

ความเห็นส่วนตัว  
ของ นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๒๐/๒๕๖๔

เรื่องพิจารณาที่ ๓๐/๒๕๖๓

วันที่ ๑๗ เดือน พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๔

ระหว่าง { ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ผู้ร้อง  
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือไม่

ความเห็น

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติ ในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งมีความมุ่งหมายให้เปิดกว้างสอดคล้องกับหลักสากล เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันในระบอบประชาธิปไตย ให้สามารถใช้สิทธิและ เสรีภาพได้ทันทีไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการมาใช้บังคับก่อน ทั้งนี้ ถ้าไม่ได้มีการกำหนด ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความ ค้ำชูคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงของชาติ ต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของ บุคคลอื่น โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มีความมุ่งหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนได้รับความคุ้มครอง มาตรา ๒๕ ประกอบด้วยสองส่วนหลักที่สำคัญ กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่ง รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าประชาชนแต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าที่รัฐธรรมนูญหรือ กฎหมายไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ และในส่วนที่สอง กำหนดกรอบการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ว่าต้องไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชน หรือไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และเป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ให้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ๔ ประการ ดังนี้

- (๑) ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
- (๒) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
- (๓) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้
- (๔) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ในส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ อันเป็นหลักสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในนานาชาติ

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายกำหนดหลักความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐโดยเท่าเทียมกัน และบุคคลจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันปรับปรุงโดย “พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรารวบรวม พ.ศ. ๒๕๑๙” ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจ

อนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” หมายถึง ผู้ที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้ต้องเป็นเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น เป็นบทบัญญัติในลักษณะ ๑ การสมรส หมวด ๒ เงื่อนไขแห่งการสมรส ตลอดจนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ ๕ ครอบครัว ลักษณะ ๑ การสมรส หมวด ๒ เงื่อนไขแห่งการสมรส ในมาตราอื่น ๆ เช่น มาตรา ๑๔๔๙ มาตรา ๑๔๕๐ มาตรา ๑๔๕๒ มาตรา ๑๔๕๓ มาตรา ๑๔๕๘ และมาตรา ๑๔๖๐ หรือในหมวด ๓ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือในหมวด ๔ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เป็นต้น

ตามกฎหมายดังกล่าว เฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่สามารถสมรสเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ คำว่า “เพศ” (sex) หมายถึง ลักษณะทางชีวภาพที่ใช้ในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ออกเป็น ผู้หญิงและผู้ชาย ส่วน “เพศสภาพ” หรือ “สถานะเพศ” (gender) หมายถึงลักษณะในเชิงสังคม และจิตวิทยาสังคมที่ใช้เป็นพื้นฐานในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ว่า “เป็นหญิง” (feminine) “เป็นชาย” (masculine) การที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอ้างว่า ตนมีเสรีภาพในการที่จะอยู่กินกับบุคคลใดย่อมสามารถจดทะเบียนสมรสได้นั้นเป็นเพียงความรู้สึกและความพึงพอใจทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศที่วัดจากการแสดงออกหรือบทบาททางเพศที่แสดงออกในลักษณะของความชอบ โดยอาจเรียกกลุ่มคนที่มีรสนิยมทางเพศแบบนี้ว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือความเชื่อมโยงทางเพศ หรือบุคคลที่เกิดมามีภาวะทางร่างกายหรือจิตใจไม่ตรงกับเพศที่อาจมีมาตั้งแต่กำเนิดหรือในภายหลัง (LGBT อาจเพิ่ม QI ด้วย) ซึ่งหากแยกแยะจริง ๆ ก็มีอยู่ไม่กี่ประเภทเท่านั้น เช่น คนที่ชอบเพศเดียวกัน (Lesbian หญิงรักหญิง Gay ชายรักชาย) คนที่ชอบทั้งสองเพศ (Bisexual) และกลุ่มข้ามเพศ (Transgender) นอกจากนี้ก็มีพวกที่รักได้ทุกเพศ หรืออาจไม่สนใจเรื่องเพศก็ได้ (Queer ซึ่งก็น่าจะรวมกับพวกชอบสองเพศได้) และขยายไปถึงผู้ที่มีอวัยวะทั้งสองเพศ (Intersex) สองประเภทหลังเป็นเพียงขยายให้ดูเหมือนกับมีความหลากหลายมากขึ้นเท่านั้น ข้อสังเกตของการแยกแยะหลากหลายเหล่านี้ก็เริ่มจากการเปรียบเทียบจากหลักในเรื่องเพศชายและหญิงนั่นเอง

