



# สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ



# สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ

เล่มที่ 1

จัดทำโดย

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ เล่มที่ 1.-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2566.

402 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. 2. คำพิพากษาศาลต่างประเทศ. I. ชื่อเรื่อง.

342.0269

ISBN: 978-616-8033-94-4

ชื่อหนังสือ	สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ เล่มที่ 1
ปีที่พิมพ์	มิถุนายน 2566
จำนวนพิมพ์	450 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 <a href="http://www.constitutionalcourt.or.th">www.constitutionalcourt.or.th</a> E-mail: <a href="mailto:feedback@constitutionalcourt.or.th">feedback@constitutionalcourt.or.th</a>
ดำเนินการจัดทำโดย	สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250 โทรศัพท์ / โทรสาร: 0-2742-4754-5

## คำนำ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มดำเนินการจัดทำสรุคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ โดยศึกษา รวบรวม และจัดทำคำแปลคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศจากภาษาต่างประเทศเป็นภาษาไทย มาตั้งแต่ พ.ศ. 2561 จนถึงปัจจุบัน รูปแบบการแปลแต่ละคดีเป็นการแปลแบบสรุย่อ แต่ก็มีคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่งบางคดีที่ดำเนินการแปลฉบับเต็ม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานด้านคดี ซึ่งมีความจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยในวาระแรกเริ่มเป็นการจัดทำเพื่อใช้งานเป็นการภายในศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

คดีรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่ได้นำมาจัดทำสรุพนั้น ได้นำมาจากคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่งขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ โดยในแต่ละประเทศมีลักษณะการจัดองค์กรที่แตกต่างกันออกไป บางประเทศจัดตั้งเป็นศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี บางประเทศใช้ศาลในระบบศาลยุติธรรมเป็นศาลที่วินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา หรือศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร บางประเทศจัดตั้งในรูปแบบอื่น เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส จัดตั้งเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมถึงองค์กรในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัย หรือให้คำแนะนำในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญด้วย เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย เป็นต้น นอกจากองค์กรตุลาการที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว องค์กรระหว่างประเทศ

บางองค์การยังมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในระดับระหว่างประเทศด้วย อาทิ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งขอบเขตของคดีรัฐธรรมนูญในที่นี้ คือ คดีที่มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเป็นหลัก ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิเสรีภาพ ฯลฯ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเล็งเห็นว่าสรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศเป็นงานที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ในทางวิชาการ ทั้งในการปฏิบัติงานด้านคดีรัฐธรรมนูญของบุคลากรศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงประชาชนทั่วไปที่มีความสนใจ จึงได้รวบรวมสรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศเป็นรูปเล่ม โดยการจัดพิมพ์แบ่งออกเป็น 2 เล่ม ในแต่ละเล่มแบ่งหมวดหมู่ตามประเภทของสิทธิหรือเสรีภาพหรือประเด็นสำคัญของคดีนั้น ๆ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่าสรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ เล่มที่ 1 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ได้นำไปศึกษาค้นคว้าเพื่อต่อยอดองค์ความรู้ในทางวิชาการต่อไป



(นางพรติภา ไสวสุวรรณวงศ์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# สารบัญ

หน้า

## หมวดที่ 1 สิทธิของเด็ก ผู้เยาว์ และสิทธิเกี่ยวกับครอบครัว

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี  
ที่ 1 BvR 673/17 วันที่ 26 มีนาคม 2562
  - การจำกัดสิทธิครอบครัวในการรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม  
กรณีคู่สามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส  
ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ..... 3
2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ที่ 102  
วันที่ 29 พฤษภาคม 2563
  - บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา  
ว่าด้วยการพรากผู้เยาว์ที่กำหนดโทษระงับ  
อำนาจปกครองบุตร ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ..... 11
3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ที่ 791  
วันที่ 29 พฤษภาคม 2563
  - ความผิดฐานคบชู้ตามประมวลกฎหมายอาญา  
ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ..... 21
4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย  
ที่ 3067/2021 (II. 24.) เอปี
  - การบังคับใช้สิทธิในการเข้าถึงกัน (สิทธิในการติดต่อกัน  
ระหว่างบิดามารดาและบุตร)..... 27

## หมวดที่ 2 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก  
ที่ II.US 3814/17 วันที่ 17 เมษายน 2562
  - สิทธิในกระบวนการพิจารณาของผู้เยาว์และสิทธิในทรัพย์สิน..... 31

## สารบัญ

หน้า

2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี  
ที่ 99 Hun-Ma 496 วันที่ 30 สิงหาคม 2544  
- คดีหมายเรียกพยานบุคคลของพนักงานอัยการ..... 43
3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศอังกฤษ  
ที่ 10/2021 (IV. 7.) เอปี  
- การไม่มีเขตแดนระยะเวลาชั้นสูงในการคุมขัง  
ก่อนการไต่สวนคดี..... 48
4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี  
ที่ 2018 Hun-Ba 113 วันที่ 29 เมษายน 2564  
- ประเด็นความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทาง  
เครือข่ายการสื่อสารซึ่งสามารถดำเนินคดีอาญาได้  
โดยผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์..... 50
5. คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
ที่ ECHR 182 (2022) วันที่ 7 มิถุนายน 2565  
- ประเด็นพฤติการณ์ที่ไม่ถือเป็นการกระทำ  
ต่อสิทธิในชีวิตของผู้ต้องหาที่เสียชีวิต  
ในระหว่างการนำตัวไปสอบปากคำ..... 56
6. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี  
ที่ 2019 Hun-Ma 919 วันที่ 30 กันยายน 2564  
- ประเด็นการเปิดอ่านจดหมายตอบโต้และเอกสาร  
ทางกฎหมายของผู้ต้องขังในทัณฑสถาน..... 63

# สารบัญ

หน้า

## หมวดที่ 3 สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย  
วันที่ 11 ธันวาคม 2557
  - การห้ามมิให้รับบุตรบุญธรรมสำหรับคู่ชีวิต  
ของบุคคลเพศเดียวกัน ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....73
2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย  
วันที่ 5 ธันวาคม 2560
  - การแบ่งแยกระหว่างการสมรสของบุคคลต่างเพศ  
กับคู่สมรสเพศเดียวกัน ละเมิดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติ  
โดยไม่เป็นธรรม.....76
3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย  
วันที่ 29 มิถุนายน 2561
  - สิทธิของบุคคลข้ามเพศในการจดทะเบียนพลเมือง.....81
4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน  
ที่ 99/2019 วันที่ 18 กรกฎาคม 2562
  - กฎหมายที่ห้ามผู้เยาว์ซึ่งมีวุฒิภาวะเพียงพอและมีสถานะ  
ความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว ในการจดทะเบียน  
เปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศ  
ของบุคคล ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....84
5. คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา  
คดี Obergefell et al. v. Hodges, Director,  
Ohio Department of Health, et al  
วันที่ 26 มิถุนายน 2558
  - การสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และการยอมรับ  
การสมรสที่ได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในมลรัฐอื่น.....93



## สารบัญ

หน้า

6. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)  
ที่ 748 วันที่ 24 พฤษภาคม 2560  
- คดีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน..... 189
7. คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี  
ที่ 1 BvR 2019/16 วันที่ 10 พฤศจิกายน 2560  
- คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีการละเมิดสิทธิ  
ในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน การเลือกปฏิบัติ  
เพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ  
และสิทธิที่พึงได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน..... 212
8. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้  
ที่ 60/04 และ ที่ 10/05  
วันที่ 1 ธันวาคม 2548  
- คดีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน..... 223
9. ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน  
ที่ 2216/2012 (CCPR/C/119/D/2216/2012)  
วันที่ 28 มีนาคม 2560  
- การห้ามคู่สมรสเพศเดียวกันที่สมรสในต่างประเทศ  
ร้องขอจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลีย..... 236
10. คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป  
คดี Oliari and Others v. Italy  
ที่ 18766/11 และ ที่ 36030/11  
วันที่ 21 กรกฎาคม 2558  
- การจดทะเบียนคู่ครองและการสมรส  
ของบุคคลเพศเดียวกัน..... 255

## สารบัญ

หน้า

<b>หมวดที่ 4 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลและรัฐ</b>	
<b>ในการป้องกันสุขอนามัยสาธารณะ</b>	
1. คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ 1 BvR 755/20 วันที่ 7 เมษายน 2563	
- คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับมาตรการของรัฐ กรณีการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 .....	283
2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ที่ G 202/2020-20 วันที่ 14 กรกฎาคม 2563	
- บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราว ในการป้องกันการแพร่ระบาดโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ขอด้วยกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่ .....	289
3. คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ 1 BvR 781/21 ที่ 1 BvR 889/21 ที่ 1 BvR 860/21 ที่ 1 BvR 854/21 ที่ 1 BvR 820/21 ที่ 1 BvR 805/21 และที่ 1 BvR 798/21 วันที่ 19 พฤศจิกายน 2556	
- คำร้องโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับมาตรการระดับสหพันธรัฐ เพื่อหยุด การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 .....	304
4. คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดีระหว่าง นาย Pavel Vavrička และผู้ร้องอื่นกับสาธารณรัฐเช็ก ที่ 47621/13 และคำร้องอื่น วันที่ 8 เมษายน 2564 .....	318

## สารบัญ

หน้า

5. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อ ไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)	
1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 424/2020.....	325
2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 687/2020.....	326
3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 352/2021.....	327
4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 500/2021.....	330
5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 738/2021.....	333
6) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 921/2021.....	334
6. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ที่ 36/PUU-XVIII/2020 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2563 - หน้าที่ของรัฐในการให้รางวัลและจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวก ในการกักตัวสำหรับเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ ในระหว่างสถานการณ์โรคระบาด.....	337
7. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย ที่มีประเด็นสำคัญ พ.ศ. 2564	
1) คำวินิจฉัยที่ 23/2021 (VII. 13.) เอปี การห้ามการชุมนุมในสถานการณ์ฉุกเฉิน.....	348
2) คำฟ้องตรงต่อระเบียบที่ให้เอกสิทธิ์ แก่ผู้ที่ได้รับหนังสือคุ้มกัน.....	349

## สารบัญ

หน้า

3) คำร้องที่ IV/3010/2021	
การบังคับฉีดวัคซีนสำหรับบุคลากรทางการแพทย์.....	350
8. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี	
ที่ E. 2020/91 วันที่ 13 ตุลาคม 2564	
- ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ	
แห่งกฎหมายที่ให้เพิ่มโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำ	
ต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์.....	352

### หมวดที่ 5 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

1. คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา	
คดี Roe v Wade ค.ศ. 1973 วันที่ 20 มกราคม 2516	
- กฎหมายห้ามยุติการตั้งครรภ์ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.....	361
2. คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส	
ที่ 2018-761 QPC วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2562	
- กฎหมายที่ลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศ	
ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	370
3. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยที่ 23/2019	
วันที่ 9 กรกฎาคม 2562	
- คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีคำพิพากษา	
ของศาลอุทธรณ์ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน	
อันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล.....	379



# หมวดที่ 1

สิทธิของเด็ก ผู้เยาว์ และสิทธิเกี่ยวกับครอบครัว



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี\*

คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 673/17

วันที่ 26 มีนาคม 2562

เรื่อง การจำกัดสิทธิครอบครัวในการรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม  
กรณีคู่สามีภรรยาที่มีได้จดทะเบียนสมรสไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การจำกัดสิทธิของครอบครัวในการรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมกรณีคู่สามีภรรยาที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Basic Law: กฎหมายพื้นฐาน) มาตรา 3 (1)<sup>1</sup> การที่พ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยง ซึ่งมีได้จดทะเบียนสมรสกันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้หากเด็กนั้นมีได้สิ้นสุดนิติสัมพันธ์กับมารดา/บิดาของตน ในขณะที่เด็กจะได้รับการรับรองในฐานะบุตรบุญธรรมของบิดามารดาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น กรณีดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิของครอบครัวในการรับรองบุตรบุญธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาค (equal treatment) ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญองค์คณะที่ 1

\* นางสาวคิวกาธเน่ เฉลิมวงค์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

1 กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) มาตรา 3 ความเสมอภาคกันในกฎหมาย (Equality before the law)

- (1) บุคคลทุกคนย่อมเสมอกันในกฎหมาย
- (2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐจะต้องส่งเสริมให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง และจะต้องดำเนินการขจัดความเสียเปรียบที่มีอยู่
- (3) บุคคลจะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติที่ต่ำกว่าหรือด้อยกว่าเพราะเหตุแห่งสถานะทางเพศ สายเลือด เชื้อชาติ ภาษา ภูมิภาคและถิ่นกำเนิด ความเชื่อ หรือความเห็นทางศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง บุคคลไม่พึงได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเพราะเหตุแห่งความพิการ



ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตราบทบัญญัติใหม่ภายในวันที่ 31 มีนาคม 2020 องค์คณะที่ 1 ได้ให้เหตุผลว่า การรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมโดยครอบครัว ที่มีได้จดทะเบียนสมรสนั้นไม่ได้ทำให้เด็กเสียประโยชน์ อีกทั้งการคุ้มครองลูกเลี้ยงจากครอบครัวที่ไม่สมบูรณ์ก็ได้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก แต่อย่างไรก็ดี ประกอบกับยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถคุ้มครองสิทธิของเด็ก ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการจำกัดสิทธิของครอบครัวในการรับรองบุตรบุญธรรม

### ข้อเท็จจริงโดยสรุป

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1754 (1) และ (2)<sup>2</sup> ประกอบกับ มาตรา 1755 (1) และ (2)<sup>3</sup> บัญญัติให้การรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1754 ผลของการรับบุตรบุญธรรม

- (1) หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายรับเด็กคนใดเป็นบุตรบุญธรรม หรือหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งรับบุตรของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ย่อมถือว่าเด็กนั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นบุตรของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย
- (2) ในกรณีอื่นนอกจาก (1) จะถือว่าเด็กเป็นบุตรของบุคคลที่รับเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ...

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1755 การสิ้นสุดสถานะความสัมพันธ์

- (1) เมื่อมีการรับบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ของเด็กรวมถึงผู้สืบสันดานของเด็กกับเครือญาติโดยกำเนิดและสิทธิและหน้าที่ ที่เกิดขึ้นจากความเป็นเครือญาติโดยกำเนิดนั้นย่อมสิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม สิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่เกิดขึ้นก่อนการรับบุตรบุญธรรม โดยเฉพาะสิทธิในการได้รับเงินเลี้ยงชีพ เงินสงเคราะห์เด็กกำพร้า หรือเงินอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งไม่ได้เป็นผลมาจากการรับบุตรบุญธรรมย่อมไม่สิ้นสุดลงไปด้วย
- (2) หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งรับบุตรของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม การสิ้นสุดสถานะความสัมพันธ์ตาม (1) จะเกิดขึ้นเฉพาะกับบิดาหรือมารดาโดยกำเนิดของเด็กซึ่งมิใช่คู่สมรสในกรณีนี้ รวมถึงเครือญาติของบุคคลดังกล่าวเท่านั้น

จะกระทำได้เมื่อพ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงได้สมรสกับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในขณะที่ครอบครัวซึ่งพ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงที่ได้จดทะเบียนสมรสนั้น บุคคลดังกล่าวไม่สามารถรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมได้หากเด็กยังมีได้สิ้นสุดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายกับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ภายใต้กฎหมายฉบับนี้สามีภรรยาที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันย่อมไม่สามารถรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมได้ ดังนั้น จึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ระหว่างบิดามารดาและบุตร แม้โดยข้อเท็จจริงแล้วพ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงจะมีความสัมพันธ์ทางสังคมและครอบครัวกับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและบุตรแล้วก็ตาม พ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงที่มีได้สมรสกันจะไม่มีอำนาจปกครองเด็ก ถึงแม้ว่าบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเสียชีวิตหรือหย่าร้างกันก็ยังไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างพ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงกับเด็ก นอกเสียจากสิทธิในการติดต่อเยี่ยมเยียนตามความเหมาะสมตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1685 (2)<sup>4</sup>

ผู้ร้องที่ 1 เป็นมารดาผู้ให้กำเนิดเด็ก ส่วนผู้ร้องที่ 2 และผู้ร้องที่ 3 เป็นเด็กที่จะขอรับการรับรองในฐานะบุตรบุญธรรม ส่วนบิดาโดยกำเนิดของเด็กได้สมรสกับมารดาเด็กและเสียชีวิตในปี 2006 นับตั้งแต่ปี 2007 ผู้ร้องที่ 1 และผู้ร้องที่ 4 (พ่อเลี้ยง) ได้อยู่กินฉันท์สามีภรรยาแต่มีได้จดทะเบียนสมรสเนื่องจากผู้ร้องที่ 1 ประสงค์จะได้รับสิทธิเงินช่วยเหลือสำหรับหญิงหม้ายซึ่งเป็นรายได้ที่สำคัญต่อการดำรงชีพ ซึ่งหากผู้ร้องที่ 1 ทำการสมรสใหม่ก็จะ

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1685 การติดต่อกับเด็ก โดยบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง

- (1) ปู่ ย่า ตา ยาย และพี่น้อง มีสิทธิติดต่อกับเด็ก หากเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ของเด็ก
- (2) บทบัญญัติเดียวกันนี้ให้ใช้บังคับกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กอย่างใกล้ชิดด้วย หากบุคคลดังกล่าวมีหรือเคยมีความรับผิดชอบโดยแท้ต่อเด็ก (ความสัมพันธ์ทางสังคมหรือทางครอบครัว) โดยทั่วไปแล้วความรับผิดชอบโดยแท้เกิดขึ้นได้หากบุคคลนั้นได้อาศัยอยู่ในบ้านกับเด็กเป็นระยะเวลาานาน ...

เสียดสิทธิต่อการรับเงินช่วยเหลือดังกล่าว ต่อมาในปี 2009 ผู้ร้องที่ 1 และผู้ร้องที่ 4 ได้มีบุตรชายร่วมกัน ศาลแขวงได้ยกคำร้องกรณีการขอรับรองผู้ร้องที่ 2 และผู้ร้องที่ 3 เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภรรยาคู่นี้ ผู้ร้องจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ (The Higher Regional Court) และยื่นคำร้องในประเด็นข้อกฎหมายต่อศาลสหพันธ์ (The Federal Court of Justice) ซึ่งศาลก็ได้มีคำพิพากษายกคำร้องเช่นกัน

### ประเด็นที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของคณะที่ 1 พิจารณา

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1754 (1) และ (2) ประกอบกับ มาตรา 1755 (1) และ (2) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) มาตรา 3 (1) หรือไม่

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1754 (1) และ (2) ประกอบกับมาตรา 1755 (1) และ (2) ขัดต่อหลักความเสมอภาค ถือเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กในครอบครัวที่พ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยงมิได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งต่างจากเด็กในครอบครัวหม้าย<sup>5</sup> ที่มีทะเบียนสมรส เด็กในครอบครัวหม้ายที่มิได้จดทะเบียนสมรสจึงถูกปฏิบัติเสียดสิทธิต่อการรับรองสถานะบุตรบุญธรรม เนื่องจากยังมีนิติสัมพันธ์กับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่

เมื่อพิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนี้ จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขตามบทบัญญัติมาตรา 3 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (กฎหมายพื้นฐาน) ที่กำหนดไว้ย่อมมีอาจมีผลบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างนั้น ต้องพิจารณาจากเหตุผลทางข้อเท็จจริงที่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วย

<sup>5</sup> ครอบครัวหม้าย (Step Parent) หมายถึง ครอบครัวใหม่ที่ประกอบไปด้วยบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของเด็กฝ่ายหนึ่ง กับบิดาหรือมารดาเลี้ยงอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วแต่กรณี

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการเลือกปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งย่อมส่งผลถึงการคุ้มครองหลักความเสมอภาค โดยกระบวนการตรากฎหมายต้องคำนึงถึงเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่ต้องมีเหตุผลทางข้อเท็จจริงที่ได้สัดส่วนกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจะมีความเคร่งครัดมากขึ้นเมื่อบทบัญญัตินั้นกระทบต่อเสรีภาพของบุคคล หากบุคคลไม่อาจกระทำตามเงื่อนไขของบทบัญญัติอันเป็นเหตุให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าว หรือเมื่อการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างตามรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) มาตรา 3 (3) เกิดขึ้นด้วยเหตุนี้ การตีความบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับการรับรองบุตรบุญธรรมจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัดและต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กที่จะได้พัฒนาตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะได้รับการดูแลและเลี้ยงดูจากบิดามารดาตามรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) มาตรา 2 (1)<sup>6</sup> ประกอบกับมาตรา 6 (2)<sup>7</sup> รวมถึงสิทธิที่จะมีครอบครัว และได้รับการคุ้มครองจากบิดามารดา ตามมาตรา 6 (1) ด้วย ดังนั้น การจำกัดสิทธิของครอบครัวในการรับรองบุตรบุญธรรมย่อมทำให้เด็กเสียประโยชน์ นอกจากนี้ เงื่อนไขการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งสถานะของการสมรสระหว่างบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับบิดาหรือมารดาโดยกำเนิดกับแม่เลี้ยงหรือพ่อเลี้ยงที่มีได้จดทะเบียนสมรสก็ไม่ได้ส่งผลกระทบใดๆ ต่อเด็ก

<sup>6</sup> กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) มาตรา 2 เสรีภาพส่วนบุคคล (Personal Freedom)

(1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการพัฒนาตนเองอย่างอิสระตราบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือล่วงละเมิดต่อระบอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายศีลธรรม ...

<sup>7</sup> กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) มาตรา 6 การสมรส ครอบครัว และบุตร (Marriage / Family / Children)

(1) การสมรสและครอบครัวย่อมได้รับการรับรองโดยรัฐ

(2) การดูแลและเลี้ยงดูบุตรเป็นสิทธิตามธรรมชาติและเป็นหน้าที่หลักของบิดามารดา รัฐต้องสอดส่องดูแลให้บิดามารดาทำหน้าที่ของตน

บทบัญญัติที่ถูกโต้แย้งนี้จึงไม่เข้าเงื่อนไขความได้สัดส่วน เนื่องจากข้อเสียเปรียบของเด็ก จากการถูกปฏิเสธสิทธิที่จะได้รับการรับรองในฐานะบุตรบุญธรรมไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่เด็กพึงได้รับในมุมมองของคนทั่วไป เห็นว่า การรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมโดยครอบครัวหม้ายที่มีได้จดทะเบียนสมรสนั้นไม่สามารถชี้ให้เห็นถึงการเสียประโยชน์ของเด็ก ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวอาจจะไม่เกิดขึ้นกับครอบครัวหม้ายที่ไม่ได้มีทะเบียนสมรสเท่านั้น แต่ยังอาจจะเกิดขึ้นกับครอบครัวทั่วไปที่มีหรือไม่มีทะเบียนสมรสด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม เหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิในการรับรองบุตรบุญธรรมนี้ก็เพื่อคุ้มครองเด็ก จากการเลี้ยงดูโดยครอบครัวที่ไม่สมบูรณ์ ในกรณีเช่นนี้การที่จะบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่มีสถานะเป็นลูกเลี้ยงโดยการรับรองเป็นบุตรบุญธรรมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ถึงแม้เด็กได้เติบโตในครอบครัว ที่บิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับหญิงหม้าย/พ่อหม้าย หากบุคคลดังกล่าว มิได้สมรสกันสถานภาพของเด็กย่อมไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย

การจำกัดสิทธิในการรับลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม มีเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองเด็กที่ได้รับการจดทะเบียนรับรองเป็นบุตรบุญธรรมในกรณี ที่บิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแยกทางกันก่อนที่ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับพ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยงจะพัฒนาเป็นครอบครัวต่อไป และเด็กก็ยังคงมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายกับพ่อเลี้ยง/แม่เลี้ยง แม้ว่าจะแยกทางกับมารดาหรือบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การตรากฎหมายการรับรองบุตรบุญธรรมดังกล่าวจึงอาศัยทะเบียนสมรสเป็นสิ่งชี้วัดความดำรงคงอยู่ของครอบครัว หากบิดามารดามีได้จดทะเบียนสมรสก็ต้องอาศัยความสัมพันธ์อันเป็นที่ประจักษ์มากกว่าการมีความสัมพันธ์เพียงระยะเวลาสั้น ๆ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ย่อมไม่อาจปรับใช้กับครอบครัวหม้ายที่มีได้มีทะเบียนสมรสได้

เพราะกฎหมายเล็งเห็นว่าความสมบูรณ์ของครอบครัวนั้นเกิดจากการจดทะเบียนสมรสของบิดามารดา เป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองเด็ก จึงเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิของครอบครัวที่ได้มีทะเบียนสมรสในการรับรองลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมย่อมไม่ใช่แนวทางที่จะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากครอบครัวที่ไม่สมบูรณ์ได้ อีกทั้งการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่สามารถชดเชยความเสียหายที่มีผลกระทบต่อเด็กในครอบครัวหม้ายที่ถูกปฏิเสธสิทธิ แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา นั้นจะมีความสมบูรณ์ และการรับรองบุตรบุญธรรมจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กก็ตาม

กรณีจึงได้มีการกำหนดกรอบการรับบุตรบุญธรรมซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องวางหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกันระหว่างความคงอยู่ของครอบครัวที่ได้จดทะเบียนสมรสกับครอบครัวที่สมรสกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานดังกล่าวต้องไม่ทำให้บทบัญญัติที่ถูกโต้แย้งนี้จำกัดสิทธิ คู่สามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสกัน รวมไปถึงครอบครัวหม้ายที่รับรองลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมแต่ไม่ได้มีทะเบียนสมรส ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะได้อำนาจกำหนดกรอบกฎหมายในการรับรองบุตรบุญธรรม เช่น การกำหนดเงื่อนไขการรับรองบุตรก็ตาม แต่การใช้บทบัญญัติที่เป็นเกณฑ์มาตรฐานนี้จะต้องไม่ละเมิดต่อหลักประกันสิทธิความเสมอภาคเพียงเพราะเหตุที่กระทบต่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ หากจะมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งก็มีใช้กรณีตามคำร้องนี้ การจำกัดสิทธิของครอบครัวที่รับรองลูกเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมแต่ไม่ได้มีทะเบียนสมรสย่อมไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงโดยทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องปกติที่คู่สามีภรรยาจะไม่จดทะเบียนสมรสแต่สามารถสร้างครอบครัวร่วมกัน ในปัจจุบันก็ไม่ปรากฏหลักฐานใดที่จะแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ของสามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสจะเปราะบางกว่า

ครอบครัวที่มีทะเบียนสมรส ดังนั้น บทบัญญัติที่จำกัดสิทธิการรับลูกเลี้ยง เป็นบุตรบุญธรรมนี้ไม่เพียงแต่จำกัดสิทธิของครอบครัวที่ไม่มีทะเบียนสมรส จะอุปการะบุตรบุญธรรมเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อครอบครัวหม้ายซึ่งมีการพัฒนาความสัมพันธ์ของครอบครัวอย่างแน่นแฟ้นและการรับรองบุตรบุญธรรม ก็เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อเด็ก นอกจากนี้ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งสถานะทางทะเบียนสมรสของบิดามารดาเด็ก เป็นเรื่องชีวิตว่าบุคคลนั้นจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การแก้ปัญหาในเรื่องนี้อาจจะกระทำได้โดยการประเมินว่าการรับบุตรบุญธรรมจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กหรือไม่ อีกทั้งควรพิจารณากำหนดมาตรการอื่นที่จะใช้วัดระดับความมั่นคงของครอบครัว เช่น ระยะเวลาของการดำรงความสัมพันธ์ทางครอบครัวแทนที่จะเป็นการกำหนดเงื่อนไขทางทะเบียนสมรสเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การสมรสเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 6 (1) และไม่พึงกำหนดให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างการรับบุตรบุญธรรมในครอบครัวที่มีหรือไม่มีทะเบียนสมรส เมื่อพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมไม่เป็นประโยชน์แก่เด็กและขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าความเสียหายที่เกิดแก่คู่สมรสที่อยู่กินฉันท์สามีภรรยาตามกฎหมายว่าด้วยการรับรองบุตรบุญธรรมขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 3 (1) หรือไม่ อีก แม้ว่าจะข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคู่สมรสดังกล่าวสามารถวางแผนการรับรองบุตรธรรมภายหลังการสมรสได้ก็ตาม

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐอิตาลี\*

คำวินิจฉัยที่ 102

วันที่ 29 พฤษภาคม 2563

เรื่อง บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการพรากผู้เยาว์  
ที่กำหนดโทษระงับอำนาจปกครองบุตรไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีวินิจฉัยว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34 และมาตรา 574 ทวิ กรณีบิดาหรือมารดากระทำความผิดฐานพรากเด็กจากการปกครองของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งกำหนดโทษให้ระงับอำนาจปกครองบุตรของผู้กระทำความผิดแบบภาคบังคับ โดยมีได้ให้อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจเป็นอย่างอื่น เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องให้ความคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งโดยหลักแล้วเด็กย่อมมีสิทธิที่จะรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์และการติดต่อโดยตรงอย่างสม่ำเสมอกับบิดาหรือมารดาที่แยกกันอยู่กับตนเมื่อปรากฏภัยอันตรายอันเกิดจากการกระทำความผิดอาญารฐานพรากเด็กไปจากอำนาจปกครองของอีกฝ่ายหนึ่งโดยมิได้รับอนุญาต ศาลจึงเห็นว่า บทบัญญัติกำหนดเพิ่มโทษภาคบังคับที่ระงับอำนาจการปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาผู้กระทำความผิด

\* นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5



ดังกล่าวโดยไม่ได้เปิดโอกาสให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถใช้ดุลยพินิจเป็น  
 อย่งอื่นเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ประกอบกับอาจมีการปรับเปลี่ยน  
 พฤติกรรมความสัมพันธ์ระหว่างบิดาหรือมารดา กับเด็กซึ่งเกิดขึ้น  
 ภายหลังการกระทำความผิดนั้นได้ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้ง  
 ต่อรัฐธรรมนูญ

### ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ศาลฎีกา (The Supreme Court of Cassation) แผนกคดีอาญา  
 ที่หก ส่งคำโต้แย้งของจำเลย นาง A. F. ในคดีอาญาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ  
 พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34  
 วรรคสอง และมาตรา 574 ทวิ วรรคสาม อันเป็นบทบัญญัติกำหนดเพิ่มโทษ  
 ภาคบังคับแก่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็ก  
 จากอำนาจปกครองของอีกฝ่ายหนึ่งโดยให้ระงับอำนาจปกครองบุตรนั้น  
 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 30 และมาตรา 31  
 ประกอบกับอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention  
 on the Rights of the Child of 1989)<sup>8</sup>

<sup>8</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20  
 พฤศจิกายน 2532 (ค.ศ. 1989) และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กันยายน 2533 (ค.ศ. 1990)  
 สาธารณรัฐอิตาลีได้อนุมัติการกฎหมายภายในตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในวันที่ 27  
 พฤษภาคม 2534 (ค.ศ. 1991) อนุสัญญาดังกล่าวประกอบด้วยบทบัญญัติ รวม 54 ข้อ  
 โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กโดยตรง ซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของเด็กใน  
 4 ประการ กล่าวคือ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับ  
 การพัฒนา และสิทธิในการมีส่วนร่วม รวมทั้งแนวทางในการตีความอนุสัญญาทั้งฉบับ  
 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. การห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็ก และการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึง  
 ถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็น

ศาลฎีกาเห็นว่า บทบัญญัติที่เป็นประเด็นโต้แย้งนี้มีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. บทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มโทษระงับอำนาจปกครองบุตรโดยศาล ไม่อาจใช้ดุลยพินิจเป็นอย่างอื่น แม้ว่าการกำหนดโทษดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่
2. การเพิ่มโทษต่อผู้กระทำความผิดเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กที่จะรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์กับบิดาและมารดา หรือไม่
3. การเพิ่มโทษอย่างเคร่งครัดขัดต่อความจำเป็นในการประเมินพฤติการณ์แห่งคดีเพื่อกำหนดมาตรการ [อันส่งผลกระทบต่อเด็กให้น้อยที่สุด: โดยผู้แปล] หรือไม่

### สรุปข้อเท็จจริง

ข้อเท็จจริงตามคำร้องมีว่า นาง A. F. (จำเลย) ผู้เป็นมารดา ได้ลักพาตัวบุตร 2 คน ไปพำนักยังสาธารณรัฐออสเตรียโดยมิได้รับอนุญาตจากบิดา จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ ศาลชั้นต้นพิพากษาจำคุกจำเลยเป็นเวลา 2 ปี 1 เดือน เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลเด็กและเยาวชนแห่งเมืองฟลอเรนซ์ (The Juvenile Court of Florence) ในการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน นอกจากโทษจำคุกดังกล่าว

---

ทางการเมือง ชาติพันธุ์หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุกข์ทรมาน การเกิด หรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน

2. การกระทำหรือการดำเนินการทั้งหลายต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก
3. สิทธิในการมีชีวิต การอยู่รอด และการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ สังคม
4. สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก และการให้ความสำคัญกับความคิดเหล่านั้น

จำเลยยังถูกระงับอำนาจปกครองบุตรเป็นระยะเวลา 4 ปี จำเลยอุทธรณ์ศาลอุทธรณ์แห่งเมืองฟลอเรนซ์ (The Court of Appeal of Florence) พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยเพิ่มโทษจำคุกเป็นเวลา 2 ปี 6 เดือน จำเลยจึงฎีกาว่า บทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มโทษภาคบังคับโดยระงับอำนาจปกครองบุตรของบิดาหรือมารดาเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1. รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี

**มาตรา 2** “สาธารณรัฐอิตาลียอมรับและรับประกันสิทธิของบุคคลอันมิอาจละเมิดได้ ทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลและกลุ่มทางสังคมซึ่งแสดงออกถึงบุคลิกลักษณะความเป็นมนุษย์ สาธารณรัฐอิตาลีคาดหวังว่าบุคคลจะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นพื้นฐานในทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ และความเป็นปึกแผ่นของสังคม”

**มาตรา 3** “พลเมืองทุกคนย่อมเสมอกันในศักดิ์ศรีทางสังคมและเสมอกันในกฎหมาย โดยปราศจากการแบ่งแยกในเรื่องเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เรื่องส่วนบุคคล และเงื่อนไขทางสังคม

เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐอิตาลีที่จะกำจัดอุปสรรคทางเศรษฐกิจหรือธรรมชาติทางสังคม ซึ่งจำกัดเสรีภาพและความเท่าเทียมกันของพลเมือง รวมถึงอุปสรรคซึ่งกีดขวางการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์อย่างเต็มที่ และการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพของแรงงานทั้งในทางการเมืองทางเศรษฐกิจ และองค์กรทางสังคมในประเทศ”

**มาตรา 27** “ความรับผิดชอบทางอาญาเป็นความรับผิดชอบเฉพาะบุคคล ต้องถือว่าจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด

การลงโทษจะต้องไม่โหดร้ายทารุณและจะต้องมีจุดประสงค์ เพื่อเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิด

ห้ามมิให้ลงโทษประหารชีวิต”

**มาตรา 30** “บิดามารดามีหน้าที่และสิทธิในการสนับสนุน เลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่เด็ก แม้จะเป็นบุตรนอกสมรสก็ตาม

ในกรณีที่บิดามารดาเป็นคนไร้ความสามารถ กฎหมายจะจัดให้มีการปฏิบัติหน้าที่แทนบิดามารดาของเด็ก

กฎหมายรับรองว่ามาตรการคุ้มครองทั้งทางกฎหมายและทางสังคม ซึ่งใช้บังคับกับเด็กซึ่งเป็นสมาชิกของครอบครัวโดยชอบด้วยกฎหมายจะใช้ บังคับแก่เด็กซึ่งเป็นบุตรนอกสมรสเช่นเดียวกัน

กฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดในการพิจารณา ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย”

**มาตรา 31** “สาธารณรัฐจะช่วยเหลือในการก่อร่างสร้างครอบครัว และเติมเต็มการปฏิบัติหน้าที่ของครอบครัวนั้น โดยเฉพาะครอบครัวขยาย ผ่านทางมาตรการทางเศรษฐกิจและสิทธิประโยชน์อื่น ๆ สาธารณรัฐจะ คุ้มครองมารดา เด็ก และผู้เยาว์ โดยตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำเป็น”

## 2. ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐอิตาลี

**มาตรา 34** “กฎหมายจะกำหนดว่าคดีใดซึ่งศาลมีคำพิพากษา จะนำไปสู่การถอนอำนาจปกครองของผู้แทนโดยชอบธรรม

สำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยใช้อำนาจปกครองของผู้แทน โดยชอบธรรมในทางที่ผิด ให้ระงับการใช้อำนาจปกครองเป็นระยะเวลา สองเท่าของโทษจำคุกที่ลงแก่ผู้กระทำความผิด ...”

