่อขอสิทธิบางประการ เช่น การขอตรวจลงตรา (วีซ่า) ให้อาศัยอยู่ในประเทศไทยได้นานขึ้น การประกอบอาชีพโดยมิได้รับอนุญาต หรือการกระทำความผิดในรูปแบบต่างๆ อันถือเป็นผลกระทบทางลบต่อความมั่นคงภายในประเทศ คุณธนิศเชื่อว่าหนังสือสั่งการนี้เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้สำนักงานเขตต่างๆไม่รับการจดทะเบียนครอบครัวที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ในบางอำเภอหรือเขต ยังมีปัญหาจากการสร้างขั้นตอนที่มีได้อยู่ในกฎหมาย เช่น การเรียกร้องให้มีล่าม ทั้งๆที่กฎหมายมิได้กำหนดว่าจำเป็นต้องมี อย่างไรก็ตามก็ดีคุณธนิศก็แสดงถึงความเข้าใจว่า นายทะเบียนครอบครัวของประเทศไทยนั้นไม่เชี่ยวชาญภาษาอังกฤษ จึงเกิดปัญหาในการสื่อสารกับชาวต่างชาติ ดังนั้นสำนักงานเขตบาง/อำเภอแห่งจึงกำหนดให้ต้องมีล่าม แต่ส่วนตัวในทางปฏิบัติของคุณธนิศนั้นสามารถอธิบายรายละเอียดของเอกสารประกอบการสมรสได้เอง จึงไม่ต้องการล่าม แต่หากเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการสมรสที่

ซับซ้อนหรือมีคำศัพท์ที่ยาก คุณยินดีจะให้ผู้ที่มาขอจดทะเบียนสมรสฝ่ายไทยเป็นผู้อธิบายให้คู่สมรสของตนเองฟัง

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่คุณสังเกตเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกระบวนการจดทะเบียนครอบครัว คือการพยาน 2 คน เนื่องจากคู่สมรสจำนวนมากมาจดทะเบียนสมรสโดยไม่มีผู้ใดมาด้วยเลย หรือมากับญาติหรือเพื่อนเพียง 1 คน ดังนั้นเจ้าหน้าที่ในสำนักงานเขตจึงต้องผลัดเปลี่ยนกันมาลงชื่อเป็นพยานให้ ซึ่งไม่เกิดประโยชน์ใดๆต่อการจดทะเบียน นอกจากนี้ยังเป็นช่องทางการทุจริตของเจ้าหน้าที่ในสำนักงานเขต/อำเภอบางแห่งอีกด้วย วิธีการคือเจ้าหน้าที่จะอ้างว่าคู่สมรสไม่มีพยาน และจะต้องไปหาพยานมาให้ครบ หากไม่ต้องการเสียเวลาให้ไปพาคณขับมอเตอร์ไซด์รับจ้างด้านนอกมาเป็นพยาน ซึ่งคนขับมอเตอร์ไซด์เหล่านั้นจะคิดค่าเป็นพยานราว 1,000 บาท โดยในภายหลังจะมีการแบ่งเงินนั้นกับเจ้าหน้าที่

ผู้ศึกษาถามว่า ในกรณีที่เป็นคนไร้รัฐไร้สัญชาติมายื่นคำขอจดทะเบียนครอบครัว จะมีการปฏิบัติอย่างไร

คุณนิตตอบว่า ในกรณีทั่วไป เจ้าหน้าที่จะรับเอกสารคำขอไว้และให้รอการจดทะเบียนไว้ โดยอ้างว่าไม่สามารถตรวจสอบสถานภาพสมรสได้ จนกว่าบุคคลนั้นจะหาพยานหลักฐานมายืนยันได้ ทั้งนี้เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติในหนังสือสั่งการของกรมการปกครอง ที่มท 0309.3/ว 9609 ลงวันที่ 2 มิถุนายน 2558 เช่นกัน เว้นแต่เป็นกรณีที่คนไร้รัฐไร้สัญชาติมีการเตรียมพร้อมมาอย่างดี โดยเฉพาะกรณีที่มีการขอความช่วยเหลือไปยังศูนย์บางกอกคลินิกฯของท่านอาจารย์พันธุ์ทิพย์ฯ ซึ่งกรณีเช่นนี้จะมีน้องๆเจ้าหน้าที่จากทางศูนย์ฯ พร้อมทั้งจดหมายแสดงความเห็นทางข้อกฎหมายต่างๆ ซึ่งทางเขตจะดำเนินการให้

