

ความเห็นส่วนตัว  
ของ นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๒๐/๒๕๖๔

เรื่องพิจารณาที่ ๓๐/๒๕๖๓

วันที่ ๑๗ เดือนพฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๔

ระหว่าง ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ผู้ร้อง  
- ผู้ถูกร้อง

ประเด็นวินิจฉัย

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

ความเห็น

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าศาลเยาวชนและครอบครัวกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองในคดีแพ่ง หมายเลขดำที่ ยชพ ๑๐๕๖/๒๕๖๓ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีผู้ร้องทั้งสองเป็นคู่ชีวิต ที่มีเพศสภาพและการดำเนินวิถีชีวิตทางเพศเป็นหญิงรักหญิงหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยใช้ชีวิตคู่ร่วมกันมานานกว่า ๑๐ ปี ในลักษณะคู่ชีวิตซึ่งมีความสัมพันธ์บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันเช่นคู่สมรสตามกฎหมายผู้ร้องทั้งสองได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสพร้อมหลักฐานประกอบการจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานเขตบางกอกใหญ่ กรุงเทพมหานคร เจ้าพนักงานปกครอง (ที่ถูก นายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่) แจ้งให้ผู้ร้องทั้งสองทราบว่าผู้ร้องทั้งสองเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันคือผู้หญิงกับผู้หญิง จึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสให้ได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดข้อมูลการสมรสต้องเป็นบุคคลเพศชายกับเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น จึงไม่สามารถดำเนินการให้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ผู้ร้องทั้งสองได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัวต่อนายทะเบียนกรุงเทพมหานคร และได้รับแจ้งผลการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัวบุคคลเพศเดียวกันว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำอุทธรณ์ของ

ผู้ร้องทั้งสองจึงฟังไม่ขึ้น ให้ยกอุทธรณ์ ผู้ร้องทั้งสองจึงมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลเยาวชนและครอบครัว กลางมีคำสั่งรับจดทะเบียนสมรส ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. (ที่ถูก พุทธศักราช) ๒๔๗๘ มาตรา ๑๕ ได้ผู้ร้องทั้งสองโต้แย้งว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้จะต้องไม่สร้างภาระต่อ สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ กลับให้ อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ (วิธีบัญญัติ) ที่ส่งผล กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหา (สารบัญญัติ) โดยส่งผลกระทบต่อสิทธิในการก่อตั้ง ครอบครัว ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปวงชนชาวไทยควรจะได้รับซึ่งในกรณีของคู่ชีวิตเพศเดียวกันก็พึงจะ ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสโดยทั่วไป โดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลของปวงชนชาวไทยเสมอกันโดยให้ ถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องคุ้มครองให้ประชาชนสามารถดำรงตนอยู่ในรัฐได้อย่างมีศักดิ์ศรี มี ความภาคภูมิใจและมีคุณค่าทั้งต่อตนเองและในการอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ กำหนดคำว่า “เพศสภาพ” ไว้ในบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ห้ามการเลือก ปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิง แล้ว ยังหมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วยจึง ไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐ เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจำต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ ดังนั้น คำว่า “เพศ” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ วรรคสาม จึงรวมถึงการห้ามเลือก ปฏิบัติเพราะความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศ แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดด้วยนอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้เมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว” นั้น เป็นกฎหมายที่ตรา ขึ้นมาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๘ (ที่ถูก ปี ๒๔๗๗ แต่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ปี ๒๔๗๘) ในขณะที่ ปัจจุบันประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมระหว่างเพศ และคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยกำหนดนิยาม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายถึง การเลือกปฏิบัติระหว่าง

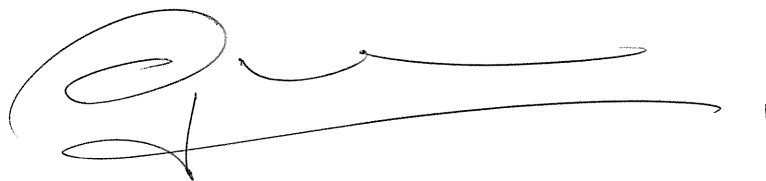
บุคคลที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศกำเนิด อีกทั้งได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกฎหมายระดับปฏิบัติ คือ ข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคมแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป้าหมายเป็นผู้รับบริการสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๕ ออกตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๖ กำหนดค่านิยามกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในหมวด ๓ อันหมายความว่ารวมถึงคนรักเพศเดียวกัน คนรักสองเพศ คนข้ามเพศ และคนที่มีลักษณะเพศทางชีววิทยาไม่ชัดเจน เป็นต้น บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ เป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับประชาชน กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ชัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบันกติการะหว่างประเทศรวม ๗ ฉบับ การยอมรับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกฎหมายระหว่างประเทศนับเป็นปัจจัยสำคัญที่มีส่วนต่อการเกื้อหนุนให้เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นอย่างกว้างขวางในกฎหมายภายในประเทศ สะท้อนให้เห็นว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของความแตกต่างในทางเพศที่แม้กฎหมายจะไม่ได้มีการบัญญัติถ้อยคำกล่าวถึงสิทธิด้านความหลากหลายทางเพศไว้โดยตรง การตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงความแตกต่างทางเพศสภาพ (Gender) วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) ดังนั้น บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ ที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงทำการสมรสได้เมื่อมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์” จึงเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “เพศสภาพ” อัตลักษณ์ทางเพศและความหลากหลายทางเพศขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและหลักการกฎหมายระหว่างประเทศทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น บุคคลรักเพศเดียวกัน ไม่ได้รับความคุ้มครองใด ๆ จากกฎหมายในการอยู่ร่วมกันเหมือนกับคู่สมรสต่างเพศ และต้องประสบปัญหาจากการไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพคู่ชีวิต ทั้งยังต้องสูญเสียสิทธิตามกฎหมายหรือไม่อาจเข้าถึงสิทธิตามกฎหมายครอบครัวที่สำคัญบางประการทำให้บุคคลไม่เสมอกันในกฎหมาย ไม่มีสิทธิและเสรีภาพ และไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลทางสังคม

พิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๕๗ บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” และมาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” เป็นบทบัญญัติที่กำหนดการสมรสไว้ว่าผู้ที่ จะทำการสมรสได้

ต้องเป็นชายและหญิงตามเพศกำเนิดปกติ ส่วนผู้ที่กำเนิดโดยมือวิยะเพศทั้งชายและหญิงหรืออวัยวะเพศกำกวมนั้นย่อมเป็นไปตามสมัครใจในการระบุเพศ แต่หากจะให้เป็นไปได้โดยถูกต้องตามธรรมชาติ การจะกำหนดให้เป็นเพศใดย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของความสมบูรณ์ของอวัยวะเพศและจิตใจของผู้นั้นซึ่งแพทย์จะเข้าร่วมในการวินิจฉัยในการเลือกเพศว่าสมควรเป็นเพศใดให้แน่ชัด ซึ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอนุญาตให้ใช้ “เพศที่สาม” หรือ “ไม่ใช่ทั้งชายและหญิง” ได้ หรือในสวิตเซอร์แลนด์สามารถเว้นว่างไว้ไม่ระบุเพศได้เพื่อให้เด็กตัดสินใจเลือกเพศเองเมื่อโตขึ้นพอจะตัดสินใจได้ในภายหลัง เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และวรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติแสดงถึงบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายและหญิงเท่านั้น โดยเริ่มจากการใช้คำว่า “บุคคล” ซึ่งหมายถึงมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นเพศใด ต่อมาจึงใช้คำว่า “ชายและหญิง” ขยายความของคำว่า “บุคคล” แล้วจึงใช้คำว่า “เพศ” ที่หมายถึงเพศชายและเพศหญิงที่ได้กล่าวถึงมาก่อน ดังนั้น คำว่า “เพศ” ตามรัฐธรรมนูญ จึงหาได้หมายถึงบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศแตกต่างจากเพศที่ผู้หนึ่งถือกำเนิดด้วยแต่ประการใดไม่ เพราะเพศปกติธรรมดาในโลกมีเพียงเพศผู้และเพศเมียหรือเพศชายและเพศหญิง จึงเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญจำกัดการคุ้มครองไว้เฉพาะบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชายและเพศหญิงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ เท่านั้น ส่วนเพศชายหรือเพศหญิงตามกำเนิดจะมีความรู้สึกว่าตนเองไม่ใช่เพศตามกำเนิด อยากเป็นอีกเพศหนึ่งจึงชอบเพศตรงข้ามกับเพศกำเนิด หรือชอบเพศเดียวกัน ไม่ชอบต่างเพศโดยไม่ต้องแสดงออกด้วยการแต่งกายว่าตนเป็นเพศตรงข้ามข้ามกับเพศตัวเอง หรือชอบได้ทั้งสองเพศในลักษณะดังกล่าวล้วนแต่เป็นความรู้สึกที่ตนเองจะรู้แท้จริงว่าเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ หรือเป็นไปตามที่ตนเองแสดงออกจริงหรือไม่ เพราะผู้อื่นไม่อาจรู้ถึงความแท้จริงนั้นได้ ด้วยเหตุดังกล่าวการที่พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มีบทนิยาม คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ไว้ในมาตรา ๓ หมายความว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรมเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” หรือพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๔๖ มีคำนิยามในข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคมแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดบุคคลหรือ

กลุ่มบุคคลเป้าหมายเป็นผู้รับบริการสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๕ ไว้ตามที่ผู้ร้องทั้งสองอ้าง ก็เป็นเรื่องของคำนิยามของกฎหมายแต่ละฉบับที่มีวัตถุประสงค์ของกฎหมายแตกต่างกันไปเพื่อให้มีความช่วยเหลือหรือสนับสนุนได้ทุกเพศไม่ว่าจะมีการแสดงออกทางเพศอย่างไร หากใช้ว่าคำนิยามของกฎหมายฉบับใดจะนำไปใช้กับกฎหมายฉบับอื่นได้การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ มีบทบัญญัติใช้คำว่า “ชายและหญิง” ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของตนตามลักษณะกฎหมายครอบครัวตามเพศปกติตามที่กำเนิดแท้จริงตามธรรมชาติของโลก แต่รัฐสภาสามารถออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะครอบครัว เพื่อสนับสนุนช่วยเหลือในการที่บุคคลเพศเดียวกันจะมีความผูกพันกันในลักษณะครอบครัวเช่นเดียวกันได้ เหมือนกับที่มีการออกพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ หรือพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๖ ดังที่ผู้ร้องทั้งสองอ้างมานั้น ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ จึงเป็นไปตามหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

จึงมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๔๘ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม



(นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