**มาตรา 574 ทวิ** “เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีกรกระทำ ความผิดที่ร้ายแรงกว่า ผู้ใดพาดูผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือจากผู้ปกครองโดยพาตัวไปหรือกักขังผู้เยาว์ไว้ใน

ต่างประเทศ โดยฝ่าฝืนเจตจำนงของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ขัดขวางบิดามารดาหรือผู้ปกครองจากการใช้อำนาจปกครอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสี่ปี

หากความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบสี่ปีขึ้นไปและด้วยความยินยอมของผู้เยาว์นั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตั้งแต่หกเดือนถึงสามปี

หากความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองได้กระทำโดยบิดามารดาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุตรผู้เยาว์ ให้ศาลพิพากษาเพิกถอนอำนาจปกครองของผู้กระทำความผิดด้วย”

### 3. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child)

ข้อ 3 “(1) ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”

ข้อ 8 “(1) รัฐภาคีรับที่จะเคารพต่อสิทธิของเด็กในการรักษาเอกลักษณ์ของตนไว้ รวมถึงสัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนตามที่กฎหมายรับรอง โดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบด้วยกฎหมาย

(2) ในกรณีที่มีการตัดเอกลักษณ์บางอย่าง หรือทั้งหมดของเด็กออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐภาคีจะให้ความช่วยเหลือและความคุ้มครองตามสมควร เพื่อให้เอกลักษณ์ของเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว”

### 4. กุญบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป (The Charter of Fundamental Rights of the European Union)

#### ข้อ 24 สิทธิของเด็ก

“(3) เด็กทุกคนมีสิทธิในการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ส่วนตัวและ

มีสิทธิติดต่อบิดามารดาของตนโดยตรง เว้นแต่จะเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของเด็กเอง”

## 5. อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)

### ข้อ 8 สิทธิในการได้รับความเคารพต่อชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

“(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในการได้รับความเคารพต่อชีวิตส่วนตัว ครอบครัว บ้าน และการติดต่อถึงกัน

(2) จะต้องไม่มีการแทรกแซงการใช้สิทธินี้โดยอำนาจรัฐ เว้นแต่จะกระทำโดยอาศัยอำนาจกฎหมายและเป็นกรณีจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความเจริญทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความวุ่นวายหรืออาชญากรรม เพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”

## คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคดีนี้ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3 (1) ซึ่งกำหนดว่า การกระทำใดที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะโดยหน่วยงานด้านสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล ผู้มีอำนาจในการบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องตระหนักถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ข้อ 8 ของอนุสัญญาดังกล่าวยังกำหนดหน้าที่ของรัฐที่ต้องเคารพสิทธิของเด็กเพื่อรักษาไว้ซึ่งอัตลักษณ์ของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดโดยปราศจากการแทรกแซงไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติ ชื่อสกุล และความสัมพันธ์ในครอบครัว อีกทั้งหลักการที่ว่าการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วย นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วย

สิทธิเด็ก ข้อ 9 (3) บัญญัติว่า “รัฐต้องเคารพสิทธิของเด็กที่แยกกันอยู่กับบิดาหรือมารดาโดยต้องรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ส่วนบุคคลและการติดต่อโดยตรงอย่างสม่ำเสมอกับบิดาและมารดา เว้นแต่ กรณีที่การดำเนินการเช่นนั้นกระทบต่อประโยชน์ของเด็ก” ซึ่งสอดคล้องกับกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป (The Charter of Fundamental Rights of the European Union) มาตรา 24 (3) ที่ว่า เด็กทุกคนมีสิทธิรักษาความสัมพันธ์และติดต่อกับบิดาและมารดาของตนอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่ การกระทำเช่นนั้นกระทบต่อประโยชน์ของเด็ก นอกจากนี้ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ได้มีการรับรองสิทธิในชีวิตครอบครัวตามข้อ 8 ซึ่งบิดามารดาย่อมมีสิทธิโดยเท่าเทียมต่อบุตร

ศาลเห็นว่า การที่จำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ วรรคหนึ่ง โดยพรากและหน่วงเหนี่ยวเด็กจากอำนาจปกครองของบิดาย่อมละเมิดต่ออำนาจปกครองของอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่เดียวกัน ย่อมละเมิดสิทธิของเด็กที่พึงจะติดต่อสัมพันธ์กับบิดาของตน แม้เด็กจะยินยอมก็มีได้ทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ วรรคสาม เป็นบทกำหนดโทษอันเคร่งครัดโดยระงับอำนาจปกครองบุตรแก่ฝ่ายที่กระทำความผิดฐานพรากเด็กโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งยังเป็นบทบัญญัติเพิ่มโทษ (an ancillary penalty) ที่มีผลต่อความสัมพันธ์ทางครอบครัวซึ่งมิใช่เป็นบทลงโทษต่อผู้กระทำความผิดเพียงเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อเด็กที่อยู่ในอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดานั้นด้วย โดยผลกระทบเช่นนี้เป็นเรื่องที่มีโอกาสเพิกเฉยได้ นอกจากนี้ การระงับอำนาจปกครองบุตรก็มีได้จำกัดเพียงอำนาจการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมในการจัดการทรัพย์สินของบุตรเท่านั้น แต่ยังเป็นการจำกัดสิทธิและหน้าที่ (rights and obligations) ในฐานะผู้ปกครอง

โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย (parental responsibility) โดยเฉพาะอำนาจในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ แทนบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 574 ทวิ วรรคสาม ที่กำหนดเพิ่มโทษเช่นนี้จะมีได้ห้ามผู้กระทำความผิดเยี่ยมเยียนบุตรของตน อย่างไรก็ตาม การระงับอำนาจการปกครองบุตรย่อมทำให้อำนาจการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กต้องถูกจำกัดไปด้วย เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญามาตรา 574 ทวิ เทียบเคียงกับการกำหนดโทษตามมาตรา 34 แล้ว เห็นว่า การกำหนดเพิ่มโทษโดยเคร่งครัดตามมาตรา 574 ทวิ วรรคสาม โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขเวลาการระงับอำนาจปกครองบุตร เป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้กระทำความผิดเกินกว่าความจำเป็น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 34 ได้กำหนดเพดานของการเพิ่มโทษที่ต้องไม่เกินสองเท่าของบทลงโทษหลักที่ลงแก่ผู้กระทำความผิด

สำหรับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 และมาตรา 3 หรือไม่นั้น บทบัญญัติมาตรา 2 กำหนดว่า รัฐต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะสิทธิส่วนบุคคล แต่รวมถึงการพัฒนาความสัมพันธ์ของบุคคลด้วย ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 เป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคในกฎหมาย การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างจะกระทำมิได้ บทกำหนดเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ วรรคสาม อันเป็นเหตุให้ระงับอำนาจปกครองบุตรทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นตามความร้ายแรงแห่งกรณีได้ โดยเฉพาะเมื่อต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของเด็กที่พึงได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาจากบิดามารดา และสิทธิในการพัฒนาความสัมพันธ์ในสังคมและครอบครัว ซึ่งสิทธิทั้งสองนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจละเมิดได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ทั้งนี้ บทกำหนดเพิ่มโทษดังกล่าว ยังกระทบต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 นอกจากนี้



บทบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการละเมิดหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษทางอาญา (the principle of proportionality of the penalty) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคสาม ประกอบมาตรา 3 [ที่มุ่งกำหนดโทษทางอาญาให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดและประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ: ผู้แปล] ซึ่งเป็นการกำหนดโทษที่รุนแรงเกินกว่าแรงจูงใจของผู้กระทำความผิดที่ต้องการปกป้องเด็กจากภัยอันตรายอันเกิดจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง และไม่สามารถนำมาตรการการให้ความรู้ทำความเข้าใจเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้แก้ไขปรับปรุงตนเองมาปรับใช้ได้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ได้กำหนดหน้าที่ของบิดาและมารดาที่จะต้องเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่บุตร ซึ่งแสดงโดยนัยว่ากฎหมายได้รับรองสิทธิของเด็กที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากบิดาและมารดา และสามารถติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลทั้งสองได้โดยตรง เว้นแต่การกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายต่อประโยชน์ของเด็ก การกำหนดเพิ่มโทษระงับอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ วรรคสาม จึงขัดต่อสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาในการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตร ตลอดจนสิทธิของบุตรที่พึงได้รับการเลี้ยงดูและได้รับการศึกษา อันเป็นเรื่องที่รัฐต้องสนับสนุนความเป็นสถาบันครอบครัวและส่งเสริมการทำหน้าที่ของฝ่ายต่าง ๆ ภายในครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 และมาตรา 31

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 574 ทวิ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษระงับอำนาจปกครองบุตรอย่างเคร่งครัด โดยศาลที่พิจารณาคดีไม่อาจใช้ดุลยพินิจเป็นอย่างอื่น อันเป็นการกำหนดโทษที่ขัดต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

## สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่น\*

คำวินิจฉัยที่ 791

วันที่ 29 พฤษภาคม 2563

เรื่อง ความผิดฐานคบชู้<sup>9</sup> ตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญ

### ความเป็นมาแห่งคดี

การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานคบชู้ในดินแดนที่เป็นสาธารณรัฐจีนหรือเกาะไต้หวันในปัจจุบันมีมายาวนานกว่าสองศตวรรษตั้งแต่สมัยการปกครองโดยราชวงศ์ชิง บุคคลคู่แรกที่ถูกรจารึกไว้ในหน้าประวัติศาสตร์คือ พี่ชายและภริยาของนาย Liao Chen-sheng โดยเมื่อปี ค.ศ. 1773 (พ.ศ. 2316) นาย Liao Chen-sheng พบพี่ชายกำลังมีเพศสัมพันธ์กับภริยาของตนโดยบังเอิญ จึงบันดาลโทสะสังหารบุคคลทั้งสองด้วยเคียวแล้วตัดศีรษะนำไปมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งถึงแม้การฆ่าพี่ชายจะมีความผิดร้ายแรงถึงขั้นประหารชีวิตโดยการฟันนบฟันครั้ง แต่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้น

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

<sup>9</sup> “ความผิดฐานคบชู้” ผู้แปลแปลมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Adultery” ซึ่งมีนัยแตกต่างจากภาษาไทย โดยตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมาย “ชู้” ไว้ว่า “... ชายที่ร่วมประเวณีกับภรรยาคนอื่น หญิงที่ยังมีสามีอยู่แล้วร่วมประเวณีกับชายอื่น เรียกว่า หญิงมีชู้ ...” หมายความว่า ในการร่วมประเวณีกับสามีหรือภริยาของผู้อื่น หากผู้กระทำความผิดเป็นเพศชาย เรียกว่า “ชายเป็นชู้ หรือชายชู้” แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นเพศหญิง เรียกว่า “หญิงมีชู้” หากจะแปลให้ตรงตามบริบทของภาษาไทยโดยครอบคลุมผู้กระทำความผิดทั้งสองเพศ คงต้องแปลว่า “ความผิดฐานเป็นชู้หรือมีชู้” ในขณะที่คำภาษาอังกฤษไม่ได้มีนัยแยกเพศดังเช่นภาษาไทย ผู้แปลจึงแปลให้มีความหมายกลาง ๆ ว่า “ความผิดฐานคบชู้” แทน

ไม่ลงโทษแก่สามีซึ่งจับได้ว่าภริยามีชู้

บทลงโทษชายชู้และหญิงที่มีชู้ในสมัยราชวงศ์ชิงคือการเขียน 90 ครั้ง และสามีมีสิทธิในการหย่าหรือขายภริยาของตนเสีย แต่ส่วนใหญ่แล้ว ผู้ที่พบเห็นการคบชู้มักอับอายเกินกว่าที่จะนำความไปแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ ประกอบกับความไม่แน่นอนของวิธีการพิสูจน์ความผิดในสมัยนั้นซึ่งทำโดยการตัดหัวชายชู้และหญิงที่มีชู้โยนลงในตะกร้าที่มีน้ำอยู่ หากศรัทธาของทั้งสอง หันหน้าเข้าหากันแสดงว่าทั้งคู่คบชู้กันจริง สามีจะได้รับรางวัลในฐานะผู้แจ้ง การกระทำที่ผิดศีลธรรม แต่จะต้องถูกเขียนในความผิดฐานฆาตกรรม อย่างไรก็ตามหากศรัทธาของชายและหญิงไม่หันหน้าเข้าหากันถือว่าทั้งสอง คนเป็นผู้บริสุทธิ์ สามีที่นำความมาแจ้งจะต้องถูกลงโทษประหารชีวิต ด้วยสาเหตุดังกล่าว จึงนำมาสู่จารีตพื้นบ้าน (folk customs) ในการลงโทษ กันเอง โดยวิธีการที่โหดร้ายยิ่งกว่า ตั้งแต่เขาไปหาหนัก เช่น โกงศรัทธา ตีตรา บังคับให้กินสึนออกจาระ มัดกับก้อนหินแล้วถ่วงน้ำ หรือฝังกับพื้นดิน ครึ่งตัวแล้วให้ผู้ที่สัญจรผ่านไปมาเตะหรือถ่มน้ำลายใส่

ต่อมาในปี ค.ศ. 1895 (พ.ศ. 2438) เกาเซ่ไต้หวันตกเป็นอาณานิคม ของจักรวรรดิญี่ปุ่น มีการนำประมวลกฎหมายอาญาแบบตะวันตกเข้ามาใช้ บังคับเป็นครั้งแรก ตามประมวลกฎหมายดังกล่าว ทั้งชายชู้และหญิงที่มีชู้ จะต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี โดยสามีหรือญาติของสามีเท่านั้นที่จะเป็นผู้กล่าวหาได้ กฎหมายของจักรวรรดิญี่ปุ่นให้สิทธิแต่เพียงฝ่ายสามี ในการดำเนินคดี โดยไม่ให้สิทธิแก่ภริยาในการดำเนินคดีกับสามีที่หลบนอน กับหญิงอื่น โดยสามีจะต้องร้องทุกข์ภายในหกเดือนนับแต่วันที่ความผิดเกิดขึ้น และจะต้องดำเนินคดีทั้งชายชู้และหญิงที่มีชู้ สามีจะเลือกดำเนินคดีเพียง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ และห้ามไม่ให้สามีขายภริยาของตนแม้ภริยาของตน จะมีชู้ แต่เนื่องจากจารีตพื้นบ้าน (folk customs) ยังคงแพร่หลายอยู่ ผู้คนจำนวนมากจึงนิยมดำเนินการลงโทษกันเองเหมือนครั้งที่เคยทำในสมัย ราชวงศ์ชิง โดยตั้งแต่ ค.ศ. 1909 จนถึง ค.ศ. 1942 (พ.ศ. 2452 ถึง พ.ศ. 2485)

มีการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานคบชู้โดยรัฐบาลจักรวรรดิญี่ปุ่น จำนวน 5,703 คน แต่มีการลงโทษกันเองตามจารีตพื้นบ้านอีกจำนวนนับไม่ถ้วน

หลังจากการตื่นตัวเรื่องการเรียกร้องสิทธิของหญิงชาวไต้หวัน และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ในปี ค.ศ. 1927 (พ.ศ. 2470) ให้ภริยามีสิทธิในการดำเนินคดีกับสามีของตน ที่คบชู้ได้ด้วย แต่ก็ยังห่างไกลจากคำว่าเสมอภาค เนื่องจากการดำเนินคดีดังกล่าวจะทำได้เฉพาะในกรณีที่สามีทอดทิ้งภริยาหรือปฏิบัติต่อภริยาอย่างเลวร้ายเนื่องจากการมีผู้หญิงอีกคนเท่านั้น

ในปี ค.ศ. 1935 (พ.ศ. 2478) ขณะที่เกาะไต้หวันถูกปกครองโดยรัฐบาลพรรคก๊กมินตั๋ง (Chinese Nationalist Party - KMT) ได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐจีนขึ้นใช้บังคับ โดยในครั้งนี้นำกฎหมายให้สิทธิในการดำเนินคดีแก่ชายหรือหญิงที่คบชู้อย่างเสมอภาคกัน<sup>10</sup>

สำหรับคำวินิจฉัยที่ 791 นี้ เป็นการรวมพิจารณาคำร้อง จำนวน 22 คำร้อง รวมกับคดีเดิม จำนวน 27 คดี โดย 6 คำร้อง จากจำนวนดังกล่าว ถูกยื่นเข้ามาโดยผู้กระทำความผิดฐานคบชู้หลังจากหมดหนทางในการใช้สิทธิทางศาลตามปกติ ส่วนคำร้องอีก 16 คำร้อง (รวมกับคดีเดิม จำนวน 21 คดี) ซึ่งยื่นเข้ามาโดยผู้พิพากษาที่เป็นผู้พิจารณาคดีความผิดฐานคบชู้

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1. รัฐธรรมนูญไต้หวัน ค.ศ. 1947

มาตรา 7 พลเมืองไต้หวันทุกคนย่อมเสมอกันในกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึง เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น หรือพรรคการเมืองที่สังกัด

มาตรา 22 สิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ของประชาชนที่ไม่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของสาธารณชน ย่อมได้รับการรับรอง

<sup>10</sup> <https://www.taipeitimes.com/News/feat/archives/2020/04/12/2003734452>

ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้

## 2. ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 239 คู่สมรสผู้ใดกระทำการคบชู้กับผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และผู้ที่คบชู้กับคู่สมรสคนดังกล่าว ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

## 3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 239 สำหรับคดีประเภทที่สามารถดำเนินคดีได้เมื่อมีการร้องทุกข์เท่านั้น การยื่นหรือการถอนคำร้องทุกข์ต่อผู้กระทำความผิดคนหนึ่งกรณีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน ย่อมมีผลเป็นการยื่นหรือถอนคำร้องทุกข์ต่อผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคน แต่หากเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 239 การถอนคำร้องทุกข์ต่อคู่สมรสของตน ย่อมไม่ถือเป็นการถอนคำร้องทุกข์ต่อผู้ที่คบชู้กับคู่สมรสด้วย

## คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการออกนั่งพิจารณาเพื่อไต่สวนพยานเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2563 และดำเนินการพิจารณาคดีหลังจากนั้นอีกเป็นเวลาประมาณสองเดือน เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2563 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานคบชู้ จำนวน 2 มาตรา ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 239 ที่บัญญัติให้การคบชู้เป็นความผิดทางอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 239 ที่ให้สิทธิคู่สมรสฝ่ายที่ถูกนอกใจสามารถถอนคำร้องทุกข์ต่อคู่สมรสของตนได้ ในขณะที่ยังคงดำเนินคดีต่อผู้ที่คบชู้กับคู่สมรสของตนต่อไป โดยให้บทบัญญัติทั้งสองดังกล่าว สิ้นผลบังคับทันทีที่มีการประกาศผลแห่งคำวินิจฉัยนี้

## เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัย

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรการกลับหลักการเดิมที่วางไว้ในคำวินิจฉัยที่ 554 เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2545 ที่วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 239 ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1935 (พ.ศ. 2478) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยวางหลักการไว้ว่าความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการดำเนินกิจกรรมทางเพศ (Individual Autonomy in Sexual Conducts) นั้น อาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผลเพื่อการคุ้มครองการสมรสและสถาบันครอบครัว ในคำวินิจฉัยที่ 554 ศาลรัฐธรรมนูญขยายขอบเขตความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการดำเนินกิจกรรมทางเพศออกไป และเปลี่ยนชื่อเป็นสิทธิในการมีอิสระทางเพศ (Right to sexual Autonomy) ภายใต้รัฐธรรมนูญ มาตรา 22 ทั้งคำวินิจฉัยที่ 554 และคำวินิจฉัยที่ 791 ล้วนวินิจฉัยว่าเหตุผลของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติให้การคบชู้เป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองการสมรส อย่างไรก็ตาม ตามคำวินิจฉัยที่ 791 ได้วินิจฉัยว่าการลงโทษทางอาญาโดยให้จำคุกไม่เกินหนึ่งปีแก่คู่สมรสที่คบชู้และผู้อื่นที่คบชู้กับคู่สมรสเป็นการละเมิดสิทธิในการมีอิสระทางเพศ ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่าในการสอบสวนและการไต่สวนคดีความผิดฐานคบชู้นั้น ย่อมเป็นการก้าวล่วงความเป็นส่วนตัวทั้งในเชิงพื้นที่และเชิงข้อมูลของผู้กระทำความผิดทั้งสองฝ่ายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่าการละเมิดสิทธิในการมีอิสระทางเพศและการก้าวล่วงความเป็นส่วนตัวนั้น ล้วนรุนแรงและเป็นการก้าวท้าวทั้งสิ้น ในขณะที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองการสมรสกลับได้ผลเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานคบชู้จึงไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 239 ที่บัญญัติให้การคบชู้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมส่งผลให้

การถอนคำร้องทุกข์ของคู่สมรสฝ่ายที่ถูกนอกใจ ซึ่งได้ร้องทุกข์ต่อคู่สมรสของตนเอาไว้ตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 239 เป็นอันไร้ผลด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยอีกว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 239 ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 เนื่องจากเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคู่สมรสฝ่ายที่คบชู้และผู้อื่นที่คบชู้กับคู่สมรส โดยปราศจากสาระสำคัญที่สัมพันธ์กับการบรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฮังการี\*

คำวินิจฉัยที่ 3067/2021 (II. 24.) เอบี

เรื่อง การบังคับใช้สิทธิในการเข้าถึงกัน

---

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมในเรื่อง การติดต่อกันระหว่างบิดามารดาและบุตร ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และให้เพิกถอน คำพิพากษาของศาลยุติธรรมดังกล่าว

ผู้ร้องในคดีนี้เป็นบิดาซึ่งแยกกันอยู่กับบุตร ต่อมาปรากฏว่ามารดา ไม่อนุญาตให้บุตรติดต่อกับผู้ร้องด้วยเหตุผลในเรื่องสถานการณ์อันตราย เนื่องจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา 2019 ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้อง ต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้มีคำพิพากษาบังคับให้ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิในการ ติดต่อกับบุตรได้ อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกคำร้องของผู้ร้อง และต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น ผู้ร้องจึงอ้างว่าคำพิพากษา ของศาลยุติธรรมทั้งสองชั้นละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการได้รับการพิจารณาคดี ที่เป็นธรรม และสิทธิในชีวิตครอบครัว รวมถึงสิทธิในการติดต่อกับบุตร

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ศาลยุติธรรม เป็นศาลที่ทำการไต่สวน ไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดแห่งการปฏิบัติให้ เท่าเทียมกันอย่างละเอียดอ่อนและความสมดุลที่เป็นธรรมในเรื่องสิทธิ ชั้นพื้นฐาน เนื่องจากศาลยุติธรรมทั้งสองชั้น ได้พิพากษาจำกัดสิทธิในการ เข้าถึงกันแต่เพียงอย่างเดียว โดยอาศัยเหตุผลของความเสี่ยงในการแพร่ ระบาดของโรคที่ห่างไกลกว่าเหตุและเป็นความเสี่ยงของสุขภาพอันเป็น

---

\* นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐาน งานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ



นามธรรม คำพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งสองจึงทำให้สิทธิในการเข้าถึงกัน  
ไร้ซึ่งความหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้เพิกถอนคำพิพากษา  
ดังกล่าว

## หมวดที่ 2

สิทธิในกระบวนการยุติธรรม



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐเช็ก\*

คำวินิจฉัยที่ II.ÚS 3814/17

วันที่ 17 เมษายน 2562

เรื่อง สิทธิในกระบวนการพิจารณาของผู้เยาว์ และสิทธิในทรัพย์สิน

---

### ความเป็นมาแห่งคดี

คดีนี้เป็นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 87 d ในขณะที่ผู้ร้องอายุ 10 ปี ได้ขึ้นรถโดยสารของเมือง Pilsen และถูกเจ้าหน้าที่ควบคุมรถขอตรวจตั๋ว แต่ผู้ร้องไม่อาจแสดงตั๋วแก่เจ้าหน้าที่ได้ซึ่งเป็นการละเมิดเงื่อนไขตามสัญญาขนส่งคนโดยสาร ผู้ร้องจึงมีหน้าที่ต้องชำระค่าโดยสารและค่าปรับ

ต่อมาศาลแขวงแห่งเมือง Pilsen (ต่อไปนี้จะเรียกว่าศาลแขวง) พยายามส่งหมายไปยังผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ร้องซึ่งเป็นผู้แทนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล เพื่อให้ชำระค่าโดยสารและค่าปรับดังกล่าว แต่ศาลแขวงไม่สามารถส่งหมายไปยังผู้ร้องได้ ต่อมาเมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2011 (ขณะนั้นผู้ร้องอายุ 11 ปี) ศาลแขวงจึงมีคำพิพากษาที่ 11 C 932/2010-23 สั่งให้ผู้ร้องชำระเงิน 1,006 CZK และค่าปรับ พร้อมทั้งให้ชำระค่าธรรมเนียมศาลจำนวน 8,520 CZK โดยปราศจากการรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ร้อง

---

\* นายสกุลพงษ์ ตริสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

นอกจากนั้นยังปรากฏข้อเท็จจริงอีกว่า ผู้ร้องอยู่ในอำนาจปกครองของยายตามคำสั่งศาล ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2011 (ปีเดียวกับที่ศาลแขวงมีคำพิพากษา) เนื่องจากมารดาของผู้ร้องมีความบกพร่องในการใช้อำนาจปกครองอย่างร้ายแรง

เวลาผ่านไปหลายปีหลังจากที่ศาลแขวงมีคำพิพากษา ผู้ร้องจึงมาพบว่าตนเคยถูกดำเนินคดีในศาล และผู้ร้องยังพบอีกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาลได้ดำเนินไปโดยไม่ปรากฏว่ามารดาของผู้ร้องซึ่งเป็นผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาใด ๆ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่อาจทราบได้ว่าตนได้ตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดไปแล้ว

### คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

จากเหตุการณ์ข้างต้น ผู้ร้องจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยยื่นเป็นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) อ้างว่าผู้ร้องถูกศาลแขวงละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ถูกลิดรอนสิทธิทั้งปวงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ประโยชน์ของผู้ร้องไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกระบวนการเช่นนี้ ผู้ร้องไม่ทราบแม้แต่ว่ามีกระบวนการพิจารณาเกิดขึ้นจนกระทั่งทนายความของผู้ร้องได้ร้องขอสำเนาคำพิพากษาจากศาล ซึ่งผู้ร้องทราบดีว่าคดีนี้เป็นคดีเล็กน้อย (Negligible Case) และตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปแล้วจะวินิจฉัยว่าเป็นคดีที่ไม่มีมูลความจริงอย่างชัดเจน (Manifestly Unfounded) อย่างไรก็ตาม ตามคำพิพากษาแล้ว การบังคับโทษปรับผู้ร้องโดยให้ชดใช้เป็นเงินจำนวนมากกว่า 20,000 CZK เมื่อพิจารณาจากสถานะส่วนบุคคลและสถานะทางทรัพย์สินของผู้ร้อง ซึ่งบิดามารดาของผู้ร้องมิได้ดูแลรับผิดชอบ เงินจำนวนนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ร้องต้องรับผิดชอบ ผู้ร้องไม่มีหนทางอื่นใดอีกแล้วนอกจากการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้อง

ผลประโยชน์ของผู้ร้องเอง เนื่องจากการใช้สิทธิร้องขอให้การพิจารณา เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 229 (1) c) นั้น จะต้องร้องขอภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา เท่านั้น และผู้ร้องไม่ทราบว่ามีคำพิพากษาดังกล่าวอยู่ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ร้องก็ไม่อาจใช้สิทธิร้องขอให้การพิจารณาคดีเป็นโมฆะ เนื่องจากกระบวนการพิจารณามีข้อบกพร่องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 229 (3) ได้อีกเช่นกัน การใช้สิทธิร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงหนทางเดียวเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหายของผู้ร้อง

ใจความสำคัญของคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ก็คือการคัดค้าน กระบวนพิจารณาของศาลแขวงว่าละเมิดสิทธิของผู้ร้องในอันที่จะรับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair Trial) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรอง ตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลแขวงมิได้ไต่สวนว่ามีสถานการณ์ใดเป็นอุปสรรค กีดกันมารดาของผู้ร้องในการเป็นผู้แทนของผู้ร้องหรือไม่ ซึ่งเป็นการเพียงพอที่จะถือว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้น ดังนั้นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ร้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแขวงจึงไม่อาจถือว่าถูกต้องเหมาะสมเมื่อผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ได้ติดต่อสื่อสารกับศาลเลย ย่อมถือได้ว่า ผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนอยู่เลย ปัญหาอีกประการหนึ่งคือศาลไม่ได้ติดต่อสื่อสารกับ ตัวผู้ร้องในวัย 11 ปี เองเลย แม้ว่าผู้ร้องจะถูกฟ้องและคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณา ผู้ร้องก็ไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาหรือได้รับแจ้งถึงการพิจารณาคดี ดังนั้นความสามารถของผู้ร้องในการแสดงตนในการพิจารณาคดีและในการแสดงความคิดเห็นในคดีย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง จากที่กล่าวมาข้างต้น กระบวนพิจารณาดังกล่าวจึงละเมิดสิทธิของผู้ร้องในอันที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ผู้ร้องถูกลิดรอนโดยสิ้นเชิงซึ่งโอกาสในการดำเนินการในศาล โอกาสในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการ และการอ้างสิทธิของตน โอกาสในการหยิบยกข้อเท็จจริงใหม่ขึ้นมาเพื่อ

ประโยชน์ของผู้ร้อง โอกาสในการแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง และคัดค้านพยานหลักฐานที่ถูกเสนอต่อศาล โดยการลิดรอนโอกาสในการแสดงตนและโอกาสการรับฟังการพิจารณาคดีของผู้ร้อง ผู้ร้องจึงถูกระทบสิทธิในฐานะที่เป็นผู้เยาว์อันได้รับการรับรองตามข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และมาตรา 32 (1) ของกฎบัตร (ซึ่งคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นพิเศษ)

ผู้ร้องยังกล่าวอ้างอีกว่า ด้วยคำพิพากษาของศาลแขวง สิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้องตามมาตรา 11 (1) ของกฎบัตรย่อมถูกระทบ นอกจากนี้ในชั้นบังคับคดีผู้คัดค้านยังได้รับการชดใช้เงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินการซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นการช่วยเหลือเยียวยาทางกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงการดำเนินกิจกรรมทางปกครองตามปกติเท่านั้น โดยกระบวนการดังกล่าวเป็นเพียงการดำเนินการตามแบบทั่วไปที่กำหนดไว้

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1. รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก ค.ศ. 1993 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2013<sup>11</sup>

“มาตรา 87 (1) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังต่อไปนี้ ...

ฯลฯ

ฯลฯ

ซี. พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของผู้แทนเขตปกครองตนเอง ซึ่งเป็นการร้องทุกข์เพื่อโต้แย้งการละเมิดที่มีขอบด้วยกฎหมายจากรัฐ

ดี. พิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งร้องทุกข์เพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยซึ่งถึงที่สุดแล้ว หรือโต้แย้งการละเมิดในกรณีอื่นของเจ้าหน้าที่รัฐ

<sup>11</sup> Czech Republic’s Constitution of 1993 with Amendments through 2013

ที่จะเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพพื้นฐานอันได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ...”

ฯลฯ

ฯลฯ

## 2. กฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพแห่งสาธารณรัฐเช็ก<sup>12</sup>

“มาตรา 11 (1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินแต่ละคนย่อมมีเนื้อหาเช่นเดียวกันและได้รับการคุ้มครองอย่างเดียวกัน สิทธิในการสืบทอดก็ย่อมได้รับการรับรอง”

“มาตรา 38 (2) บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอย่างไม่ชักช้าและจะต้องเป็นการพิจารณาคดีต่อหน้าบุคคลนั้น และบุคคลทุกคนมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นต่อพยานหลักฐานทั้งปวงที่ศาลรับไว้ในคดี ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยไว้เป็นอย่างอื่น”

## 3. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก<sup>13</sup>

“ข้อ 3 (1) ในการกระทำทั้งปวงเกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”

## 4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก<sup>14</sup>

“มาตรา 20 บุคคลทุกคนย่อมดำเนินการทางศาลได้โดยตนเองในฐานะคู่ความในกระบวนการพิจารณา (มีความสามารถในการดำเนินคดี) ภายในขอบเขตแห่งความสามารถของบุคคลนั้น เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่

<sup>12</sup> Charter of Fundamental Rights and Freedoms

<sup>13</sup> Convention on the Rights of the Child 1989

<sup>14</sup> Act of the Czech Republic No. 99/1963 Sb. Civil Procedure Code



ซึ่งเกี่ยวข้องจากการกระทำทางกฎหมายของบุคคลนั้นเอง”

“มาตรา 22 บุคคลที่ไม่อาจดำเนินการทางศาลได้โดยตนเองจะต้องดำเนินการแทนโดยผู้แทนตามกฎหมายของบุคคลนั้น”

“มาตรา 23 ในกรณีจำเป็น ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะอาจพิจารณาให้บุคคลที่ไม่มีความสามารถโดยสมบูรณ์ในการดำเนินการทางกฎหมาย จะต้องดำเนินการแทนโดยผู้แทนของบุคคลนั้น แม้ว่าบุคคลนั้นจะสามารถดำเนินการด้วยตนเองได้ในกรณีอื่นก็ตาม”

“มาตรา 29 (1) บุคคลซึ่งไม่มีความสามารถในการดำเนินการทางศาลโดยตนเอง หากไม่มีผู้แทน ให้ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะแต่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดี (The Curator) ถ้าปรากฏว่าหากเน้นเข้าไปจะเกิดความเสียหายขึ้น”

“มาตรา 101 (4) หากศาลเรียกคู่ความให้มาชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคดีของตนศาลอาจกำหนดด้วยก็ได้ว่า หากคู่ความไม่มาชี้แจงตามที่ศาลเรียกจะถือว่าคู่ความไม่คัดค้าน”

“มาตรา 115 a การนัดพิจารณาคดีอาจไม่จำเป็น หากคดีอาจวินิจฉัยได้โดยการพิจารณาจากพยานเอกสารที่คู่ความเสนอต่อศาล และคู่ความได้ถูกเพิกถอนสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีหรือหากคู่ความเห็นพ้องกันว่าคดีอาจวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องมีการนัดพิจารณา ...”