ข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ กำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดให้บุคคลย่อมเสมอกันตามกฎหมาย ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ มีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตภายใต้หลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญ ความเสมอภาคดังกล่าว

ต้องสอดคล้องกับกฎธรรมชาติคือเพศโดยกำเนิดซึ่งกฎหมายไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ กล่าวคือ กฎหมายหรือศาลไม่อาจบัญญัติ หรือมีคำวินิจฉัยให้ชายเป็นหญิง หรือหญิงเป็นชายได้ แต่อาจมีกฎหมายบัญญัติรับรองสถานะของผู้ที่แปลงเพศโดยสมบูรณ์แล้วได้ เพื่อให้ปฏิบัติต่อเขาอย่างถูกต้องตามสภาพของเขา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (คือการกำหนดตนเองได้) ของชายและหญิงได้รับความคุ้มครองตามเพศสภาพที่มีมาแต่กำเนิดให้ได้สมรสกันเพื่อสืบเผ่าพันธุ์เป็นปกติธรรมชาติ เฉกเช่นสัตว์โลกอื่น ๆ ทั้งหลาย ที่มี ๒ เพศ (เพศผู้และเพศเมีย) เป็นหลัก มนุษย์ก็เป็นสัตว์โลกชนิดหนึ่งไม่อาจฝืนธรรมชาติเช่นนี้ได้ แต่หากวิทยาการก้าวหน้าจนมีการค้นพบรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่า สัตว์โลกบางประเภทมีพฤติกรรม หรือลักษณะทางชีวะแปลกแยกออกไปก็จัดให้เป็นกลุ่มต่างหากเพื่อแยกศึกษาต่อไป เหมือนรัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายพบกลุ่มบุคคลที่มีวิถีทางเพศแตกต่างออกไป และถูกเบียดเบียนด้วยอคติ รัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายก็สามารถกำหนดการคุ้มครองได้เป็นการเฉพาะเรื่อง เฉพาะกลุ่ม มิใช่ยกเลิกการแยกเพศผู้เพศเมียอันเป็นหลักใหญ่ที่กำหนดโดยธรรมชาติแล้วเอาความแตกต่างนั้นมารวมด้วยกลายเป็นไม่กำหนดเพศเพื่อรับรองความต้องการทางเพศซึ่งเป็นของกลุ่มเฉพาะ อันเป็นกรณียกเว้น (the exceptional case) จำนวนหนึ่ง ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์หลักของการสมรสคือการที่ชายและหญิงอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตรหลานและดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติเหมือนสัตว์โลกทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ เพราะเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติ จารีตประเพณี ที่มีมานานนับพัน ๆ ปีทั่วโลก ซึ่งมีการกำหนดการอยู่ร่วมกันตามธรรมชาติ หรือตามแบบของกฎหมาย การกำหนดการสมรสระหว่างชายและหญิงตามกฎหมายก็เพื่อให้เกิดบุตรหลานเครือญาติและการสืบทอดทรัพย์สินมรดก มีความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ ลูก หลาน พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา เป็นครอบครัว ส่วนการสมรสในระหว่างเพศที่มีความหลากหลายมิใช่หญิงและชายไม่สามารถสร้างเครือญาติและความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้ นอกจากนี้กฎหมายก็ได้บังคับให้ชายหญิงทุกคู่ต้องสมรสตามกฎหมาย บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ทำตามแบบของกฎหมายก็ยังมีอยู่มากมาย เป็นเพราะเขาเหล่านั้นไม่ได้หวังผลประโยชน์ใดหรือไม่ต้องการข้อจำกัด หน้าที่หรือความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยนั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ คือหลักนิติธรรม เพราะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระและมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ

(True law is right reason, harmonious (or in agreement) with nature) มิได้จำกัดสิทธิ โดยธรรมชาติของผู้ใด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ ที่ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิง หรือให้หญิงเป็นชายเพราะเพศนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (an act of God) ซึ่งผู้ที่ถือกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองต่างหาก เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของเขา ในการนี้กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกแยะเพศชายและเพศหญิง เป็นหลักไว้ก่อนจึงจะให้ความเสมอภาคได้ เช่น หญิงมีประจำเดือนเป็นภาระแก่หญิง ชายไม่มีหญิงตั้งครรภ์ได้ ชายไม่ได้ หญิงมีสรีระที่อ่อนแออบบางกว่าชาย ในการแข่งขันกีฬาจึงต้องแบ่งประเภทเป็น กีฬาชายและหญิง หากให้แข่งรวมกันหญิงย่อมจะเสียเปรียบชายโดยธรรมชาติ หญิงเป็นมะเร็งปากมดลูก ส่วนชายเป็นโรคต่อมลูกหมาก สิ่งที่ไม่เหมือนกันจะปฏิบัติให้เหมือนกันไม่ได้ การปฏิบัติให้ถูกต้อง สอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติจะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่เอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้ มารวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจนแล้ว การยอมรับสิ่งที่แตกต่างให้กลายเป็นสิ่งที่ ไม่แตกต่างจึงกระทำมิได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมองเห็นความแตกต่างแล้วก็ควรมีการปฏิบัติอย่างแตกต่าง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจึงจะสมควร เช่น ชายที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว จะถูกคุมขังอยู่ในแดนของ นักโทษชายไม่ได้และหากจะให้ไปแข่งขันกีฬาในกลุ่มหญิงก็จะเป็นความได้เปรียบเสียเปรียบกัน อย่างชัดเจน

การสมรสระหว่างหญิงชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในด้านสวัสดิการของรัฐ ก็สามารทำได้ง่าย เช่น หญิงลาคลอด ชายลาบวช หญิงเบิกค่ารักษามะเร็งปากมดลูก ชายเบิกค่า รักษาต่อมลูกหมาก ถ้าให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมารวมอยู่ด้วย หากเกิดกรณีสามีเบิกค่ารักษา มะเร็งปากมดลูก ภริยาเบิกค่ารักษาต่อมลูกหมากก็ดี สามีเบิกค่าทำคลอดก็ดี ก็จะต้องมีการพิสูจน์ทั้งสภาพเพศ และใบรับรองแพทย์ในทุกกรณี เป็นการเพิ่มภาระให้รัฐและทำให้สิทธิของสามีภริยาที่เป็นชายหญิงชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งเป็นมหาชนต้องถูกตรวจสอบไปด้วย ย่อมจะทำให้เกิดความล่าช้ามีอุปสรรคไม่ได้รับความเป็นธรรม ไปโดยปริยาย หรืออาจมีกรณีสามีตั้งครรภ์ ภริยาก็ตั้งครรภ์ด้วยเพราะต่างก็ไปรับเชื้อจากชายอื่นมา ดังนั้นก็จะมีปัญหาสวัสดิการ การมีคู่และความสัมพันธ์ระหว่างพี่น้องของเด็กที่คลอดตามมา นอกจากนี้ การไม่กำหนดเพศในการสมรสอาจมีผู้ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มของผู้มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQI) มาจดทะเบียนสมรสกันเพื่อหวังผลประโยชน์ในสวัสดิการต่าง ๆ ของรัฐ หรือประโยชน์จาก

