

ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ

โดย ศ. ดร. จุมพต สายสุนทร*

ปัญหารักร่วมเพศมิใช่เพิ่งเริ่มมีขึ้นในปัจจุบัน หากแต่มีมานานแล้ว แม้แต่ในสมัยคริสตกาล^๑ กระนั้นก็ตามสังคมบางสังคมในสมัยโบราณก็ได้ว่าการรักร่วมเพศเป็นเรื่องผิดปกติหรือเสียหายแต่อย่างใด^๒ แต่กรณีหลังนี้ จะเป็นข้อยกเว้นมากกว่าหลักทั่วไป เพราะโดยทั่วไปแล้ว ไม่ว่าจะในสังคมโบราณ หรือแม้แต่ในสังคมปัจจุบันเอง สถานะของผู้รักร่วมเพศยังไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมตรงกันข้าม กลับถูกมองอย่างเหยียดหยามในสายตาของสังคมทั่วไป บทความนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะสะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติของสังคมในปัจจุบันที่มีต่อสถานะของผู้รักร่วมเพศ โดยจะศึกษาทัศนคติของศาลในประเทศอเมริกา ซึ่งมีปัญหาของผู้รักร่วมเพศอยู่มาก และมีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นประจำ และจะศึกษาถึงสถานะของผู้รักร่วมเพศในสายตาของกฎหมายไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว

ก่อนที่จะพิจารณาถึงทัศนคติของศาลหรือสถานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ คำถามแรกที่ไม่ควรมองข้าม คือคำถามที่ว่า ทำไมผู้รักร่วมเพศจึงเรียกร้องให้สถานะของตนเป็นที่ยอมรับในสายตาของกฎหมาย คำถามนี้ไม่ว่าในอเมริกาหรือที่อื่นใดในโลก คำตอบคงออกมาทำนองเดียวกัน คือ ประการแรก ผู้รักร่วมเพศต้องการให้กฎหมายรับรองว่าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากกฎหมายเป็นหลักประกันประการสำคัญที่จะทำ ให้สถานะของตนเป็นที่ยอมรับและประการที่สองก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากประการแรก กล่าวคือ เมื่อกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวแล้ว ตนจะได้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศทั่วไป ซึ่งได้แก่ประโยชน์ต่างๆ ที่คู่สมรสทั่วไปพึงมีพึงได้ เช่น สิทธิทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส สิทธิที่จะได้ลดหย่อนภาษี สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีคู่สมรสถูกทำละเมิด หรือสิทธิในการดำเนินคดีอาญาแทนคู่สมรส

ตลอดทั้งสิทธิอื่นๆ ที่คู่สมรสต่างเพศพึงมีพึงได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้รักร่วมเพศจึงต้องการให้สถานะของตนเป็นที่ยอมรับในสายตาของกฎหมาย จะได้ไม่ต้องเป็นพวก “แบบจิต” อีกต่อไป

ทัศนคติของศาลเกี่ยวกับสถานะของผู้รักร่วมเพศในอเมริกา

ประเทศอเมริกานับว่าเป็นประเทศที่มีกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่างๆ ที่รับรองสิทธิของประชาชนในอันที่จะไม่ถูกแทรกแซง โดยกฎหมายของมลรัฐหรือแม้แต่กฎหมายของสหพันธรัฐ เมื่อใดก็ตามที่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนถูกกระทบกระเทือน โดยกฎหมายของมลรัฐหรือแม้แต่ของสหพันธรัฐจะมีการทดสอบเสมอว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเหตุที่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวจะเป็นเรื่องที่แต่ละมลรัฐออกกฎหมายกันเอง โดยรัฐบาลกลางมิได้เข้าไปก้าวก่าย กฎหมายเหล่านี้มักจะถูกทดสอบเสมอว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยการสมรส ซึ่งผู้รักร่วมเพศมักจะอ้างเสมอว่าตนเองน่าจะมีสิทธิทำการสมรสได้เช่นกัน