“มาตรา 172 (3) เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งให้ชำระเงิน ศาลจะต้องมีคำสั่งให้มีการไต่สวน”

“มาตรา 173

(1) คำสั่งให้ชำระเงินจะต้องส่งไปยังจำเลยเป็นการเฉพาะตัว ห้ามมิให้ส่งให้ผู้อื่นเป็นผู้รับแทน

(2) หากไม่สามารถส่งคำสั่งให้ชำระเงินไปยังจำเลยได้แม้แต่คนเดียว ศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งให้ชำระเงินนั้น”

“มาตรา 229 (1) ในการร้องขอให้คำพิพากษาเป็นโมฆะ คู่ความอาจโต้แย้งคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ได้โดยการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาหากปรากฏว่า ...

ฯลฯ

ฯลฯ

ซี) คู่ความไม่มีความสามารถในการดำเนินคดี (กรณีบุคคลธรรมดา) หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล (กรณีนิติบุคคลที่ไม่มีผู้แทนหรือกรณีเป็นที่สงสัยว่าผู้ใดเป็นผู้แทนตามมาตรา 29 (2)) และไม่มีผู้แทนในคดีที่เหมาะสม ...”

ฯลฯ

ฯลฯ

“มาตรา 229 (3) ในการร้องขอให้คำพิพากษาเป็นโมฆะ คู่ความอาจโต้แย้งคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลอุทธรณ์ได้ หากคำพิพากษานั้นเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีชอบ โดยในระหว่างการพิจารณาคดี คู่ความถูกกีดกัน ไม่ให้โอกาสในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล ...”

“มาตรา 234 (2) ในกรณีร้องขอให้คำพิพากษาเป็นโมฆะ ตามมาตรา 229 (1) c) จะต้องยื่นคำร้องภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่มีการแต่งตั้งผู้แทนให้แก่คู่ความ หรือนับแต่วันที่เหตุที่ขัดขวางคู่ความจากการดำเนินคดีด้วยตนเอง หรือเหตุที่ขัดขวางคู่ความจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลได้หมดไป อย่างไรก็ตามจะต้องยื่นคำร้องภายใน 3 ปี นับแต่วันที่คำพิพากษาซึ่งถูกโต้แย้งถึงที่สุด”

##### 5. รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเช็ก ค.ศ. 1993<sup>15</sup>

“มาตรา 72 (3) คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะต้องยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่ส่งคำวินิจฉัยในกระบวนการสุดท้ายตามกฎหมายไปยังผู้ร้องเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ร้อง ...”

<sup>15</sup> Constitutional Court Act 1993

“มาตรา 82 (3) หากศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ จากบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 87 (1) d ศาลรัฐธรรมนูญอาจ ...

เอ) เพิกถอนคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ...” (รวมถึง คำพิพากษาของศาลอื่นด้วย – ผู้แปล)

### การปรับบทกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าสามารถรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ แม้ว่า คำพิพากษาที่ร้องขอให้เพิกถอนนี้จะเป็นคำพิพากษาในคดีผู้เยาว์ เห็นว่า สามารถรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ ซึ่งก่อนหน้านี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มี คำวินิจฉัยกรณีที่คล้ายคลึงกับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้เอาไว้แล้ว (เช่น คำวินิจฉัยที่ III. ÚS 3206/16 เมื่อวันที่ 25 เมษายน 2560 คำวินิจฉัยที่ III. ÚS 3055/16 เมื่อวันที่ 3 มกราคม 2560 หรือคำวินิจฉัยที่ III. ÚS 2736/15 เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2559) และไม่มีเหตุผลใดที่จะแยกคดีนี้ออกจากคดี ที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้แล้ว ยิ่งไปกว่านั้น สำหรับผู้ร้องแล้วการโต้แย้งคำพิพากษา ของศาลแขวงนี้มีความสำคัญมาก ศาลรัฐธรรมนูญเห็นพ้องด้วยกับผู้ร้อง ว่าการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นเพียงหนทางเดียวที่จะเยียวยาผู้ร้องได้

คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ได้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยชอบ ภายในเวลาตามที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ร้องทราบวันที่แน่นอนที่รู้ถึง กระบวนการสุดท้ายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องซึ่งก็คือระยะเวลา 2 เดือน ในการยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐเช็ก ค.ศ. 1993 มาตรา 72 (3)) เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2560 ผู้ร้องได้มีโอกาสในการอ่านเพื่อทำความเข้าใจในคดี การันบระยะเวลา ตามกฎหมายในกรณีนี้จะต้องไม่ตีความไปในทางจำกัดสิทธิในการรับฟัง คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่โต้แย้งคำพิพากษาของศาล หากผู้ร้องอ้างว่า

มีการละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งไม่รวมถึงกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของผู้ร้องเอง อย่างไรก็ตาม หากการละเมิดสิทธิดังกล่าวเป็นผลมาจากการกระทำของผู้แทนของผู้ร้องซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนว่ามีได้ทำหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องตามเนื้อหาของคำร้องในขณะนั้น กรณีนี้ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของตัวผู้ร้องเอง ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นเพียงช่วงเวลาที่ยุ้ร้องต้องมีโอกาสในการรับรู้ถึงคำพิพากษาข้อเท็จจริงที่ผู้ร้องอยู่ในอำนาจปกครองของยุานันั้น เป็นวันที่ใกล้เคียงอย่างมากกับวันที่ศาลแขวงมีคำพิพากษาซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีนั้น การเป็นผู้แทนตามกฎหมายนั้นไม่รวมถึงการเป็นผู้แทนในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วย

ตามมาตรา 38 (2) ของกฎบัตรซึ่งว่าด้วยหลักการคุ้มครองบุคคลในการพิจารณาคดี และสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของบุคคลทุกคน ที่จะต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ ต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิในการแสดงความคิดเห็นต่อพยานหลักฐานในคดีของบุคคลนั้น เมื่อบุคคลใดจะต้องถูกวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ บุคคลนั้นจะต้องได้รับอนุญาตให้เข้ามาดำเนินคดีในศาลด้วย ในกรณีบุคคลธรรมดา ซึ่งโดยอายุแล้วย่อมมีความสามารถในการเข้าใจและรับรู้ที่จำกัด (ถึงแม้ว่าผู้เยาว์นั้นจะสามารถเบิกความได้อย่างไม่มีข้อสงสัยก็ตาม) จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเป็นผู้แทนที่ถูกต้องในการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้เยาว์นั้น

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เยาว์ย่อมได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ซึ่งลงนามในวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989 และมีผลบังคับใช้กับประเทศเช็กโกสโลวาเกียในวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991) ตามข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในการกระทำทั้งปวงเกี่ยวกับเด็ก ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก และรัฐในฐานะภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาย่อมมีพันธกรณีในการจัดให้เด็กได้รับการคุ้มครองที่เหมาะสม

จากเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งรวมถึงมาตรการที่จำเป็นด้วย ดังนั้น ผู้เยาว์ในฐานะเด็กย่อมได้รับการคุ้มครองแม้กระทั่งในกระบวนการพิจารณาของศาล และถึงแม้ว่าเด็กจะเท่าเทียมกับคู่ความฝ่ายอื่น ในฐานะที่เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกัน การดำเนินกระบวนการพิจารณาของเด็กย่อมไม่อาจเปรียบเทียบกับผู้ใหญ่ได้อย่างสมบูรณ์เนื่องด้วยเหตุแห่งอายุตามกฎหมายแล้ว ผู้เยาว์ไม่มีความสามารถในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างเต็มที่ และการสรุปไปในทิศทางตรงกันข้าม (ว่าผู้เยาว์มีความสามารถในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มที่) จะได้รับการยอมรับต่อเมื่ออยู่ในสถานการณ์พิเศษที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่งเท่านั้นและจำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์อย่างเหมาะสมเสมอ

เพื่อให้เป็นไปตามหลักการเบื้องต้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 22 บัญญัติให้บุคคลธรรมดาที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการได้โดยลำพังต่อหน้าศาลต้องดำเนินการแทนโดยผู้แทนตามกฎหมาย ปัญหาว่าใครสามารถดำเนินกระบวนการต่อหน้าศาลได้นั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติ และต้องพิจารณาที่ความสามารถในทางกฎหมายของคู่ความในการดำเนินกระบวนการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 20 ด้วยศาลอาจพิจารณาใช้มาตรการในการดำเนินการต่อกรณีที่บุคคลไม่มีความสามารถโดยบริบูรณ์ โดยเฉพาะกรณีในมาตรา 23 และมาตรา 29 (1) ด้วยการแต่งตั้งผู้แทนตามกฎหมาย สิ่งเหล่านี้มิได้ปล้ำงสิทธิของเด็กที่จะได้รับการรับฟังโดยตรงจากศาล หากเด็กสามารถมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้ว ความคิดเห็นของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กนั้น (อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 12)

เมื่อต้องติดต่อกับบิดามารดา ในฐานะผู้แทนตามกฎหมายในศาล กรณีที่ผู้เยาว์เป็นคู่ความก็มีได้หมายความว่าบิดามารดานั้นเป็นผู้แทนที่ถูกต้อง

ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในเรื่องผลประโยชน์ของผู้เยาว์ ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้แทนตามกฎหมายเป็นเพียงผู้แทนแต่ในนาม มิได้ติดต่อสื่อสารกับศาลอย่างแท้จริง ผู้แทนดังกล่าวไม่ได้ดำเนินขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาใด ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ และกระทำการที่ขัดต่อประโยชน์และวัตถุประสงค์ในการเป็นผู้แทน ในมุมที่ผู้เยาว์มีความสามารถในการเข้าใจกระบวนการพิจารณาที่สำคัญอย่างจำกัด ผู้เยาว์อาจไม่มีโอกาสได้เตือนหรือคัดค้านผู้พิทักษ์ตามกฎหมายของตนโดยไม่ได้ตั้งใจ ถึงแม้ว่าผู้เยาว์จะต้องแบกรับผลร้ายที่เกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นก็ตาม กรณีข้างต้นย่อมสามารถเทียบได้กับกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนตามกฎหมายเลย ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาอยู่เสมอว่าในแต่ละคดีมีกรณีที่จะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 29 (1) หรือไม่ (การแต่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดี-ผู้แปล)

เมื่อคดีอยู่ระหว่างการพิจารณา และกระบวนการพิจารณาได้ดำเนินมาจนถึงขั้นตอนนี้ศาลแขวง ไม่สามารถส่งคำสั่งให้ชำระเงินไปยังมารดาของผู้ร้องในฐานะผู้แทนตามกฎหมายได้ จึงมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งให้ชำระเงินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 172 (3) ประกอบมาตรา 173 (1) และ (2) ศาลจึงได้นัดพิจารณาคดี โดยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 101 (4) แล้ว หากคู่ความไม่ยื่นคำให้การภายในกำหนด ย่อมถือว่าคุณความเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยโดยไม่จำเป็นต้องมีการรับฟังอีก ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้โดยการพิจารณาจากเอกสารเท่านั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสาธารณรัฐเช็ก มาตรา 115 a โดยไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับผู้ร้อง

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแสดงให้เห็นแล้วว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างชัดแจ้งของศาลชั้นต้น (ศาลแขวง) กระบวนพิจารณาของศาลในคดีข้างต้นเกิดขึ้นในขณะเดียวกัน และในศาลเดียวกันกับ คดีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับอำนาจปกครองผู้ร้อง ในที่สุดศาลได้มีคำพิพากษา ให้ผู้ร้องอยู่ในอำนาจปกครองของยายผู้ร้อง ซึ่งศาลแขวงควรจะรู้ได้ถึง ข้อเท็จจริงนี้ อย่างน้อยที่สุดก็ควรจะรู้ได้ก่อนที่จะมีคำพิพากษาให้ผู้ร้อง ชำระเงิน เนื่องจากยังมีข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้มีอำนาจปกครองผู้ร้องซึ่งเป็น ผู้แทนตามกฎหมายของผู้ร้องนั้น กรณีนี้มีได้เป็นอุปสรรคต่อศาลแขวงในอัน ที่จะส่งเจ้าหน้าที่ไปยังที่อยู่ของผู้ร้อง (เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้มีอำนาจ ปกครองผู้ร้อง - ผู้แปล)

ข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาที่บกพร่องนี้ทำให้ ศาลรัฐธรรมนูญสรุปได้ว่า สิทธิของผู้ร้องในอันที่จะได้รับการคุ้มครอง ที่เหมาะสมโดยศาล ตามกฎบัตรมาตรา 38 (2) ได้ถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการ รับรองโดยทั่วไป และจะต้องได้รับการรับรองจากรัฐอื่นเนื่องมาจากการ ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยเฉพาะในข้อ 3 นั้นถูกละเมิด ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ร้องตกเป็นลูกหนี้ที่เพิ่มจำนวนขึ้น เรื่อยๆ โดยไม่อาจทราบว่ามีหนี้ดังกล่าวอยู่ ก็ย่อมถือว่าเป็นละเมิดต่อสิทธิ ในทรัพย์สินตามกฎหมายบัตร ข้อ 11 (1) อีกเช่นเดียวกัน

### ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำพิพากษาศาลแขวงที่ถูกโต้แย้งเข้ามาเป็น คดีนี้เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องตามกฎหมายบัตร มาตรา 38 (2) และมาตรา 11 (1) เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3 ทั้งนี้ ให้เพิกถอนคำพิพากษาศาลแขวงดังกล่าว ตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 (3) (a)

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐเกาหลี\*

คำร้องที่ 99 Hun-Ma496

วันที่ 30 สิงหาคม 2544

เรื่อง คดีหมายเรียกพยานบุคคลของพนักงานอัยการ

### บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า หมายเรียกพยานบุคคลของพนักงานอัยการซึ่งเรียกตัวพยานบุคคลในคดีอาญาที่ผู้ร้องเป็นจำเลยอย่างต่อเนื่อง เพื่อป้องกันไม่ให้พยานพบกับผู้ร้องนั้น ละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของผู้ร้อง ดังนั้น หมายเรียกพยานบุคคลดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### ความเป็นมาแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและถูกดำเนินคดีอาญาเนื่องจากถูกกล่าวหาว่ารับสินบนจากพยาน A [นามสมมติ – ผู้แปล] ระหว่างการพิจารณาคดีอาญานั้น พนักงานอัยการมีคำร้องขอสอบสวนพยาน A ซึ่งถูกคุมขังอยู่ โดยศาลที่พิจารณาคดีอาญาดังกล่าวก็ได้อนุญาตตามคำขอของพนักงานอัยการ

พนักงานอัยการมีหมายเรียกพยาน A เพื่อให้มายังสำนักงานอัยการรวมทั้งสิ้น 270 ครั้ง และให้พยาน A อยู่ที่สำนักงานอัยการตลอดวัน

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ



เป็นเวลากว่า 15 เดือน นับแต่เวลาที่ทำการสอบสวนจนถึงวันที่พยาน A ขึ้นให้การในการสืบพยานที่ศาล เหตุผลที่พนักงานอัยการกระทำการดังกล่าว ก็เพื่อให้มั่นใจว่าพยาน A จะไม่เปลี่ยนคำให้การในชั้นศาล และเพื่อป้องกันไม่ให้พยาน A พบกับทนายความของผู้ร้อง

ระหว่างที่พยาน A อยู่ ณ สำนักงานอัยการ พยาน A สามารถพบญาติ และเพื่อน รวมถึงโทรศัพท์หาคนรู้จักได้ในบรรยากาศที่เป็นมิตรกว่าตอนที่ ถูกขังอยู่ในสถานที่คุมขัง

ผู้ร้องยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่า การที่พนักงานอัยการมีหมายเรียกพยาน A มายังสำนักงานอัยการเพื่อข่มขู่และเกลี้ยกล่อมไม่ให้เปลี่ยนคำให้การ ในชั้นศาลนั้น ไม่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้อง ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและรวดเร็ว

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1948 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1987

#### มาตรา 27 (สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดี)

(1) พลเมืองทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย

(2) พลเมืองที่ไม่ได้รับรัฐการทหารกองประจำการหรือไม่ได้เป็น ลูกจ้างอยู่ในกองทัพ ย่อมไม่ถูกพิจารณาคดีโดยศาลทหารในดินแดน ของสาธารณรัฐเกาหลี เว้นแต่ในคดีอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่อง ความลับที่สำคัญเกี่ยวกับข้อมูลทางการทหาร กองกำลังรักษาการณ์ ป้อมทหาร การขนส่งอาหารและเครื่องดื่มนที่เป็นอันตราย เซลยสงคราม

ข้อบังคับทางการทหารและยุทธปัจจัย รวมถึงในกรณีที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกในสถานการณ์พิเศษ

(3) พลเมืองทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว จำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผย และไม่ล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

(4) จำเลยย่อมถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการประกาศโดยคำพิพากษาว่ามีความผิด

(5) ผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิทำคำให้การในระหว่างการพิจารณาคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับตนภายใต้เงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ

## สรุปคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

### คำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก จำนวน 8 คน มีคำวินิจฉัยว่าหมายเรียกพยานบุคคลของพนักงานอัยการในคดีนี้ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(A) พยาน A ได้ให้การในศาลที่พิจารณาคดีอาญา ภายหลังจากที่มีการยื่นคำร้องในคดีนี้ ประกอบกับศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ที่พิจารณาคดีอาญาดังกล่าวได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีของผู้ร้องเรียบร้อยแล้ว ดังนั้นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพได้สิ้นสุดลงไปแล้ว จึงดูเหมือนกับว่าไม่มีประโยชน์ที่จะพิจารณาคดีนี้ต่อไป ในกรณีทั่วไปแล้ว ศาลย่อมจำหน่ายคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีประโยชน์ในทางกฎหมายในอันที่จะคุ้มครองผู้ร้องได้ เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลจะไม่สามารถเยียวยาการละเมิดสิทธิเสรีภาพในกรณีนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ในทางกฎหมายที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญคุ้มครองในคดีนี้เป็นประเภทเดียวกันกับการละเมิดสิทธิพื้นฐานที่มีแนวโน้มจะถูกละเมิดซ้ำ ประกอบกับการให้ความชัดเจน

แก่ประเด็นโต้แย้งทางรัฐธรรมนูญนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกป้องระเบียบทางรัฐธรรมนูญ เมื่อคดีนี้มีลักษณะดังที่กล่าวไว้ข้างต้นจึงควรพิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป

(B) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย บทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่รวดเร็วโดยผู้พิพากษา และบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญรับรองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมในฐานะที่เป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งของพลเมืองเกาหลี

การพิจารณาคดีที่เป็นธรรมนั้นจะต้องมีการตรวจสอบพยานหลักฐานทุกชนิดและให้การต่อหน้าผู้พิพากษาในศาลอย่างเปิดเผย พนักงานอัยการและจำเลยจะต้องได้รับโอกาสอย่างเป็นธรรมในการยืนยันสิทธิหรือต่อสู้คดีของตน ดังนั้น หากคู่ความฝ่ายใดในคดีอาญาได้รับอนุญาตให้เข้าถึงพยานบุคคลหรือป้องกันไม่ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งพบพยานบุคคลโดยผูกขาดแต่ฝ่ายเดียว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

หากพนักงานอัยการซึ่งเป็นคู่ความในคดีอาญาได้รับการอำนวยความสะดวกเป็นพิเศษในการควบคุมตัวพยานเอาไว้ การอำนวยความสะดวกดังกล่าวอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการชนะคดีด้วยพยานบุคคลได้ การคุกคามด้วยวิธีการกีดกันตัวพยานบุคคลดังกล่าวอาจทำเพื่อเป็นการกีดกันทางจิตใจ ดังนั้น การอำนวยความสะดวกเช่นนี้จึงอาจส่งผลร้ายต่อการคุ้มครองสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมได้

ผลข้างเคียงอันไม่พึงปรารถนา เช่น การชักจูงใจของพยานบุคคลหรือการใช้วาจากระตุ้นให้เบิกความเท็จอาจเกิดขึ้นเมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายมีสิทธิเข้าถึงพยานอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ผลข้างเคียงดังกล่าวควรจะป้องกันได้โดยการดำเนินคดีกับการกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิด

ทางอาญา ส่วนการอนุญาตให้คู่ความฝ่ายหนึ่งเข้าถึงพยานบุคคลหรืออนุญาตให้ขัดขวางคู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่ให้พบพยานบุคคลเพื่อป้องกันการเกิดผลข้างเคียงดังกล่าวเป็นวิธีการป้องกันผลข้างเคียงที่ไม่สมเหตุสมผล

กล่าวโดยสรุป หมายถึงพยาน A ของพนักงานอัยการ ไม่ได้เรียกมาเพื่อทำการสอบสวนในคดีอื่นใด แต่ทำไปเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่พยาน A และป้องกันไม่ให้พยาน A พบกับทนายความของผู้ร้อง ก่อให้เกิดการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม

### **ความเห็นแย้งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ**

ศาลรัฐธรรมนูญควรจำหน่ายคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ ด้วยเหตุที่ไม่มีประโยชน์ในทางกฎหมายที่จะรับคดีไว้พิจารณาต่อไปได้ เนื่องจากไม่มีแนวโน้มที่การละเมิดสิทธิดังที่เกิดขึ้นในคดีนี้จะเกิดขึ้นซ้ำอีก จึงไม่มีความสำคัญมากพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความชัดเจนแต่อย่างใด

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฮังการี\*

คำวินิจฉัยที่ 10/2021 (IV. 7.) เอบี

เรื่อง การไม่มีเพดานระยะเวลาขั้นสูงในการคุมขังก่อนการไต่สวนคดี

---

กรรมาธิการเพื่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (The Commissioner for Fundamental Rights) ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลว่า หลักนิติธรรม สิทธิเสรีภาพ และความปลอดภัยส่วนบุคคลถูกละเมิด โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติข้อยกเว้น โดยไม่กำหนดเพดานระยะเวลาขั้นสูงในการคุมขังก่อนการไต่สวนคดี ในกรณีที่ต้องหาผู้ต้องหาดำเนินคดีในคดีอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปี หรือตลอดชีวิต กรรมาธิการเพื่อสิทธิขั้นพื้นฐานยังอธิบายในคำร้องอีกว่า ข้อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่อนุญาตให้คุมขังบุคคลก่อนการไต่สวนคดีได้นั้นจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ในทางอาญาของรัฐ แต่เมื่อไม่มีเพดานระยะเวลาขั้นสูงในการคุมขังบุคคลเสียแล้ว การพิจารณาความได้สัดส่วนของระยะเวลาในการคุมขังย่อมไม่อาจทำได้

ศาลรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาถึงแนวปฏิบัติของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECtHR) โดยกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า ในขณะที่อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา ระยะเวลาที่ใช้ในการคุมขังย่อมเกินกว่าขีดจำกัดที่แน่นอน (ระยะเวลาอันพึงคาดหมายได้) โดยไม่คำนึงถึงสถานการณ์ต่าง ๆ อันเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน

---

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

ต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย  
วิธีพิจารณาความอาญาที่ถูกล้มล้างนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากความ  
ไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้บทบัญญัติ  
แห่งกฎหมายข้างต้นยังเป็นการแบ่งระดับในการลิดรอนเสรีภาพ ซึ่งจำกัด  
เสรีภาพส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยด้วยวิธีการที่ขัดต่อ  
รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วย  
วิธีพิจารณาความอาญาในส่วนของที่เกี่ยวข้องขัดต่อรัฐธรรมนูญ และให้เพิกถอน  
บทบัญญัติดังกล่าว

# คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี\*

คำวินิจฉัยที่ 2018 Hun-Ba 113      วันที่ 29 เมษายน 2564

เรื่อง ประเด็นความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทางเครือข่าย การสื่อสารซึ่งสามารถดำเนินคดีอาญาได้โดยผู้เสียหายไม่ต้อง ร้องทุกข์

## บทสรุปแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นจำเลยในคดีอาญาซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น โดยการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จให้สาธารณชน ได้รับทราบผ่านช่องทางเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสาร เป็นเหตุให้ผู้ร้อง ได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียงตามมาตรา 70 (2) แห่งกฎหมายการ สนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารและการ คุ้มครองข้อมูลและอื่น ๆ (the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc.) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 70 (3) ของกฎหมาย การสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย ฉบับที่ 9119 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2008 บัญญัติให้ความผิดตามความในมาตรา 70 (2) ข้างต้น เป็นฐานความผิด ที่สามารถดำเนินคดีได้โดยผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์ ในการนี้ ผู้ร้อง เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้

\* นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐาน งานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยส่งผลกระทบต่อหลักความเท่าเทียมกัน (the principle of equality) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าวไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทางเครือข่ายการสื่อสารเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลร้ายและก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่ยุติธรรมมากยิ่งขึ้นกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตายหรือความผิดฐานดูหมิ่น เพราะเป็นการนำเสนอข้อมูลอันเป็นเท็จผ่านเครือข่ายข้อมูลและการสนทนา โดยมีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสื่อมเสีย การดำเนินคดีอาญาโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์จากผู้เสียหายก่อน จึงส่งผลดีมากกว่า เนื่องจากการสอบสวนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถดำเนินการได้โดยมิต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

ผู้ร้องในคดีนี้ เป็นจำเลยในคดีอาญา ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น โดยการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จให้สาธารณชนได้รับทราบผ่านช่องทางเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสาร เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียงตามมาตรา 70 (2) แห่งกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารและการคุ้มครองข้อมูล และอื่น ๆ (the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc.) ซึ่งบทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดให้จำเลยซึ่งถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ต้องรับโทษปรับตามที่กฎหมายบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 70 (3) ของกฎหมาย



การสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย ฉบับที่ 9119 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2008 บัญญัติให้ฐานความผิดตามความในมาตรา 70 (2) ข้างต้น เป็นฐานความผิดที่สามารถดำเนินคดีอาญาได้โดยผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์ นั้น มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารและการคุ้มครองข้อมูลฯ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดประเด็นพิจารณาว่า มาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย ฉบับที่ 9119 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2008 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 70 (2) นั้น มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

## 3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 3.1 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี<sup>16</sup>

มาตรา 11 (ความเสมอภาค)

(1) ประชาชนทุกคนย่อมมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย โดยไม่มีการแบ่งแยกด้วยเหตุในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือวัฒนธรรม และเพราะเหตุแห่งเพศ ศาสนา หรือสถานะทางสังคม

<sup>16</sup> The Constitution of Republic of Korea

Article 11 [Equality]

(1) All citizens shall be equal before the law, and there shall be no discrimination in political, economic, social, or cultural life on account of sex, religion, or social status.

3.2 กฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารและการคุ้มครองข้อมูล และอื่น ๆ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายฉบับที่ 9119 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2008)<sup>17</sup>

#### มาตรา 70

(3) การกระทำตาม (1) และ (2) ไม่อาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายได้ หากผู้เสียหายแสดงความประสงค์โดยชัดแจ้งว่าไม่ให้ดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

### 4. ประเด็นที่ศาลพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า สืบเนื่องจากกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้รูปแบบการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาท แบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง กรณีตามมาตรา 312 (1) กล่าวคือ ดำเนินคดีได้เมื่อมีการร้องทุกข์โดยผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตายตามมาตรา 308 และความผิดฐานดูหมิ่นตามมาตรา 311 และประเภทที่สอง กรณีตามมาตรา 70 (2) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสาร ซึ่งเป็นกรณีความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นจากการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จให้สาธารณชนได้รับทราบผ่านช่องทางเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสาร โดยสามารถดำเนินคดีได้ แม้ผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากรูปแบบการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่แตกต่างกันดังกล่าว จึงนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า กรณีตามมาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ก่อให้เกิด

<sup>17</sup> Network Act (amended by Act No. 9119 on June 13, 2008)

Article 70 (Penalty Provisions)

(3) The crimes in Sections (1) and (2) may not be prosecuted if the victims explicitly object to the prosecutions.

ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยส่งผลกระทบต่อหลักความเท่าเทียมกัน (the principle of equality) หรือไม่

ในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการยกร่างกฎหมายที่บัญญัติรูปแบบการดำเนินคดีอาญาในฐานความผิดต่าง ๆ จะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาและตัดสินใจว่า ฐานความผิดใดที่สามารถดำเนินคดีได้โดยผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์ และฐานความผิดใดที่ดำเนินคดีได้เมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์ ซึ่งการพิจารณาและตัดสินใจดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานข้อพิจารณาเกี่ยวกับความรุนแรงของอาชญากรรมที่กระทำ รวมทั้งประโยชน์ที่จะได้จากการดำเนินคดีอาญา โดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย และประโยชน์ที่จะได้จากการดำเนินคดีอาญาภายใต้เงื่อนไขการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย

สำหรับความผิดฐานดูหมิ่นและความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย ตามกฎหมายอาญา และความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทางเครือข่ายการสื่อสารตามกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ นั้น ต่างเป็นฐานความผิดที่มีทั้งความเหมือนและความแตกต่าง โดยมีความเหมือนในด้านการรักษาชื่อเสียงของผู้เสียหาย และมีความแตกต่างกันในด้านความรุนแรงจากผลของการกระทำ กล่าวคือ การดูหมิ่นเป็นเพียงการแสดงออกซึ่งความเห็นและอารมณ์ในลักษณะนามธรรม โดยไม่ได้เป็นข้อมูลที่เป็นรูปธรรม ส่วนการหมิ่นประมาทผู้ตายเป็นการนำเสนอข้อมูลอันเป็นเท็จเกี่ยวกับผู้ตายและส่งผลกระทบต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ในขณะที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทางเครือข่ายการสื่อสารเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลร้ายมากกว่า รวมทั้งก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่ยุติธรรมมากกว่าด้วยเช่นกัน เพราะเป็นการนำเสนอข้อมูลอันเป็นเท็จผ่านเครือข่ายข้อมูลและการสนทนา โดยมีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสื่อมเสียอย่างไรก็ตาม กรณีการดำเนินคดีอาญาภายใต้เงื่อนไขการร้องทุกข์ของ

ผู้เสียหายนั้น ย่อมอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้านความกังวลของผู้เสียหายซึ่งในบางกรณีผู้เสียหายอาจกังวลต่อการถูกล้างแค้นโดยผู้ถูกกล่าวหาหรือการเสื่อมเสียชื่อเสียงจากการร้องทุกข์ ในขณะที่กรณีการดำเนินคดีอาญาโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์จากผู้เสียหายย่อมส่งผลดีมากกว่า เพราะการสอบสวนและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถกระทำได้โดยมีต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย

ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้บัญญัติให้ฐานความผิดบางประการสามารถดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้โดยมีต้องมีการร้องทุกข์จากผู้เสียหายเสียก่อน โดยอาศัยข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้น ด้วยเหตุนี้จึงมีอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ซึ่งกำหนดให้การดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นผ่านช่องทางเครือข่ายการสื่อสารที่สามารถดำเนินการได้โดยมีต้องมีการร้องทุกข์จากผู้เสียหายเสียก่อนนั้น ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และส่งผลกระทบต่อหลักความเท่าเทียมกัน

## 5. ผลคำวินิจฉัย

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีจึงวินิจฉัยว่า มาตรา 70 (3) ของกฎหมายการสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากเครือข่ายข้อมูลและการสื่อสารฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย ฉบับที่ 9119 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2008 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 70 (2) ไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และไม่ส่งผลกระทบต่อหลักความเท่าเทียมกัน ไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

# คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป\*

คำร้องที่ ECHR 182 (2022)

วันที่ 7 มิถุนายน 2565

เรื่อง ประเด็นพฤติการณ์ที่ไม่ถือเป็นการกระทำต่อสิทธิในชีวิตของผู้ต้องหาที่เสียชีวิตในระหว่างการนำตัวไปสอบปากคำ

## บทสรุปแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติบัลแกเรียได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เพื่อขอให้พิจารณาว่า การเสียชีวิตของบุตรชายในระหว่างถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมไปสอบสวน เป็นผลมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 2 (สิทธิในชีวิต) และมาตรา 3 (การห้ามทรมานและการย่ำยีศักดิ์ศรี) ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือไม่ ในกรณี ศาลสิทธิมนุษยชนฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า พฤติการณ์แห่งคดีเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงหนึ่งมาตรา คือ มาตรา 2 (สิทธิในการมีชีวิต) และได้กำหนดประเด็นการพิจารณาเป็นสามประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง ผลการสอบสวนการเสียชีวิตของนาย Plamen Kutsarov รับฟังได้ หรือไม่ โดยศาลสิทธิมนุษยชนฯ พบว่า กระบวนการรวบรวมพยานหลักฐานได้ดำเนินการด้วยความเหมาะสมและรอบคอบ จึงรับฟังพยานหลักฐานได้ ประเด็นที่สอง การเสียชีวิตเป็นผลจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือไม่ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนฯ พบว่า จากพยานหลักฐานในเชิงนิติเวช

---

\* นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

และกายภาพซึ่งได้จากขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนและขั้นตอนการพิจารณาคดีในชั้นศาลของสาธารณรัฐบัลแกเรีย นั้น พฤติการณ์การเสียชีวิตมิได้เป็นผลมาจากเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำรุนแรงต่อผู้เสียชีวิต และ ประเด็นที่สาม เจ้าหน้าที่ตำรวจปราศจากความระมัดระวังในการปกป้องชีวิตของผู้เสียชีวิต หรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ พบว่า เมื่อพิจารณาจากผลการชั้นสูตรพลิกศพ ความเปลี่ยนแปลงทางพยาธิวิทยาที่เกิดขึ้นกับร่างกายของผู้เสียชีวิต นั้น เป็นกระบวนการทางร่างกายที่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องไม่อาจทราบและไม่อาจคาดการณ์ได้ไม่ว่าด้วยวิธีทางใด ๆ นอกจากนี้ เมื่อเกิดเหตุดังกล่าวขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจได้นำผู้เสียชีวิตเข้ารับการรักษาพยาบาลเฉพาะทางในโรงพยาบาลอย่างเร่งด่วน การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่พบการกระทำใด ๆ ที่เป็นการทำหน้าที่โดยมิชอบในการปกป้องชีวิตของผู้เสียชีวิต ดังนั้น พฤติการณ์แห่งกรณีจึงไม่มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

ในปี ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) นาย Plamen Kutsarov ผู้ต้องหาในความผิดฐานกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ได้เสียชีวิตในระหว่างถูกควบคุมไปสอบสวน โดยจากพยานหลักฐานต่าง ๆ พบว่า ในเวลาประมาณ 20.00 นาฬิกา ผู้ต้องหาถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจใส่กุญแจมือไพล่หลังและให้โดยสารเบาะหลังของรถยนต์ เพื่อนำไปสอบสวน แต่ต่อมา ในเวลา 20.55 นาฬิกา เจ้าหน้าที่ตำรวจนายหนึ่งสังเกตเห็นความผิดปกติของผู้ต้องหา จึงได้แจ้งผู้บังคับบัญชาและนำผู้ต้องหาส่งโรงพยาบาล โดยได้เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาล ในเวลา 21.15 นาฬิกา และผู้ต้องหาได้

เสียชีวิต ในเวลา 21.26 นาฬิกา ซึ่งต่อมา เจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทำหน้าที่นำผู้ต้องหาไปสอบสวนได้ถูกแจ้งข้อหากระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและปราศจากความระมัดระวังในการช่วยเหลือบุคคลจากภาวะอันตราย และในปี 2017 (พ.ศ. 2560) ศาลในสาธารณรัฐบัลแกเรียได้พิพากษาว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวไม่มีความผิด เนื่องจากปรากฏตามรายงานของผู้เชี่ยวชาญที่ลงความเห็นว่า นาย Plamen Kutsarov เสียชีวิตจากสาเหตุหัวใจล้มเหลว ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องซึ่งเป็นบิดามารดาของนาย Plamen Kutsarov ผู้มีสัญชาติบัลแกเรีย จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมบุตรชายของตนไปทำการสอบสวนว่า กระทำการอันเป็นเหตุให้นาย Plamen Kutsarov เสียชีวิต และมีพฤติการณ์ที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 2 (สิทธิในชีวิต) และมาตรา 3 (การห้ามทรมานและการย่ำยีศักดิ์ศรี) ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือไม่

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาเบื้องต้นแล้ว เห็นว่า พฤติการณ์แห่งคดีมีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงหนึ่งมาตรา คือ มาตรา 2 (สิทธิในการมีชีวิต) พร้อมทั้งได้กำหนดประเด็นพิจารณาไว้สามประเด็นได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง ผลการสอบสวนการเสียชีวิตของนาย Plamen Kutsarov รับฟังได้ หรือไม่ ประเด็นที่สอง การเสียชีวิตเป็นผลจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ควบคุมนาย Plamen Kutsarov หรือไม่ และ ประเด็นที่สาม เจ้าหน้าที่ตำรวจละเลยต่อหน้าที่ในการปกป้องชีวิตของนาย Plamen Kutsarov หรือไม่

## 3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

- อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

มาตรา 2<sup>18</sup>

1. สิทธิในชีวิตของบุคคลทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และไม่มีผู้ใดพรากชีวิตของผู้อื่นได้ในกรณีที่บุคคลผู้นั้นได้รับความคุ้มครองโดยคำพิพากษาของศาลอันเนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งฐานความผิดดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

2. การพรากไปซึ่งชีวิตที่ไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตรานี้ได้แก่ กรณีที่เป็นผลจากการใช้กำลังที่มากเกินไปจนความจำเป็น ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

(เอ) การป้องกันตนจากผู้อื่นที่ใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(บี) การจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการป้องกันการหลบหนีที่ชอบด้วยกฎหมาย

(ซี) การกระทำที่ชอบกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการปราบปรามการประท้วงหรือจลาจล

---

<sup>18</sup> European Convention on the Human Rights

ARTICLE 2

Right to life

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.