ปิดการสัมภาษณ์เวลาประมาณ 17.00 น. ใช้ระยะเวลาพูดคุยประมาณ 3 ชั่วโมง



ภาพประกอบการสัมภาษณ์:

คุณธนิต ต้นบัวคลี่ หัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตบางรัก (ซ้าย) และผู้ศึกษา (ขวา)

ภาคผนวก ฉ

ตารางเปรียบเทียบกฎเกณฑ์การเลือกกฎหมายของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน

ประเทศ	กฎเกณฑ์การเลือกกฎหมาย
1. บรูไนดารุสซาลาม	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักภูมิลำเนา²</p> <p>แบบของการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>
2. กัมพูชา	<p>ความสามารถของบุคคล: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>แบบของการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>
3. อินโดนีเซีย	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักสัญชาติ³</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้น⁴</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>

² ผู้ศึกษาไม่พบบทบัญญัติอันชัดแจ้งที่แสดงว่าประเทศบรูไนจะใช้หลักภูมิลำเนาในการกำหนดความสามารถของบุคคลในการสมรส แต่กฎหมาย Application of Laws Act ของประเทศบรูไนมีหลักกฎหมายว่าให้นำหลักกฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษมาบังคับใช้ในประเทศบรูไนได้ จึงน่าจะพออนุมานว่าการกำหนดความสามารถในการใช้สิทธิทางครอบครัวก็น่าจะเป็นไปตามภูมิลำเนาของบุคคลอันเป็นแนวคิดอย่างกฎหมายอังกฤษ

³ Sudargo Gautama, "Some Aspects of Indonesian Private International Law," *Malaya Law Review*, vol.32, (1990) : 421.

⁴ Indonesian Civil Code §83, Retrieved on 9 June 2017, from [https://www.tribunais.tl/files/Codigo_Civil_Indonesio_\(Ingles\).pdf](https://www.tribunais.tl/files/Codigo_Civil_Indonesio_(Ingles).pdf).



ประเทศ	กฎเกณฑ์การเลือกใช้กฎหมาย
4. ลาว	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้นร่วมกับกฎหมายลาว⁵</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสเกิดขึ้นร่วมกับกฎหมายลาว⁶</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: หลักถิ่นที่มีการหย่าร่วมกับกฎหมายลาว</p>
5. มาเลเซีย	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักภูมิลำเนา</p> <p>แบบของการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>
6. พม่า	<p>ความสามารถของบุคคล: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)⁷</p> <p>แบบของการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>

⁵ Family Law § 47 and § 49, Retrieved on 9 June 2017, from http://www.na.gov.la/docs/lao/laws/soc_cult/12_family26_7_2008.pdf.

⁶ Family Law § 49.

⁷ บทบัญญัติของกฎหมายพม่าไม่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ความสามารถของบุคคลในการสมรสเป็นไปตามกฎหมายใด แต่มีคำอธิบายของ Adrien Briggs อธิบายว่า กฎหมายครอบครัวพม่าพิจารณาความสามารถของบุคคลในการสมรสตามศาสนาที่บุคคลนั้นนับถือ แต่ไม่มีหลักฐานทางวิชาการหรือคำพิพากษาของศาลที่ชี้ได้ว่า พม่าจะเลือกใช้กฎหมายของตนหรือของรัฐต่างประเทศเมื่อใด โปรดดู Adrien Briggs, *Private International Law in Myanmar*, (2015), p.150.

ประเทศ	กฎเกณฑ์การเลือกใช้กฎหมาย
7. ฟิลิปปินส์	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักสัญชาติ⁸</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้น⁹</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: หลักสัญชาติของคู่สมรส</p> <p>เหตุหย่า: (คู่สมรสไม่สามารถหย่ากันได้)¹⁰</p>
8. สิงคโปร์	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักภูมิลำเนา</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้น¹¹</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: หลักถิ่นที่พิจารณาคดี¹²</p> <p>เหตุหย่า: หลักถิ่นที่พิจารณาคดี¹³</p>

⁸ Civil Code of the Philippines § 15, Retrieved on 9 June 2017, from <http://www.chanrobles.com/civilcodeofthephilippines.htm>.

⁹ Civil Code of the Philippines § 17.

¹⁰ Elmer T. Rabuya, The Law on Persons and Family Relations, (Quezon City: Rex Printing, 2006), p.37.

¹¹ Debbie Ong, International Issues in Family Law in Singapore, (Singapore: Academy Publishing, 2015), 70.