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางครอบครัวจะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของมลรัฐแต่ละมลรัฐก็ตาม แต่ก็พอสรุปได้ว่า แนวโน้มส่วนใหญ่มีลักษณะเหมือนกันคือ ถือว่าการสมรสจะมีได้ก็แต่เฉพาะ “ชาย” และ “หญิง” เท่านั้น และหมายรวมถึง “ชายจริง” และ “หญิงแท้” เพราะกฎหมายยังไม่ยอมรับการสมรสระหว่างชายกับชายด้วยกัน หรือหญิงกับหญิงด้วยกัน หรือแม้แต่ชายหรือหญิงที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว กฎหมายก็ยังไม่ยอมรับว่าเป็น “ชาย” หรือ “หญิง” ในสายตาของกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคดีที่จะกล่าวต่อไป ยิ่งกว่านั้นกฎหมายของบางมลรัฐถึงกับห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันอย่างชัดเจน เช่น กฎหมายของมลรัฐเท็กซัส

* น.บ. น.บ.ท., อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

๑ Thou shalt not lie with mankind, as with womankind : it is abomination. Leviticus ๑๘ : ๒๒

๒ เช่นในสังคมอียิปต์โบราณ และกรีกโบราณ ไม่ถือว่าการรักร่วมเพศเป็นเรื่องน่าอับอาย

ชัศ^๓ เป็นต้น กระนั้นก็ตาม ยังไม่เคยปรากฏว่า มีศาลใด ใม่ว่าของ มลรัฐที่ห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันขัดต่อรัฐธรรมนูญ เลย

คดีต่างๆ เกี่ยวกับสถานะของผู้รักร่วมเพศที่ขึ้นสู่ศาลใน อเมริกา ตลอดทั้งปฏิกิริยาที่ศาลมีต่อสถานะของบุคคลเหล่านั้น พอ จำแนกได้เป็นสองประเภท คือ

ประการแรก คือ กรณีที่มีการสมรสเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่ สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสำคัญผิด หรือ ถูกฉ้อฉลว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นเพศตรงข้าม แต่มาทราบความจริงในภายหลังว่าคู่สมรสอีกฝ่าย หนึ่งเป็นเพศเดียวกันตน

ประการที่สอง คือ กรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นเพศเดียวกัน และ ตั้งใจที่จะจดทะเบียนสมรสกัน

ในกรณีแรกนั้น อาจถือว่าเป็นการสมรสโดยสำคัญผิดหรือ ถูกฉ้อฉลก็ได้ โดยที่ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทราบความจริงแต่แรกก็จะไม่ “หลวมตัว” ทำการสมรสด้วย คดีที่โด่งดังเกิดขึ้นที่ นิวยอร์ก คือ คดี Anonymous V. Anonymous^๔ ศาลสูง นิวยอร์กตัดสินว่า การ สมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ถือว่ามีผลในทางกฎหมาย แม้ว่าสามีจะเชื่อว่าภรรยาของตนเป็นเพศหญิงในขณะที่ทำพิธีสมรสก็ ตาม ถ้าปรากฏความจริงว่าฝ่ายภรรยาได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนเพศ ศาล ให้เหตุผลว่า แม้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก^๕ จะไม่มีบทบัญญัติห้าม การสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันก็ตาม แต่โดยจารีต ประเพณีและโดยคำจำกัดความทั่วไปของคำว่า “การสมรส” แล้ว ย่อมหมายถึงเฉพาะการอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลต่างเพศที่แท้จริง เท่านั้น ศาลไม่อาจตีความเป็นอื่นได้ ดังนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่ามี สัญญาสมรสเกิดขึ้นระหว่างโจทก์ ใม่ว่าโดยข้อเท็จจริงหรือข้อ กฎหมายก็ตาม หลังจากคดีนี้ก็มีคดี B.v.B.^๖ ตามมา โดยข้อเท็จจริง ปรากฏว่า ฝ่ายภรรยาขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้การสมรสสิ้นสุดโดย อ้างว่าสามีของตนเป็นเพศหญิง ศาลตัดสินว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น โดยให้เหตุผลว่า ฝ่ายสามีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เช่นเดียวกับสามี ทั่วๆ ไปที่เป็นเพศชายได้^๗ และข้ออ้างของฝ่ายสามีที่ขอหย่าจึงตกไป เพราะเมื่อไม่มีการสมรสก็ไม่อาจมีการหย่าได้ และในคดี Corbett v

Corbett^๘ ศาลตัดสินว่าการสมรสระหว่างชายกับชายโดยที่ฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งได้ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงเป็น โมฆะ โดยศาลให้เหตุผลว่า แม้ จะมีการเปลี่ยนอวัยวะเพศแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้ผู้ที่เปลี่ยนอวัยวะเพศ กลายเป็นชายหรือหญิงตามนัยของกฎหมายได้

