



ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๒๐/๒๕๖๔

เรื่องพิจารณาที่ ๓๐/๒๕๖๓

วันที่ ๑๗ เดือน พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๔

ระหว่าง { ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง

ผู้ร้อง

-

ผู้ถูกร้อง

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

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสอง (นางสาวพวงเพชร เห่งคำ ที่ ๑ และ นางเพิ่มทรัพย์ แซ่อิง ที่ ๒) ในคดีแพ่งหมายเลขดำที่ ยชพ ๑๐๕๖/๒๕๖๓ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ข้อเท็จจริงตามหนังสือส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองและเอกสารประกอบสรุปได้ดังนี้

ผู้ร้องทั้งสองยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ขอให้มีความรับจดทะเบียนสมรส เนื่องจากผู้ร้องทั้งสองเป็นคู่ชีวิตที่มีเพศสภาพและการดำเนินวิถีชีวิตทางเพศเป็นหญิงรักหญิงหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใช้ชีวิตคู่ร่วมกันมานานกว่า ๑๐ ปี ในลักษณะคู่ชีวิตซึ่งมีความสัมพันธ์แบบบาท หน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันเช่นคู่สมรสตามกฎหมาย โดยเมื่อวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ ผู้ร้องทั้งสองยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสพร้อมหลักฐานประกอบการจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานเขตบางกอกใหญ่

กรุงเทพมหานคร แต่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่แจ้งให้ทราบว่ามีผู้ร้องทั้งสองเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันคือผู้หญิงกับผู้หญิงจึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดให้กรอกคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว (แบบ คร. ๑) ในระบบ ซึ่งการสมรสต้องเป็นบุคคลเพศชายกับเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ต่อมาวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ ผู้ร้องทั้งสองยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว และขอให้เจ้าหน้าที่จดทะเบียนสมรสให้ และวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๖๓ สำนักงานเขตบางกอกใหญ่มีหนังสือแจ้งว่าทำหนังสือชี้แจงการอุทธรณ์ไปยังนายทะเบียนกรุงเทพมหานครเพื่อพิจารณา และได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ตามหนังสือ ที่ กท ๕๗๐๐/๒๖๔๙ ลงวันที่ ๒๔ มิถุนายน ๒๕๖๓ ว่า การที่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่มีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมรสเนื่องจากผู้ร้องทั้งสองมีเพศสภาพเดียวกันจึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ คำอุทธรณ์ของผู้ร้องทั้งสองฟังไม่ขึ้น ให้ยกอุทธรณ์

ผู้ร้องทั้งสองเห็นว่า การปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุที่เป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ นั้น เป็นการโต้แย้งสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ทำให้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญให้เสมอกันในทางกฎหมาย ถูกเลือกปฏิบัติและไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ อันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๘ และกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๘ ข้อ ๓ เป็นการตัดโอกาสการได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนสมรสเหมือนคู่สมรสอื่น ๆ ที่เป็นเพศหญิงและเพศชายโดยกำเนิด ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปวงชนชาวไทยทุกคนควรจะได้รับ การปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่ไม่รับจดทะเบียนให้แก่ผู้ร้องทั้งสองย่อมเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของผู้ร้องโดยตรง จึงยื่นคำโต้แย้งต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ โดยให้เหตุผลดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ กำหนดคำว่า “เพศสภาพ” ไว้ในบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิงแล้วยังหมายถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศด้วย ดังนั้น คำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคสาม จึงรวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศแตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดด้วย

๒. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่สร้างภาระต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร แต่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ กลับให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ ที่ส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปวงชนชาวไทยควรจะได้รับและคู่ชีวิตเพศเดียวกันพึงได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสโดยทั่วไป เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลโดยให้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องคุ้มครองให้ประชาชนสามารถดำรงตนอยู่ในรัฐได้อย่างมีศักดิ์ศรี มีความภาคภูมิใจและมีคุณค่าทั้งต่อตนเองและในการอยู่ร่วมกับบุคคลอื่น นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติมาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติให้ “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว ...” นั้น เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่พุทธศักราช ๒๔๗๗ ในขณะที่ปัจจุบันประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไว้ในมาตรา ๓ และมาตรา ๑๗ การที่นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่ไม่จดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสองโดยอ้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับประชาชนกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ และกติการะหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบัน เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) เป็นต้น