การลดหย่อนภาษี โดยใช้ทะเบียนสมรสที่เหมือนกัน ทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคตามความเป็นจริง จึงสมควรจะแยกการรับรองสิทธิเหล่านี้ต่างหากเพื่อกำหนดเงื่อนไขให้เหมาะสมไม่กระทบกับหลักธรรมชาติ ที่มีดุลยภาพตามปกติอยู่แล้ว


การสมรสระหว่างชายและหญิงกฎหมายได้กำหนดทั้งสิทธิและหน้าที่ระหว่างหญิงชายไว้ด้วยการจะแก้กฎหมายให้เป็นการสมรสระหว่างเพศเดียวกันเพื่อรับเอาสิทธิแต่ไม่รับหน้าที่ด้วย กลับจะเป็นการบังคับให้สิทธิและหน้าที่ของชายและหญิงที่สมรสกันตาม มาตรา ๑๔๔๐ มาตรา ๑๔๔๑ มาตรา ๑๔๔๒ มาตรา ๑๔๔๓ มาตรา ๑๔๔๔ มาตรา ๑๔๔๕ มาตรา ๑๔๔๖ มาตรา ๑๔๕๓ มาตรา ๑๕๓๖ มาตรา ๑๕๓๗ มาตรา ๑๕๓๘ มาตรา ๑๕๔๖ เป็นต้นเหล่านี้ เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นหญิงมีความเสียหายที่แตกต่างกัน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการคุ้มครองฝ่ายหญิงโดยเฉพาะมิให้เสียเปรียบเพศชาย การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะทำให้ความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงเสียดุลยภาพไปโดยไม่จำเป็น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ได้จำกัดเสรีภาพของบุคคลที่มี “รสนิยม” หลากหลายทางเพศในการอยู่ร่วมกัน และไม่ได้มีข้อความไปจำกัดสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายใน “รสนิยม” ทางเพศในการทำนิติกรรมใด ๆ ตามกฎหมาย ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคมและส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายในรสนิยมทางเพศแต่อย่างใด กรณีบุคคลผู้มีความหลากหลายในรสนิยมทางเพศประสงค์ให้รัฐคุ้มครองสิทธิในเรื่องใด รัฐสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการตรากฎหมายที่ส่งเสริมกิจกรรมของบุคคลผู้มีรสนิยมหลากหลายดังกล่าวให้เสมอภาคเท่าเทียมกันได้ กล่าวคือ เมื่อมีกรณีที่แตกต่างก็ต้องปฏิบัติแตกต่างตามความเหมาะสม มิใช่จะร้องขอให้เอาความแตกต่างในรสนิยมทางเพศมารวมกับรสนิยมทางเพศของคนส่วนใหญ่ที่ชัดเจนทางเพศและไม่มีความหลากหลายโดยให้ยกเลิกการสมรสระหว่างชายหญิงที่เป็นรากฐานสำคัญของการก่อตั้งสถาบันครอบครัวตามธรรมชาติ

เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจำนวนหนึ่ง ที่จะสูญเสียไปจากการที่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การสมรสกระทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงเท่านั้น กับผลประโยชน์ทางมหาชนที่คุ้มครองชายและหญิงในการก่อตั้งครอบครัวอันเป็นสถาบันสำคัญพื้นฐานของสังคมแล้ว จะเห็นได้ว่าประโยชน์ของกลุ่มแรกที่จะสูญเสียไปไม่อาจเทียบได้กับการทำลายกฎธรรมชาติและสถาบันครอบครัวอันเป็นหลักสำคัญในการสร้างสังคมและดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติ อย่างไรก็ตามแม้เป็นกลุ่มคนจำนวนน้อยแต่ก็มีมากพอที่รัฐจะจัดให้มีมาตรการขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลเหล่านี้สามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคสี่

ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ที่กำหนดให้การสมรสทำได้ระหว่างชายและหญิงจึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่กระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖ อีกทั้งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและกำหนดหน้าที่ในการสมรสทั้งเพศชายและเพศหญิง ไม่ได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศแต่อย่างใด จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม



(นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