ส่วนในกรณีที่สอง ปรากฏในคดี Baker v. Nelson^๙ ศาลสูง แห่งมลรัฐมินิโซต้า เป็นศาลแรกที่ตัดสินคดีการจดทะเบียนสมรส ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยศาลดังกล่าวปฏิเสธข้ออ้างของผู้ร้อง ที่ว่าไม่มีกฎหมายของมลรัฐบัญญัติห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศ เดียวกัน และศาลได้อ้างเหตุผลเช่นเดียวกับในคดี Anonymous ว่า โดยจารีตประเพณีและโดยคำจำกัดความของคำว่า “การสมรส” หมายถึงการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศเท่านั้น ศาลยังปฏิเสธ ด้วยว่าผู้ร้องถูกริดรอนสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลไม่ยอม ให้ผู้ร้องทำการสมรส คดีต่อมาคือ คดี Jones v. Hallhan^{๑๐} ซึ่งหญิงกับ หญิงต้องการจดทะเบียน แต่ศาลอุทธรณ์มลรัฐเคนตักกีปฏิเสธที่จะ ให้มีการจดทะเบียนสมรส โดยอ้างจารีตประเพณี และคำจำกัดความ ของคำว่า “การสมรส” เช่นเดียวกับในคดี Baker^{๑๑} และในคดี Singer v. Hara^{๑๒} ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ปฏิเสธที่จะให้มีการจดทะเบียน สมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยให้เหตุผลเดียวกับคดี Baker และศาลยังวินิจฉัยต่อไปถึงสิทธิพื้นฐานของผู้ร้องด้วย โดยเฉพาะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายครอว์ของมลรัฐซึ่งบัญญัติว่า “การ สมรส” เป็นสัญญาระหว่าง “บุคคล” ที่มีอายุ ๑๘ ปี...”^{๑๓} และ โดยที่กฎหมายใช้คำว่า “บุคคล” นี้เอง ทำให้ผู้ร้องในคดีนี้อ้างว่า กฎหมายมิได้ใช้คำว่า “ชาย” หรือ “หญิง” แต่ใช้คำกลางๆ ว่า “บุคคล” ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลใดที่ศาลจะปฏิเสธการสมรสระหว่าง บุคคลเพศเดียวกัน แต่ศาลกลับไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าว โดย ศาลให้เหตุผลว่า แม้กฎหมายจะใช้คำว่า “บุคคล” ก็ตาม แต่การ สมรสนั้นจะต้องมีทะเบียนสมรส ซึ่งหมายถึงทะเบียนสมรสระหว่าง ชายและหญิงเท่านั้น ศาลจึงไม่อนุญาตให้มีการจดทะเบียน ศาลได้ วินิจฉัยต่อไปด้วยว่า การที่ผู้ร้องถูกปฏิเสธมิให้ทำการสมรสนั้น มิใช่

๓ Texas Family Cod Ann. Tit ๑, Section ๑.๐๑ (Vernon ๑๕๗๕)

๔ ๖๗ Misc ๒ด. ๕๑๒, ๒๓๕ N.Y.S. ๒ด. ๔๕๕ (Sup. Ct. ๑๕๗๑)

๕ N.Y. Domestic Relation Law. Section ๕-๒๕ (Mc Kinney ๑๕๗๓)

๖ ๗๔ Misc. ๒ด. ๑๑๒, ๓๕๕ N.Y.S. ๒ด. ๗๑๒ (๑๕๗๔)

๗ ศาลพบว่าฝ่ายสามีไม่มีอวัยวะเพศชายที่แท้จริงที่สามารถสืบพันธุ์ได้

๘ (๑๕๗๐) ๒ All, E.R. ๓๗

๙ ๒๕๑ Minn.; ๓๑๐, ๑๕๑ N.W. ๒ด. ๑๕๕ (๑๕๗๑) appeal dismissed ๔๐๕ U.S. ๘๑๐ (๑๕๗๒)

๑๐ 501 S.W. ๒ด. ๕๕๘ (Ky. ๑๕๗๓)

๑๑ เนื่องจากกฎหมายครอว์ของมลรัฐเคนตักกีมิได้ให้คำจำกัดความคำว่า “การสมรส” ศาล ถึงถือตามแนวปฏิบัติของศาลก่อนๆ และอ้างคำจำกัดความในพจนานุกรมหลายฉบับ