๓. การสมรสเป็นการก่อตั้งสถาบันทางสังคมอันเป็นมูลฐานแก่แก่ในการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งเรียกว่า สถาบันครอบครัว ในต่างประเทศมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น กฎหมายที่ให้สิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือสิทธิในการเข้าถึง การรับบริการอนามัยเจริญพันธุ์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายและหญิง สิทธิในการสมรสจึงไม่อาจพิจารณา เพศของมนุษย์โดยใช้สรีระเป็นเกณฑ์ การเจาะจงว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศ คือเพศชายและเพศหญิง ส่งผลต่อการรับรองสิทธิและสถานะของบุคคลตามกฎหมายที่ยึดตามเพศสภาพเพียงประการเดียว ไม่ได้ให้ความสำคัญกับอารมณ์ความรู้สึก ความปรารถนา รสนิยม หรือความแตกต่างภายในสภาพจิตใจ ของแต่ละบุคคล

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเห็นว่า ผู้ร้องทั้งสองโต้แย้งว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ซึ่งศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวบังคับแก่คดี และยังไม่มีคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น จึงส่งคำโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง

ประเด็นพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับหนังสือส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสอง ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง หรือไม่ เห็นว่า ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางจะใช้บังคับแก่คดี เมื่อผู้ร้องทั้งสองโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน กรณีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง จึงมีคำสั่งรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ส่วนที่โต้แย้งว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ หรือไม่ นั้น เห็นว่า มาตรา ๔ และมาตรา ๕ เป็นบททั่วไปที่วางหลักการคุ้มครองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคล และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ โดยมีได้มีข้อความที่เป็นการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพไว้ เป็นการเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในส่วนนี้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองและเอกสารประกอบแล้ว เห็นว่า คดีเป็นปัญหาข้อกฎหมายและมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ จึงไม่ทำการไต่สวนตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง กำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่ใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” วรรคสอง บัญญัติว่า “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” วรรคสาม บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” และวรรคสี่ บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครอง

ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และวรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

การจัดทำและรวบรวมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในอดีตเกิดจากแนวคิดที่ว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้อยู่ในช่วงเวลานั้นกระจัดกระจาย เพื่อให้สมแก่กาลสมัย ความเจริญ พาณิชยกรรม แห่งบ้านเมือง และทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ สมควรจะนำมารวบรวมไว้แห่งเดียวกันและจัดเข้าเป็นหมวดหมู่ ซึ่งในชั้นการร่างกฎหมาย คณะกรรมการร่างกฎหมายอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของต่างประเทศ เป็นแนวทางในการดำเนินการ โดยคำนึงถึงความมั่นคง วัฒนธรรม และวิถีชีวิตดั้งเดิมของสังคมไทยเป็นสำคัญ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัวบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติ ให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ มีผลใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม พุทธศักราช ๒๔๗๘ ต่อมามีการปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๑๙ มีผลใช้บังคับ มาจนถึงปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ ๒ ประการ คือ เป็นการสมรสระหว่าง “ชายและหญิง” และต้องมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ โดยความหมายของการสมรส หมายถึง การที่ชายและหญิงตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันด้วยความสมัครใจ มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาเพื่อการสืบเผ่าพันธุ์ มีความผูกพันช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ภายใต้ศีลธรรม จารีตประเพณี หลักศาสนา และกฎหมายของแต่ละสังคม เป็นจุดเริ่มต้นของการก่อตั้ง สถาบันครอบครัวที่ถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมเพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมและเป็นจุดเริ่มต้น ในการสร้างบทบาทที่เชื่อมโยงกับสถาบันอื่น ๆ ของสังคม การสมรสจึงสงวนไว้เฉพาะชายและหญิงตามเพศที่กำหนด ให้สามารถเป็นคู่สมรส เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ คำว่า “เพศ” (sex) หมายถึง ลักษณะทางชีวภาพที่ใช้ในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ออกเป็นผู้หญิงและผู้ชาย ส่วน “เพศสภาพ” หรือ “สถานะเพศ” (gender)