#### 4. ประเด็นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาพิพากษา

ประเด็นที่หนึ่ง ผลการสอบสวนการเสียชีวิตของนาย Plamen Kutsarov รับฟังได้ หรือไม่

ศาลสิทธิมนุษยชนฯ พบว่า เมื่อพิจารณากระบวนการต่าง ๆ ของการแสวงหาพยานหลักฐานการเสียชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ การชันสูตรพลิกศพ การสอบปากคำพยานบุคคล ล้วนได้ดำเนินการโดยทันทีหลังเกิดเหตุ อีกทั้งกระบวนการรวบรวมพยานหลักฐานได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่ปี 2009 – 2010 (พ.ศ. 2552 – 2553) นอกจากนี้ยังมีการรับฟังความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้วย และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องได้ถูกแจ้งข้อหากระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จึงนับได้ว่ากระบวนการดังกล่าวมีความเหมาะสมอย่างเพียงพอ

ส่วนกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลของสาธารณรัฐบัลแกเรียได้มีการรับฟังพยานหลักฐานและความเห็นสาเหตุการเสียชีวิตจากผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งขึ้นอีก 11 คน ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว เห็นว่า สาเหตุของการเสียชีวิตมาจากหัวใจล้มเหลว ในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญฝ่ายข้างน้อยเห็นว่า สาเหตุการเสียชีวิตมาจากท่านั่งที่เคลื่อนไหวลำบากทำให้ระบบการหายใจ (positional asphyxia or postural asphyxia) ในการนี้ ศาลดังกล่าวได้พิจารณาทบทวนหลักฐานที่ได้รับอย่างรอบคอบและจึงสรุปว่า สาเหตุการเสียชีวิตไม่ได้มาจากท่านั่งที่เคลื่อนไหวลำบากทำให้ระบบการหายใจหรือมาจากการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อผู้เสียชีวิตแต่ประการใด

ด้วยเหตุนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลภายในของสาธารณรัฐบัลแกเรียได้พิจารณาพยานหลักฐานและความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอย่างครบถ้วนแล้วจึงพิพากษาว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมิได้กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย คำพิพากษาดังกล่าวมิได้เป็นการพิพากษาตามอำเภอใจหรือดำเนินการด้วยความเร่งรีบ ดังนั้น กระบวนการ

สอบสวนและผลการสอบสวนจึงชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ประเด็นที่สอง การเสียชีวิตเป็นผลจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ควบคุมนาย Plamen Kutsarov หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลของศาลสาธารณรัฐบัลแกเรียแล้ว ศาลสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่า ศาลดังกล่าวได้พิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ด้วยความครบถ้วนสมบูรณ์ ทั้งพยานหลักฐานในเชิงนิติเวชและกายภาพซึ่งได้จากขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนและขั้นตอนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ดังนั้น ข้อสรุปว่า การเสียชีวิตเป็นผลจากหัวใจล้มเหลวจึงเป็นข้อสรุปที่มีน้ำหนักและรับฟังได้ พฤติการณ์การเสียชีวิตมิได้เป็นผลมาจากเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำรุนแรงต่อนาย Plamen Kutsarov แต่ประการใด ดังนั้น จึงไม่มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ประเด็นที่สาม เจ้าหน้าที่ตำรวจละเลยต่อหน้าที่ในการปกป้องชีวิตของนาย Plamen Kutsarov หรือไม่

ศาลสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่า เมื่อพิจารณาจากผลการชันสูตรพลิกศพ ความเปลี่ยนแปลงทางพยาธิวิทยาที่เกิดขึ้นกับร่างกายของนาย Plamen Kutsarov ได้ส่งผลกระทบต่อระบบหัวใจและอวัยวะภายในซึ่งเป็นกระบวนการทางร่างกายที่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องไม่อาจทราบและไม่อาจคาดการณ์ได้ไม่ว่าด้วยวิธีทางใด ๆ นอกจากนี้ เมื่อเกิดเหตุดังกล่าวขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้องได้นำผู้เสียชีวิตเข้ารับการรักษาพยาบาลเฉพาะทางในโรงพยาบาลอย่างเร่งด่วน การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่พบการกระทำใด ๆ ที่เป็นการทำหน้าที่โดยมิชอบในการปกป้องชีวิตของผู้ต้องหา ดังนั้น พฤติการณ์จึงชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

## 5. ผลคำพิพากษา

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงวินิจฉัยว่า กระบวนการสอบสวนและผลการสอบสวนชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งพฤติการณ์การเสียชีวิตมิได้เป็นผลมาจากเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำรุนแรงต่อนาย Plamen Kutsarov ทำให้ไม่มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ไม่พบการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นการทำหน้าที่โดยมิชอบในการปกป้องชีวิตของผู้ต้องหา ดังนั้น พฤติการณ์จึงชอบด้วยมาตรา 2 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐเกาหลี\*

คำวินิจฉัยที่ Hun - Ma 919

วันที่ 30 กันยายน 2564

เรื่อง ประเด็นการเปิดอ่านจดหมายตอบโต้และเอกสารทางกฎหมายของ  
ผู้ต้องขังในทัณฑสถาน

### บทสรุปแห่งคดี

ผู้ร้องเป็นผู้ต้องขังในทัณฑสถานบำบัด ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ในระหว่างการคุมขังในทัณฑสถานบำบัด ผู้ถูกร้องและพวกซึ่งเป็นผู้คุมในทัณฑสถานบำบัด ได้เปิดจดหมายที่องค์กรช่วยเหลือทางกฎหมายเกาหลี (Korea Legal Aid Corporation) ส่งมาให้ผู้ร้อง จำนวน 7 ฉบับ และจดหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกาหลี (National Human Rights Commission of Korea) จำนวน 1 ฉบับ นอกจากนี้ ผู้ถูกร้องได้อ่านเอกสารทางกฎหมายที่สำนักงานอัยการแห่งเขตชวอน ศาลประจำเขตชวอน ส่งมาให้ผู้ร้อง จำนวน 5 ฉบับ ซึ่งรวมไปถึงคำพิพากษา ในกรณีนี้ ผู้ร้องเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงข้อห้ามในการปิดกั้นข้อมูลจดหมายเอกสารของผู้ต้องหา ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการรับโทษและ

\* นายสันธิติ พุเต็ม นักศึกษาฝึกงาน คณะรัฐศาสตร์ สาขาการเมืองและการระหว่างประเทศ (ภาควิชาภาษาอังกฤษ) ชั้นปีที่ 3 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง ผู้อำนวยการกลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

การจัดการผู้ต้องขังฉบับก่อนหน้า (Act on Execution of Sentences and Treatment of Inmates or “AESTI”) แต่ทว่าในกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับโทษตามคำพิพากษาและการจัดการผู้ต้องขังฉบับปัจจุบัน (AESTI Enforcement Decree or “AESTIED”) มาตรา 67 นั้น ได้มีการเปลี่ยนแปลงคำว่า “เปิดจดหมาย” ในมาตรา 64 ของกฎหมายฉบับก่อนหน้า เป็นคำว่า “อ่านจดหมาย” ในกฎหมายฉบับปัจจุบัน ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกร้องนั้นเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องในการแทรกแซงเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและดำเนินคดีภายในทัณฑสถาน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวของผู้ถูกร้องต่อผู้ร้องถือว่าไม่เป็นการละเมิดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ร้องแต่อย่างใด ไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะการเปิดซองจดหมายนั้น เป็นการกระทำการเปิดซองจดหมายที่มีเอกสารส่งถึงผู้ต้องขังตามมาตรา 43 (3) ของกฎหมาย AEST ฉบับก่อนหน้า และมาตรา 65 (2) ของกฎหมาย AESTIED เพื่อเป็นการป้องกันการนำวัตถุต้องห้ามเข้ามาในทัณฑสถานผ่านจดหมายของผู้ต้องขัง และการอ่านเอกสารนั้น มีจุดประสงค์ในการส่งเอกสารจากหน่วยงานต่าง ๆ มาให้ผู้ต้องขังได้อย่างถูกต้องแม่นยำ โดยทัณฑสถานจะอำนวยความสะดวกให้กับผู้ต้องขังในการรับจดหมายและจัดส่งเอกสารตามเวลาที่กำหนดไว้ในเอกสารดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะเกิดขึ้นได้กับผู้ต้องขัง นอกจากนี้ เอกสารต่าง ๆ หลังจากที่ได้อ่านและตรวจสอบแล้วนั้น จะต้องถูกส่งมอบให้ผู้ต้องขังอย่างสมบูรณ์ครบถ้วน และการอ่านตรวจสอบนั้นถือว่าเป็นการสร้างข้อจำกัดที่เล็กน้อยเกินกว่าที่จะเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขัง

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

ผู้ร้องเป็นผู้ถูกคุมขังในทัณฑสถานบำบัด ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ในระหว่างการคุมขังในทัณฑสถานบำบัด ผู้ร้องได้ดำเนินคดีเพื่อให้ยกเลิกการใช้อำนาจตามพฤติการณ์ในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขัง และเพิกถอนอำนาจการตัดสินใจในการปิดบังข้อมูลต่อนักโทษ ผู้ร้องจึงได้ติดต่อทนายความทางกฎหมายและดำเนินคดีฟ้องร้องผ่านการส่งจดหมาย ซึ่งผู้ถูกร้องเป็นผู้คุมในทัณฑสถานบำบัดได้เปิดจดหมายที่ส่งโดยองค์กรช่วยเหลือทางกฎหมายเกาหลี (Korea Legal Aid Corporation) ให้แก่ผู้ร้อง จำนวน 7 ฉบับ และจดหมายที่ส่งโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกาหลี (National Human Rights Commission of Korea) จำนวน 1 ฉบับ นอกจากนี้ จำเลยได้อ่านเอกสารทางกฎหมายของสำนักงานอัยการเขตซูวอน ศาลประจำเขตซูวอน ที่ส่งให้ผู้ร้อง จำนวน 5 ฉบับ ซึ่งรวมไปถึงคำพิพากษาคดี ดังนั้น ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องในเรื่องเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร หรือไม่

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดประเด็นพิจารณาว่า (1) การกระทำของผู้ถูกร้องในการเปิดจดหมายที่ส่งโดยองค์กรช่วยเหลือทางกฎหมายเกาหลี (Korea Legal Aid Corporation) ถึงทัณฑสถานบำบัด เมืองอันดงในวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2019 วันที่ 12 มีนาคม 2019 วันที่ 10 เมษายน 2019 วันที่ 18 เมษายน 2019 วันที่ 27 พฤษภาคม 2019 วันที่ 5 มิถุนายน 2019 และวันที่ 5 กรกฎาคม 2019 รวมจำนวน 7 ฉบับ และจดหมายที่ส่งโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกาหลี (National Human Rights Commission of Korea) ถึงทัณฑสถานบำบัดเมืองอันดง

ในวันที่ 9 สิงหาคม 2019 จำนวน 1 ฉบับ ซึ่งต่อจากนี้จะเรียกว่า การกระทำในการเปิดจดหมาย และ (2) การกระทำของผู้ถูกร้องในการอ่านเอกสาร 5 ฉบับ ที่ส่งถึงทัณฑสถานบำบัดเมืองอันดง ประกอบไปด้วยเอกสารเปิดเผยข้อมูล ออกโดยสำนักงานอัยการเขตชวอน กับเอกสารคำพิพากษา ออกโดยศาลประจำเขตชวอน ในวันที่ 26 มิถุนายน 2019 หนังสือแต่งตั้งทนายอาสา ออกโดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของสำนักอัยการสูงสุดแห่งเขตชวอน ซึ่งได้ส่งมาในวันที่ 28 มิถุนายน 2019 “คำชี้แจงคำโต้แย้งในคำอุทธรณ์โดยสังเขปของผู้ร้อง” ที่ส่งโดยศาลสูงแห่งกรุงโซล ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2019 และ “คำชี้แจงของผู้ถูกร้องโดยสังเขป” ออกโดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของสำนักอัยการสูงสุดแห่งเขตชวอน ซึ่งได้รับการจัดส่งในวันที่ 15 กรกฎาคม 2019 ซึ่งต่อจากนี้จะเรียกว่า การกระทำในการอ่านเอกสาร โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นพิจารณาว่าทั้งสองการกระทำนั้นเป็นการลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องในการแทรกแซงเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและดำเนินคดีภายในทัณฑสถาน หรือไม่

### 3. ประเด็นที่ศาลพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีพิจารณาแล้ว เห็นว่า สืบเนื่องจากข้อห้ามในการปิดกั้นข้อมูลจดหมายเอกสารของผู้ต้องหานั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายบัญญัติว่าด้วยการรับโทษและการจัดการผู้ต้องขังฉบับก่อนหน้า (Act on Execution of Sentences and Treatment of Inmates or “AESTI”) แต่ทว่าในกฎหมายที่ว่าการบังคับโทษตามคำพิพากษาและการจัดการผู้ต้องขังฉบับปัจจุบัน (AESTI Enforcement Decree or “AESTIED”) มาตรา 67 นั้น ได้มีการเปลี่ยนแปลงคำว่า “เปิดจดหมาย” ในมาตรา 64 ของกฎหมายฉบับก่อนหน้าเป็นคำว่า “อ่านจดหมาย” ในฉบับปัจจุบัน การเปลี่ยนแปลงคำศัพท์ในข้อกำหนดนี้ มีจุดประสงค์ให้ผู้ดูแลทัณฑสถานตรวจสอบเอกสารก่อนที่จะส่งมอบให้

ผู้ต้องขัง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของผู้ต้องขังตลอดจน การเตรียมความพร้อมในการเคลื่อนย้ายผู้ต้องขังและอื่น ๆ ในการพิจารณา จุดประสงค์ของกฎหมาย AESTIED นี้ การใช้คำว่า “เปิด” นั้นมีความหมายถึง การเปิดจดหมายเพื่อจะตรวจสอบจดหมายข้างใน แต่ทว่า การใช้คำว่า “อ่าน” นั้นมีความหมายถึงการเข้าใจเนื้อหาข้างในบางส่วนถึงทั้งหมดของ จดหมาย ซึ่งตามมาตรา 67 ของกฎหมาย AESTIED นั้น ผู้ดูแลทัณฑสถาน นั้นต้องส่งมอบเอกสารให้กับผู้ต้องขัง หลังจากผ่านการอ่านเป็นที่เรียบร้อย โดยไม่มีข้อยกเว้น และผู้ดูแลทัณฑสถานนั้นไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อมูล ที่ปรากฏในเอกสาร เพื่อตัดสินใจส่งมอบให้ผู้ต้องขังหรือไม่ ด้วยประการนี้ คำว่า “อ่าน” ในมาตรา 67 ของกฎหมาย AESTIED นั้น มีความแตกต่างกับ คำว่า “ปกปิดข้อมูล” ในเงื่อนไขในมาตรา 43 (4) ของกฎหมาย AESTI ฉบับก่อนหน้า ที่อนุญาตให้มีการปกปิดข้อมูลของจดหมายถึงผู้ต้องขัง ในกรณีพิเศษ

สำหรับการกระทำในการเปิดซองจดหมายนั้น เป็นการเปิดซอง จดหมายที่มีเอกสารส่งถึงผู้ต้องขังตามมาตรา 43 (3) ของกฎหมาย AESTI ฉบับก่อนหน้า และมาตรา 65 (2) ของกฎหมาย AESTIED เพื่อเป็นการป้องกันการ นำวัตถุต้องห้ามเข้ามาในทัณฑสถานผ่านจดหมายผู้ต้องขัง การกระทำ ในการเปิดซองจดหมายจึงมีจุดประสงค์ที่ขอบธรรมในการรักษาระเบียบ และความปลอดภัยภายในทัณฑสถาน และเป็นการส่งเสริมกระบวนการ การบำบัดของผู้ต้องขังในการกลับสู่สังคม นอกจากนี้ การเปิดและตรวจสอบ จดหมายถึงผู้ต้องขังนั้น ถือว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการบรรลุเป้าหมาย ข้างต้น อย่างไรก็ตาม การป้องกันวัตถุต้องห้ามเข้ามาในทัณฑสถานนั้น ไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยวิธีอื่น ๆ เช่น การไม่ตรวจสอบ จดหมายจากทนายความ เป็นต้น ซึ่งต้องมีการเปิดซองจดหมาย หรือการใช้ เครื่องฉายรังสีในการตรวจสอบพัสดุข้างใน ดังนั้น การกระทำโดยการเปิด ซองจดหมายถือว่าเป็นวิธีการตรวจสอบที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุด การรักษา



ระเบียบและความปลอดภัยภายในทัศนสถานนั้นจึงถือว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันที่สำคัญระหว่างทั้งสองฝ่าย แม้ว่าผู้ถูกร้องจะเปิดจดหมายถึงผู้ร้องก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวมิได้จำกัดประโยชน์ของผู้ร้องในสาระสำคัญ ทั้งนี้ การตรวจสอบตัดทอนเนื้อหาในจดหมายนั้นถือว่าเป็นหลักการต้องห้ามจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การกระทำในการเปิดซองจดหมายเป็นการกระทำที่ขัดด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่เป็นการลิดรอนเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร (Freedom of Communications) ของผู้ร้องแต่อย่างใด

สำหรับการกระทำในการอ่านเอกสารนั้น ตามมาตรา 67 ของกฎหมาย AESTIED นั้น เป็นการอ่านเอกสารที่จัดส่งโดยศาล หรือสำนักงานสืบสวน เช่น สถานีตำรวจ หรือโดยหน่วยงานอื่น ๆ เช่น หน่วยงานภาครัฐ หน่วยงานท้องถิ่น หรือหน่วยงานราชการ เป็นต้น ซึ่งอาจจะมีเอกสารที่มีความเกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายและความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังภายในทัศนสถานที่ต้องการหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรมาประกอบ เช่น ใบเสร็จต่าง ๆ เป็นต้น และอาจจะมีเอกสารเกี่ยวข้องกับการเดินทางภายนอกทัศนสถานของผู้ต้องขัง ซึ่งรวมไปถึงหลักฐานการเคลื่อนย้ายผู้ต้องขังไปทัศนสถานอื่น หรือการเดินทางไปยังศาลและสถานที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง การกระทำในการอ่านเอกสารนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งเอกสารจากหน่วยงานต่าง ๆ มาถึงผู้ต้องขังได้อย่างถูกต้องแม่นยำ โดยทัศนสถานนั้นจะอำนวยความสะดวกให้กับผู้ต้องขังในการรับจดหมายและจัดส่งเอกสารตามเวลาที่กำหนดไว้ในเอกสารดังกล่าว ซึ่งเป็นการปฏิบัติขั้นพื้นฐานสำหรับการส่งมอบเอกสารที่เป็นทางการหรือออกโดยหน่วยงานต่าง ๆ ในกรณีนี้ การกระทำในการอ่านเอกสารนั้น เป็นวิธีการที่เหมาะสมและสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น อย่างไรก็ตาม มาตรา 67 ของกฎหมาย AESTIED นั้น ระบุว่า ผู้ดูแลทัศนสถานสามารถอ่านตรวจสอบเอกสารภายในขอบเขตที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะห้ามไว้ และการบันทึกข้อมูลเพื่อจะประกอบเอกสาร โดยที่ผู้ต้องขังต้องแจ้งหน่วยงานภายในทัศนสถานเพื่อขออนุญาตบันทึก

ข้อมูลนั้นเป็นเรื่องยาก ดังนั้น การกระทำในการอ่านเอกสารเป็นวิธีการตรวจสอบที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุด และการจัดส่งเอกสารจากหน่วยงานต่าง ๆ ให้ผู้ต้องขังอย่างถูกต้องแม่นยำ พร้อมกับการหลีกเลี่ยงปัญหาหรือความสับสนทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นได้กับผู้ต้องขังนั้น ถือว่าเป็นผลประโยชน์ร่วมกันที่สำคัญระหว่างทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ เอกสารต่าง ๆ หลังจากที่ได้อ่านและตรวจสอบแล้วนั้น จะต้องถูกส่งมอบให้ผู้ต้องขังอย่างสมบูรณ์ครบถ้วน การอ่านตรวจสอบนั้นเป็นการจำกัดสิทธิเพียงเล็กน้อยเกินกว่าที่จะลิดรอนสิทธิของผู้ต้องขัง จากเหตุผลดังกล่าว การกระทำในการอ่านเอกสารจึงเป็นการกระทำที่ชอบตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และไม่เป็นการลิดรอนเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ร้องแต่อย่างใด

#### 4. ผลคำวินิจฉัย

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีจึงวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวของผู้ถูกร้องต่อผู้ร้อง ซึ่งประกอบไปด้วย (1) การที่ผู้ถูกร้อง ซึ่งเป็นผู้คุมทัณฑ์สถานบำบัดนั้น ได้เปิดจดหมายของผู้ร้องที่จัดส่งโดยองค์กรช่วยเหลือทางกฎหมายเกาหลี (Korea Legal Aid Corporation) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกาหลี (National Human Rights Commission of Korea) และ (2) การที่ผู้ถูกร้องได้อ่านเอกสาร ซึ่งรวมไปถึงคำพิพากษาที่จัดส่งโดยศาลต่าง ๆ และสำนักงานอัยการนั้น ไม่เป็นการละเมิดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ร้องแต่อย่างใด ไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ



## หมวดที่ 3

สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐออสเตรีย\*

วันที่ 11 ธันวาคม 2557

เรื่อง การห้ามมิให้รับบุตรบุญธรรมสำหรับคู่ชีวิตของบุคคลเพศเดียวกัน  
ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 191 วรรค 2 ของประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>19</sup> และมาตรา 8 (4) ของรัฐบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต<sup>20</sup> ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย และมาตรา 14 ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights (ECHR)) ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติเหล่านี้จะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2558

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องของสตรีผู้มิรสนิยมชอบเพศเดียวกัน โดยคู่ชีวิตเพศเดียวกันต้องจดทะเบียนสมรสเพื่อจะได้สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม แต่รัฐบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้บัญญัติห้ามมิให้คู่ชีวิต

\* นางสาวคิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

<sup>19</sup> มาตรา 191 วรรค 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย กำหนดเรื่อง การรับบุตรบุญธรรม การรับรองบุตรบุญธรรมโดยบุคคลที่มากกว่าหนึ่งคนขึ้นไปไม่ว่าจะ โดยความยินยอมร่วมกัน หรือตราบเท่าที่การรับรองบุตรนั้นยังดำรงอยู่ สามารถกระทำได้ หากบิดาและมารดาเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>20</sup> มาตรา 8 (4) ของรัฐบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต กำหนดว่า “คู่ชีวิตที่จดทะเบียนคู่ชีวิต ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรม หรือรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมได้”

เพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม<sup>21</sup> ซึ่งระบบกฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรีย ยอมรับให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถเลี้ยงดูบุตรได้ บุคคลทั่วไปสามารถรับ บุตรบุญธรรม โดยบุตรบุญธรรมจะได้รับการเลี้ยงดูในครอบครัวที่มีคู่ชีวิตเป็น เพศเดียวกันได้ นอกจากนี้ การรับบุตรบุญธรรมที่เกิดจากการผสมเทียม (biological child) ของคู่สมรสเพศเดียวกันคนใดคนหนึ่งก็ได้รับความ ค้ำครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การใช้ บทบัญญัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งสถานะทางเพศย่อมเป็นการจำกัดสิทธิ ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในการร่วมกันรับบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ การกระทำ ดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างคู่ชีวิตที่จดทะเบียน คู่ชีวิตในการรับบุตรบุญธรรมกับคู่สมรสเพศเดียวกันหรือต่างเพศที่สามารถ มีลูกเลี้ยง

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 191 วรรค 1 กำหนดว่าบุคคลที่มีได้ สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายแต่มีความสามารถทางกฎหมายในการรับ บุตรบุญธรรม ในขณะที่ มาตรา 191 วรรค 2 อนุญาตให้คู่สมรสสามารถ ร่วมกันรับบุตรบุญธรรมได้นับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม การรับบุตรบุญธรรม ค.ศ. 2013 (The Adoption Law Amendment Act 2013) การรับบุตรบุญธรรมที่เกิดจากการผสมเทียม (biological child) ของ คู่สมรสเพศเดียวกันหรือคู่ชีวิตโดยการจดทะเบียนโดยปราศจากความสัมพันธ์ ในทางกฎหมายระหว่างบุตรกับบิดามารดาสามารถกระทำโดยชอบด้วย กฎหมายได้ ฉะนั้นการโต้แย้งบทบัญญัติที่ให้คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น มีความสามารถในการรับบุตรบุญธรรมแต่ห้ามมิให้คู่ชีวิตเพศเดียวกัน

<sup>21</sup> เขตอำนาจของศาลยุโรปหรือที่มีใช้ศาลยุโรปได้อนุญาตให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันสามารถรับ บุตรบุญธรรมได้ และในบรรดารัฐสมาชิกของสภายุโรปที่รับรองสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย ในการจดทะเบียนคู่ชีวิตและให้สิทธิคู่ชีวิตนั้นสามารถมีลูกเลี้ยงได้ หากแต่ประเทศออสเตรีย ประเทศฟินแลนด์ และประเทศสโลเวเนียที่ยังมิให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิรับบุตรบุญธรรม

โดยการจดทะเบียนสามารถรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในสถานะทางเพศ ทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างคู่ชีวิตที่จดทะเบียนในการรับบุตรบุญธรรมกับคู่สมรสเพศเดียวกันหรือต่างเพศในการมีลูกเลี้ยง เพราะในขณะที่พบปัญหาผู้ที่ถูกโต้แย้งได้จำกัดสิทธิของของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในการร่วมกันรับบุตรบุญธรรมถึงแม้ว่าคู่ชีวิตทั้งสองได้อุปถัมภ์เด็กหรือได้รับบุตรบุญธรรมมาแล้วก็ตาม กฎหมายได้ให้สิทธิเฉพาะบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมและบิดามารดาของลูกเลี้ยงเท่านั้นที่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรม

ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า วัตถุประสงค์หลักของการรับบุตรบุญธรรมเป็นการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และยังไม่มีความสามารถทางกฎหมาย ประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงมิใช่เหตุแห่งการจำกัดสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในการร่วมกันรับบุตรบุญธรรม หากจะพิจารณาพบปัญหาผู้ใดในเรื่องการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความมั่นคงในสถาบันครอบครัวของบุคคลสองคนไม่แตกต่างไปจากการจดทะเบียนสมรส การที่กฎหมายจำกัดคู่ชีวิตโดยการจดทะเบียนในการรับบุตรบุญธรรม แต่กลับอนุญาตให้คู่สมรสที่จดทะเบียนคนใดคนหนึ่งมีบุตรจากการผสมเทียมได้นั้นย่อมเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และมีข้อโต้แย้งที่เป็นสาระสำคัญเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก อีกทั้งข้อกังวลต่าง ๆ ที่เห็นว่าการเลี้ยงดูเด็กโดยคู่ชีวิตเพศเดียวกันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กนั้นเป็นการวางเงื่อนไขที่ไม่เหมาะสม ซึ่งโดยหลักของความเท่าเทียมนั้น “การคุ้มครองการสมรส” หรือการดำรงรักษาสถาบันครอบครัวก็มิใช่ข้อโต้แย้งที่มีเหตุผลในการห้ามมิให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรม



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย\*

วันที่ 5 ธันวาคม 2560

เรื่อง การแบ่งแยกระหว่างการสมรสของบุคคลต่างเพศกับคู่สมรสเพศเดียวกันละเมิดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิต คดีนี้ร้องโดยผู้หญิงสองคนที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วและประสงค์จะขอจดทะเบียนสมรส อย่างไรก็ตามก็ตีเทศบาลแห่งเมืองเวียนนาได้ปฏิเสธคำร้องดังกล่าว ซึ่งต่อมาศาลปกครองแห่งเวียนนาได้ยกคำร้องนี้โดยในวันที่ 4 ธันวาคม 2561 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยยกเลิกบทบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกระหว่างการสมรสของบุคคลต่างเพศกับคู่สมรสเพศเดียวกันซึ่งทำให้บุคคลเพศเดียวกันไม่อาจทำการสมรสกันได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลโดยอาศัยหลักการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (equal treatment) การยกเลิกบทบัญญัตินี้จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 2561 ในวันดังกล่าว การจดทะเบียนคู่ชีวิตก็จะเปิดให้กับบุคคลต่างเพศอีกด้วย ซึ่งในอนาคตคู่สมรสเพศเดียวกันจะสามารถทำการสมรสได้ในสาธารณรัฐออสเตรีย

รัฐบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต (The Registered Partnership Act) ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 2009 โดยมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งในขณะนั้น สภานิติบัญญัติต้องการยก่างกฎหมายฉบับนี้ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับคู่สมรสเพศเดียวกัน แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไปขัดต่อ

\* นางสาวศิวาภรณ์ เถลิมวงศ์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

“ประเพณีความเข้าใจ” ที่ต้องการธำรงรักษาไว้ซึ่งสถานะทางกฎหมายทั้งสองสถานะ คือ การจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิต จากนั้นจึงได้มีความพยายามปรับสถานะของการสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิตให้เท่าเทียมกันทั้งในด้านเนื้อหาและผลทางกฎหมาย แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่บางเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งพัฒนาการทางกฎหมายในขณะนี้ทำห้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถร่วมกันเป็นบิดามารดาได้ คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถร่วมกันรับรองบุตรบุญธรรม และสามารถใช้อิทธิพลทางการแพทย์มาสนับสนุนการให้กำเนิดบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายบนพื้นฐานของสิทธิที่เท่าเทียมกันได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการแบ่งแยกระหว่างสถานะการณัสมรสกับการจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นไม่สามารถปรับใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติต่อคู่สมรสเพศเดียวกัน ซึ่งการมีอยู่ของสถานะทางกฎหมายทั้งสองสถานะนี้เป็นผลมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า บุคคลเพศเดียวกันมีสถานะไม่เท่าเทียมกับบุคคลที่เป็นเพศต่างกัน ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ผลของการเลือกปฏิบัติสะท้อนได้จากการใช้คำจำกัดความเพื่อกำหนดสถานภาพการสมรสที่แตกต่างกัน (“สมรส” กับ “จดทะเบียนคู่ชีวิต”) โดยบุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตต้องเปิดเผยเพศสภาพของตนแม้แต่ในสถานการณ์ที่ไม่จำเป็นต้องเปิดเผย หรือการแสดงให้เห็นปรากฏไม่มีความสำคัญบุคคลเหล่านี้จึงเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การแบ่งแยกเป็นสองสถานะทางกฎหมายระหว่างการสมรสของบุคคลต่างเพศกับคู่สมรสเพศเดียวกันเป็นการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคที่ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในสถานะของบุคคลเช่น สถานะทางเพศ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายในข้อความที่ว่า “ของเพศที่แตกต่าง” ในประมวลกฎหมายแพ่งทั่วไปว่าด้วยการสมรส

และบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตซึ่งจำกัดการจดทะเบียนคู่ชีวิตกับคู่สมรสเพศเดียวกัน เมื่อยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว สถานะทางกฎหมายของการจดทะเบียนสมรสและการจดทะเบียนคู่ชีวิต จึงเปิดกว้างแก่คู่สมรสเพศเดียวกันและคู่สมรสต่างเพศ

## คำถามและคำตอบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

### ● การสมรสของบุคคลเพศเดียวกันจะมีผลบังคับใช้เมื่อใด

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้น บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นให้มีผลใช้บังคับต่อไปจนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2561 (ทั้งการสมรสของบุคคลต่างเพศและการจดทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลเพศเดียวกัน) เว้นแต่สภานิติบัญญัติจะประกาศยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวก่อนวันที่กำหนด ดังนั้น บุคคลเพศเดียวกันจะทำการสมรสกันได้ภายหลังจากวันที่ 31 ธันวาคม 2561

สถานการณ์เช่นนี้จึงแตกต่างสำหรับคู่สมรสที่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศยกเลิกบทบัญญัติที่แบ่งแยกระหว่างการสมรสของบุคคลต่างเพศกับคู่สมรสเพศเดียวกัน การยกเลิกย่อมมีผลบังคับนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย อย่างไรก็ตามหากไม่มีปัญหาอุปสรรคใด ๆ ก็สามารถทำการสมรสก่อนวันที่ 31 ธันวาคม 2561 ได้ นอกจากนี้แล้วยังมีคำร้องอีก 4 คำร้องที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

### ● เหตุใดศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่การจดทะเบียนคู่ชีวิต (The Registered Partnership Act) ทั้งฉบับ