๑๒ ๑๑ Wash Ap ๒๔๗, ๕๒๒ P. ๒ด ๑๑๘๗ (๑๕๗๔)

๑๓ Wash Rev Cod Ann. Section ๒๖, ๐๔, ๐๑๐ (West Supp ๑๕๗๕)

เพราะผู้ร้องถูกกีดกันทางเพศแต่อย่างใด หากเป็นเพราะ “ธรรมชาติ” หรือ “สภาพ” ของการสมรสเองมากกว่า

พอจะสรุปได้ว่า แนวโน้มของศาลในประเทศอเมริกานั้น ยังไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โดยอ้างจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันมาบ้าง อ้างจำกัดความตามพจนานุกรมต่างๆ บ้าง และถึงแม้ตัวบทกฎหมายจะเปิดโอกาสให้ศาลตีความได้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ศาลก็ไม่ต้องการตีความให้กว้างถึงขนาดยอมให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ศาลในคดีต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นมิได้วินิจฉัยเลย คือ ปัญหาที่ว่าทำไมบุคคลเพศเดียวกันจึงไม่สามารถสมรสกันได้ มีเหตุผลอื่นใดนอกเหนือจากจารีตหรือ คำจำกัดความหรือไม่ ที่ไม่ยอมให้บุคคลดังกล่าวสมรสกัน อะไรคือสาระสำคัญหรือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการสมรส หรือว่าบุคคลเหล่านี้ถูกกีดกันโดยค่านิยมเก่าๆ หรืออคติส่วนตัวโดยปราศจากเหตุผลอื่นใดมาสนับสนุน

สถานะของผู้รักร่วมเพศตามกฎหมายไทย

บทบัญญัติในมาตรา ๑๔๔๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ บัญญัติว่า “การสมรส จะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว” ถ้าพิจารณาผินๆ เหมือนกับว่ากฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าการสมรสจะมีได้ก็แต่ระหว่าง “ชาย” กับ “หญิง” เท่านั้น กระนั้นก็ตาม ด้วยบทมาตรา ๑๔๔๘ ยังเปิดช่องให้คิดต่อไปได้ว่า คำว่า “ชาย” และ “หญิง” นั้นมีความหมายเพียงใด จะหมายความถึงเฉพาะ “ชายจริง” “หญิงแท้” หรือ รวมถึง “ชายเทียม” “หญิงเทียม” ด้วยหรือไม่ เพราะบุคคลสองประเภทหลังนี้ นอกจากสภาพจิตใจจะกลายเป็นเพศตรงข้ามแล้ว สภาพร่างกายก็กลายเป็นเพศตรงข้ามไปด้วยโดยการผ่าตัดเปลี่ยนเพศ ซึ่งมีใช้เรื่องยุ่งยากแต่อย่างใด ในสมัยที่วิทยาการทางการแพทย์ก้าวหน้าอย่างในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี ปัญหานี้ยังไม่เคยมีการศึกษาอย่างละเอียดจริงจัง แม้แต่ในคำรากฎหมายครอบครัวเองก็มีเคยกล่าวถึงปัญหานี้เลย และคดีทำนองเดียวกับที่เกิดในศาลอเมริกาก็ไม่เคยขึ้นสู่ศาลไทยมาก่อน แต่ถึงแม้จะมีคดีขึ้นสู่ศาลไทย ผู้เขียนก็เชื่อว่าผลของการตัดสินคงเป็นทำนองเดียวกับศาลในอเมริกา และก็อาจอ้างเหตุผลทำนองเดียวกับศาลในอเมริกาด้วยก็เป็นได้ ทั้งนี้และทั้งนั้นก็เนื่องจากค่านิยมของสังคมไทยในเรื่องครอบครัวค่อนข้างละเอียดอ่อนกว่าในสังคมตะวันตกมาก เพราะขนบธรรมเนียมที่ดี

