

ความเห็นส่วนตัว
ของ นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๒๐/๒๕๖๔

เรื่องพิจารณาที่ ๓๐/๒๕๖๓

วันที่ ๑๗ เดือน พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๔

ระหว่าง ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ผู้ร้อง
ผู้ถูกร้อง

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางส่งคำโต้แย้งของนางสาวพวงเพชร เห่งคำ และนางเพิ่มทรัพย์ แซ่ฮึง ผู้ร้องในคดีแพ่งหมายเลขดำที่ ยชพ ๑๐๕๖/๒๕๖๓ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ข้อเท็จจริงตามหนังสือส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองในคดีแพ่งและเอกสารประกอบ สรุปได้ ดังนี้

ผู้ร้องทั้งสองในคดีแพ่งเป็นคู่ชีวิตที่มีเพศสภาพและการดำเนินวิถีชีวิตทางเพศเป็นหญิงรักหญิง หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันมานานกว่า ๑๐ ปี ในลักษณะคู่ชีวิต ได้ยื่น คำขอจดทะเบียนสมรสพร้อมหลักฐานประกอบการจดทะเบียนที่สำนักงานเขตบางกอกใหญ่ กรุงเทพมหานคร แต่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่แจ้งให้ทราบว่า ผู้ร้องทั้งสองเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันคือผู้หญิง กับผู้หญิง จึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการ จดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดให้กรอกคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว ในระบบ ซึ่งข้อมูลการสมรสต้องเป็นบุคคลเพศชายกับเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ผู้ร้องทั้งสองในคดีแพ่ง จึงอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว แต่ได้รับแจ้งผลการพิจารณา อุทธรณ์จากนายทะเบียนกรุงเทพมหานคร ว่า การที่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่มีคำสั่งไม่รับ จดทะเบียนสมรส เนื่องจากผู้อุทธรณ์ทั้งสองมีเพศสภาพเดียวกัน จึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ คำอุทธรณ์ของผู้ร้องทั้งสองฟังไม่ขึ้น จึงให้ ยกอุทธรณ์

ผู้ร้องทั้งสองในคดีแพ่งเห็นว่า การปฏิเสธรับจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกัน ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นการโต้แย้งสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญให้เสมอกันในทางกฎหมาย ถูกเลือกปฏิบัติ และไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ดังนี้

๑. คำว่า “เพศ” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคสาม รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศแตกต่างจากเพศที่ผู้ร้องทั้งสองถือกำเนิดด้วย

๒. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้จะต้องไม่สร้างภาระต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ กลับให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบที่ส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปวงชนชาวไทยควรจะได้รับและคู่ชีวิตเพศเดียวกันก็พึงจะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสโดยทั่วไป เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล โดยให้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องคุ้มครองให้ประชาชนสามารถดำรงตนอยู่ในรัฐได้อย่างมีศักดิ์ศรี มีความภาคภูมิใจและมีคุณค่าทั้งต่อตนเองและในการอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่น นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติมาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติให้ “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว ...” เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่พุทธศักราช ๒๔๗๗ ในขณะที่ปัจจุบันประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเท่าเทียมระหว่างเพศไว้ในมาตรา ๓ และมาตรา ๑๗ ซึ่งคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การที่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่ไม่จดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสองโดยอ้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับประชาชนกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ และกติการะหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบัน

เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นต้น

๓. การสมรสเป็นการก่อตั้งสถาบันทางสังคมอันเป็นมูลฐานแก่แก่ในการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเรียกว่า สถาบันครอบครัว ในต่างประเทศมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือสิทธิในการเข้าถึงการรับบริการอนามัยเจริญพันธุ์ได้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายและหญิง สิทธิในการสมรสจึงไม่อาจพิจารณาเรื่องเพศของมนุษย์โดยใช้เกณฑ์ในเรื่องสรีระเป็นเกณฑ์การเจาะจงว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศ คือ เพศชายและเพศหญิง ซึ่งส่งผลต่อการรับรองสิทธิและสถานะของบุคคลตามกฎหมายที่ยึดตามเพศสภาพเพียงประการเดียว โดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับอารมณ์ความรู้สึก ความปรารถนา รสนิยม หรือความแตกต่างภายในสภาพจิตใจของแต่ละบุคคล

ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ที่กำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาและเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ เป็นบททั่วไปที่วางหลักการคุ้มครองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคล และความเสมอภาคสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้เท่านั้น หาได้มีข้อความใดที่วางหลักการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ ส่วนรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗ วรรคสี่และวรรคห้า ไม่มีประเด็นเกี่ยวกับคำร้องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย คงรับพิจารณาเฉพาะประเด็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือไม่

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๕ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มิได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีมาตรการกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้ สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิด อาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตาม เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัด ต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อ คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๒๑๒ ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา ๕ และยังไม่ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้น ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดี ไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับ การวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาล อันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา ๕ นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ

๒. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑

มาตรา ๗ ให้ศาลมีหน้าที่และอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดี ดังต่อไปนี้

(๑) คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ

๓. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๔๔๘ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณี ที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้