เพื่อรักษาไว้ซึ่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขที่จำเป็นในการจดทะเบียนสมรสสำหรับบุคคล

เพศเดียวกันและบุคคลต่างเพศก็เพียงพอแล้ว รัฐบัญญัติการจดทะเบียนคู่อชีวิตจึงยังมีผลใช้บังคับต่อไปสำหรับคู่อชีวิตที่ได้จดทะเบียนคู่อชีวิตไปแล้ว เพื่อมิให้สถานะทางกฎหมายทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่อชีวิตโดยการจดทะเบียนคู่อชีวิตต้องเสียไป

● **บุคคลที่จดทะเบียนคู่อชีวิตยังสามารถจดทะเบียนสมรสได้หรือไม่**

กฎหมายให้สิทธิบุคคลที่จดทะเบียนคู่อชีวิตแล้วยังสามารถจดทะเบียนสมรสได้ หากบุคคลนั้นประสงค์ที่จะสมรสกันในภายหลัง แต่เมื่อพึงพอใจในสถานะของการจดทะเบียนคู่อชีวิตแล้วก็ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้อีก

● **บุคคลเพศเดียวกันมีทางเลือกในการจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่อชีวิตหรือไม่**

ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทำให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถเลือกที่จะจดทะเบียนสมรสหรือจดทะเบียนคู่อชีวิต นับตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 2561 เป็นต้นไปได้ แต่สภานิติบัญญัติสามารถตราบทบัญญัติใหม่ที่อาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศเดียวกันได้

● **บุคคลต่างเพศสามารถเลือกที่จะจดทะเบียนคู่อชีวิตได้หรือไม่**

ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทำให้บุคคลต่างเพศสามารถเลือกที่จะจดทะเบียนคู่อชีวิต นับตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 2561 ได้ ทำให้คู่สมรสของบุคคลต่างเพศมีทางเลือกเช่นเดียวกับบุคคลเพศเดียวกัน แต่สภานิติบัญญัติสามารถตราบทบัญญัติใหม่ที่อาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายได้

● **คู่อชีวิตโดยการจดทะเบียนต้องทำเช่นไรเพื่อให้สามารถจดทะเบียนสมรสได้**

กรณีที่เกิดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ บุคคลที่ยื่นคำร้องเหล่านั้น ต้องรอจนกว่าเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญได้

กำหนดไว้ในวันที่ 31 ธันวาคม 2561 ได้สิ้นสุดลง หรือสภานิติบัญญัติได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใหม่และประกาศใช้ก่อนวันที่คำสั่งยกเลิกมีผลบังคับใช้ เมื่อการจดทะเบียนสมรสสามารถดำเนินการได้สำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน จะต้องมีการลงทะเบียน ณ สำนักงานทะเบียนท้องที่และต้องมีการดำเนินการเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ

● การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะเป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนสมรสหรือไม่

มาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการสมรส กำหนดให้บุคคลที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตต้องแสดงให้เห็นว่าทะเบียนคู่ชีวิตดังกล่าวเป็นโมฆะ หรือถูกเพิกถอนก่อนที่จะกระทำการจดทะเบียนสมรส กรณีนี้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่และศาลที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้นสามารถใช้บังคับกับบุคคลที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้ว และต้องการจดทะเบียนสมรสเพิ่มเติมอีก หรือไม่

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐออสเตรีย\*

วันที่ 29 มิถุนายน 2561

### เรื่อง สิทธิของบุคคลข้ามเพศในการจดทะเบียนพลเมือง

---

คำร้องนี้เป็นการยื่นโดยบุคคลทั่วไปที่ต้องการให้มีการระบุสถานะทางเพศในทะเบียนพลเมืองที่มีได้จำกัดเพียงเพศชายหรือเพศหญิงเท่านั้น เมื่อคำร้องนี้ได้ถูกปฏิเสธโดยสำนักงานเทศมนตรีและโดยศาลปกครองแห่งท้องถิ่น ผู้ร้องจึงได้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญและคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องนี้ไว้พิจารณา

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ในวันที่ 15 มิถุนายน 2561 นั้น ศาลได้นำมาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights (ECHR)) ที่มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและครอบครัวมาพิจารณา ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวครอบคลุมไปถึงอัตลักษณ์ส่วนตัว ลักษณะเฉพาะส่วนบุคคลที่ไม่อาจแบ่งแยกได้รวมถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนี้ หมายความว่าบุคคลพึงต้องยอมรับการกำหนดสถานะทางเพศโดยรัฐตามเพศที่มีมาโดยกำเนิด อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งมีลักษณะทางเพศนอกเหนือไปจากความเป็นเพศชายหรือเพศหญิงสามารถได้รับความคุ้มครองในสถานะทางเพศที่แตกต่าง โดยถือเป็นการคุ้มครองบุคคลที่มีสถานะทางเพศ

---

\* นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

ที่แตกต่างจากการกำหนดโดยบุคคลอื่น

บทบัญญัติที่เป็นประเด็นในการพิจารณา คือ มาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนพลเมือง ค.ศ. 2013 ที่กำหนดให้ระบุเพศในทะเบียนพลเมืองและเอกสารที่แสดงความเป็นพลเมือง ซึ่งสถานะความเป็นพลเมืองนี้มิได้ถูกจำกัดโดยสถานะทางเพศที่ต้องระบุว่าเป็น “ชาย” หรือ “หญิง” แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำจำกัดความตามมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนพลเมือง ค.ศ. 2013 เป็นคำจำกัดความที่กว้างซึ่งสามารถตีความรวมถึงสถานะเพศทางเลือกด้วย การจำแนกสถานะเพศทางเลือกก็ไม่ได้มาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนพลเมืองหรือจากบทบัญญัติอื่นเพียงเท่านั้น แต่คำจำกัดความที่เฉพาะเจาะจงและเป็นรูปธรรมอาจมาจากการใช้ภาษาโดยปกติก็ได้

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้การจำแนกสถานะเพศทางเลือกยังมิได้กำหนดไว้ แต่ก็มีคำจำกัดความที่นำมาใช้ระบุเพศของบุคคล และ/หรือการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งมีความแตกต่างจากความเป็นเพศชายหรือเพศหญิง ทั้งนี้ คำจำกัดความไม่ว่าจะเป็น “ความหลากหลาย” “ร่วมกัน” หรือ “การเปิด” ซึ่งคำจำกัดความเหล่านี้ได้นำมาใช้โดยคณะกรรมการของสำนักงานนายกรัฐมนตรียุค (The Bioethics Commission of the Federal Bioethics’s Office)

บทบังคับของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 8 มิได้ห้ามการกำหนดหรือให้คำจำกัดความสถานะทางเพศตามกฎหมายหรือระเบียบต่าง ๆ นอกจากนี้ เมื่อมาตรา 8 ไม่ได้กำหนดให้บุคคลมีอิสระที่จะเลือกคำจำกัดความใด ๆ ก็ได้เพื่อระบุเพศของตน เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่จดทะเบียนจึงต้องตรวจสอบว่าการยื่นขอจดทะเบียนโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นถูกต้องหรือไม่

บุคคลที่มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (intersex persons) ซึ่งมีลักษณะทางร่างกายไม่ชัดเจนว่าเป็นหญิงหรือชายมีสิทธิขึ้นทะเบียนความเป็นพลเมืองโดยระบุเพศตามลักษณะทางกายภาพ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การตีความรัฐบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนพลเมืองต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย กรณีบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนพลเมืองจึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่จำเป็นต้องยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นประเด็นปัญหาดังกล่าว



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน\*

คำวินิจฉัยที่ 99/2019

วันที่ 18 กรกฎาคม 2562

เรื่อง กฎหมายที่ห้ามผู้เยาว์ซึ่งมีวุฒิภาวะเพียงพอและมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว ในการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### ความเป็นมาแห่งคดี

คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับผู้เยาว์ซึ่งเกิดเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 2002 (อายุ 17 ปี ในวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย – ผู้แปล) โดยผู้เยาว์ได้รับการจดทะเบียนลงในทะเบียนราษฎรว่าเป็นเพศหญิง และตั้งชื่อด้วยชื่อของเพศหญิง ตั้งแต่ผู้เยาว์ยังเป็นเด็ก ผู้เยาว์ก็กล่าวอยู่เสมอว่ารู้สึกว่าเป็นเพศชายและประสงค์จะใช้ชื่อของเพศชาย โดยผู้เยาว์ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นเพศชายจากครอบครัวและผู้คนแวดล้อม ในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2014 ผู้เยาว์ก็ได้รับการวินิจฉัยจากแพทย์ว่ามีลักษณะเป็นเพศชายและมีการปรับเปลี่ยนบทบาทที่แสดงออกเป็นเพศชายอย่างสมบูรณ์ แสดงให้เห็นว่าผู้เยาว์มีคุณสมบัติที่จะร้องขอเปลี่ยนชื่อและเพศตามกฎหมายได้ ผู้เยาว์จึงได้ยื่นคำร้องเช่นนั้นแต่ได้รับการปฏิเสธด้วยเหตุผลว่าเป็นผู้เยาว์ บิดามารดาของผู้เยาว์จึงได้ฟ้องคดี (ต่อศาลยุติธรรม – ผู้แปล) โดยอ้างว่าการเป็นบุคคลข้ามเพศเป็นเงื่อนไขที่มีมาแต่กำเนิดของบุคคล ไม่ได้เป็นผลมาจากการวินิจฉัยที่ต้องใช้ความสามารถในการหยั่งรู้แต่อย่างใด การปฏิเสธไม่ให้ผู้เยาว์จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศในทะเบียนราษฎรจึงเป็นการขัดขวาง

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

ผู้เยาว์ไม่ให้มีอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลตามอัตลักษณ์ทางเพศ และละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในความมั่นคงทางจิตใจ ความเป็นส่วนตัว และความเคารพในชีวิตส่วนตัว ต่อมาในวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ. 2016 ศาลสูงสุดแห่งราชอาณาจักรสเปนจึงได้ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการกำหนดอายุ<sup>22</sup>ในการร้องขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนหรือไม่<sup>23</sup>

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978

มาตรา 10.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิโดยธรรมชาติอันไม่อาจละเมิดได้ อิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคล การเคารพซึ่งกฎหมาย สิทธิของบุคคลอื่นเป็นรากฐานของระเบียบทางการเมืองและความสงบสุขของสังคม

มาตรา 15 บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย และความมั่นคงทางจิตใจ ไม่มีกรณีใดที่จะลงโทษหรือปฏิบัติต่อบุคคลโดยทรमानทารุณโหดร้าย หรือลดทอนความเป็นมนุษย์ได้ ยกเลิกโทษประหารชีวิตเว้นแต่กรณีตามกฎหมายอาญาทหารในช่วงเวลาที่มีสงครามเท่านั้น

มาตรา 18.1 สิทธิในเกียรติยศ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล และครอบครัว และสิทธิในรูปภาพของตนเองย่อมได้รับการรับรอง

มาตรา 39.2 รัฐรับรองคุ้มครองเด็กอย่างเต็มที่ โดยเสมอภาคกัน

<sup>22</sup> อายุ 18 ปี

<sup>23</sup> <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4990-spain-the-constitutional-court-established-in-judgment-99-2019-of-18-july-2019-that-transsexual-children-can-request-a-name-and-sex-change-in-the-civil-registry-pdf-97-kb>

ในกฎหมาย ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์กับบิดามารดา หรือสถานการณืสมรสของบิดามารดาเช่นไร ทั้งนี้ กฎหมายจะกำหนดให้มีการสืบหาบิดาของเด็กก็ได้

มาตรา 43.1 สิทธิในการคุ้มครองทางสุขภาพย่อมได้รับการรับรอง

**2. พระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 มาตรา 1 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2007 ว่าด้วยการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล**

มาตรา 1 การให้สิทธิตามกฎหมาย

1. บุคคลซึ่งมีสัญชาติสเปน มีอายุตามที่กฎหมายกำหนดและมีความสามารถที่เพียงพอ จะร้องขอให้มีการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลก็ได้

2. การจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศย่อมนำมาซึ่งการเปลี่ยนชื่อของบุคคลเพื่อไม่ให้ขัดแย้งกับเพศที่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลง

### คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2007 ว่าด้วยการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล มาตรา 1 ผู้เยาว์โดยบิดาและมารดาในฐานะผู้แทนตามกฎหมายอ้างว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 10.1 มาตรา 15 มาตรา 18.1 และมาตรา 43.1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในร่างกายและความมั่นคงทางจิตใจ ความเป็นส่วนตัวและสุขภาพ รวมถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคล เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามมิให้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการ

ทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศและชื่อของผู้เยาว์ซึ่งมีวุฒิภาวะเพียงพอ และมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีนี้โดยอาศัยเหตุผลหลายประการ โดยประเด็นปัญหาที่น่าสนใจมีดังนี้

### ผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการทางรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหาที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคือการพิจารณาว่าการสงวนสิทธิจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลเอาไว้เฉพาะแต่บุคคลที่มีอายุถึงเกณฑ์ตามกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 อันนำมาซึ่งสิทธิในการจดทะเบียนเปลี่ยนชื่อให้ตรงตามเพศนั้น ก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิอย่างไม่ได้สัดส่วนในสถานะทางกฎหมายของผู้เยาว์ที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ตามที่รัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำ พระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 จะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนี้ไม่ได้เป็นแต่เพียงหลักการในเชิงนามธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันเอาไว้หลายครั้งว่า หลักความได้สัดส่วนจะต้องนำมาใช้ในการอ้างอิงกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักการทางรัฐธรรมนูญอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ กล่าวคือจะถือว่ากฎหมายฉบับใดไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนจะต้องปรากฏว่า สิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักการทางรัฐธรรมนูญถูกจำกัดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยวิธีการอันไม่ได้สัดส่วน

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคียวางหลักเอาไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ STC 60/2010 ว่า “ปัญหาแรกที่เป็นจะต้องวิเคราะห์ในการยืนยันถึงความได้สัดส่วนของมาตรการทางกฎหมายใด ๆ คือการระบุหลักการทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิที่ถูกจำกัดอันเป็นผลมาจากการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายนั้นหลักความได้สัดส่วนจะนำมาปรับใช้ต่อเมื่อมีการจำกัดสิทธิ

ขั้นพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในการพิจารณาว่ากฎหมายใดเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จะต้องค้นหาและระบุหลักการทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิที่ถูกจำกัดจากกฎหมายฉบับนั้น ๆ เสียก่อน

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับผลกระทบจากพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 ดังนี้

1) อิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคล

พระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 เป็นการจำกัดอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 10.1 ตราบเท่าที่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่อนุญาตให้บุคคลที่มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด สามารถตัดสินใจเลือกกำหนดอัตลักษณ์อันเป็นเรื่องสำคัญในชีวิตของตนได้อย่างอิสระนั่นเอง

2) สิทธิขั้นพื้นฐานในความเป็นส่วนตัว

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้เยาว์มีความจำเป็นที่จะต้องยืนยันตัวตนที่โรงเรียน หรือต้องใช้บริการหน่วยงานของรัฐ ในกรณีนี้จึงมีความขัดแย้งกันระหว่างเพศโดยพันธุกรรมตามกำเนิดซึ่งถูกบันทึกเอาไว้ในทะเบียนราษฎรกับอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งบุคคลย่อมมีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้อื่นล่วงรู้ การจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลและเปลี่ยนชื่อให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นการป้องกันไม่ให้สาธารณชนรู้ถึงความเป็นบุคคลข้ามเพศนี้ จากเหตุผลดังกล่าวพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 จึงส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 18.1

3) สิทธิในชีวิต ร่างกาย และความมั่นคงทางจิตใจ และสิทธิในการได้รับความคุ้มครองทางสุขภาพ

สิทธิในชีวิต ร่างกาย และความมั่นคงทางจิตใจ และสิทธิในการได้รับความคุ้มครองทางสุขภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 15

และมาตรา 43.1 ไม่ได้เกี่ยวข้องกับความเป็นในการศัลยกรรมแปลงเพศ หรือกระบวนการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพใด ๆ เนื่องจากกฎหมายของราชอาณาจักรสเปนไม่ได้เรียกร้องให้มีการกระทำเช่นนั้น สิทธิดังกล่าวจะได้รับผลกระทบกรณีที่ผู้เยาว์ถูกบังคับให้ต้องรับมือกับความไม่สอดคล้องกันระหว่างเพศเมื่อแรกเกิดและบันทึกลงในทะเบียนราษฎรกับอัตลักษณ์ทางเพศในสถานการณ์ที่ถูกเหยียดหยามทารุณจนส่งผลกระทบต่อสุขภาพ

### เหตุผลสนับสนุนเจตนารมณ์ของกฎหมายในการจำกัดสิทธิของผู้เยาว์

ในการพิจารณาปัญหาว่าการห้ามมิให้ผู้เยาว์จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น มีมุมมองในการพิจารณาสองประการคือ

1) องค์ประกอบของความสงบเรียบร้อยอันเกี่ยวเนื่องกับความมั่นคงแห่งสถานะบุคคลในทางแพ่ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 รับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของพลเมืองเป็นสาระสำคัญของความสงบเรียบร้อย การที่องค์ประกอบดั้งเดิมของความสงบเรียบร้อยซึ่งมีทั้งความมั่นคงแห่งสถานะบุคคลในทางแพ่ง หรือความมั่นคงทางกฎหมายและสังคม มีความสำคัญน้อยกว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน องค์ประกอบเหล่านี้จึงเป็นเหตุผลความมั่นคงทางกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้บุคคลจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศแทนที่จะให้อิสระแก่บุคคลในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง

2) ความจำเป็นในการคุ้มครองผู้เยาว์ตามรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 39 กำหนดให้รัฐให้ความสำคัญต่อสถานะของผู้เยาว์ และฝ่ายนิติบัญญัติ

จะสร้างมาตรการพิเศษใดเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ได้ตามความจำเป็น ซึ่งมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจำนวนมากได้วางหลักว่าประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์เป็นเป้าหมายทางรัฐธรรมนูญหรือคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่ต้องพิจารณาประกอบการใช้มาตรการทางกฎหมายใด ๆ ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการทางรัฐธรรมนูญ

### การพิจารณาหลักความได้สัดส่วนของเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิของผู้เยาว์

การนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญและหลักการทางรัฐธรรมนูญในกรณีที่ปฏิเสธไม่ให้ผู้เยาว์จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับเพศจะต้องตระหนักถึงการคุ้มครองผู้เยาว์ ดังนั้น การใช้มาตรการทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิของผู้เยาว์ต้องกระทำตามหลักความได้สัดส่วน โดยจะต้องพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้น พอเหมาะพอควร จำเป็น และได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่ ดังนี้

#### 1) ความพอเหมาะพอควร (Adequacy)

ในความเป็นจริงแล้ว แม้การอนุญาตให้ผู้เยาว์ที่ซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศสามารถร้องขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการในทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับเพศของตนได้ตามพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 มาตรา 1.1 จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้เยาว์ก็ตาม เพราะอย่างน้อยก็เป็นการเคารพสิทธิในความเป็นส่วนตัวและอิสระในการกำหนดตนเองของผู้เยาว์ แต่กรณีเช่นนี้ก็ยังมีข้อจำกัดว่าการอนุญาตดังกล่าวอาจไม่เกิดประโยชน์แก่ผู้เยาว์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศยังขาดความชัดเจน เมื่อมีปัญหาเช่นนี้การจำกัดสิทธิของผู้เยาว์ย่อมเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์ได้ดีกว่าการตัดสินใจโดยขาดประสบการณ์ของผู้เยาว์ กรณีจึงยังไม่สามารถชี้ลงไปได้ว่าพระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 ไม่เกี่ยวข้องกับ

คุ้มครองสิทธิของผู้เยาว์ หรือขัดขวางเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองผู้เยาว์ [การใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เยาว์ในลักษณะที่พอเหมาะพอควร เมื่อเทียบกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์ก็อาจถือได้ว่าเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน แต่หากจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมากจนเกินความพอเหมาะพอควร แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่ดีเพียงใดก็ย่อมไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน – ผู้แปล]

## 2) ความจำเป็น (Necessary)

เมื่อพิจารณาถึงผู้เยาว์ที่มีวุฒิภาวะเพียงพอซึ่งได้ดำเนินการตามที่เป็นจำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นถึงสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีข้อสังเกตว่าข้อจำกัดที่กำหนดให้บุคคลต้องมีอายุตามที่กฎหมายกำหนดจึงจะร้องขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับเพศได้นั้นจะเข้าเงื่อนไขตามหลักความได้สัดส่วนในแง่ความจำเป็น หรือไม่ ในที่สุดแล้วศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าการกำหนดเกณฑ์ในเรื่องอายุนั้นไม่อาจนำมาใช้บังคับกับผู้เยาว์ที่มีวุฒิภาวะเพียงพอและมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้วได้ [กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าหากบุคคลแม้ยังเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่หากพิสูจน์ได้ว่ามีวุฒิภาวะเพียงพอและมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว มาตรการทางกฎหมายที่จำกัดอายุในการร้องขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับเพศก็ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป]

## 3) ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in a narrow sense)

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงความจำเป็นในการจำกัดสิทธิในการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรเกี่ยวกับเพศของผู้เยาว์ซึ่งมีวุฒิภาวะเพียงพอและสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าตนมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้ว อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลหรือความสมเหตุ



สมผลใด ๆ ในการจำกัดสิทธิของผู้เยาว์ที่มีลักษณะเช่นนั้น ดังนั้น จึงเห็นว่าการห้ามผู้เยาว์ที่มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นในการร้องขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรและชื่อให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างไม่ได้สัดส่วนเมื่อพิจารณาถึงผลร้ายแรงที่ตามมาจากการจำกัดสิทธิดังกล่าวย่อมไม่อาจแสดงถึงความสมดุลเพียงพอระหว่างส่วนได้และส่วนเสียที่จะเกิดขึ้นกับผู้เยาว์

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดตามกฎหมายดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับเฉพาะสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือหลักการทางรัฐธรรมนูญบางประการเท่านั้น แต่ยังแสดงให้เห็นถึงคุณค่าทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความสำคัญในทางรัฐธรรมนูญอีกด้วย เช่น การกำหนดให้มีข้อจำกัดนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 39 โดยให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่ผู้เยาว์ อันเป็นเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจโต้แย้งได้สองประการด้วยกัน คือ 1) เมื่อผู้เยาว์เติบโตขึ้น ความรู้ความเข้าใจของผู้เยาว์ย่อมมีเพิ่มมากขึ้นและความจำเป็นในการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษก็ย่อมลดลง 2) เมื่อผู้เยาว์มีอายุตามที่กฎหมายกำหนด โอกาสในการเปลี่ยนกลับของการเป็นบุคคลข้ามเพศย่อมลดน้อยลง [สถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศย่อมมั่นคงขึ้น – ผู้แปล]

### ผลแห่งคำวินิจฉัย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยให้พระราชบัญญัติหมายเลข 3/2007 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2007 ว่าด้วยการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎรที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล มาตรา 1 เฉพาะในส่วนที่ห้ามมิให้ผู้เยาว์ซึ่งมีวุฒิภาวะเพียงพอและมีสถานะความเป็นบุคคลข้ามเพศที่มั่นคงแล้วจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายการทะเบียนราษฎร ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา\*

คำร้องที่ 14-556 14-562  
14-571 และ 14-574

วันที่ 26 มิถุนายน 2558

เรื่อง คดี OBERGEFELL ET AL. v. HODGES, DIRECTOR, OHIO  
DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL

### สรุปย่อคำพิพากษา (Syllabus)

มลรัฐมิชิแกน มลรัฐเคนตักกี มลรัฐโอไฮโอ และมลรัฐเทนเนสซี ได้ให้คำจำกัดความของการสมรสว่าเป็นการสมรสระหว่างเพศชายกับเพศหญิง ผู้ร้องซึ่งเป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกัน จำนวน 14 คู่ และผู้ร้องซึ่งเป็นเพศชาย จำนวน 2 คน โดยเหตุที่คู่ชีวิตของตนซึ่งเป็นเพศเดียวกันได้ถึงแก่กรรมแล้ว จึงได้ร้องต่อศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐ (Federal District Courts) ที่ตนมีภูมิลำเนากรณีที่ผู้ถูกร้องในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิเสธสิทธิ

- \* คำแปลคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกานี้เป็นการแปลจากคำพิพากษฉบับเต็ม
- |                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์          | ผู้อำนวยการสำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ   |
| นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง            | ผู้อำนวยการกลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี<br>สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ                         |
| นางสาวณัชชฎาพิมพ์ ภัทรานุรักษ์กุล | นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการพิเศษ<br>กลุ่มงานคดี 2 สำนักคดี 1                           |
| นายพิทักษ์สิน สีวรุจน์            | นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ<br>กองวิเทศสัมพันธ์และการต่างประเทศ                        |
| นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์            | นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ<br>กองวิเทศสัมพันธ์และการต่างประเทศ                        |
| นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์             | นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานพัฒนา<br>มาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ |

ในการสมรส หรือไม่รับรองการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐอื่น ต่อบุคคลที่มีเพศเดียวกัน อันเป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (The Fourteenth Amendment) ศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐในแต่ละมลรัฐที่ผู้ร้องฟ้องคดีได้พิพากษารับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ศาลอุทธรณ์ (The Sixth Circuit) พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น คดีจึงมาสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court)

คณะผู้พิพากษาศาลสูงสุดเห็นว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 กำหนดให้มลรัฐต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน และต้องรับรองการแต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐอื่นต่อบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยศาลสูงสุดได้มีมติ 5 - 4 เสียง รับรองสิทธิในการสมรสและการคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกันของคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งนั่นย่อมาหมายความว่ามลรัฐแต่ละแห่งไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันได้อีกต่อไป และทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายทั่วทั้ง 50 มลรัฐของสหรัฐอเมริกา

**ประเด็นแรก** ก่อนที่จะเข้าสู่หลักกฎหมายและแนวบรรทัดฐานที่ศาลจะได้พิจารณาวินิจฉัย ศาลจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเป็นมาของการสมรส การสมรสแสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันอย่างเป็นทางการอันเดียวกันของบุคคลต่างเพศสองคนและเป็นจุดเริ่มต้นของคตินี้ ในมุมมองของผู้ถูกร้องซึ่งกล่าวอ้างว่า ความเป็นสถาบันครอบครัวที่มีมาอย่างยาวนาน จะถูกลดทอนคุณค่าลงหากปล่อยให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสได้ ขณะที่ในมุมมองของผู้ร้องกลับเห็นว่าหากจะพิจารณาถึงคุณค่าของการสมรส ซึ่งจะถูกลดทอนลง เหตุใดไม่พิจารณาที่คุณค่าของตัวบุคคลที่พึงได้รับการเคารพในสิทธิส่วนบุคคลและความรับผิดชอบซึ่งจะได้นำเสนอจากประสบการณ์ของผู้ร้องเอง

ความเป็นมาของการสมรสนั้นมีทั้งความต่อเนื่องและการเปลี่ยนแปลง การเปลี่ยนแปลงนำไปสู่การปรับโครงสร้างของสถาบันครอบครัวและการสมรสซึ่งก่อให้เกิดผลที่ตามมา อาทิเช่น การจัดพิธีแต่งงานที่มีแนวโน้มลดลง และการเพิกถอนกฎหมายปกปิด (Law of Coverture<sup>24</sup>) ข้อมูลเชิงประจักษ์เช่นนี้ทำให้สถาบันครอบครัวและการสมรสมีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น การตระหนักและเข้าใจการเปลี่ยนแปลงในระบบสถาบันครอบครัวและการสมรสเป็นคุณลักษณะเฉพาะของรัฐที่ให้ความสำคัญต่อมุมมองด้านเสรีภาพอันเป็นแนวคิดของคนรุ่นใหม่

พลวัตการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวปรากฏชัดเจนขึ้นกรณีสิทธิของเกย์ (ชายรักร่วมเพศ) หรือเลสเบียน (หญิงรักร่วมเพศ) ในศตวรรษที่ 20 หลายมลรัฐดูหมิ่นความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันว่าเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม โดยบุคคลประเภทที่รักร่วมเพศเดียวกันนี้ถูกปฏิบัติเสมือนเป็นผู้ป่วย ในศตวรรษต่อมาการพัฒนาทางวัฒนธรรมและการเมืองทำให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถดำรงชีวิตได้อย่างเปิดเผยในที่สาธารณะ โดยมีการขยายขอบเขตช่องทาง

<sup>24</sup> Law of Coverture: กฎหมายการปกปิด การปกปิดหรือการสูญเสียการดำรงอยู่ตามกฎหมายของผู้หญิงหลังการแต่งงาน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นอยู่หรือการดำรงอยู่ตามกฎหมายของผู้หญิงจะถูกระงับในระหว่างการแต่งงาน หรืออย่างน้อยเป็นการรวมหรือผนวกเข้ากับผู้เป็นสามี ซึ่งเป็นแนวทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เมื่อชายและหญิงได้แต่งงานกันแล้วจะถือว่าเป็นนิติบุคคลเดียวกัน (a single entity) ภายใต้กฎหมายการปกปิดเช่นนี้ภรรยาไม่สามารถจัดการดูแลทรัพย์สินของตนเองได้ เว้นแต่จะมีการกำหนดเงื่อนไขเรื่องการจัดการทรัพย์สินของฝ่ายหญิงก่อนการแต่งงาน

ผลของกฎหมายเช่นว่านี้ ทำให้สามีภรรยาไม่สามารถฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีแยกจากกันได้ และไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ตามสัญญาได้ สามีสามารถใช้ ชาย หรือจำหน่ายทรัพย์สินของภรรยาโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากภรรยา อย่างไรก็ตาม กฎหมายการปกปิดในสหรัฐอเมริกาได้ถูกยกเลิกโดยการตรากฎหมายคุ้มครองสถานะของผู้หญิงในการใช้สิทธิเลือกตั้ง เริ่มจากมลรัฐมิสซิสซิปปี ในปี ค.ศ. 1839 และต่อเนื่องในช่วงทศวรรษ 1880

การสื่อสารทั้งในระดับสาธารณะและส่วนบุคคลมากขึ้น ควบคู่ไปกับการปรับมุมมองทัศนคติ แนวปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเกย์หรือเลสเบี้ยนจึงเป็นประเด็นที่นำมาสู่การพิจารณาของศาลจนเป็นวาทกรรมทางกฎหมาย ในปี ค.ศ. 2013 ศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาคดี *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 ในปี ค.ศ. 1986 ที่พิพากษาการกระทำของคนที่รักเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายของมลรัฐจอร์เจียนั้น เป็นการลดทอนคุณค่าการใช้ชีวิตของบุคคลเพศเดียวกัน ดังปรากฏตามคำพิพากษาคดี *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 ต่อมา ในปี ค.ศ. 2012 รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการสมรสแห่งมลรัฐไม่ผ่านสภา แต่ได้มีคำฟ้องกรณีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลมลรัฐเป็นจำนวนมาก ซึ่งต่อมาก็มีการเสนอคำฟ้องต่อศาลสูงสุดแห่งมลรัฐ

**ประเด็นที่สอง** ศาลสูงสุดกำหนดประเด็นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 กำหนดให้มลรัฐต้องรับรองทะเบียนสมรสระหว่างคู่รักที่มีเพศเดียวกัน หรือไม่

(1) เสรีภาพขั้นพื้นฐานภายใต้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายหรือหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process Clause of the Fourteenth Amendment<sup>25</sup>) ครอบคลุมถึงสิทธิส่วนบุคคลในการสมรสที่พึงเคารพต่อศักดิ์ศรีและอิสระในการดำรงตนของแต่ละบุคคล ทั้งยังรวมถึงสิทธิส่วนบุคคลที่จะกำหนดตัวตนและความเชื่อ การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลจึงต้องชี้ให้เห็นว่าประโยชน์ส่วนบุคคลเป็นเรื่องพื้นฐานที่รัฐต้องให้การรับรองโดยมีประวัติศาสตร์และธรรมเนียมปฏิบัติเป็นแนวทางหรือระเบียบแบบแผนในการวินิจฉัยแต่ก็มีได้กำหนดขอบเขตที่ชัดเจน เมื่อแนวคิดหรือมุมมองใหม่

<sup>25</sup> The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, ratified in 1868, declares, “[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law” (§ 1).

แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างเป้าหมายหลักที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองกับข้อจำกัดทางกฎหมาย เช่นนี้แล้วเสรีภาพจึงเป็นเรื่องที่ต้องตระหนักถึง

จากข้อพิจารณานี้ ศาลได้วินิจฉัยมาโดยตลอดว่าสิทธิในการสมรสเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง ยกตัวอย่างเช่น คดี *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12, ที่พิพากษาว่าการห้ามการแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติแตกต่างกัน<sup>26</sup> เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคดี *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95, ซึ่งศาลเห็นว่านักโทษไม่ควรถูกปฏิเสธสิทธิในการแต่งงาน โดยทั้งสองคดีนี้อยู่บนข้อสันนิษฐานที่คุ้มครองการสมรสของบุคคลต่างเพศ โดยที่คดี *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 ในปี ค.ศ. 1972 ซึ่งได้พิพากษาไปในแนวทางเดียวกันว่าการจำกัดสิทธิของบุคคลเพศเดียวกันในการสมรสไม่ได้เป็นประเด็นปัญหาในระดับสหพันธรัฐแต่อย่างใด ในขณะที่คดี *Lawrence*, supra, at 574 ได้วางหลักไว้อย่างกว้างๆ สำหรับคดีตัวอย่างอีกคดีหนึ่ง คือ คดี *Eisenstadt*, supra, at 453-454 ซึ่งเห็นว่า การบังคับใช้และการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันจะเป็นเช่นไรนั้น ศาลต้องตระหนักด้วยว่าเหตุใดสิทธิในการสมรสจึงได้รับการคุ้มครองมาโดยตลอด การวิเคราะห์ดังกล่าวนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าบุคคลเพศเดียวกันก็ควรมีสิทธิในการสมรส

(2) การสมรสเป็นเรื่องพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับโดยเท่าเทียมกันกับคู่รักเพศเดียวกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์และธรรมเนียมปฏิบัติ 4 ประการ ดังนี้

**หลักเกณฑ์ประการแรก** หลักเกณฑ์นี้ปรากฏอยู่ในบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล คือ สิทธิส่วนบุคคลในการเลือกที่จะแต่งงานมาจากแนวคิดของการกำหนดตนเองโดยอิสระที่มีมาตามธรรมชาติ ตามหลัก

<sup>26</sup> การแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติแตกต่างกัน (interracial unions or interracial marriage)

กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clause) ความสัมพันธ์ระหว่างการแข่งขันและเสรีภาพดังกล่าวจึงชี้ให้เห็นว่า เหตุใดคดี *Loving* จึงได้พิพากษาเพิกถอนการห้ามมิให้บุคคลที่มีเชื้อชาติต่างกันทำการสมรส ทั้งนี้ การตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่ายเพื่อทำการสมรสเป็นสิทธิส่วนบุคคล โดยแท้ที่พึงกระทำได้ อันเป็นเรื่องของทุก ๆ คน โดยไม่จำกัดว่ามีรสนิยมทางเพศเช่นไร

**หลักเกณฑ์ประการที่สอง** สิทธิในการสมรสซึ่งเป็นเรื่องของบุคคลสองคนที่จะใช้ชีวิตร่วมกันต้องทำความตกลงมิใช่เรื่องที่สามารถกระทำโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งสิทธิในการสมรสนี้ทำให้การอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยาได้รับการคุ้มครองอันส่งผลต่อไปยังเรื่องของการคุมกำเนิดโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คู่รักเพศเดียวกันจึงไม่ควรมีสิทธิแตกต่างไปจากคู่รักต่างเพศในการอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา โดยสิทธิดังกล่าวครอบคลุมกว้างขวางจากกฎหมายที่กำหนดให้การอยู่กินฉันท์ชีวิตของบุคคลเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญา

**หลักเกณฑ์ประการที่สาม** การสมรสยังมีผลต่อการคุ้มครองบุตรและสถานะครอบครัวเพื่อรับรองสิทธิในการอบรมเลี้ยงดูบุตร การให้กำเนิดตลอดจนการศึกษา ซึ่งศาลได้รับรองสิทธิที่เกี่ยวข้องดังกล่าวจากคำพิพากษาคดี *Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510* หากสถานะของการสมรสปราศจากซึ่งการรับรอง ขาดความมั่นคงและปราศจากความคาดหวัง เด็กที่ได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวของคู่รักเพศเดียวกันนั้นย่อมต้องถูกดูแลจากการที่ครอบครัวของตนไม่ได้รับการยอมรับในสังคม ส่งผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เป็นบุตรนอกสมรสทำให้ชีวิตครอบครัวที่ถูกจำกัดสิทธิต่าง ๆ มีความยากลำบากและขาดความแน่นอน กฎหมายครอบครัวซึ่งเป็นประเด็นนี้ย่อมไม่เป็นธรรมและส่งผลกระทบต่อเด็กที่ได้รับการเลี้ยงดูจากคู่รักเพศเดียวกันทำให้ได้รับความอับอาย เมื่อสิทธิในการสมรสมีความหมาย

สำหรับบุคคลที่ไม่มีหรือไม่สามารถมีบุตรได้เช่นไร และแนวบรรทัดฐานของศาลก็ได้คุ้มครองสิทธิของคู่สมรสที่ไม่ประสงค์จะมีบุตรเหล่านั้น ฉะนั้นจึงไม่อาจนำประเด็นเรื่องความสามารถหรือความยินยอมในการมีบุตรมาเป็นเงื่อนไขของการได้มาซึ่งสิทธิในการสมรส

**หลักเกณฑ์ประการที่สี่** ในหลาย ๆ คดีของศาลและธรรมเนียมปฏิบัติทำให้ทราบว่า การสมรสมีความสำคัญต่อรัฐในการจัดระเบียบทางสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดลักษณะพื้นฐานของการสมรสในหลากหลายมิติ ทั้งในแง่ระบบระเบียบทางกฎหมายและทางสังคม โดยหลักแล้วการสมรস্য่อมไม่มีความแตกต่างระหว่างคู่รักเพศเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ อย่างไรก็ตามก็ตีคู่รักเพศเดียวกันกลับถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการสมรส และทำให้เกิดความไม่มั่นคงในสถานะ ทั้งที่การปฏิเสธนั้น แม้ในคู่รักต่างเพศก็เป็นเรื่องที่ยากที่จะยอมรับได้ แต่หากจะกีดกันคู่รักเพศเดียวกันจากสถาบันหลักของสังคมก็จะเป็นการลดคุณค่าของคนกลุ่มนี้เพราะคู่รักเพศเดียวกันนี้อาจจะมีความปรารถนาที่อยู่นอกเหนือเป้าประสงค์ของการแต่งงานก็ได้

การอนุญาตให้เฉพาะคู่รักต่างเพศทำการสมรสได้อาจมองเป็นเรื่องธรรมดาและมีความเป็นธรรมมาช้านานแล้ว แต่ข้อจำกัดเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายที่แท้จริงของสิทธิขั้นพื้นฐานในการแต่งงานที่ปรากฏชัดแล้วในปัจจุบัน

(3) สิทธิในการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 โดยหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clause) และหลักความเสมอภาคทั้งสองหลักการนี้มีการเชื่อมโยงกันอย่างแนบแน่น สิทธิทั้งหลายซึ่งมีนัยของเสรีภาพและสิทธิที่ครอบคลุมหลักความเสมอภาคแม้จะมีมุมมองที่แตกต่างกันและไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกัน แต่หลักการทั้งสองอาจจะมี



ความหมายและสามารถเข้าถึงในระหว่างสิทธิด้วยกันได้ ซึ่งในคดี *Loving* ปรากฏว่าศาลได้พิจารณาโดยนำหลักความเสมอภาคและหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายมาปรับใช้ และในคดี *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 ศาลได้ยกเลิกกฎหมายที่ห้ามบิดาซึ่งกระทำความผิดในเรื่องการจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตรจากการสมรส นอกจากนี้ จากมุมมองใหม่และความเข้าใจในบริบททางสังคมแสดงให้เห็นว่าความไม่เท่าเทียมกันภายในสถาบันไม่เคยเป็นที่สนใจหรือเป็นเรื่องที่ทำหาย ซึ่งศาลได้นำหลักความเสมอภาคมาพิจารณาเพื่อเพิกถอนกฎหมายที่สร้างความเหลื่อมล้ำทางเพศในการสมรส ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455, 460-461 และได้รับการยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพกับความเสมอภาค ตามคำพิพากษาคดี *M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102, 120-1217

จากคำพิพากษาคดี *Lawrence*, 539 U.S., at 575 ศาลได้ตระหนักถึงมาตรการคุ้มครองทางรัฐธรรมนูญโดยปฏิบัติตามแนวทางของกฎหมายต่อเกย์และเลสเบียน แนวทางที่ปรับเปลี่ยนเช่นนี้ ยังได้นำมาใช้กับการสมรสของเพศเดียวกัน การปรับใช้กฎหมายที่ต้องคำนึงถึงเสรีภาพของคู่รักเพศเดียวกัน แต่อาจจะไปลดทอนหลักเกณฑ์ของความเท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการแต่งงานที่เป็นประเด็นนี้ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน คู่รักเพศเดียวกันถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทั้งหลายที่พึงได้รับไม่แตกต่างไปจากคู่รักต่างเพศและถูกกีดกันจากการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะการไม่ยอมรับความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันที่มีมาอย่างยาวนาน การปฏิเสธสิทธิเช่นนี้ได้สร้างความรุนแรงและเป็นอันตรายทำให้เกย์หรือเลสเบียนถูกดูหมิ่นและได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม

(4) สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีมาพร้อมกับเสรีภาพของบุคคล ภายใต้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายและหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 การพรากสิทธิและเสรีภาพ

ของคู่รักเพศเดียวกันไม่อาจกระทำได้นั้น คู่รักเพศเดียวกันย่อมมีสิทธิที่จะสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาศาลได้กลับคำพิพากษาในคดี *Baker v. Nelson* ส่งผลให้กฎหมายว่าด้วยการสมรสของมลรัฐซึ่งเป็นที่ประเด็นแห่งคำฟ้องนี้ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากการจำกัดสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในการแต่งงานภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ไม่ต่างไปจากสิทธิของคู่รักต่างเพศ

(5) แม้จะมีแนวโน้มที่จะรอให้การตรากฎหมาย การดำเนินคดี และการอภิปรายจะมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้น แต่การจัดทำประชามติ การอภิปรายในที่ประชุมรัฐสภา การรณรงค์ของภาคประชาชน การศึกษาตลอดจนเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ รวมทั้งการฟ้องร้องดำเนินคดีที่ปรากฏในศาลสูงสุดและศาลแห่งมลรัฐอย่างกว้างขวางทำให้เกิดความเข้าใจในประเด็นเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน เมื่อรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่า ประชาธิปไตยต้องมีกระบวนการที่เหมาะสมเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลง แต่หากบุคคลได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็ไม่จำเป็นต้องรอการแก้ไขกฎหมายโดยผ่านกระบวนการทางรัฐสภาเพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเพียงเท่านั้น ในกรณีคดี *Bowers* ที่ได้มีการคุ้มครองการกระทำของรัฐอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของเกย์และเลสเบียน แม้ในภายหลังจะมีการกลับคำพิพากษาในคดีดังกล่าว แต่ชายและหญิงเหล่านั้นก็ได้รับความเสียหายและถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม โดยผลกระทบของความเดือดร้อนเสียหายเช่นนี้ยังคงอยู่ตลอดระยะเวลาที่คำพิพากษานับนี้มีผลใช้บังคับ ภายใต้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 หากคำพิพากษาใดไม่รับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันย่อมส่งผลกระทบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมจากคำร้องนี้ ผู้ร้องประสงค์จะให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าวโดยเร่งด่วนเพื่อคุ้มครองสิทธิของฝ่ายตน โดยฝ่ายผู้ถูกร้องได้โต้แย้งว่าหากปล่อยให้คู่รักเพศเดียวกันทำการ

สมรสโดยขอย่อมกระทบต่อสถาบันครอบครัวและการสมรสซึ่งจะขัดต่อ  
สามัญสำนึกของการตัดสินใจแต่งงานและความสัมพันธ์ฉันท์บิดามารดาของ  
คู่รักต่างเพศ โดยสรุป รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ได้รับรองเสรีภาพ  
ในการนับถือศาสนา เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งยึดถือและปฏิบัติตามหลัก  
คำสอนของศาสนา บุคคลอื่นย่อมต้องเคารพเพราะหลักคำสอนของศาสนา  
จะเป็นแก่นยึดเหนี่ยวชีวิตและศรัทธา

**ประเด็นที่สาม** รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 กำหนดให้  
มลรัฐต่าง ๆ ต้องรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันแม้จะทำการสมรส  
ในมลรัฐอื่น เมื่อคู่รักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสในมลรัฐต่าง ๆ  
ตามสิทธิขั้นพื้นฐานของตนแล้ว การที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งปฏิเสธสิทธิในการ  
สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในมลรัฐอื่น  
จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## คำพิพากษา (Opinion of the Court)

คำร้องที่ 14-556 เจมส์ โอเบิร์ชเฟล (Jame Obergefell) และคนอื่น ๆ ผู้ร้อง กับริชาร์ด ฮอดจส์ (Richard Hodges) ผู้อำนวยการด้านสุขภาพ กรมสุขภาพ มลรัฐโอไฮโอ

คำร้องที่ 14-562 วาเลเรีย แทนโก (Valeria Tanco) และคนอื่น ๆ ผู้ร้อง กับ บิล ฮาสลาม (Bill Haslam) ผู้ว่าการรัฐเทนเนสซี

คำร้องที่ 14-571 เอพิล เดอบัวร์ (April DeBoer) และคนอื่น ๆ ผู้ร้อง กับ ริค สไนเดอร์ (Rick Snyder) ผู้ว่าการมลรัฐมิชิแกน

คำร้องที่ 14-574 เกรเกอร์ี บอร์ก (Gergory Bourke) และคนอื่น ๆ ผู้ร้อง กับ สตีฟ เบเชียร์ (Steve Beshear) ผู้ว่าการมลรัฐเคนตักกี

ผู้พิพากษาเคนเนดีอ่านความเห็นของศาลในการวินิจฉัยคดี ดังนี้

รัฐธรรมนูญให้หลักประกันว่าทุกคนจะสามารถเข้าถึงเสรีภาพได้ รวมถึงสิทธิเฉพาะบางประการที่อนุญาตให้บุคคลสามารถกำหนดและแสดงอัตลักษณ์ของตนได้ภายในขอบเขตที่ขอบด้วยกฎหมาย ผู้ร้องในคดีกระทำเพื่อเรียกร้องเสรีภาพในการสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน และเพื่อให้การสมรสนั้นขอบด้วยกฎหมายในความหมายและเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับการสมรสระหว่างเพศตรงข้าม

I

คำร้องในคดีเหล่านี้มาจากมลรัฐมิชิแกน มลรัฐเคนตักกี มลรัฐโอไฮโอ และมลรัฐเทนเนสซี โดยมลรัฐเหล่านี้ได้ให้คำนิยามว่า การสมรสเป็นการอยู่ร่วมกันระหว่างชายคนหนึ่งกับหญิงคนหนึ่ง โปรดดู รัฐธรรมนูญมลรัฐเทนเนสซี มาตรา I, §25; รัฐธรรมนูญมลรัฐเคนตักกี §233A; คำอธิบาย

ประกอบการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของมลรัฐโอไฮโอ §310.01 (Lexis 2008); รัฐธรรมนูญมลรัฐเทนเนสซี มาตรา XI, §18 ผู้ร้องเป็นคู่รักเพศเดียวกันจำนวน 14 คู่ และผู้ชาย จำนวน 2 คน ซึ่งคู่ชีวิตเพศเดียวกันของพวกเขาได้ถึงแก่กรรมแล้ว ผู้ถูกร้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นปัญหาดังกล่าว ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าผู้ถูกร้องละเมิดรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 โดยการปฏิเสธสิทธิในการสมรส หรือปฏิเสธที่จะให้การรับรองการสมรสที่ได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในมลรัฐอื่น

ผู้ร้องยื่นคำร้องเหล่านี้ต่อศาลแขวงแห่งสหรัฐในแต่ละมลรัฐที่เป็นภูมิลำเนาของผู้ร้อง ศาลแขวงแต่ละแห่งได้พิพากษาในทางที่เป็นคุณกับผู้ร้อง การอ้างถึงคดีที่กล่าวมาปรากฏอยู่ในภาคผนวก A ผู้ถูกร้องอุทธรณ์คำตัดสินต่อศาลอุทธรณ์แห่งรัฐเซตที่ 6 ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้รวมคดีพิจารณาและกลับคำตัดสินของศาลแขวงโปรตุเกศคดี DeBoer v. Snyder, 772 F. 3d 388 (2014) ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่ามลรัฐไม่มีพันธกรณีทางรัฐธรรมนูญในการจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลเพศเดียวกัน หรือรับรองการสมรสเพศเดียวกันที่ได้กระทำนอกมลรัฐ

ผู้ร้องอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดสหรัฐ และศาลได้รับวินิจฉัยโดยจำกัดประเด็นพิจารณาไว้เพียงสองประเด็นเท่านั้น 574 U.S. (2015) ประเด็นแรกเป็นกรณีของมลรัฐมิชิแกนและมลรัฐเคนตักกีว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 กำหนดให้มลรัฐจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลสองคนที่เป็นเพศเดียวกันหรือไม่ และประเด็นที่สองเป็นกรณีของมลรัฐโอไฮโอ มลรัฐเทนเนสซี และมลรัฐเคนตักกีว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 กำหนดให้มลรัฐต้องรับรองการจดทะเบียนสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่ได้ดำเนินการในมลรัฐที่ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวหรือไม่

## II

ก่อนที่จะกล่าวถึงหลักการและคำพิพากษาที่ตัดสินไว้เป็นแนวทางในคดีภายหลังซึ่งบังคับใช้กับคดีเหล่านี้ ควรที่จะกล่าวถึงประวัติศาสตร์ของเรื่องที่เป็นประเด็นในขณะนี้ต่อศาล

## A

ตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงหน้าล่าสุดของบันทึกเหตุการณ์ประวัติศาสตร์มนุษย์ ได้เผยให้เห็นความสำคัญอย่างมากของการสมรส การอยู่ร่วมกันตลอดชีวิตของชายและหญิงที่ทำให้คำมั่นสัญญาด้วยศักดิ์ศรีและเกียรติกับทุกคน โดยมีต้องคำนึงถึงฐานานุกรมใด ๆ การสมรสเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ของผู้ที่ดำเนินชีวิตตามศาสนานั้น ๆ และเป็นการบรรลุผลสำเร็จเฉพาะของผู้ที่พบความหมายในทางโลก พลังของการสมรสทำให้คนสองคนได้พบกับชีวิตที่ไม่สามารถหาได้เพียงลำพัง เนื่องจากการสมรสยิ่งใหญ่มากกว่าเป็นเรื่องของคนเพียงสองคน เริ่มต้นจากความต้องการพื้นฐานที่สุดของมนุษย์ การสมรสมีความสำคัญต่อความหวังและความทะเยอทะยานอย่างลึกซึ้งที่สุดของมนุษย์

ความสำคัญของการสมรสที่มีต่อความเป็นมนุษย์ทำให้ไม่น่าแปลกใจเลยที่สถาบันการสมรสจะดำรงอยู่เป็นสหัสวรรษและข้ามผ่านอารยธรรมตั้งแต่รุ่งอรุณของประวัติศาสตร์ การสมรสได้เปลี่ยนคนแปลกหน้าให้กลายเป็นญาติสนิท ทั้งยังผูกพันครอบครัวและสังคมเข้าด้วยกัน ขงจื้อให้คำสอนว่าการแต่งงานเป็นรากฐานของการปกครอง โปรดดู 2 Li Chi: Book of Rites 266 (C. Chai & W. Chai eds., J. Legg transl. 1967) คำสอนนี้สะท้อนออกไปอีกครั้งในโลกในหลายศตวรรษต่อมาโดยซิเซโรได้อธิบายว่า “สายสัมพันธ์แรกของสังคมคือการแต่งงาน ต่อไปคือการมีลูก และเป็นครอบครัว” ดู De Officiis 57 (W. Miller transl. 1913)

มีการอ้างถึงความงดงามของการสมรสอย่างนับไม่ถ้วนในคัมภีร์ศาสนา

และปรัชญาข้ามผ่านช่วงเวลา วัฒนธรรม และความศรัทธา ตลอดจนศิลปะ และวรรณกรรมทั้งปวงผ่านรูปแบบของสิ่งเหล่านั้น จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำเป็นที่จะกล่าวถึงข้ออ้างอิงเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจที่ว่า การสมรสคือการรวมกันเป็นหนึ่งระหว่างคนสองคนที่เป็นเพศตรงข้าม

ประวัติศาสตร์ที่กล่าวมานั้นเป็นจุดเริ่มต้นของคดีเหล่านี้ แม้ผู้ถูกร้อง เห็นว่าคดีเหล่านี้ควรจะสิ้นสุดเช่นกัน สำหรับผู้ถูกร้องแล้วจะเป็นการลด คุณค่าความเป็นสถาบันที่เป็นนิรันดร์ หากแนวคิดและสถานภาพการสมรส โดยชอบด้วยกฎหมายได้ขยายเป็นบุคคลสองคนที่เป็นเพศเดียวกัน ในมุมมอง ของผู้ถูกร้อง การสมรสโดยธรรมชาติเป็นการอยู่ร่วมกันจากความแตกต่าง ทางเพศของชายและหญิง มุมมองเช่นนี้มีมาอย่างยาวนานและคงยึดถืออยู่ อย่างต่อเนื่องโดยผู้คนที่มิมีเหตุและผลและเชื่อโดยสุจริตใจ ทั้งที่นี้ (สหรัฐอเมริกา) และทั่วทั้งโลก

ผู้ร้องยอมรับประวัติศาสตร์นี้แต่โต้แย้งว่าคดีเหล่านี้ไม่สามารถจบลง เพียงแค่นั้น เป็นเจตนาของผู้ร้องที่จะลดทอนคุณค่าความเคารพนับถือต่อ การสมรสและความเป็นจริงของการสมรสเช่นนั้นหรือการอ้างสิทธิของผู้ร้อง เพื่อให้มีคำสั่งที่แตกต่างออกไป แต่นั่นไม่ใช่วัตถุประสงค์และไม่ใช่งานยื่นฟ้อง ของพวกเขา ในทางตรงกันข้าม การแต่งงานเป็นสิ่งสำคัญที่ยั่งยืนซึ่งรองรับ ข้อโต้แย้งของผู้ร้อง ผู้ร้องกล่าวว่านี่คือประเด็นทั้งหมดของพวกเขา นี่ไม่ใช่ การลดทอนคุณค่าของการสมรส ผู้ร้องแสวงหาการสมรสด้วยตนเองเพราะ ความเคารพและความจำเป็นในการสมรสเพื่อให้มีสิทธิพิเศษและความรับผิดชอบ และธรรมชาติที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ของพวกเขาบังคับให้การสมรสของ เพศเดียวกันเป็นหนทางที่แท้จริงเพียงหนทางเดียวที่จะเป็นการให้คำมั่น ที่แน่นแฟ้น

เมื่อบรรยายถึงพฤติการณ์ของคดีสามคดีจากคำร้องทั้งหมด แสดงให้เห็นถึงความเร่งด่วนจากเหตุของผู้ร้องจากมุมมองของพวกเขา กรณี James

Obergefell ผู้ร้อง โจทก์ในคดีมลรัฐโอไฮโอ ได้พบกับจอห์น อาเธอร์ (John Arthur) เมื่อกว่าสองทศวรรษที่ผ่านมา พวกเขาได้ตกหลุมรักกันและเริ่มชีวิตร่วมกัน สร้างความสัมพันธ์ที่ยั่งยืนและมีพันธะระหว่างกัน อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011) อาเธอร์ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง (amyotrophic lateral sclerosis หรือ ALS) อาการของโรคทำให้ร่างกายทรุดโทรมลงไปเรื่อยๆ โดยไม่มีวิธีการรักษา จนเมื่อสองปีที่แล้ว Obergefell และ Arthur ตัดสินใจมีพันธะผูกพันกันโดยการแต่งงานก่อนที่ Arthur จะเสียชีวิต เพื่อให้บรรลुकำมั่นสัญญาระหว่างกัน พวกเขาเดินทางจากมลรัฐโอไฮโอไปยังมลรัฐแมรี่แลนด์ที่ซึ่งการสมรสเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเรื่องยากลำบากมากสำหรับ Arthur ในการเคลื่อนย้าย ดังนั้น ทั้งคู่จึงแต่งงานในเครื่องบินขนส่งทางการแพทย์ซึ่งยังคงอยู่ในลานสนามบินในบัลติมอร์ สามเดือนต่อมา Arthur เสียชีวิตลง กฎหมายของมลรัฐโอไฮโอไม่ยินยอมให้ระบุชื่อ Obergefell ในฐานะคู่สมรสที่ยังคงมีชีวิตอยู่ในใบมรณบัตรของ Arthur ในทางกฎหมายพวกเขายังคงเป็นคนแปลกหน้ากัน แม้ในความตาย รัฐก็แยกพวกเขาออกจากกัน Obergefell รู้สึกว่า “เป็นความทุกข์ทรมานในช่วงเวลาที่เหลืออยู่” ปรากฏในคำร้องหมายเลข 14-556 etc., หน้า 38 เขาจึงยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีชื่อในใบมรณบัตรของ Arthur ในฐานะคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่

April DeBoer และ Jayne Rowse เป็นโจทก์ร่วมในคดีจากมลรัฐมิชิแกน พวกเขาฉลองพิธีให้คำมั่นสัญญา<sup>27</sup> เพื่อเป็นเกียรติแก่ความสัมพันธ์แบบถาวรของพวกเขาในปี พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) ผู้ร้องทั้งสองคนเป็น

<sup>27</sup> พิธีให้คำมั่นสัญญา (commitment ceremony) เป็นพิธีที่คนสองคนประกาศคำมั่นสัญญาของกันและกันในการอยู่ร่วมกันต่อสาธารณชน คล้ายกับการสมรส แต่ไม่มีสถานะในทางกฎหมาย “Commitment ceremony.” Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/commitment%20ceremony>. Accessed 23 Jul. 2021.



พยาบาล DeBoer เป็นพยาบาลในหน่วยทารกแรกเกิด และ Rowse เป็นพยาบาลในหน่วยฉุกเฉิน ในปี พ.ศ. 2552 (ค.ศ. 2009) DeBoer และ Rowse ได้อุปถัมภ์และรับเลี้ยงเด็กทารก ต่อมาในปีเดียวกันนั่นเอง พวกเขาได้รับลูกชายอีกคนหนึ่งเข้ามาในครอบครัว เป็นทารกที่คลอดก่อนกำหนด และถูกทอดทิ้งโดยแม่ผู้ให้กำเนิด ซึ่งเป็นทารกที่ต้องได้รับการดูแลตลอด 24 ชั่วโมง ในปีต่อมา พวกเขาได้รับทารกเพศหญิงที่จำเป็นต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษเข้ามาในครอบครัว อย่างไรก็ตาม มลรัฐมิชิแกนอนุญาตเฉพาะคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้าม หรือบุคคลเพียงคนเดียวในการรับบุตรบุญธรรม ดังนั้น เด็กแต่ละคนจะมีผู้หญิงเพียงหนึ่งคนเท่านั้นที่จะอยู่ในฐานะผู้ปกครองของเขาหรือเธอ หากมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น โรงเรียน และโรงพยาบาลอาจดูแลรักษาเด็กทั้งสามคนราวกับว่าพวกเขามีผู้ปกครองเพียงคนเดียว แต่หากมีเหตุการณ์ร้ายแรงเกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดกับ DeBoer หรือ Rowse อีกคนที่เหลืออยู่ก็ไม่มีสิทธิทางกฎหมายเหนือเด็กที่อีกฝ่ายไม่ได้รับอนุญาตให้รับเป็นบุตรบุญธรรม ทั้งคู่จึงแสวงหาหนทางที่จะปลดเปลื้องความไม่มั่นคงในสถานภาพการไม่สมรสที่มีอย่างต่อเนื่องในชีวิตของพวกเขา

จาสิบโท Ijpe DeKoe กำลังสำรองกองทัพบก และ Thomas Kostura คู่ชีวิตของเขาเป็นโจทก์ร่วมในคดีมลรัฐเทนเนสซี ทั้งคู่ตกหลุมรักกัน ต่อมาในปี พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011) DeKoe ได้รับคำสั่งให้ไปประจำการที่อัฟกานิสถาน ก่อนที่จะเดินทาง เขาและ Kostura แต่งงานกันในนิวยอร์ก และหนึ่งสัปดาห์ต่อมา DeKoe ได้เดินทางไปประจำการที่อัฟกานิสถาน เป็นระยะเวลาเกือบหนึ่งปี เมื่อเขากลับมาได้มาตั้งรกรากในมลรัฐเทนเนสซี ที่ซึ่ง DeKoe ทำงานเต็มเวลาในกองกำลังสำรองกองทัพบก การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของพวกเขาจะถูกจำกัดเมื่อพวกเขาพำนักอยู่ในมลรัฐเทนเนสซี และจะคืนกลับมา พร้อมกับหายไปเมื่อพวกเขาเดินทางข้ามเส้นเขตแดนของรัฐ DeKoe เป็นผู้รับใช้ชาติเพื่อปกป้องเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครอง

แต่กลับต้องแบกรับภาระที่หนักหน่วงนี้

ขณะนี้คดีที่ยื่นต่อศาลเกี่ยวข้องกับผู้ร้องรายอื่นซึ่งแต่ละรายก็มีประสบการณ์ของตนเอง เรื่องราวของพวกเขาแสดงให้เห็นว่าพวกเขาไม่ได้พยายามทำให้การสมรสเสื่อมเสียลง แต่กลับเป็นเรื่องการดำเนินชีวิตของพวกเขา หรือให้เกียรติกับความทรงจำของคู่สมรสโดยการเข้าร่วมมีพันธะผูกพันกัน

## B

จุดกำเนิดของการสมรสดั้งเดิมมีลักษณะความเป็นศูนย์กลางในตัวเอง แต่ก็ไม่ได้แยกห่างออกจากการพัฒนาทางสังคมและการพัฒนาทางกฎหมาย ประวัติศาสตร์ของการสมรสเป็นทั้งความต่อเนื่องและการเปลี่ยนแปลง สถาบันนั้นได้พัฒนาไปตามกาลเวลาแม้ว่าจะจำกัดแค่ความสัมพันธ์ระหว่างเพศตรงข้ามก็ตาม

ตัวอย่างเช่น การสมรสที่แต่เดิมถูกมองว่าเป็นการจัดการโดยพ่อแม่ของบ่าวสาวที่ขึ้นอยู่กับการค้ำประกันเรื่องการเมือง ศาสนา และการเงิน แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็เป็นที่เข้าใจกันในชาติว่า การสมรสเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยความสมัครใจระหว่างชายและหญิง โปรดดู N. Cott, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation* 9–17 (2000); S. Coontz, *Marriage, A History* 15–16 (2005) เมื่อบทบาทและสถานภาพของผู้หญิงได้เปลี่ยนแปลงไป สถาบันก็ค่อย ๆ พัฒนาต่อไป ภายใต้หลักแนวคิดสถานะที่ผู้หญิงได้รับเมื่อแต่งงานภายใต้กฎหมายปกปิด (the law of Coverture) ที่มีมายาวนานหลายศตวรรษ ชายและหญิงที่แต่งงานแล้วจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐในฐานะบุคคลเพียงคนเดียว โดยฝ่ายชายจะเป็นผู้มีอำนาจกระทำการทางกฎหมายเท่านั้น โปรดดู 1 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 430 (1765) ต่อมาเมื่อผู้หญิงได้รับสิทธิในทางกฎหมาย

สิทธิในทางการเมือง และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้ว และสังคมเริ่มยอมรับว่า ผู้หญิงมีศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกันกับผู้ชาย กฎหมายในเรื่องสถานะทางกฎหมายของผู้หญิงเมื่อแต่งงานภายใต้กฎหมายแบบจารีตประเพณี (law of coverture) ก็ได้ยกเลิกไป โปรดดูเอกสารสรุปเกี่ยวกับประวัติศาสตร์การสมรสและอื่น ๆ (Brief for Historians of Marriage et al.) ในฐานะข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amici Curiae) หน้า 16–19 จากที่กล่าวมาและพัฒนาการอื่น ๆ ของสถาบันการสมรสมากกว่าศตวรรษที่ผ่านมาไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเพียงผิวเผิน แต่เป็นการเปลี่ยนแปลงเชิงลึกในโครงสร้างของมัน ส่งผลกระทบต่อแง่มุมต่าง ๆ ของการแต่งงานซึ่งหลายคนมองว่าเป็นสิ่งสำคัญมานานแล้ว โปรดดู N. Cott, *Public Vows*; S. Coontz, *Marriage*; H. Hartog, *Man & Wife in America: A History* (2000).

ความเข้าใจใหม่ในเชิงลึกเช่นนี้ทำให้สถาบันการสมรสเข้มแข็งขึ้น ไม่ได้ทำให้อ่อนแอลง โดยแท้จริงแล้ว ความเข้าใจในเรื่องการแต่งงานที่เปลี่ยนไปเป็นลักษณะประจำชาติที่มีมิติใหม่ของเสรีภาพเป็นที่ประจักษ์แก่คนรุ่นใหม่ โดยผ่านมุมมองซึ่งเป็นคำฟ้องในกระบวนการยุติธรรมหรือการประท้วงในพื้นที่ทางการเมือง

พลวัตนี้สามารถเห็นได้จากประสบการณ์ของชาติในเรื่องสิทธิของเกย์และเลสเบียน จนถึงในช่วงกลางของศตวรรษที่ 20 ความสัมพันธ์ทางเพศของเพศเดียวกันถูกประณามว่าเป็นเรื่องผิดศีลธรรมโดยรัฐซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศตะวันตก และความเชื่อนั้นสะท้อนออกมาในกฎหมายอาญา ด้วยเหตุผลนี้หลายคนไม่เชื่อว่าคนรักร่วมเพศมีศักดิ์ศรีในอัตลักษณ์ที่แตกต่างของพวกเขา การเปิดเผยความจริงของคูรักร่วมเพศเดียวกันไม่สามารถอ่อนแอถึงสิ่งที่อยู่ในจิตใจของพวกเขาได้ แม้ว่าความตระหนักถึงมนุษยชาติและการรวมกันเป็นหนึ่งในเดียวของผู้รักร่วมเพศจะปรากฏขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เกย์และเลสเบียนเพียงแค่ออกมาเรียกร่องศักดิ์ศรี แต่ข้อโต้แย้ง

ดังกล่าวขัดแย้งทั้งในทางกฎหมายและจารีตประเพณีที่แพร่หลายในทางสังคม ความสัมพันธ์ทางเพศของเพศเดียวกันยังคงเป็นอาชญากรรมในหลายมลรัฐ เกย์และเลสเบียนถูกห้ามไม่ให้ทำงานในภาครัฐเป็นส่วนใหญ่ ห้ามรับราชการทหาร ทั้งยังไม่อยู่ภายใต้กฎหมายคนเข้าเมือง ตกเป็นเป้าของตำรวจและทำให้การใช้สิทธิในการเข้าร่วมสมาคมเป็นไปได้ยาก โปรดดูเอกสารสรุปองค์การของนักประวัติศาสตร์อเมริกา (Brief for Organization of American Historians) ในฐานะเอกสารข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amicus Curiae) หน้า 5–28

ยิ่งกว่านั้น ในช่วงศตวรรษที่ 20 การรักร่วมเพศได้รับการรักษาเฉกเช่นเป็นความเจ็บป่วย สมาคมจิตแพทย์อเมริกันได้เผยแพร่คู่มือการวินิจฉัยและสถิติสำหรับความผิดปกติทางจิตเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2495 (ค.ศ. 1965) การรักร่วมเพศถูกจัดประเภทว่าเป็นความผิดปกติทางจิตประเภทหนึ่งจนถึงปี พ.ศ. 2516 (ค.ศ. 1963) โปรดดู Position Statement on Homosexuality and Civil Rights, 1973, in 131 Am. J. Psychiatry 497 (1974) ในช่วงไม่กี่ปีมานี้เท่านั้นที่จิตแพทย์และคนอื่น ๆ ยอมรับว่า รสนิยมทางเพศเป็นการแสดงออกตามปกติของเพศวิถีมุขยและไม้อาจเปลี่ยนแปลงได้ โปรดดูเอกสารสรุปสมาคมจิตแพทย์อเมริกาและอื่น ๆ (Brief for American Psychological Association et al.) ในฐานะเอกสารข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amici Curiae) หน้า 7–17.

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 จากพัฒนาการที่สำคัญทางวัฒนธรรมและพัฒนาการทางการเมือง คู่รักเพศเดียวกันเริ่มดำเนินชีวิตที่เปิดเผยและใช้ชีวิตกับสาธารณชนมากขึ้น และเพื่อที่จะสร้างครอบครัว การพัฒนานี้นำมาซึ่งการอภิปรายในประเด็นนี้อย่างกว้างขวางทั้งในภาครัฐและเอกชน และการเปลี่ยนทัศนคติของประชาชนให้ยอมรับฟังความคิดเห็นของผู้อื่นมากขึ้น ประเด็นคำถามเกี่ยวกับสิทธิของเกย์และเลสเบียนจึงนำมาสู่ศาลในที่สุด

ที่ซึ่งสามารถอภิปรายประเด็นนี้ในรูปแบบวาทกรรมทางกฎหมายได้อย่างเป็นทางการ

ศาลนี้เริ่มต้นด้วยการพิจารณาอย่างละเอียดในเรื่องสถานะทางกฎหมายของคนที่รักร่วมเพศในคดี *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) คดีดังกล่าวได้ยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งมลรัฐจอร์เจียที่กำหนดให้การกระทำของคนที่รักร่วมเพศบางอย่างเป็นสิ่งผิดกฎหมาย สิบปีต่อมาในคดี *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) ศาลประกาศความเป็นโมฆะของการแก้ไขรัฐธรรมนูญของมลรัฐโคโลราโดซึ่งพยายามที่จะขัดขวางฝ่ายหรือส่วนการเมืองใด ๆ ของมลรัฐจากการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับการเลือกปฏิบัติจากரசันิยมทางเพศ ต่อมาในปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ศาลได้กลับคำพิพากษาคดี *Bowers* โดยตัดสินว่ากฎหมายที่ทำให้ความสัมพันธ์ทางเพศของเพศเดียวกันกลายเป็นอาชญากรรมนั้น “ดูหมิ่นชีวิตของคนที่รักร่วมเพศ” ในคดี *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575.