การอบรมสั่งสอนก็ดี ต่างมีอิทธิพลมากต่อทัศนคติของคนในสังคมไทยอย่างมาก

กระนั้นก็ตาม ในอนาคตข้างหน้าหรือแม้แต่ในปัจจุบันเอง นักกฎหมายต้องเผชิญกับปัญหาของผู้รักร่วมเพศอย่างแน่นอน และนักกฎหมายผู้มีความรับผิดชอบคงไม่ปล่อยให้ปัญหานี้ผ่านไปโดยไม่หาทางแก้ไข หรือปล่อยให้เป็นที่หน้าของผู้อื่นที่ต้องรับผิดชอบต่อไป โดยที่นักกฎหมายกลับไม่มีบทบาทเลยที่ๆ ที่ปัญหาดังกล่าวท้าทายนักกฎหมายมากกว่าคนในวงการอื่นเสียอีก ดังนั้น ในส่วนที่จะกล่าวต่อไปนี้จะได้นำกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายครอบครัวของผู้รักร่วมเพศตามกฎหมายครอบครัวปัจจุบันว่าเอื้ออำนวยต่อสถานะของผู้รักร่วมเพศมากน้อยเพียงใด ซึ่งในการศึกษาสถานะของผู้รักร่วมเพศตามกฎหมายครอบครัวนี้ อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองประเด็น

ประเด็นแรก เป็นกรณีที่บุคคลเพศเดียวกันจะทำการสมรส ประเด็นที่สอง เป็นกรณีที่มีการสมรสเกิดขึ้นแล้ว โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสำคัญผิด หรือ ถูกฉ้อฉล ในประเด็นแรก หากบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายด้วยกันหรือหญิงด้วยกันจะทำการสมรสตามนัยแห่งมาตรา ๑๔๔๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คงถือไม่ได้ว่ามีการสมรสเกิดขึ้น เพราะมาตรา ๑๔๔๘ ใช้คำว่า “ชาย” และ “หญิง” ซึ่งอย่างน้อยที่สุดก็ต้องเป็นกรณีที่มีร่างกายเป็นชายและหญิง มิใช่มีร่างกายเป็นชายหรือหญิงทั้งคู่ แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีจิตใจเป็นหญิง แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่จะทำการสมรสกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศทำให้สภาพร่างกายเป็นหญิงหรือชายได้ กรณีนี้จะถือได้หรือไม่ว่า ผู้ที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็น “ชาย” หรือ “หญิง” ตามนัยมาตรา ๑๔๔๘ ปัญหานี้ขึ้นอยู่กับการตีความกฎหมาย คำว่า “ชาย” และ “หญิง” จะหมายความเฉพาะแต่ “ชายจริง” “หญิงแท้” แต่โดยกำเนิดเท่านั้น หรือจะหมายความรวมถึง “ชายเทียม” “หญิงเทียม” ที่ผ่าตัดแปลงเพศในภายหลังด้วย ยังไม่เคยปรากฏว่ามีปัญหาทำนองนี้ขึ้นสู่ศาลไทยมาก่อน แต่ถ้าพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลในอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลไม่ตีความคำว่า “ชาย” และ “หญิง” ก็ตาม (คดี Singer v. Hara) ศาลก็ยังตีความคำว่า “บุคคล” ให้หมายความถึงแต่เฉพาะ “ชายจริง” และ “หญิงแท้” เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า ในการตีความนี้ ศาลมิได้วินิจฉัยถึงสาระสำคัญหรือวัตถุประสงค์ของการมีครอบครัวมาประกอบการพิจารณา เพราะถ้าศาลนำสิ่งเหล่านี้มาประกอบการ

พิจารณา ศาลอาจตีความคำว่า “ชาย” หรือ “หญิง” ให้รวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศด้วยก็ได้