หมายถึง ลักษณะในเชิงสังคมและจิตวิทยาสังคมที่ใช้เป็นพื้นฐานในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ว่า “เป็นหญิง” (feminine) “เป็นชาย” (masculine) การที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอ้างว่าตนมีเสรีภาพในการที่จะอยู่กินกับบุคคลใดย่อมสามารถขอจดทะเบียนสมรสได้นั้นเป็นเพียงความรู้สึกและความพึงพอใจทางเพศที่วัดจากการแสดงออกหรือบทบาททางเพศที่แสดงออกในลักษณะของความชอบ โดยอาจเรียกกลุ่มคนที่มีความพึงพอใจทางเพศแบบนี้ว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือความเชื่อมโยงทางเพศ หรือบุคคลที่เกิดมามีภาวะทางร่างกายหรือจิตใจไม่ตรงกับเพศที่อาจมีมาตั้งแต่กำเนิดหรือในภายหลัง เช่น คนที่ชอบเพศเดียวกัน (หญิงรักหญิง Lesbian ชายรักชาย Gay) คนที่ชอบทั้งสองเพศ (Bisexual) และกลุ่มข้ามเพศ (Transgender) ตลอดจนคนที่รักได้ทุกเพศ หรืออาจไม่สนใจเรื่องเพศก็ได้ (Queer) และขยายไปถึงผู้ที่มีอวัยวะทั้งสองเพศ (Intersex) เป็นต้น ข้อสังเกตในการจำแนกเหล่านี้ล้วนเปรียบเทียบจากหลักในเรื่องเพศชายและหญิงทั้งสิ้น

ข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ กำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ววรรคหนึ่ง ววรรคสองและวรรคสาม นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ แต่การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องเคารพกฎหมายภายในประเทศ เคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งจารีตประเพณี หลักศาสนา วัฒนธรรม ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมของรัฐหรือประเทศนั้น ๆ และต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น กฎหมายเป็นเครื่องมือที่ทำให้สังคมอยู่ร่วมกันได้ด้วยความสงบสุข พื้นฐานของกฎหมาย นอกจากจะเป็นไปตามกฎแห่งธรรมชาติแล้วยังเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของแต่ละสังคม กฎหมายจะบังคับใช้ได้อย่างยั่งยืนต้องเป็นที่ยอมรับและไม่ขัดกับความรู้สึกของคนในประเทศนั้น ๆ เพราะขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีที่แตกต่างกันของแต่ละสังคมย่อมเป็นที่มาของกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย ดังนั้น กฎหมายตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีในแต่ละประเทศจึงอาจแตกต่างกัน ในเรื่องการสมรสตามจารีตประเพณี วิถีสังคมไทย