จากความเป็นมาในเรื่องนี้ ประเด็นปัญหาในทางกฎหมายของการสมรสเพศเดียวกันได้เกิดขึ้น ในปี พ.ศ. 2536 (ค.ศ. 1993) ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐฮาวายตัดสินว่า กฎหมายของมลรัฐฮาวายที่จำกัดการสมรสไว้เฉพาะคู่รักต่างเพศเป็นการแบ่งแยกเพศ จึงอยู่ภายใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญมลรัฐฮาวายที่ต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วน ในคดี *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44. แม้ว่าคำตัดสินนี้จะไม่ได้เป็นการอนุญาตการสมรสเพศเดียวกันได้ก็ตาม แต่บางมลรัฐเป็นกังวลเกี่ยวกับความหมายโดยนัยและยืนยันกฎหมายของมลรัฐตนว่า การสมรสคือการอยู่ร่วมกันของคู่ชีวิตเพศตรงข้าม ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) สภาคองเกรสได้ออกรัฐบัญญัติป้องกันการสมรส (the Defense of Marriage Act: DOMA), 110 Stat. 2419 โดยนิยามการสมรสเพื่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายของ

รัฐบาลกลางทั้งหมดว่าเป็น “การอยู่ร่วมกันทางกฎหมายระหว่างชายคนหนึ่งกับหญิงคนหนึ่งเพียงเท่านั้น ในฐานะสามีและภรรยา” 1 U.S.C.57.

การอภิปรายครั้งใหม่และแพร่หลายในประเด็นนี้นำไปสู่ข้อสรุปที่แตกต่างกันของมลรัฐต่าง ๆ ในปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ตัดสินว่ารัฐธรรมนูญของมลรัฐได้ให้การรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันที่จะแต่งงาน ดูคดี *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003) ภายหลังการพิจารณาคดีนั้น บางมลรัฐเพิ่มเติมให้สิทธิในการสมรสแก่คู่รักเพศเดียวกันไม่ว่าจะผ่านกระบวนการยุติธรรมหรือกระบวนการนิติบัญญัติก็ตาม คำพิพากษาและกฎหมายเหล่านี้ถูกอ้างถึงในภาคผนวก B ด้านล่าง (*Infra*) สองเงื่อนไขที่แล้วดูในคดี *United States v. Windsor*, 570 U. S. \_\_\_\_ (2013), ศาลนี้ได้ตัดสินให้รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการสมรส (DOMA) ใช้บังคับไม่ได้ในกรณีที่รัฐบาลกลางปฏิเสธการรับรองการสมรสเพศเดียวกัน โดยให้มีผลเฉพาะภายในมลรัฐที่การสมรสเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายและพวกเขาได้จดทะเบียนสมรสในมลรัฐนั้น ศาลตัดสินว่ากฎหมาย DOMA เป็นการดูหมิ่นคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่อาจยอมรับได้ “ซึ่งคู่รักเพศเดียวกันต้องการที่จะยืนยันพันธะผูกพันต่อกัน ต่อหน้าลูก ๆ ของพวกเขา ครอบครัว เพื่อนฝูง และชุมชน” *Id.*, at (แผ่นเอกสารความเห็น, หน้า 14).

คดีสมรสเพศเดียวกันหลายคดีได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์สหรัฐในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีคดียี้ดถือเหตุผลที่เป็นหลักการและการอภิปรายอย่างเป็นกลางโดยปราศจากการดูหมิ่นหรือวิพากษ์วิจารณ์ในทางที่เสื่อมเสีย ศาลได้เขียนสาระสำคัญของกฎหมายโดยพิจารณาจากประเด็นเหล่านี้ในทุกด้าน หลักกฎหมายจากบรรทัดฐานของคำพิพากษานั้น ช่วยอธิบายและกำหนดหลักการพื้นฐานที่ศาลต้องพิจารณาในขณะนี้ ช้อยกเว้นความคิดเห็น

อยู่ระหว่างการตรวจสอบและดำเนินการอื่น โปรดดู คดี Citizens for Equal Protection v. Bruning, 455 F. 3d 859, 864–868 (CA8 2006) ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกีดกันคู่รักเพศเดียวกันนอกจากการสมรส เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ทั้งยังมีคำพิพากษาของศาลแขวงเกี่ยวกับการสมรสเพศเดียวกันอีกเป็นจำนวนมากที่น่าไตร่ตรอง และคดีเหล่านั้นส่วนใหญ่ได้ตัดสินให้คู่รักเพศเดียวกันจะต้องได้รับอนุญาตให้สมรสได้ นอกจากนี้ศาลสูงสุดของหลายมลรัฐยังมีส่วนสนับสนุนการอภิปรายเรื่องนี้อย่างต่อเนื่อง ในคำตัดสินที่เป็นการตีความรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐของตน ความเห็นของศาลมลรัฐและศาลสหพันธรัฐเหล่านี้อ้างในภาคผนวก A, *infra*

หลังจากการฟ้องร้องคดี การตรากฎหมาย การทำประชามติ และการอภิปราย ถกเถียง เป็นเวลาหลายปีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนเหล่านี้ ปัจจุบันมลรัฐต่าง ๆ ได้มีความเห็นที่ต่างกันออกไปในประเด็นการสมรสเพศเดียวกัน โปรดดู Office of the Atty. Gen. of Maryland, *The State of Marriage Equality in America, State-by-State Supp.* (2015)

### III

ภายใต้บทบัญญัติกระบวนการอันควรที่ชอบด้วยกฎหมาย (the Due Process Clause) ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 บัญญัติว่าไม่มีมลรัฐใดที่จะ “ลิดรอนชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลใด โดยปราศจากกระบวนการอันควรที่ชอบด้วยกฎหมาย” เสรีภาพขั้นพื้นฐานได้รับการคุ้มครองโดยข้อความนี้ รวมถึงสิทธิส่วนใหญ่ที่ระบุไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Bill of Rights) ดูคดี *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 147–149 (1968) เสรีภาพเหล่านี้ยังขยายไปถึงทางเลือกส่วนบุคคลบางอย่างที่สำคัญต่อศักดิ์ศรีและความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล รวมถึงทางเลือกในทางเพศที่กำหนดอัตลักษณ์และความเชื่อส่วนบุคคล โปรดดูตัวอย่าง เช่น

คดี Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 453 (1972); คดี Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 484–486 (1965)

การระบุและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นส่วนที่ยืนหยัดในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบนั้น “ยังไม่ได้เคยถูกลดทอนเป็นรูปแบบอื่นใดได้” ในคดี Poe v. Ullman, 367 U. S. 497, 542 (1961) (ความเห็นแย้งของ Harlan, J.) แต่ต้องให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุมีผลในการชี้ให้เห็นผลประโยชน์ของบุคคลนั้นซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญ ซึ่งมลรัฐต้องตกลงยอมตามสิ่งที่พวกเขาเคารพ โปรดดู *อ้าวแล้ว* กระบวนการนั้นได้รับการกำหนดทิศทางจากข้อพิจารณาเดียวกันจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดหลักการกว้าง ๆ มากกว่าข้อกำหนดเฉพาะเจาะจง แม้ว่าประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีเป็นแนวทางและเป็นหลักเกณฑ์ในการโต้สวนนี้ แต่ไม่ต้องพิจารณาสิ่งเหล่านั้นนอกขอบเขตโปรดดู คดี Lawrence ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 572 โดยวิธีการดังกล่าวได้ให้ความสำคัญต่อประวัติศาสตร์ของเรา และเป็นการถอดบทเรียนจากประวัติศาสตร์ แต่มิใช่การยินยอมให้อคติมีอำนาจตัดสินเหนือความเป็นไปในปัจจุบันแต่ประการใด

ความไม่ยุติธรรมนั้น โดยธรรมชาติแล้ว มีลักษณะเป็นประเด็นซึ่งผู้คนไม่อาจตระหนักรู้ได้ในช่วงชีวิตของพวกเขา จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ในช่วงเวลาของการตราและรับรองบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพื้นฐานแห่งพลเมืองและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ผู้ร่างและประชาชนมีอาจคาดการณ์ถึงบริบทของเสรีภาพในมิติต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นภารกิจที่สืบทอดมายังคนรุ่นต่อมาที่จะต้องพิทักษ์ไว้ซึ่งสิทธิของบุคคลทั้งหลาย เพื่อให้มีเสรีภาพได้ตามความหมายที่เราได้เรียนรู้กัน ด้วยเหตุนี้ เมื่อความรู้ความเข้าใจอย่างถ่องแท้ได้เกิดขึ้นแล้ว และได้แสดงให้เห็นถึงความ



ไม่สอดคล้องกันระหว่างความคุ้มครองหลักซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองกับข้อจำกัดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นการเรียกร้องเสรีภาพจึงเป็นประเด็นที่ต้องให้ความสำคัญ

โดยผลแห่งหลักคิดข้างต้น ศาลจึงได้รับรองมาโดยตลอดว่า สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ อาทิ คดี Loving v. Virginia, 388 U. S. 1, 12 (1967) ซึ่งได้วางหลักให้การห้ามสมรสของบุคคลต่างเชื้อชาติ เป็นการห้ามที่ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ โดยศาลได้มีมติเป็นเอกฉันท์ว่า การสมรสเป็น “สิทธิของบุคคลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง ซึ่งจำเป็นต่อการแสวงหาความสุขของเสรีชน” และศาลยังได้ยืนยันหลักการดังกล่าวในคดี Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374, 384 (1978) ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีพิบัติามีภาระต้องสนับสนุนการเลี้ยงดูบุตร และกฎหมายได้กำหนดห้ามบิดาใช้สิทธิในการสมรส นอกจากนี้ศาลยังได้ปรับใช้หลักการข้างต้นนี้ในคดี Turner v. Safley, 482 U.S. 78, 95 (1987) ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีผู้ต้องขังซึ่งอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จำกัดสิทธิในการสมรส ในกรณีนี้ ไม่ว่าเวลาจะผ่านไปนานเท่าใด และไม่ว่าในบริบทใด ๆ ก็ตาม ศาลยังคงยืนยันว่า สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติว่าด้วยหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ โปรดดูคดีต่าง ๆ เช่น คดี M.L.B. v. S.L.J., 519 U. S. 102, 116 (1996) คดี Cleveland Bd. Of Ed. v. LaFleur, 414 U. S. 632, 639-640 (1974) คดี Griswold ตั้งได้อ้างถึงแล้วข้างต้น ที่ 486 คดี Skinner v. Oklahoma ex r el. Williamson, 316 U. S. 535, 541 (1942) และ คดี Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390, 399 (1923)

แม้มีอาจปฏิเสธได้ว่า คดีต่าง ๆ ที่ศาลได้พิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในการสมรส ต่างเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักต่างเพศ แต่ศาลนี้ก็ใช้องค์กรหนึ่งเช่นเดียวกับองค์กรอื่น ๆ ที่ได้วินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ตามบริบทที่กำหนดขึ้นโดยสังคมตามห้วงเวลาแห่งยุคสมัย ดังเช่น คดี Baker

v. Nelson 409 U. S. 810 ที่ได้ตัดสินในปี พ.ศ. 2515 (ค.ศ. 1972) โดยมีสรุปสาระสำคัญเพียงหนึ่งบรรทัด ซึ่งศาลได้วินิจฉัยให้ประเด็นการห้ามบุคคลเพศเดียวกันสมรสไม่เป็นประเด็นปัญหาที่มีสาระสำคัญในระดับสหพันธรัฐ แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม นอกจากคำพิพากษาข้างต้นแล้ว ศาลยังได้วางแนวบรรทัดฐานอื่น ๆ ซึ่งมีความสำคัญต่อการปรับใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญในมิติที่กว้างขึ้นด้วย กล่าวคือ ในการให้นิยามสิทธิในการสมรสนั้น ศาลได้อธิบายให้เห็นถึงความเป็นมาของสิทธิดังกล่าว ซึ่งมีรากฐานในทางประวัติศาสตร์ จารีตประเพณี และเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ อันเป็นปัจจัยที่สัมพันธ์กับสิทธินี้ อย่างมีนัยสำคัญ อาทิ คดี Lawrence, 539 U. S. ที่ 574 คดี Turner ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 95 คดี Zablocki ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 384 คดี Loving ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 12 และคดี Griswold ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 486 ดังนั้น ในการประเมินว่า ตรรกะและเหตุผลในคำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลจะปรับใช้กับกรณีคู่รักเพศเดียวกัน หรือไม่ นั้น ศาลต้องเคารพเหตุผลพื้นฐานด้วยว่า เพราะเหตุใดสิทธิในการสมรสจึงเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองมาอย่างยาวนาน โปรดดู คดี Eisenstadt ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 453-454 คดี Poe ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 542-553 (ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Harlan, J.)

การวิเคราะห์ดังกล่าวมานี้ได้นำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า คู่รักเพศเดียวกันอาจมีสิทธิในการสมรส โดยเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์และธรรมเนียมปฏิบัติสี่ประการซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป ได้แสดงให้เห็นว่า เหตุผลของการสมรสเป็นเหตุผลพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญซึ่งปรับใช้กับกรณีคู่รักเพศเดียวกันได้เช่นเดียวกัน

ข้อพิจารณาประการแรกเกี่ยวกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาซึ่งศาลได้วางหลักในเรื่องนี้ คือ สิทธิของบุคคลในการเลือกทำการสมรส เป็นส่วนหนึ่งของเจตจำนงแห่งปัจเจกบุคคล จึงเป็นปัจจัยที่สัมพันธ์กันระหว่างการสมรส

และเสรีภาพ และจึงเป็นเหตุให้ในคดี Loving นั้น การห้ามสมรสระหว่างคนต่างเชื้อชาติมีโอกาสใช้บังคับได้ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรที่ชอบด้วยกฎหมาย โปรดดู 388 U. S. ที่ 12 และคดี Zablocki ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 384 (จะสังเกตได้ว่า คดี Loving ศาลได้ตัดสินว่า “สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของปัจเจกชนทุกคน”) ซึ่งกรณีนี้ก็เช่นเดียวกับการเลือกการคุมกำเนิด ความสัมพันธ์ในครอบครัว ความต้องการให้กำเนิด และการเลี้ยงดูบุตรที่ล้วนได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตัดสินใจทำการสมรสจึงเป็นประเด็นส่วนบุคคลอีกประเด็นหนึ่งที่ปัจเจกบุคคลสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง โปรดดูคดี Lawrence ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 574 ทั้งนี้ ศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กรณีย่อมมีลักษณะขัดแย้งกัน หากสิทธิส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับชีวิตครอบครัวประเด็นต่าง ๆ ได้รับการรับรอง แต่การตัดสินใจสร้างครอบครัวซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในสังคมของเรา กลับไม่ได้รับการรับรอง คดี Zablocki ซึ่งอ้างถึงแล้ว ที่ 386

การเลือกสมรสนับเป็นการตัดสินใจที่บ่งชี้แนวทางชีวิตของปัจเจกบุคคล ดังเช่นที่ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ได้อธิบายไว้ว่า เพราะ “การตัดสินใจเลือกสมรสเป็นการกระทำที่ช่วยเติมเต็มความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต รวมทั้งเป็นความเชื่อมโยงที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นมนุษย์ร่วมกันของเราทุกคน ดังนั้น การสมรสจึงมีสถานะเป็นสถาบันที่ทรงคุณค่า และการตัดสินใจที่จะสมรสหรือไม่ ตลอดจนจะสมรสกับใครก็นับเป็นการตัดสินใจที่สำคัญครั้งหนึ่งในช่วงชีวิตอันส่งผลต่อการกำหนดคุณค่าแห่งตัวตนของเราด้วย” คดี Goodridge440 แมสซาชูเซตส์ ที่ 322, 798 N. E. 2 D ที่ 955

ธรรมชาติของการสมรส คือ การที่บุคคลสองคนได้ร่วมกันแสวงหาเสรีภาพต่าง ๆ ตลอดช่วงเวลาของความสัมพันธ์อันยั่งยืน ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในความรักใคร่และเสรีภาพทางจิตวิญญาณ เป็นต้น ธรรมชาตินี้ นับเป็นความสัจสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเพศสภาพจะเป็นเช่นใด

โปรดดูคดี Windsor 570 U. S. นอกจากนี้ คดีคีร์มีทั้งในความผูกพันระหว่างชายและชาย หรือหญิงและหญิง ต่อความปรารถนาที่จะทำการสมรส และการตัดสินใจที่จะเลือกหนทางของตนเองด้วย โปรดดูคดี Loving ซึ่งได้อ้างแล้ว ที่ 12 (เสรีภาพที่จะทำการสมรสหรือไม่ทำการสมรสกับบุคคลต่างเชื้อชาติ นับเป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคล รัฐย่อมมิอาจล่วงละเมิดได้)

หลักเกณฑ์ประการที่สองซึ่งปรากฏในแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลนี้ คือ สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากเป็นสิทธิที่สนับสนุนให้บุคคลสองคนได้ใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งมีความสำคัญต่อปัจเจกชนที่รักใคร่พอใจกัน จึงมีลักษณะแตกต่างจากสิทธิอื่น ๆ และประเด็นนี้นับเป็นสาระสำคัญของคดี Griswold v. Connecticut ซึ่งได้ตัดสินว่า รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิของคู่สมรสในการคุมกำเนิด 381 U. S. ที่ 485 และเพื่อชี้ให้เห็นว่า การสมรสเป็นสิทธิที่เก่าแก่กว่าบทบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights) ศาลในคดี Griswold จึงได้อธิบายลักษณะของการสมรสไว้ว่า “การสมรสคือ การที่ได้มาอยู่ร่วมกันทั้งในช่วงเวลาที่ดีและแย่ โดยปรารถนาที่จะมีชีวิตรักที่ยืนยง รวมทั้งนำไปสู่ความรู้สึกของคุณค่าอันศักดิ์สิทธิ์ การสมรสจึงเป็นการอยู่ร่วมกันเพื่อสนับสนุนวิถีทางแห่งชีวิต ความสอดคล้องแห่งการดำรงอยู่ โดยมีใจความเชื่อทางการเมือง แต่เป็นความจงรักและภักดีต่อกัน ที่มีใจการค้าหรืองานสังคม ดังนั้น การสมรสจึงเป็นการอยู่ร่วมกันเพื่อจุดมุ่งหมายอันสูงส่งดังเช่นที่ศาลได้เคยวางหลังไว้ในคำพิพากษาต่าง ๆ ก่อนหน้านี้” ส่วนในคดี Turner นับเป็นอีกหนึ่งคดีที่ศาลได้รับรองการอยู่ร่วมกันด้วยความรัก ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามสิทธิในการสมรส โดยได้พิพากษาว่า ผู้ต้องขังย่อมไม่อาจถูกปฏิเสธสิทธิในการสมรสได้ เนื่องจากในความสัมพันธ์ซึ่งมีความผูกพันแล้วนั้น สอดคล้องกับเหตุผลพื้นฐานของการที่สิทธิในการสมรสที่มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน โปรดดู 482 U. S. ที่ 95 – 96 ดังนั้น สิทธิในการสมรสจึงเป็นดังการให้เกียรติแก่คู่สมรสซึ่งปรารถนาที่จะ

นิยามคุณค่าของตนเองผ่านการผูกพันระหว่างกัน คิวดี Windsor ตามที่ได้ อ้างถึงแล้ว และการสมรสก็เป็นการตอบสนองต่อความกลัวที่ทุกคนต้องเผชิญ เมื่อต้องโดดเดี่ยวและเพียงพานพบความว่างเปล่าอยู่รอบกาย ด้วยเหตุนี้ การสมรสจึงได้สร้างสรรค์ความหวังในการอยู่ร่วมกัน ความเข้าใจและการ เกื้อกูลเป็นสองเราที่ห้วงหาอาหารกันและกัน

ดังกรณีศาลได้ตัดสินไว้ในคดี Lawrence ว่า คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิ เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศในการมีสิทธิอยู่ร่วมกันด้วยความรัก คดี Lawrence จึงเป็นคดีที่ศาลพิพากษาให้กฎหมายซึ่งบัญญัติให้ความรักของเพศเดียวกัน เป็นความผิดทางอาญา เป็นกฎหมายที่ไม่อาจมีผลใช้บังคับ และศาลยังได้วาง หลักไว้ว่า “เมื่อความปรารถนาในเพศรสได้แสดงออกด้วยความรู้สึกรักใคร่ ในบุคคลอีกคนหนึ่ง ความรู้สึกนั้นย่อมเป็นองค์ประกอบของความผูกพัน ระหว่างบุคคลและเป็นความปรารถนาให้รักนั้นอยู่ยืนยง” 539 U. S. ที่ 567 อย่างไรก็ตาม แม้ในคดี Lawrence ศาลได้ยืนยันว่า ในมิติของเสรีภาพ ได้รับรองให้ปัจเจกบุคคลสามารถอยู่ร่วมกันด้วยความรักได้โดยปราศจาก ความผิดทางอาญาก็ตาม แต่นิยามแห่งเสรีภาพก็มีได้จำกัดรอบเพียงเท่านั้น เพราะแม้จะมีความก้าวหน้าในเรื่องการกระทำที่มีลักษณะผิดกฎหมาย และการกระทำที่สังคมไม่ยอมรับแล้วก็ตาม หากทว่าผลที่ได้ก็ยังไม่บรรลุ เจตนารมณ์ที่แท้จริงของเสรีภาพ

หลักเกณฑ์ประการที่สามในการคุ้มครองสิทธิในการสมรส คือ สิทธิ ดังกล่าวเกี่ยวข้องกับคุ้มครองเด็กและครอบครัว ซึ่งมีความสัมพันธ์กับ สิทธิอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ สิทธิในการเลี้ยงดูบุตร สิทธิในการให้กำเนิดบุตร และสิทธิทางการศึกษา โปรดดูคดี Pierce v. Society of Sisters 268 U. S. 510 (1925) และคดี Meyer 262 U. S. ที่ 399 โดยศาลได้รับรอง ความเชื่อมโยงดังกล่าวโดยการอธิบายสิทธิต่าง ๆ ในลักษณะองค์รวม กล่าวคือ “สิทธิในการสมรสเป็นรากฐานของความเป็นบ้าน และการเลี้ยงดูบุตรก็เป็น

หัวใจของเสรีภาพซึ่งได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรที่ชอบด้วยกฎหมาย” คดี Zablocki 434 U. S. ที่ 384 (อ้างอิงแล้วในคดี Meyer ที่ 399) ซึ่งภายใต้กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ การคุ้มครองการสมรสในบางกรณีก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กและครอบครัว อย่างไรก็ตาม การสมรสยังมีคุณประโยชน์ประการอื่น ๆ อีกด้วย กล่าวคือ การที่กฎหมายได้รับรองและกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ของการสมรสแก่บิดามารดานั้น ได้ส่งผลให้บุตร “ได้เข้าใจความเป็นหนึ่งเดียวและผูกพันใกล้ชิดกันในครอบครัว รวมทั้งเกิดความกลมกลืนกับครอบครัวอื่น ๆ ทั้งในประชาคมของตน และในชีวิตประจำวันด้วย” คดี Windsor อ้างถึงแล้ว นอกจากนี้ การสมรสยังสร้างความมั่นคงแน่นอนอันเป็นประโยชน์ที่ดียิ่งแก่เด็กด้วย โปรดดูเอกสาร สรุปข้อมูลสำหรับนักวิชาการด้านสิทธิทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเด็ก (Brief for Scholars of the Constitutional Rights of Children) ในฐานะเอกสารข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amici Curiae) หน้า 22 – 27

ดังที่ทุกฝ่ายได้เห็นพ้องต้องกัน คู่รักเพศเดียวกันหลายคู่ได้ร่วมกันสร้างครอบครัวที่เต็มเปี่ยมด้วยความรักและความอบอุ่นให้แก่บุตร ทั้งบุตรที่เกิดโดยวิธีทางธรรมชาติหรือที่มาจากการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งจำนวนของบุตรที่ได้รับการเลี้ยงดูโดยคู่รักเพศเดียวกันนั้นก็มีจำนวนมากมายี่สิบแสน โปรดดูสรุปสำหรับ Gary J. Gates ในฐานะเอกสารข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amici Curiae) หน้า 4 อีกทั้งหลายมลรัฐก็อนุญาตให้เกย์และเลสเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่รักฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงคนเดียว หรือโดยคู่รักทั้งสองคนก็ตาม นอกจากนี้ บุตรบุญธรรมตลอดจนผู้เยาว์จำนวนมากที่ได้รับการเลี้ยงดูก็มีผู้ปกครองที่เป็นเพศเดียวกัน โปรดดูคดีที่อ้างถึงแล้ว ที่ 5 ดังนั้น จากกรณีข้างต้นนี้ได้แสดงให้เห็นถึงผลยืนยันจากกฎหมายแล้วว่า เกย์และเลสเบียนสามารถสร้างครอบครัวที่อบอุ่นด้วยความรักและความอบอุ่นได้

การไม่ยินยอมให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสได้ จึงนับว่าไม่สอดคล้องกับหลักคิดสำคัญของสิทธิในการสมรส และเมื่อปราศจากการรับรอง ปราศจากความแน่นอน และปราศจากความคาดหวัง ซึ่งจะมีขึ้นในชีวิตสมรสแล้ว ผู้เยาว์ย่อมจะต้องรู้สึกน้อยเนื้อต่ำใจจากการที่ครอบครัวของพวกเขา มีสถานะที่ต่ำกว่าครอบครัวอื่น ๆ ส่งผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูผู้เยาว์ที่เป็นบุตรนอกสมรส ทำให้ถูกจำกัดสิทธิต่าง ๆ โดยมีใช้ความผิดของพวกเขา แต่ประการใด อีกทั้งยังเป็นการสร้างความยากลำบากและความไม่แน่นอนให้แก่ชีวิตครอบครัวอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายการสมรส ซึ่งเป็นประเด็นพิจารณาในคดีนี้ได้ทำร้ายและสร้างความอับอายให้แก่ผู้เยาว์ที่ถูกเลี้ยงดูโดยคู่รักเพศเดียวกัน โปรตอคูตี Windsor ซึ่งอ้างถึงแล้ว

ทั้งนี้ ข้อพิจารณาข้างต้นนี้มีได้มุ่งหมายที่จะลดทอนคุณค่าของครอบครัวที่ไม่มีทายาทหรือไม่สามารถมีทายาท เพราะความสามารถ ความปรารถนา หรือการให้สัญญาเกี่ยวกับการมีทายาท ไม่ได้เป็นและไม่เคยเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนของการสมรสที่มีผลผูกพัน ไม่ว่าในมลรัฐใดก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวทางการคุ้มครองสิทธิในการสมรสของคู่รักที่ไม่สามารถมีทายาทแล้ว กรณีมีอาจกล่าวได้ว่า ศาลหรือมลรัฐใด ๆ ได้กำหนดเงื่อนไขของสิทธิในการสมรสให้มีความสัมพันธ์กับความสามารถ หรือความผูกพันที่จะต้องมียายาทแต่ประการใด อีกทั้งสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการสมรสนั้น ก็มีหลายมิติ ซึ่งประเด็นการเลี้ยงดูบุตรเป็นเพียงมิติหนึ่งเท่านั้น

หลักเกณฑ์ประการที่สี่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ประการสุดท้ายนั้น เป็นที่ชัดเจนจากคดีต่าง ๆ ในศาลนี้ และจารีตประเพณีของประเทศว่า การสมรสนับเป็นหมุดหมายที่สำคัญของระเบียบทางสังคมของประเทศเรา ดังที่ Alexis de Tocqueville ได้ยืนยันความจริงประการนี้จากการเดินทางโดยวิถีรอบสหรัฐอเมริกา เมื่อราวสองศตวรรษที่แล้ว และได้บันทึกไว้ว่า “เป็นที่แน่ชัด

แล้วว่า ไม่มีประเทศใดในโลกที่สายสัมพันธ์แห่งการสมรสจะได้รับการเคารพมากเท่าที่ปรากฏในอเมริกา ... เมื่อชาวอเมริกันได้กลับจากการใช้ชีวิตในสังคมที่ยุ่งเหยิงไปสู่ชีวิตครอบครัวที่อบอุ่น เขาก็ได้พานพบภาพแห่งความสุขสงบ ... และหลังจากนั้น เขาก็ได้ตราตรึงภาพแห่งสุขสงบนั้นในห้วงความคิดคำนึง และนำกลับไปพร้อมตัวเมื่อต้องกลับสู่การใช้ชีวิตในสังคม”  
1 ประชาธิปไตยในอเมริกา 309 (H. Revee transl. ปรับปรุงและตีพิมพ์ ปี 1990)

ในคดี *Maynard v. Hill* 125 U. S. 190, 211 (1888) ศาลได้อ้างอิงผลงานของ de Tocqueville เพื่ออธิบายว่า การสมรส คือ “รากฐานของครอบครัวและสังคม หากปราศจากการสมรสแล้ว อารยธรรม และความก้าวหน้าใด ๆ ย่อมไม่อาจมีขึ้นได้” ในคดี *Maynard* ศาลได้กล่าวไว้ว่า การสมรสนับเป็น “สถาบันทางสังคมที่สร้างสรรค์รูปแบบการปกครองของเราทั้งระบบมาอย่างยาวนาน” อ้างถึงแล้ว ที่ 213 แนวคิดดังกล่าวนี้ ได้มีการกล่าวถึงอยู่เสมอ แม้สถาบันจะได้มีวิวัฒนาการในเชิงเนื้อหาตามวันเวลาที่ผันผ่าน แต่แนวคิดนี้ก็ดำรงอยู่และแทนที่แนวคิดอื่น ๆ ซึ่งครั้งหนึ่งเคยถือว่ามีความสำคัญไม่ว่าจะเป็นเรื่องความยินยอมของบุพการี เพศ และเชื้อชาติ โปรดดู N. Cott, *Public Vows* ดังนั้น การสมรสจึงดำรงสถานะโครงสร้างหลักของประชาคมชาติเรา

โดยเหตุผลดังได้กล่าวแล้วข้างต้น เมื่อคู่รักได้ปฏิญาณตนที่จะรักใคร่ส่งเสริมกัน สังคมย่อมมีหน้าที่ให้การสนับสนุนต่อคู่รักดังกล่าว โดยการรับรองทั้งในเชิงสัญลักษณ์และในทางเนื้อหาแห่งสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองและเสริมสร้างความสัมพันธ์ของคู่รักนั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว มลรัฐต่าง ๆ ย่อมมีอิสระในการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่คู่รักที่สมรสกัน โดยที่ผ่านมานั้น มลรัฐทั้งหลายได้ใช้การสมรสเป็นฐานในการเพิ่มพูนประเภทแห่งสิทธิที่รัฐรับรอง รวมทั้งสิทธิประโยชน์และความรับผิดชอบต่าง ๆ ด้วย อาทิ



ด้านภาษี ด้านสิทธิในการรับมรดกและสิทธิในทรัพย์สิน ด้านกฎเกณฑ์ การตกทอดแห่งมรดก ด้านเอกสิทธิ์ของคู่สมรสตามกฎหมายพยาน ด้านการเข้าถึงการรักษาพยาบาล ด้านการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ด้านสิทธิการรับบุตรบุญธรรม ด้านสิทธิและประโยชน์ของคู่สมรสที่ยังมีชีวิต ภายหลังอีกฝ่ายถึงแก่กรรม ด้านการแจ้งเกิดและตาย ด้านกฎเกณฑ์ ทางศีลธรรมในการประกอบอาชีพ ด้านข้อกำหนดทางธุรกรรม ด้านสิทธิ ประโยชน์ของค่าชดเชยแรงงาน ด้านประกันสุขภาพ และด้านกฎเกณฑ์ การปกครอง เลี้ยงดู และได้พบบุตร โปรดดูเอกสารสรุปเกี่ยวกับสหรัฐอเมริกา (Brief for United States) ในฐานะเอกสารข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amicus Curiae) และเอกสารสรุปเกี่ยวกับเนติบัณฑิตยสภาแห่ง สหรัฐอเมริกา (Brief for American Bar Association) ในฐานะเอกสาร ข้อความเห็นทางกฎหมาย (Amicus Curiae) การสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ของมลรัฐมีสถานะที่สำคัญต่อค่าบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับ สหพันธรัฐหลายมาตรา โปรดดูคดี Windsor 570 U.S. เนื่องจากมลรัฐ ต่างๆ ได้กำหนดให้ลักษณะพื้นฐานของสิทธิในการสมรสมีสถานะเป็นสถาบัน ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในแง่ของระบบระเบียบทางกฎหมายและสังคม

เมื่อพิจารณาตามหลักการข้างต้นนี้แล้ว ย่อมไม่มีความแตกต่างกัน ระหว่างคู่รักเพศเดียวกันและคู่รักต่างเพศ การจำกัดมิให้คู่รักเพศเดียวกัน สามารถเข้าถึงสถาบันการสมรส ย่อมเป็นการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่คู่รักดังกล่าวพึงได้รับจากการสมรสตามที่มลรัฐต่าง ๆ รับรอง และผลเสีย ที่เกิดขึ้นนั้นย่อมมีมากกว่าเพียงภาวะในเชิงเนื้อหา เพราะคู่รักเพศเดียวกัน ย่อมขาดความมั่นคง ซึ่งแตกต่างจากชีวิตสมรสของคู่รักต่างเพศ ทั้งที่รัฐ ได้เห็นคุณค่าของการสมรสอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากการให้ความสำคัญกับ การสมรส ดังนั้น การไม่ยินยอมให้เกย์และเลสเบี้ยนสามารถสมรสได้ ย่อมเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า คู่รักดังกล่าวมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมในหลายมิติ

อีกทั้งการปฏิเสธสิทธิดังกล่าวยังเป็นการที่รัฐได้จำกัดคู่รักเพศเดียวกันจากสถาบันที่มีความสำคัญแก่ความมั่นคงของชาติด้วย แม้ว่าคู่รักเพศเดียวกันจะมีเป้าประสงค์ในเชิงอุดมคติของการสมรส และแสวงหาความบริบูรณ์สูงสุดแห่งการสมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศก็ตาม

แม้เมื่อพิจารณาจากอดีตถึงปัจจุบัน การอนุญาตให้เฉพาะคู่รักต่างเพศทำการสมรสได้ อาจถูกมองว่ามีความสอดคล้องกับธรรมชาติและมีความยุติธรรมแล้วก็ตาม แต่การจำกัดสิทธิดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายที่แท้จริงของสิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรสตามที่ปรากฏชัดแล้วในทุกวันนี้ ดังนั้น โดยผลของการรับรู้และเข้าใจดังกล่าวจึงต้องยอมรับว่า การที่กฎหมายไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิในการสมรส เป็นความอภัยคและสร้างรอยแผลให้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นผลจากการกำหนดข้อห้ามนั่นเอง