ในประเด็นที่สอง ถ้าเป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจดทะเบียนสมรสโดยสำคัญผิดหรือถูกฉ้อฉล และคู่สมรสฝ่ายนั้นมารู้ความจริงในภายหลังว่า คู่สมรสของตนนั้นเป็นเพศเดียวกับตน และได้ผ่าตัดแปลงเพศ ปัญหาว่าการจดทะเบียนสมรสดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายประการใดหรือไม่ สำหรับปัญหานี้ ต้องดูว่าสาระสำคัญของคำว่า “การสมรส” ตามนัยมาตรา ๑๔๕๘ ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของคู่สมรสว่าต้องเป็นชายโดยกำเนิดหรือหญิงโดยกำเนิดหรือไม่ ถ้าขึ้นอยู่กับคุณสมบัติดังกล่าวแล้ว ความรู้หรือไม่รู้ของคู่สมรสที่มีใช้สาระสำคัญแต่อย่างใด เพราะตราบิตที่คู่สมรสมีใช้ “ชายจริง” “หญิงแท้” แล้ว ก็ย่อมถือไม่ได้ว่ามีการสมรสเกิดขึ้น สิ่งที่น่ายทะเบียนออกให้จึงไม่ถือว่าเป็นทะเบียนสมรส คงไม่ต่างจากกระดาษธรรมดาๆ ใบหนึ่งเท่านั้น แต่ถ้าหากคำว่า “ชาย” และ “หญิง” มีความหมายรวมถึงบุคคลที่แปลงเพศด้วยแล้ว จะถือว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้นคงไม่ได้ แต่มีปัญหาว่าการสมรสโดยสำคัญผิด เช่นนั้นเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล (มาตรา ๑๕๐๕) ซึ่งจะทำการสมรสเป็นโมฆียะ หรือว่าเป็นการสำคัญผิดใน “คุณสมบัติ” ของบุคคลซึ่งไม่ทำให้การสมรสเสื่อมเสียไป เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การสมรสเสื่อมเสียเพราะเหตุสำคัญผิดในคุณสมบัติของคู่สมรส แต่ถ้าเป็นกรณีฉ้อฉล (มาตรา ๑๕๐๖) ก็ดูแต่เพียงว่าถึงขนาดหรือไม่เท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องนำข้อเท็จจริงมาพิสูจน์กัน แต่จะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาของศาลอเมริกันนั้น ในคดี Anonymou ศาลมิได้แยกหรือชี้ให้ชัดเจนไปว่า การสำคัญผิดในเพศของคู่สมรสนั้นเป็นการสำคัญผิดในตัวคู่สมรสหรือเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของคู่สมรส แต่ศาลก็ตัดสินว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น เพราะตราบิตที่คู่สมรสมีใช้ชายจริงและหญิงแท้แล้ว ก็มีต้องพิจารณาต่อไปว่าการสมรสจะเกิดขึ้นโดยสำคัญผิดหรือฉ้อฉลหรือไม่

และถึงแม้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างสำคัญผิดซึ่งกันและกัน หรือต่างฉ้อฉลซึ่งกันและกัน เช่น ฝ่ายชายคิดว่าคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นหญิง ในขณะที่ฝ่ายหลังก็คิดว่าอีกฝ่ายเป็นชาย ผลในทางกฎหมายคงอธิบายได้เช่นเดียวกันคือ ถ้าคุณสมบัติของการสมรสอยู่ที่ความเป็นหญิงและชายโดยกำเนิด การสมรสก็ไม่เกิดขึ้นเลย แต่ถ้าคุณสมบัติของผู้ที่จะทำการสมรสมีได้จำกัดเพียงชายหรือหญิงโดยกำเนิด ถ้าเป็นกรณีสำคัญผิดก็อาจทำให้การสมรสเป็นโมฆียะได้ (ถ้าการสำคัญผิดในเพศถือเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคลตามนัยมาตรา

๑๕๐๕) แต่ถ้าเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายต้องฉ้อฉล อาจจะทำอย่างไรตามตามมาตรา ๑๕๐๖ เพื่อให้การสมรสเป็นโมฆียะไม่ได้ เพราะถือว่าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (มาตรา ๕) ทั้งคู่ก็ได้

การพิจารณาผลในทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้ เป็นการพิจารณาที่มีได้เป็นเด็ดขาดหรือยุติแต่ประการใด เพราะการที่จะมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างใดนั้น ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในการตีความด้วย และในการตีความจะพิจารณาโดยใช้เหตุผลทางตรรกวิทยาอย่างเดียวไม่ได้ ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ โดยเฉพาะทัศนคติหรือแนวปฏิบัติของสังคมประกอบด้วย หรือ จะต้องดูผลกระทบที่จะเกิดต่อผู้รกร่วมเพศประกอบด้วย เช่น ปัญหาที่ว่าบุคคลที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศจะกลายเป็นบุคคลที่ถูกกลืน เพราะตนเองจะสมรสกับใครไม่ได้เลย ไม่ว่ากับชายหรือหญิงก็ตาม เพราะตนเองมิใช่ชายหรือหญิงโดยกำเนิดเสียแล้ว ปัญหานี้เองที่นักกฎหมายควรคำนึงถึงด้วยว่า กฎหมายควรจะยอมรับหรือคุ้มครองบุคคลประเภทนี้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้และทั้งนั้นก็โดยการพิจารณาถึงสาระสำคัญ หรือวัตถุประสงค์ของการมีครอบครัวว่าเป็นประการใดกันแน่