¹² ประเทศสิงคโปร์นั้นยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลสิงคโปร์ที่พอจะนำมาอ้างอิงได้ว่าศาลสิงคโปร์จะใช้กฎเกณฑ์การเลือกใช้กฎหมายอย่างไรเพื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา แต่อย่างไรก็ตามตามกฎหมาย Women's Charter มาตรา 69 ให้สิทธิแก่หญิงที่สามีปฏิเสธไม่ยอมเลี้ยงดูสามารถยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งบังคับสามีให้จ่ายค่าเลี้ยงดูได้ ซึ่งรศ. Debbie Ong มองว่าศาลสิงคโปร์เลือกใช้กฎหมายสิงคโปร์ คือ Women's Charter นี้บังคับแก่คดีฟ้องเรียกค่าดูแลไปเลยโดยมิได้พิจารณาถึงกฎเกณฑ์การเลือกใช้กฎหมายโปรดดู *Ibid*, p.119.

¹³ *Ibid.*, p.148.

ประเทศ	กฎเกณฑ์การเลือกใช้กฎหมาย
9. ไทย	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักสัญชาติ¹⁴</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้นร่วมกับหลักสัญชาติ¹⁵</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: หลักสัญชาติของสามี¹⁶</p> <p>เหตุหย่า: หลักถิ่นที่พิจารณาคดี¹⁷</p>
10. เวียดนาม	<p>ความสามารถของบุคคล: หลักสัญชาติ¹⁸</p> <p>แบบของการสมรส: หลักถิ่นที่การสมรสมีขึ้น¹⁹</p> <p>ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>เหตุหย่า: หลักถิ่นที่อยู่ร่วมกันของคู่สมรสและกฎหมายเวียดนาม²⁰</p>

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 18, 19, 24, 26, 27 และ มาตรา 35

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 20

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 21

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 27 วรรคสอง

¹⁸ Do Thi Mai Hahn, “Civil Relationships with Foreign Elements,” Introduction to Vietnamese Law, (Hanoi: Hong Duc Publishing): p.324 and see also Thi Hong Trinh Nguyen, Private International Law in Vietnam, (Tubingen: Mohr Siebeck, 2016): p.34.

¹⁹ The Marriage and Family Law § 12, Retrieved on 9 June 2017, from http://www.moj.gov.vn/vbpq/en/Lists/Vn%20bn%20php%20lut/View_Detail.aspx?ItemID=373.

²⁰ The Marriage and Family Law § 127.

ภาคผนวก ข
ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายและวิธีการรับรองสถานะครอบครัว
ของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน

ประเทศ	หลักกฎหมาย
1. บรูไนดารุสซาลาม	<p>การรับรองการสมรส: ใช้วิธีการบังคับจดทะเบียนซ้ำ²¹</p> <p>การรับรองการหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>
2. กัมพูชา	<p>การรับรองการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยศาล และคำพิพากษาย่านั้นจะไม่ได้ได้รับการรับรองตามกฎหมายกัมพูชาเมื่อพบว่าศาลต่างประเทศไม่มีอำนาจเหนือคดีหย่านั้น หรือมีการละเมิดสิทธิการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรมของจำเลย และมีการใช้หลัก <i>public order</i> หลักต่างตอบแทนในการรับรองการหย่า²² (ไม่ปรากฏการรับรองการหย่าจากกระบวนการทางปกครองของต่างประเทศ)</p>
3. อินโดนีเซีย	<p>การรับรองการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p> <p>การรับรองการหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)</p>
4. ลาว	<p>การรับรองการสมรส: การสมรสระหว่างพลเมืองลาวในต่างประเทศต้องดำเนินการในสถานทูตหรือสถานกงสุลลาวและต้องปฏิบัติตามกฎหมายลาว²³ (ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการสมรสระหว่างพลเมืองลาวกับคนต่างด้าวในต่างประเทศ)</p>

²¹ Islamic Family Law Act § 29, Retrieved on 9 June 2017, from http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LAWS/ACT_PDF/cap217.pdf.

²² The Code of Civil Procedure of Cambodia, § 199 Retrieved on 9 June 2017, from https://www.jica.go.jp/project/english/cambodia/0701047/materials/c8h0vm000000zsb2-att/01_01e.pdf.

²³ Family Law § 49.