ตลอดจนแนวทางปฏิบัติและการตีความกฎหมายของประเทศไทยมีความเชื่อถือสืบต่อกันมาว่า การสมรสสามารถกระทำได้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรส คือการที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตร ดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลูก ป้า น้า อา ซึ่งการสมรสในระหว่างบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่สามารถสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้ ทั้งนี้ หากวิทยาการก้าวหน้ามีการค้นพบรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่าสัตว์โลกบางประเภทมีพฤติกรรม หรือลักษณะทางชีวภาพแปลกแยกออกไปก็จัดให้เป็นกลุ่มต่างหากเพื่อแยกศึกษาต่อไป เช่นเดียวกับรัฐ หรือผู้บัญญัติกฎหมายพบกลุ่มบุคคลที่มีวิถีทางเพศแตกต่างออกไป และถูกเบียดเบียนด้วยอคติ รัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายก็สามารถกำหนดการคุ้มครองได้เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะกลุ่ม เพื่อคุ้มครอง บุคคลผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นกลุ่มเฉพาะที่เป็น กรณียกเว้น (the exceptional case) เห็นได้จากการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อคุ้มครองและป้องกันสิทธิให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ และส่งเสริมความเท่าเทียมกัน ระหว่างชายหญิง รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ขึ้นมาใช้บังคับ และขณะนี้มีการเสนอ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้สอดคล้อง กับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายมิได้บังคับให้ชายหญิงทุกคู่ต้องสมรสกัน บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ต้องทำตามแบบของกฎหมาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ จึงไม่ได้จำกัดเสรีภาพของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ในการอยู่ร่วมกัน และมิได้มีข้อความไปจำกัดสิทธิของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการทำนิติกรรมใด ๆ ตามกฎหมายที่อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคม และส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของบุคคล ผู้มีความหลากหลายทางเพศ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม จึงไม่ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖

สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอกันตามกฎหมาย ได้รับการคุ้มครอง

ตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ มีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตภายใต้หลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของบุคคล กล่าวคือ บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคของสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวเกี่ยวกับเพศของคู่สมรสสามารถดำเนินการได้ โดยบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่เพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนถึงกฎหมายหลักที่ได้วางรากฐานความเป็นสถาบันครอบครัวมาตั้งแต่อดีตกาล ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว บัญญัติให้ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิสมรสกันตามกฎหมาย แม้จะดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ (True law is right reason, harmonious (in agreement) with nature) และเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสังคมไทย นอกจากการกำหนดให้สิทธิชายและหญิงเท่านั้นที่จะสมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น การกำหนดให้ชายหญิงที่จะหมั้นหรือสมรสกันต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ตามมาตรา ๑๔๓๕ และมาตรา ๑๔๔๘ ทรัพย์สินของหมั้นและสินสอดจะมีได้แต่เฉพาะชายหมั้นหญิงตามมาตรา ๑๔๓๗ การห้ามชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตสมรสกันตามมาตรา ๑๔๕๐ การห้ามจดทะเบียนซ้อนตามมาตรา ๑๔๕๒ และการห้ามหญิงหม้ายสมรสใหม่ภายในสามร้อยสิบวันตามมาตรา ๑๔๕๓ แท้จริงแล้วบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิใช่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นการบัญญัติขึ้นโดยมีพื้นฐานบนหลักเหตุและผลทั้งสิ้น เช่น การห้ามบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปีหมั้นและสมรสกันเป็นความเหมาะสมของสภาพร่างกายตามธรรมชาติ ของหมั้นเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณี การห้ามชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตสมรสกันนอกจากเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีแล้ว ยังอาจมีผลให้บุตรที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ การห้ามหญิงหม้ายสมรสภายในสามร้อยสิบวัน เพราะเป็นระยะเวลาที่อาจตั้งคร่ำครึกับสามีคนก่อนได้ นัยความหมายของความเสมอภากระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิงหรือให้หญิงเป็นชายเพราะเพศนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (an act of God) ซึ่งเพศที่ถือกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองต่างหากเป็นการเฉพาะ