อะไรคือสาระสำคัญของการมีครอบครัว

การพิจารณาถึงสาระสำคัญของการมีครอบครัว จะช่วยให้เข้าใจถึงธรรมชาติของการมีครอบครัวได้ดียิ่งขึ้น อันจะเป็นสิ่งที่จะนำมาประกอบการตีความกฎหมายหรือสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ตลอดจนทั้งสามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลบางประเภทที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายเหมือนคนอื่นๆ แต่ในการพิจารณาถึงสาระสำคัญของการมีครอบครัวยังมีปัญหาต่อไปอีกว่าแนวความคิดใดเป็นแนวความคิดที่ถูกต้องและมีประสิทธิภาพมากที่สุดอันจะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยเสมอหน้ากัน

สาระสำคัญประการแรก คือ จะถือหรือไม่ว่าสาระสำคัญของการมีครอบครัวอยู่ที่การสืบชาติพันธุ์แต่เพียงอย่างเดียว จึงขัดต่อวัตถุประสงค์นี้ แต่สิ่งที่ปรากฏในปัจจุบันคือ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจทำให้แนวความคิดดังกล่าวเปลี่ยนไป ดังจะเห็นได้จากการรณรงค์วางแผนครอบครัว หรือ โดยการที่รัฐออกกฎหมายสนับสนุนครอบครัวให้มีบุตรน้อย (ในบางประเทศ) เป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนี้ การยอมรับสถานะของผู้รกร่วมเพศจะเป็นปัจจัยเสริมแนวโน้มนำใหม่ ของสังคมหรือไม่ และในบางครั้ง การสมรสระหว่างชายและหญิงเองก็ไม่อาจตอบสนองสาระสำคัญในข้อนี้ได้ เช่น กรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นหมัน ซึ่งความไม่สามารถสืบชาติพันธุ์

มนุษย์ได้เพราะเหตุนี้ก็หาได้ทำให้การสมรสเสื่อมเสียดังแต่ประการใดไม่

สาระสำคัญประการที่สอง หากสาระสำคัญของการมีครอบครัวเป็นเรื่องที่กฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลที่ต้องการผูกพันชีวิตอยู่ร่วมกัน ก็ไม่มีเหตุผลใดที่กฎหมายจะไม่ยอมรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน เพราะบุคคลเหล่านี้บางครั้งสามารถแสดงให้เห็นได้ว่ามีความผูกพันที่ยั่งยืนมั่นคงไม่แพ้คู่สมรสต่างเพศเลย และอาจมั่นคงกว่าบางคู่ด้วยซ้ำไป

ถึงแม้กฎหมายจะรับรองสิทธิของผู้รักร่วมเพศในอนาคตข้างหน้าก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าปัญหาต่างๆ จะหมดไป ตรงกันข้าม การแก้ไขกฎหมายให้ยอมรับสถานะของผู้รักร่วมเพศมากขึ้น กลับเป็นจุดเริ่มต้นของปัญหาอื่นที่จะตามมา อย่างน้อยที่สุดกฎหมายครอบครัวในปัจจุบันเองจะได้รับความกระทบกระเทือนในหลายๆ ส่วน นอกจากนี้ กฎหมายอื่นๆ ก็จะได้รับผลกระทบกระทบกระเทือนไปด้วย บางทีถึงกับกลัวไปว่าชายจะเปลี่ยนเพศเป็นหญิงเพื่อจะได้ไม่ถูกเกณฑ์ทหาร เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายหรือไม่นั้น จำต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น ขนบธรรมเนียมและแนวปฏิบัติของคนในสังคมทัศนคติโดยทั่วไปของคนในสังคมเกี่ยวกับการรักร่วมเพศ ตลอดจนทั้งผลที่จะตามมาจากการแก้ไขกฎหมายว่ามีผลต่อสังคมมากน้อยเพียงใด ซึ่งปัจจัยทางสังคมนับว่ามีความสำคัญมากต่อการแก้ไขกฎหมาย เพราะกฎหมายและสังคมเป็นของคู่กัน ไม่อาจจะแยกกันใดอันหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่มีต่ออีกอันหนึ่งได้