ประเทศ	หลักกฎหมาย
4. ลาว (ต่อ)	การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยศาล และคำพิพากษาหย่าจะไม่ได้ รับการรับรองเมื่อศาลเห็นว่าคำพิพากษานั้นรุกร้าอำนาจอธิปไตยหรือขัดต่อ กฎหมายของประเทศลาว และใช้หลัก <i>public order</i> ในการรับรองการหย่า (ไม่ปรากฏการรับรองการหย่าจากกระบวนการทางปกครองของต่างประเทศ)
5. มาเลเซีย	การรับรองการสมรส: ใช้วิธีการบังคับจดทะเบียนซ้ำกับผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ถาวร หรือมีภูมิลำเนาในมาเลเซีย หรือเป็นพลเมืองมาเลเซีย ²⁴ (ไม่ปรากฏการใช้ หลักการนี้ต่อผู้มีสัญชาติต่างประเทศที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ถาวรหรือมีภูมิลำเนาใน มาเลเซีย) การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยศาล (ไม่ปรากฏการรับรองการหย่า จากกระบวนการทางปกครองของต่างประเทศ)
6. พม่า	การรับรองการสมรส: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน) การรับรองการหย่า: (หลักกฎหมายไม่ชัดเจน)
7. ฟิลิปปินส์ ²⁵	การรับรองการสมรส: ให้วิธีการรับรองโดยอัตโนมัติ การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยศาล และคู่สมรสต่างด้าวเท่านั้นที่มี สิทธิยื่นร้องขอการรับรองการหย่า
8. สิงคโปร์	การรับรองการสมรส: ใช้วิธีการรับรองโดยอัตโนมัติ แต่คู่สมรสก็มีสิทธิขอ บันทึกลงการสมรสลงในทะเบียนครอบครัวสิงคโปร์ได้ ²⁶

²⁴ Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 § 31, Retrieved on 9 June 2017, from <http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/LOM/EN/Act%20164.pdf>.

²⁵ The Family Code of the Philippines § 26.

²⁶ Debbie Ong, *International Issues in Family Law in Singapore*, (Singapore: Academy Publishing, 2015), 108.

ประเทศ	หลักกฎหมาย
8. สิงคโปร์ (ต่อ)	<p>การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยศาล โดยพิจารณาว่าผู้ขอการรับรองมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีคำพิพากษาหย่า หรือการมีความสัมพันธ์อย่างพอเพียงกับประเทศที่มีคำพิพากษาหย่าของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²⁷ (ไม่ปรากฏการรับรองการหย่าจากกระบวนการทางปกครองของต่างประเทศ)</p>
9. ไทย	<p>การรับรองการสมรส: ใช้วิธีการรับรองโดยอัตโนมัติ แต่คู่สมรสก็มีสิทธิขอบันทึกการสมรสลงในทะเบียนครอบครัวไทยได้</p> <p>การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการจดทะเบียนซ้ำ กรณีการหย่าโดยความยินยอม และคู่สมรสจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย</p> <p>ใช้วิธีการรับรองอัตโนมัติ กรณีการหย่าโดยความยินยอมและคู่สมรสไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทย</p> <p>ใช้วิธีการรับรองโดยศาล กรณีการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ</p>
10. เวียดนาม ²⁸	<p>การรับรองการสมรส: ใช้วิธีการรับรองโดยองค์กรทางปกครอง (กระทรวงยุติธรรม)</p> <p>การรับรองการหย่า: ใช้วิธีการรับรองโดยองค์กรทางปกครอง (กระทรวงยุติธรรม) โดยการหย่าในต่างประเทศต้องเป็นผลจากคำพิพากษาอันถึงที่สุด และเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลเวียดนาม ต้องไม่ละเมิดต่อหลัก <i>res judicata</i> และหลัก <i>public order</i></p> <p>ใช้วิธีการปฏิเสธการรับรองโดยศาล (ไม่ปรากฏการรับรองการหย่าจากกระบวนการทางปกครองของต่างประเทศ)</p>

²⁷ *Ibid.*, p.164.

²⁸ Decree Detailing the implementation of a number of articles of the marriage and family law on the marriage and family relations involving foreign elements § 20.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายวิศรุต สำลีอ่อน
วันเดือนปีเกิด	3 พฤศจิกายน 2527
ตำแหน่ง	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต
ผลงานทางวิชาการ	<p>วิศรุต สำลีอ่อน. “การสิ้นสุดการสมรสภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.</p> <p>วิศรุต สำลีอ่อน. “การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศไทย: ศึกษากรณีกฎหมายครอบครัว.” ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.</p>
ประสบการณ์การทำงาน	<p>2559 – ปัจจุบัน : รองคณบดีฝ่ายบริหาร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต</p> <p>2553 – ปัจจุบัน: อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต</p>