การให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของบุคคลนั้น ๆ ในการนี้ กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อน จึงจะให้ความเสมอภาคได้ เช่น หญิงมีประจำเดือน หญิงตั้งครรภ์ได้ หญิงมีสรีระที่อ่อนแออบบางกว่าชาย เห็นได้ว่า สิ่งที่ไม่เหมือนกันจะปฏิบัติให้เหมือนกันไม่ได้ การปฏิบัติให้ถูกต้องสอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติ จะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่ถือเอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มารวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจน การยอมรับสิ่งที่แตกต่างให้กลายเป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างจึงไม่อาจกระทำได้ เมื่อพิจารณาถึงการสมรสระหว่างหญิงชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในด้านสวัสดิการของรัฐ ก็สามารถทำได้ง่าย เช่น การลาคลอด การลาบวช การเบิกค่ารักษาพยาบาล เป็นต้น หากไม่ได้กำหนดเพศไว้สำหรับกรณีดังกล่าว และเกิดกรณีสามีเบิกค่ารักษามะเร็งปากมดลูก ภริยาเบิกค่ารักษาต่อมลูกหมาก สามีเบิกค่าทำคลอด ทำให้ต้องมีการพิสูจน์ทั้งสภาพเพศและมีใบรับรองแพทย์ในทุกกรณี เมื่อคำนึงถึงสัดส่วนที่พึงจะเกิดขึ้น จึงเป็นการเพิ่มภาระให้รัฐและทำให้สิทธิของสามีภริยาที่เป็นชายจริงหญิงแท้ ซึ่งเป็นมหาชนต้องถูกตรวจสอบไปด้วย ทำให้เกิดความล่าช้ามีอุปสรรคไม่ได้รับความเป็นธรรมไปโดยปริยาย นอกจากนี้ การไม่กำหนดเพศในการสมรสอาจมีผู้ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มของผู้มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQI) มาจดทะเบียนสมรสเพื่อหวังผลประโยชน์ในสวัสดิการต่าง ๆ ของรัฐ หรือประโยชน์จากการลดหย่อนภาษี อันอาจส่งผลต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญและกฎหมายปัจจุบันมิได้ห้ามบุคคลเพศเดียวกันใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและมีเพศสัมพันธ์กัน มิได้ห้ามการจัดพิธีแต่งงาน มิได้ห้ามทำประกันชีวิตระบุให้คู่ชีวิตเป็นผู้ได้รับประโยชน์ มิได้ห้ามทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกแก่คู่ชีวิต และทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันก็มีได้ห้ามมิให้เป็นกรรมสิทธิ์รวม สำหรับข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่อ้างว่า ไม่ได้รับสิทธิในฐานะคู่สมรส เช่น การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล การได้รับสวัสดิการของคู่สมรส การได้รับประโยชน์จากกรรมธรรมหรือสิทธิการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิด หรือสิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม นั้น เห็นว่า สิทธิดังกล่าวมิได้เกิดจากสถานภาพการสมรสโดยตรง แต่เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ ปัญหาดังกล่าวจึงสามารถแก้ไขได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ ดังเช่นที่มีการยกย่องพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เพื่อให้สิทธิกับบุคคลเพศเดียวกันที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้มีสิทธิต่าง ๆ จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ สืบสานการดำรงอยู่ของสังคมและขนบธรรมเนียมประเพณีที่สังคมยึดถือ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชายและหญิงตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุ

ความแตกต่างในเรื่องเพศ มิได้ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งยังช่วยส่งเสริมความมั่นคงของรัฐ และเสริมสร้างความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

อย่างไรก็ตาม เมื่อบริบทสังคมโลกและสังคมไทยในปัจจุบันยอมรับและเริ่มมีการให้สิทธิแก่บุคคล เกี่ยวกับสถานะทางเพศอย่างกว้างขวางมากขึ้น รัฐควรมีมาตรการที่เหมาะสมและสนับสนุนให้บุคคล ผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้ชีวิตร่วมกัน โดยการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้สิทธิและเพื่อแก้ไขปัญหาอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม โดยมีข้อเสนอแนะว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสมควรพิจารณาดำเนินการ ตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเหมาะสมต่อไป

นายวรวิทย์ กังศศิเทียม
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายปัญญา อุดชาชน
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายวิรุฬห์ แสงเทียน
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายจิรนิติ หะวานนท์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายณภดล เทพพิทักษ์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