ประเด็นวินิจฉัย

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

ความเห็น

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติ ในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยมาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วย สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ว่า นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้ เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น บุคคล ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่ใช้ สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น วรรคสอง เป็นบทบัญญัติ ที่รับรองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อเป็นหลักประกันว่า แม้จะยังไม่มีกฎหมายดังกล่าวออกใช้บังคับ ย่อมไม่กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพที่มีอยู่นั้น วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้คดีในศาลได้ และวรรคสี่ เป็นบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิด สิทธิหรือเสรีภาพ หรือจากการกระทำความผิดสัญญา ให้มีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐ

มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติถึงเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย ส่วนวรรคสองกำหนดให้กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่าในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจอรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุ อันเป็นหลักการสำคัญที่มีขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือจำกัดการใช้อำนาจอรัฐ เพื่อมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีความเหมาะสมและเท่าที่จำเป็น รวมทั้งต้องได้สัดส่วน กล่าวคือ มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับกับสิทธิหรือเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น ส่วนมาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคลโดยบัญญัติหลักความเท่าเทียมกันของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ แต่มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการสมรส มีการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ มีผลให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๔๗๘ เป็นต้นไป โดยความในมาตรา ๑๔๔๕ บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อ (๑) ชายมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ และหญิงมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์แล้ว ...” ต่อมาได้มีการประกาศพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๑๙ มีผลให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๑๙ และใช้มาจนถึงปัจจุบัน โดยบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ว่า “มาตรา ๑๔๔๘ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๑๙ ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรส ยังคงหลักการที่เป็นสาระสำคัญของการสมรสไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหญิงเท่านั้น แต่มีการปรับเปลี่ยนเกณฑ์อายุ

ในการสมรสเสียใหม่โดยกำหนดให้อายุทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิงต้องมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว โดยมีข้อยกเว้นไว้ว่าในกรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้

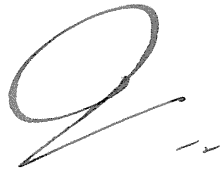
กรณีจึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ซึ่งเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสได้บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อใช้เฉพาะแก่กรณีของการสมรสระหว่างชายและหญิง ซึ่งเป็นการกำหนดตามเพศที่ได้ถือกำเนิดมาตามธรรมชาติเพื่อการสืบเผ่าพันธุ์ตามขนบธรรมเนียมประเพณีของชนชาติไทยที่มีมาแต่โบราณ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับชายและหญิงเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ไม่ถือเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนที่เกินสมควรแก่เหตุ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยความแตกต่างในเรื่องเพศ เพราะชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะสมรสกันได้ภายใต้เงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งมีความเหมาะสมและตราขึ้นตามความจำเป็นและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน จึงมิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม สังคมโลกและสังคมไทยในปัจจุบันได้ยอมรับและเริ่มมีการให้สิทธิแก่บุคคลเกี่ยวกับสถานะทางเพศอย่างกว้างขวางมากขึ้น เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าความหลากหลายทางเพศหรือวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศนั้น เป็นลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติได้ จึงเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ทั้งเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดความเป็นตัวตนของบุคคล การที่บุคคลจะมีความเป็นตัวเองได้บุคคลนั้นต้องมีอำนาจหรือความสามารถในการกำหนดตนเองหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อันเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของบุคคลทุกคน มีลักษณะเฉพาะตัว โดยผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ทุกคนไม่จำกัดเชื้อชาติ ศาสนา หรือคุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็น เพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ทุกคนย่อมมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นรากฐานที่มาแห่งสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของวิถีเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอันประกอบด้วยสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค ไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งแนวคิดในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเรื่องการสมรสหรือการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น องค์การของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารก็ได้มีความตระหนักและมีการพิจารณาดำเนินการอยู่บ้างแล้ว แต่หากจะนำบทบัญญัติว่าด้วยเงื่อนไขการสมรสของชายและหญิงตามบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ มาใช้กับการสมรสระหว่างหญิงกับหญิง หรือชายกับชายด้วย ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหา

ในข้อกฎหมายขึ้นหลายประการ เช่น การสมรสซ้อน การอุปการะเลี้ยงดู การจัดการสินสมรส การทำนิติกรรมร่วมกัน การรับบุตรบุญธรรม การรับส่วนแบ่งมรดก หรือกรณีของกฎหมายอื่น ๆ เช่น การได้รับยกเว้นโทษจากการกระทำผิดอาญา หรือการรับสวัสดิการต่าง ๆ จากรัฐ เป็นต้น อีกทั้งยังจะมีผลเป็นการนำสิ่งที่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ คือการสมรสต่างเพศระหว่างชายกับหญิง กับการสมรสในเพศเดียวกันระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิงเข้ามาอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดียวกัน อันจะกลายเป็นเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในอีกลักษณะหนึ่งได้ จึงสมควรที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะได้เร่งดำเนินการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในการสมรสหรือการเป็นคู่ชีวิตสำหรับกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับสิทธิและดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนได้อย่างสมบูรณ์โดยเร็วต่อไป

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

โดยมีข้อสังเกตว่า องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารควรเร่งดำเนินการให้มีกฎหมายรับรองสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการสมรสหรือการใช้ชีวิตคู่ของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มบุคคลดังกล่าว



(นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