ผู้ถูกร้องได้ค้านว่า ข้อสรุปดังกล่าวมิใช่การสรุปประเด็นที่เหมาะสม โดยกล่าวอ้างถึงคดี *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997) ซึ่งระบุให้ใช้ความรอบคอบในการอธิบายลักษณะแห่งสิทธิขั้นพื้นฐาน และฝ่ายผู้ถูกร้องได้อ้างว่า ผู้ร้องมิได้ประสงค์ใช้สิทธิในการสมรส แต่ต้องการเรียกร้องสิทธิในรูปแบบใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน กล่าวคือ “สิทธิในการสมรสของคนเพศเดียวกัน” โปรดดูเอกสารสรุปของผู้ถูกร้อง หมายเลข 14 – 556 หน้า 8 นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากคดี *Glucksberg* จะพบว่า ศาลได้ยืนยันอย่างชัดเจนว่า การให้นิยามเสรีภาพตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรที่ขอบด้วยกฎหมายจะต้องให้นิยามโดยการจำกัดขอบเขตของเสรีภาพอย่างยิ่ง พร้อมทั้งอ้างอิงถึงแนวปฏิบัติเฉพาะในทางประวัติศาสตร์ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้แนวทางดังกล่าวอาจจะเคยมีความเหมาะสมในการกล่าวอ้างถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องในคดีนั้น (การอหิวาตกกรรม โดยความช่วยเหลือของแพทย์) แต่ก็ไม่สอดคล้องกับแนวทางที่ศาลนี้ได้ใช้ในการวินิจฉัยสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงการสมรสและความรักใคร่

และแม้คดี Loving จะมีได้มีข้อคำถามเกี่ยวกับสิทธิในการสมรสของคนต่างเชื้อชาติ คดี Turner จะมีได้มีข้อคำถามเกี่ยวกับสิทธิในการสมรสของผู้ต้องขัง และคดี Zablocki จะมีได้มีข้อคำถามเกี่ยวกับสิทธิในการสมรสของบิดาซึ่งมิได้จ่ายค่าเลี้ยงดูบุตร อย่างไรก็ตาม แต่ละคดีก็ต้องการให้พิจารณาสิทธิในการสมรสในเชิงลึก รวมทั้งเป็นที่มาของข้อคำถามว่าเป็นการเหมาะสมแล้วหรือไม่ ที่จะตัดสินให้บุคคลบางกลุ่มต้องถูกจำกัดสิทธิในการสมรส โปรดดู คดี Glucksberg, 521 U. S. 752-773 (Souter J. ความเห็นพ้องในคำพิพากษา) อ้างแล้ว ที่ 789-892 (Breyer, J. ความเห็นพ้องในคำพิพากษา)

หลักการดังกล่าวได้นำมาปรับใช้ในคดีนี้ กล่าวคือ ศาลนี้ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่า หากสิทธิต่าง ๆ ได้มีการให้คำนิยามโดยผู้ทรงสิทธินั้น ๆ ไว้ในอดีตแล้ว คำนิยามนั้นจะถือเป็นแนวปฏิบัติที่ถูกต้องต่อไปอย่างต่อเนื่อง และคนรุ่นถัดมาไม่อาจเรียกร้องสิทธิที่เคยถูกปฏิเสธในอดีตได้ การไม่เห็นด้วยเช่นนี้นี้ครอบคลุมถึงกรณีสิทธิในการสมรส และสิทธิของเกย์และเลสเบี้ยนด้วย โปรดดูคดี Loving, 388 U. S. 12 และคดี Lawrence, 539 U. S. 566-567

แม้สิทธิในการสมรสมีหลักการพื้นฐานทั้งในทางประวัติศาสตร์และจารีตประเพณี แต่สิทธิต่าง ๆ มิได้มีรากฐานจากคติโบราณเท่านั้น สิทธิทั้งหลายยังเกิดขึ้นจากความเข้าใจที่ถูกต้องมากยิ่งขึ้นว่า กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญได้ให้คำนิยามแก่เสรีภาพที่มีความจำเป็นในยุคนสมัยของพวกเราอย่างไร ทั้งนี้ ผู้ที่มีความคิดเห็นว่าการสมรสของคนเพศเดียวกันเป็นความผิด โดยส่วนใหญ่แล้วจะมีฐานของความคิดมาจากหลักการทางศาสนาอันสูงส่งและเต็มเปี่ยมด้วยศีลธรรม หรือแนวคิดในทางปรัชญา แต่ทั้งบุคคลดังกล่าวและความเชื่อของพวกเขาเหล่านั้นก็ได้เป็นสาระสำคัญจนกระทั่งเมื่อมองมอมองต่อด้านส่วนบุคคลดังกล่าวได้ถูกนำไปอนุวัติการเป็น

กฎหมายและนโยบายสาธารณะ และได้ส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อการกำจัดหรือลดทอนเสรีภาพของกลุ่มคนโดยการอนุมัติของรัฐ ผ่านการปฏิเสธเสรีภาพของพวกเขา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่า คู่รักเพศเดียวกันปฏิเสธสิทธินี้ของพวกเขาจึงเป็นการด้อยค่าการตัดสินใจเลือกและลดทอนความเป็นคนของพวกเขาด้วย

สิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในการสมรส นั้น เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพ ซึ่งได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ซึ่งโดยผลของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้ประกันการให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันของกฎหมาย นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรที่ขอด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าหลักการทั้งสองประการนี้จะเป็นหลักการที่ต่างก็เป็นอิสระต่อกัน ดูจกเดียวกันกับกรณีสิทธิต่าง ๆ ซึ่งปรากฏขึ้นโดยนัยแห่งเสรีภาพ และสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ก็อาจตั้งอยู่บนฐานความเข้าใจที่แตกต่างกัน รวมทั้งมิได้มีส่วนสัมพันธ์กันเสมอไป แต่ในบางกรณีสิทธิแต่ละประเภทก็อาจมีส่วนเสริมแก่กัน ทั้งในเชิงความหมายและการสนับสนุน ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในกรณีเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง บทบัญญัติว่าด้วยหลักการหนึ่งอาจมีเนื้อหาที่เพียงพอสำหรับสิทธิหนึ่ง ๆ ได้อย่างถูกต้องและครอบคลุมแล้ว แม้ว่าเมื่อนำบทบัญญัติทั้งสองมารวมกันจะครอบคลุมทั้งในด้านการระบุลักษณะและด้านกรณียามของสิทธินั้น ๆ ได้ด้วยก็ตาม โปรตตุคดี เอ็ม.แอล.บี., 519 U. S. 120-121 อ้างแล้ว ที่ 128-129 (Kennedy, J. ความเห็นพ้องในคำพิพากษา) คดี Bearden v. Georgia, 461 U. S. 660, 665 (1983) ความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกันของหลักการทั้งสองทำให้เกิดความเข้าใจความหมายของเสรีภาพได้ดียิ่งขึ้น ทั้งประเด็นว่าเสรีภาพคืออะไรและประเด็นว่าการใดบ้างเป็นเสรีภาพ

คดีต่าง ๆ ของศาลซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิในการสมรสได้สะท้อนให้เห็นถึงพลวัตข้างต้น ในคดี Loving ศาลได้พิพากษาให้การห้ามสมรสระหว่างคนต่างเชื้อชาติเป็นกรณีที่ไม่อาจมีผลใช้บังคับ ทั้งตามบทบัญญัติว่าด้วยหลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน (the Equal Protection Clause) และตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งสาเหตุที่ศาลพิพากษาให้การห้ามดังกล่าวไม่ชอบ ก็เพราะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่รักต่างเชื้อชาติ “การจำกัดเสรีภาพในการสมรสอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเชื้อชาติเป็นการละเมิดหลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียม” 388 U. S., at 12 เมื่อนำหลักการคุ้มครองโดยเสมอภาคมาประกอบการพิจารณา ศาลสูงสุดนี้จึงพิพากษาว่าการห้ามการสมรสระหว่างคนต่างเชื้อชาติขัดกับหลักเสรีภาพ กล่าวคือ “การปฏิเสธเสรีภาพขั้นพื้นฐานบนความต่างทางเชื้อชาติภายใต้กฎหมายดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 และลดคุณค่าในเสรีภาพของพลเมืองอันปราศจากกระบวนการอันควรตามกฎหมาย” *อ้างแล้ว* ฉะนั้น สาเหตุที่ทำไมการสมรสจึงเป็นสิทธิพื้นฐานจึงมีความกระจ่างชัดยิ่งขึ้นและกระตุ้นการตระหนักรู้ความเข้าใจถึงความเจ็บปวดอันเนื่องมาจากกฎหมายที่ขัดขวางความสัมพันธ์ดังกล่าว

การนำหลักการทั้งสองมาวินิจฉัยร่วมกันปรากฏชัดเจนยิ่งขึ้นในคดี Zablocki ซึ่งศาลได้อ้างหลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานเพื่อพิพากษาว่ากฎหมายที่ถูกโต้แย้งนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะจำกัดสิทธิของผู้เป็นบิดาที่กระทำความผิดในเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเลี้ยงดูบุตรจากการสมรสซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การวิเคราะห์หลักการคุ้มครองอย่างเสมอภาคเป็นประเด็นหลักในการวินิจฉัยของศาลนี้ว่ากฎหมายจกัต้องรับรองสิทธิ “ขั้นพื้นฐานที่สำคัญยิ่ง” นั่นคือ สิทธิในการสมรสที่มีมาโดยธรรมชาติ

ตามที่ได้อธิบายไว้ในคดี Zablocki โดยขัดแย้งกรณีกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค โดยแนวคิดตามหลักการต่าง ๆ ได้แก่ หลักความคุ้มครองเสรีภาพ และหลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาคนั้นต่างนำไปสู่ความเข้าใจที่กระจ่างยิ่งขึ้นในหลักการของกันและกัน

โดยในความเป็นจริงแล้ว ในการตีความหลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันศาลได้ยอมรับว่าการรับรู้สิ่งใหม่ ๆ และความเข้าใจมิติทางสังคมจะสามารถชี้ให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันภายในโครงสร้างสถาบันขั้นพื้นฐานซึ่งไม่อาจต่อต้านหรือไม่เคยตั้งข้อสังเกตได้ เหตุการณ์ดังกล่าวได้เคยปรากฏขึ้นแล้วเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการสมรสในช่วงทศวรรษ 1970 และ 1980 ทั้ง ๆ ที่แนวคิดในเรื่องสถานะทางกฎหมายของหญิงที่สมรสแล้วภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี (doctrine of coverture) ได้เลือนรางไปอย่างมากในช่วงเวลาดังกล่าวก็ตาม การจัดกลุ่มซึ่งไม่เป็นที่ปรารถนาอันเนื่องมาจากพื้นฐานทางเพศในการสมรสก็ยังคงเป็นเรื่องปกติอยู่ในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 โปรดดูคำร้องอุทธรณ์ในคดี Reed v. reed, O.T. 1971, No. 70-4 หน้า 69-88 (สำหรับการอ้างอิงกฎหมายในปี ค.ศ. 1971 จะสะท้อนถึงสถานะของสตรีซึ่งไม่เท่าเทียมกับบุรุษในการสมรส) การจัดกลุ่มขึ้นดังกล่าวเป็นการปฏิเสธศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายฉบับหนึ่งในระดับมลรัฐในปี พ.ศ. 2512 (ค.ศ. 1971) วางหลักไว้ว่า “สามีคือหัวหน้าของครอบครัว และภริยาคืออยู่ใต้บังคับของสามี สิทธิทางแพ่งของภริยาต้องรวมอยู่กับสามี เว้นแต่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นเพื่อการคุ้มครองภริยา หรือประโยชน์ส่วนตัวของภริยาอย่างหนึ่งอย่างใด” ในเอกสารคำอธิบายประมวลกฎหมายแห่งมลรัฐจอร์เจีย§53-501 (1935) เพื่อสนองตอบต่อความตระหนักรู้ใหม่นั้น ศาลจึงได้อ้างหลักการคุ้มครองอย่างเสมอภาคเพื่อวินิจฉัยให้กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความไม่เสมอภาคในการสมรสระหว่างชายและหญิงเป็นโมฆะ

ดูตัวอย่าง คดี Kirchberg v. Feenstra, 450 U. S. 455 (1981) คดี Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co., 446 U. S. 142 (1980) คดี Califano v. Westcott, 443 U. S. 76 (1979); Orr v. Orr, 440 U. S. 268 (1979) คดี Califano v. Goldfarb, 430 U. S. 199 (1977) (plurality opinion) คดี Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U. S. 636 (1975) คดี Frontiero v. Richardson, 411 U. S. 677 (1973) เช่นเดียวกับคดี Loving และ คดี Zablocki คดีทั้งสองนี้แสดงให้เห็นถึงหลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาคที่สามารถสะท้อนและแก้ไขความไม่เสมอภาคกันในการสมรส อันเป็นการอ้างสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ

คดีอื่นๆ ที่เน้นย้ำถึงความสัมพันธ์กันระหว่างเสรีภาพและความเสมอภาค เช่น ในคดี M.L.B. v. S.L.J. ศาลภายใต้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายและความคุ้มครองอย่างเสมอภาค ได้ตัดสินให้กฎหมายที่กำหนดให้มารดาที่ยากไร้ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมในการร้องขอให้ศาลพิจารณาสีทธิของผู้ปกครองบุตร ไม่อาจบังคับใช้ได้ โปรดดู 519 U. S., หน้า 119–124 ในคดี Eisenstadt v. Baird ศาลได้อ้างถึงหลักการทั้งสองดังกล่าวในการวินิจฉัยว่า ข้อห้ามเกี่ยวกับการคุมกำเนิดต่อบุคคลที่ยังมิได้สมรส เว้นแต่กรณีที่บุคคล ดังกล่าวสมรสแล้วเท่านั้น ไม่อาจบังคับใช้ได้ โปรดดู 405 U.S., at 446–454 และในคดี Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson ภายใต้หลักการ ทั้งสองนี้ ศาลได้วินิจฉัยให้กฎหมายที่กำหนดให้มีการทำหมันนักโทษซึ่งมีโทษหนัก ไม่อาจบังคับใช้ได้ โปรดดู 316 U. S., หน้า 538–543

ในคดี Lawrence ศาลสูงสุดได้รับรองความสอดคล้องกันของการคุ้มครองทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้ในบริบทการเยียวยาทางกฎหมายสำหรับกลุ่มชาวเกย์และเลสเบียน ใน 539 U. S., หน้า 575 แม้ว่าคดีดังกล่าวได้อธิบายเพิ่มเติมภายใต้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย ศาลก็ได้ตระหนักและแสวงหา

ทางเยียวยาต่อความไม่เท่าเทียมกันอันเป็นผลจากกฎหมายที่กำหนดให้ ความสัมพันธ์ทางเพศในชีวิตคู่ชาวเกย์และเลสเบียนเป็นอาชญากรรมต่อรัฐ โปรตุเกตุ *อ้างแล้ว* ดังนั้น คดีนี้จึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพและความเสมอภาคเพื่อการนิยามและการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มเกย์และเลสเบียน อันเป็นการพิจารณาว่ารัฐ “ไม่สามารถลดคุณค่าการดำรงอยู่หรือจำกัด ศักดิ์ศรีแห่งตนโดยกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลเป็นอาชญากรรมได้” *Id.*, at 578.

ปรากฏการณ์อันพลวัตนี้สามารถประยุกต์ได้กับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ปรากฏชัดเจนแล้วว่ากฎหมายที่นำมาเรื่องนี้สร้างภาระต่อเสรีภาพมีผลกระทบต่อเสรีภาพและทำความเข้าใจความเสมอภาคลดน้อยถอยลงของคู่รักเพศเดียวกัน กล่าวคือ คู่รักเพศเดียวกันถูกปฏิเสธประโยชน์อันพึงได้ต่าง ๆ ดังที่คู่รักต่างเพศได้รับสิทธิ ตลอดจนสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วเมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์อันยาวนานของการไม่เห็นชอบในความสัมพันธ์ดังกล่าว การปฏิเสธมิให้คู่รักเพศเดียวกันได้สิทธิในการสมรสนี้กลับส่งผลร้ายอย่างต่อเนื่อง อันทำให้สถานะของชาวเกย์และเลสเบียนไม่ได้รับความเคารพและถูกกดขี่ เช่นเดียวกับหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย หลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาคจึงได้ห้ามการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรส โปรตุเกตุตัวอย่างคดี *Zablocki, supra*, at 383–388 และคดี *Skinner*, 316 U. S., at 541.

การพิจารณาดังกล่าวข้างต้นจึงนำไปสู่บทสรุปที่ว่า สิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ติดตัวมนุษย์มากับเสรีภาพของแต่ละบุคคล ซึ่งภายใต้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายและหลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาคแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 คู่รักเพศเดียวกันจึงไม่อาจถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้อีกต่อไป ศาลสูงสุดจึงวินิจฉัยว่าคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรส เสรีภาพนี้มีอาจถูกพรากไปจากบุคคลดังกล่าวได้



จึงให้มีการกลับคำพิพากษาคดี Baker v. Nelson และกฎหมายมลรัฐ ซึ่งเป็นประเด็นโต้แย้งโดยผู้ร้องในคดีเหล่านี้ทำให้การสมรสของบุคคลเพศเดียวกันมีข้อกำหนดและเงื่อนไขแตกต่างจากคู่สมรสต่างเพศจึงไม่อาจบังคับใช้ได้

#### IV

กรณีอาจมีแนวโน้มที่จะพิจารณาคดีเหล่านี้ด้วยความรอบคอบ โดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ การฟ้องร้องคดี และการโต้แย้งที่กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยผู้โต้แย้งในคดีนี้ได้อ้างว่า ยังไม่มีกระบวนการทางประชาธิปไตยที่เพียงพอต่อการตัดสินใจในประเด็นดังกล่าวบนพื้นฐานการนิยามของการสมรส โดยความเห็นส่วนใหญ่ของศาลอุทธรณ์เห็นว่า จะเป็นการตีหากมลรัฐต่าง ๆ ของผู้ถูกร้องรับฟังการอภิปรายสาธารณะและจัดทำกลไกทางการเมืองก่อนการอนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันได้ โปรดดู คดี DeBoer, 772 F. 3d, at 409.

อย่างไรก็ดี ได้มีความพยายามเพื่อให้เกิดความรอบคอบถี่ถ้วนเหนือกว่าข้อโต้แย้งดังกล่าว จึงได้จัดให้มีการทำประชาคมติ การอภิปรายในระดับรัฐสภา การณรงค์ส่งเสริมในระดับบุคคลรากหญ้า ตลอดจนการศึกษาวิจัยที่ผลิตรออกมาในรูปแบบงานเขียนทางวิชาการ งานวิจัย และหนังสือ จำนวนนับไม่ถ้วน ประกอบกับมีการยื่นฟ้องร้องคดีในชั้นศาลทั้งในระดับมลรัฐและระดับสหพันธรัฐ โปรดดูภาคผนวก A โดยความเห็นของฝ่ายตุลาการในประเด็นดังกล่าวได้มาจากข้อมูลรายละเอียดการโต้เถียงและปรึกษาหารือของฝ่ายต่าง ๆ ซึ่งในขณะเดียวกันก็ได้สะท้อนถึงการอภิปรายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในระดับสังคมเป็นการทั่วไปเป็นระยะเวลากว่าหลายทศวรรษที่ผ่านมาแล้ว นอกจากนี้ จากเอกสารความเห็นทางกฎหมายมากกว่า 100 ฉบับ ในคำร้องของพวกเขายังปรากฏเป็นที่ชัดเจน

ว่าสถาบันหลักต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของชาวอเมริกัน อาทิ รัฐบาลระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่น ทหาร ภาครัฐธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม สหภาพแรงงาน องค์กรศาสนา กลุ่มกฎหมาย กลุ่มภาคพลเมือง องค์กรวิชาชีพ และมหาวิทยาลัยต่างๆ ได้ให้ความสนใจต่อประเด็นดังกล่าวเป็นอย่างมาก นำไปสู่ความเข้าใจยิ่งขึ้นต่อประเด็นข้างต้น กล่าวคือ ประเด็นที่เป็นที่โต้เถียงกันเพื่อหาทางออกในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้

เป็นที่แน่นอนว่ารัฐธรรมนูญนั้นพินิจพิเคราะห์แล้วว่าหลักประชาธิปไตยเป็นกระบวนการที่เหมาะสมสำหรับการเปลี่ยนแปลง トラบเท่าที่กระบวนการดังกล่าวมีขัดหรือละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ในการนี้ ความเป็นพหุวัฒนธรรมได้รับการยืนยันถึงความสำคัญอันอยู่ภายใต้หลักประชาธิปไตยไว้แล้วในคดี *Schuetz v. BAMN*, 572 U. S.(2014) ซึ่งศาลได้เคยกล่าวไว้ว่า “สิทธิของพลเมืองในการโต้แย้งนั้น ช่วยให้ตนได้เรียนรู้และตัดสินใจผ่านกระบวนการทางการเมืองภายในบริบทช่วงเวลาแห่งตน” ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว กระบวนการทางประชาธิปไตยนั้นได้รับการคุ้มครองและคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตของบุคคล ดังที่ข้อความตอนหนึ่งในคำวินิจฉัยคดี *Schuetz* กล่าวไว้ว่า “เสรีภาพซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสิทธิของปัจเจกบุคคลมิให้ได้รับอันตรายจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ฉะนั้น เมื่อสิทธิของบุคคลถูกละเมิดแล้ว “รัฐธรรมนูญจะต้องให้การเยียวยาโดยศาล” แม้ว่าหลักการดังกล่าวจะเป็นค่านิยมโดยทั่วไปอยู่แล้วของกระบวนการตัดสินใจทางประชาธิปไตย สิ่งนี้คือสัจธรรมอันเที่ยงแท้แน่นอนเมื่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลกระทบต่อประเด็นต่าง ๆ ที่มีความอ่อนไหวและมีความสำคัญสูงสุด

สภาพพลวัตในระบบรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า คือการที่ปัจเจกบุคคลไม่จำเป็นต้องรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการอันใดเพื่อการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลในสหรัฐอเมริกาจึงเปิดกว้างสำหรับบุคคลที่ได้รับความ

เดือดร้อนเสียหาย ผู้ซึ่งหวังพึ่งฝ่ายตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อปกป้องศักดิ์ศรีและแนวทางแห่งตน ในการนี้ บุคคลสามารถใช้สิทธิอ้างการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเมื่อสิทธิของตนได้รับผลกระทบ ถึงแม้ว่าสาธารณชนอาจไม่เห็นด้วยหรือแม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติเองอาจมิได้ริเริ่มดำเนินการใด ๆ แนวคิดทางรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้คือ “เพื่อบรรเทาสาระใด ๆ อันเป็นความขัดแย้งทางการเมือง และผลักดัน

ให้สอดคล้องกับมติมหาชน ตลอดจนก่อให้เกิดหลักการทางกฎหมายที่ศาลต่าง ๆ สามารถนำไปปรับใช้ได้” ในคดี *West Virginia Bd. Of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943) นี้คือสาเหตุหนึ่งที่ “สิทธิขั้นพื้นฐานอาจไม่ต้องดำเนินการเพื่อลดคะแนนเสียงใด ๆ และสิทธิขั้นพื้นฐานก็ได้ขึ้นอยู่กับผลจากการเลือกตั้งใด ๆ ทั้งสิ้น” อ้างแล้ว ในการนี้จึงไม่ใช่สาระที่จะพิจารณาว่าการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้นได้รับแรงขับเคลื่อนผ่านกระบวนการทางประชาธิปไตยหรือไม่ อย่างไร หากแต่เป็นประเด็นต่อศาลสูงสุดนี้ ในการพิจารณาประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่า รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในการสมรสหรือไม่

ยิ่งไปกว่านั้น มิใช่ครั้งแรกที่ศาลสูงสุดได้รับการตั้งคำถามเพื่อประยุกต์ใช้แนวทางในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในคดี *Bowers* เสียงข้างมากได้รับรองกฎหมายที่กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลเพศเดียวกันเป็นความผิดอาญา โปรดดู 478 U. S., at 186, 190–195 แนวคิดนี้ได้รับการพิจารณาจากการสนับสนุนทางกระบวนการทางประชาธิปไตย ซึ่ง ณ ขณะนั้น เพิ่งเริ่มที่จะพิจารณาสิทธิของชาวเกย์และเลสเบียน แต่ในทางปฏิบัติแล้ว คดี *Bowers* ถือเป็น การรับรองการดำเนินการของรัฐที่ปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของชาวเกย์และเลสเบียนอันสร้างความเจ็บปวดและลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของบุคคลกลุ่มดังกล่าว และตามที่ปรากฏเป็นหลักฐานไว้ในความเห็นแย้งของคดีนี้ ข้อเท็จจริงและหลักการที่สำคัญในการแก้ไข

ประเด็นดังกล่าวก็ได้ปรากฏในศาลที่ตัดสินคดีเช่นกัน *โปรดดู id., at 199* (ความเห็นแย้งของ *Blackmun, J., ร่วมกับ Brennan, Marshall และ Stevens, JJ.*); *id., at 214* (ความเห็นแย้งของ *Stevens, J., ร่วมกับ Brennan และ Marshall, JJ.*) และเหตุนี้เองที่เป็นสาเหตุให้คดี *Lawrence* ตัดสินว่าคดีของ *Bowers* นั้น “ไม่ถูกต้องในขณะที่ได้ทำการตัดสิน” *539 U. S., at 578* อย่างไรก็ดี แม้ว่าท้ายที่สุดแล้วคำพิพากษาคดี *Bowers* จะถูกกลับโดยคำพิพากษาคดี *Lawrence* แต่ชายและหญิงก็ได้รับผลกระทบเช่นนี้ตลอดระยะเวลาที่คำพิพากษานี้มีผลบังคับใช้ อันทำให้ศักดิ์ศรีได้รับกระทบกระเทือนจึงไม่อาจเยียวยาหรือชดเชยได้ด้วยเพียงแค่การจรดปลายปากกา

กล่าวได้ว่าคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่รักเพศเดียวกันอาจมีผลเช่นเดียวกันกับคดีของ *Bowers* ซึ่งไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 อย่างไรก็ดี ประเด็นของผู้ร้องในคดีที่ร้องต่อศาลในครั้งนี้ได้ชี้ชัดให้เห็นถึงความจำเป็นเร่งด่วน *James Obergefell* ผู้ร้องได้ตั้งประเด็นว่ามลรัฐโอไฮโอสามารถเพิกถอนการสมรสของเขากับ *John Arthur* ตลอดไปได้หรือไม่ *April DeBoer* และ *Jayne Rowse* ก็ได้ตั้งประเด็นเช่นเดียวกันว่ามลรัฐมิชิแกนสามารถปฏิเสธการมีสถานะที่มั่นคงและมีเสถียรภาพทั้งหลายของมารดาที่ปรารถนาจะปกป้องบุตรได้หรือไม่ เพียงใด และสำหรับพวกเธอเองแล้ว บุตรของพวกเธอจะสิ้นสุดช่วงปฐมวัยในเวลาอันใกล้นี้ *Ijpe DeKoe* และ *Thomas Kostura* ก็ได้ตั้งคำถามว่ามลรัฐเทนเนสซีสามารถปฏิเสธศักดิ์ศรีพื้นฐานในการรับรองสถานะการสมรสจากมลรัฐนิวยอร์กได้หรือไม่ ในการนี้ ศาลสูงสุดแห่งนี้จึงต้องพิจารณาคำร้องเหล่านี้และพิพากษาตามประเด็นปัญหาข้างต้น

โดยแท้จริงแล้ว ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไม่เห็นชอบในประเด็นต่าง ๆ ข้างต้น ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพเชิงภูมิศาสตร์ตามนัยของกฎหมาย

สหพันธรัฐ ศาลสูงสุดจึงได้รับไว้พิจารณาว่าคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิในการสมรสได้หรือไม่ หากศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ได้แย้งตามคำร้องขอด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวจะสร้างความเข้าใจทั่วทั้งประเทศว่ากฎหมายเหล่านั้นเป็นไปตามกติกาพื้นฐานทางสังคม แต่หากศาลเลือกที่จะดำเนินการพิจารณาเป็นรายคดีไปอย่างช้า ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีต่อคู่รักเพศเดียวกัน แนวทางดังกล่าวก็จะปฏิเสธสิทธิและความรับผิดชอบต่าง ๆ อันมากของชาวเกย์และเลสเบียนที่เกิดจากความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากการสมรส

อนึ่ง ผู้ถูกร้องโต้แย้งว่า การอนุญาตให้คู่สมรสเพศเดียวกันสมรสกันได้จะเป็นภัยคุกคามต่อการสมรสเองในฐานะที่เป็นสถาบันหนึ่งของบุคคลต่างเพศ ผู้ถูกร้องกล่าวอ้างต่อว่า การอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจะกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างการทำกำเนิดตามธรรมชาติกับการสมรส กล่าวคือ ข้อโต้แย้งนี้อยู่บนที่ศนะทางสัญชาตญาณในกระบวนการตัดสินใจของคู่รักต่างเพศเกี่ยวกับการสมรสและสถานภาพการเป็นบิดามารดาที่มีต่อบุตร อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจว่าจะสมรสและเลี้ยงดูบุตรนั้นเป็นการพิจารณาส่วนบุคคลบนพื้นฐานของความรักและการปฏิบัติได้จริง จึงเป็นไปได้เลยที่จะสรุปว่าคู่รักต่างเพศจะเลือกที่จะไม่ทำการสมรสเพียงเพราะเหตุผลง่าย ๆ ที่ว่าคู่รักเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ (โปรดดูคำวินิจฉัยคดี *Kitchen v. Herbert*, 755 F. 3d 1193, 1223 (CA10 2014) วางหลักไว้ว่า “เป็นการไม่สมเหตุผลเลยที่จะเชื่อว่าการรับรองความรักและการหมั้นหมายระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจะเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจในความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลที่เป็นคู่รักต่างเพศ”) ในคดีนี้ผู้ถูกร้องมิได้แสดงให้เห็นถึงข้อสรุปที่ชัดเจนว่าการอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสจะส่งผลเสียตามที่ตนได้บรรยายฟ้อง โดยแท้จริงแล้ว การที่จะไม่รับรองสิทธิการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน เป็นการ

เหมาะสมเสียมากกว่าที่จะมองว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ที่บรรลุนิติภาวะทั้งสองคนโดยการสมรสจะไม่กระทบหรือเป็นอันตรายต่อตนเองและบุคคลที่สาม

ในท้ายที่สุดนี้ จำเป็นต้องพิจารณาว่า ศาสนาและผู้ที่เคร่งครัดในหลักศาสนาอาจมองว่าการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ไม่อาจให้อภัยได้ รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขฉบับแรกได้รับรองว่า องค์กรทางศาสนาและบุคคล จะได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสม เนื่องจากมีบทบาทสำคัญในการสั่งสอน หลักการอันเป็นศูนย์กลางและเติมเต็มศรัทธาและชีวิตในสังคม ตลอดจนการส่งเสริมโครงสร้างครอบครัวให้ดำรงอยู่ยั่งยืนนาน แนวคิดนี้สอดคล้องกับความคิดของบุคคลที่ต่อต้านการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน แต่ในขณะเดียวกัน บุคคลผู้ซึ่งเชื่อในการสมรสของคนเพศเดียวกันว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมสามารถกระทำได้ไม่ว่าจะทางมิติทางศาสนธรรมหรือทางฆราวาสธรรมก็ตาม ก็ยอมรับและเปิดกว้างสำหรับผู้ไม่เห็นต่าง โดยรัฐธรรมนูญมิได้อนุญาตให้มลรัฐกระทำการอันเป็นอุปสรรคขัดขวางคูรัักเพศเดียวกันจากการสมรสที่อยู่บนพื้นฐานหลักการที่คูรัักต่างเพศกระทำระหว่างกันได้

## V

คดีนี้จึงเป็นคดีที่นำเสนอต่อศาลในประเด็นคำถามว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้มลรัฐรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำการสมรสในมลรัฐอื่นหรือไม่ โดยตามที่ปรากฏไว้ชัดเจนแล้วว่า คดี Obergefell และ Arthur และคดี DeKoe และ Kostura การห้ามการรับรอนั้นได้ส่งผลกระทบต่อคูรัักเพศเดียวกันอื่น ๆ

การสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐหนึ่งกลับไม่ได้รับการรับรองจากอีกมลรัฐหนึ่งสร้างความสับสนและความวิตกกังวลในความสัมพันธ์ของกฎหมายภายใน *โปรดดู คดี Williams v. North Carolina, 317 U. S. 287,*

299 (1942) การปล่อยปลະละเลยให้เหตุการณ์ลักษณะนี้ปรากฏต่อไป เป็นการสร้างความไม่แน่นอนและความไม่มีเสถียรภาพ กล่าวคือ สำหรับ คู่สมรสบางคู่ การขับรถไปยังมลรัฐข้างเคียงเพื่อเยี่ยมครอบครัวหรือมิตรสหาย ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่กระทบต่อการรับรองสถานะคู่สมรสในระหว่าง ข้ามเขตแดนมลรัฐ เนื่องด้วยในหลาย ๆ มลรัฐได้รับรองการสมรสของบุคคล เพศเดียวกันแล้วนั้น การสมรสของคนเพศเดียวกันจึงเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก และอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธการรับรองการสมรสนี้เป็นสิ่งที่มี นัยยะสำคัญ และยังคงปรากฏอยู่

ตามทีฝ่ายที่ปรึกษากฎหมายของผู้ถูกร้องได้กล่าวไว้ หากมลรัฐ ได้รับความเห็นชอบทางรัฐธรรมนูญในการรับรองการสมรสของบุคคล เพศเดียวกันแล้ว การปฏิเสธที่จะรับรองการสมรสเพศเดียวกันที่ได้ ดำเนินการในมลรัฐอื่น ๆ ก็จะไม่อาจกระทำได้ ในคำพิพากษานี้ ศาลสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า คู่รักเพศเดียวกันย่อมมีสิทธิพื้นฐานในการสมรสในมลรัฐ ทุกมลรัฐและศาลจำต้องตัดสินว่าไม่มีหลักกฎหมายใดกำหนดให้มลรัฐใด มลรัฐหนึ่งปฏิเสธการรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่ชอบด้วย กฎหมายซึ่งเกิดขึ้นในอีกมลรัฐหนึ่งบนพื้นฐานของเพศเดียวกัน

ไม่มีการรวมกลุ่มใดที่จะลึกลงไปกว่าการสมรส เนื่องจากการสมรส เป็นการก่อสร้างอุดมคติสูงสุดของความรัก ความซื่อสัตย์ การอุทิศตน การเสียสละ และครอบครัว ภายใต้รูปแบบการอยู่ร่วมกันผ่านการสมรสนี้ บุคคลสองฝ่ายจะรวมกันเป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่กว่าที่ตนเคยเป็น ดังที่ผู้ร้องบางราย ของคดีนี้ได้อธิบายไว้ การสมรสก่อสร้างความรักที่ยั่งยืนตราจบจนวันตาย ย่อมเป็นความเข้าใจผิดที่จะกล่าวว่า ชายและหญิงเหล่านี้ไม่เคารพในแนวคิด เรื่องการสมรส แต่เป็นสิ่งที่ชายและหญิงเหล่านี้ไม่วิไลหา เคารพและศรัทธา เพื่อเติมเต็มให้แก่ชีวิตตน ความหวังไม่อาจเติมเต็มชีวิตที่ไร้คู่ ถูกกีดกันจาก สถาบันครอบครัวที่เป็นหนึ่งในอารยธรรมดั้งเดิม พวกเขาจึงร้องขอศักดิ์ศรี

ที่เท่าเทียมในสายตาของกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญสามารถหยิบยื่นสิทธิดังกล่าวให้แก่ตนได้

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งรัฐเซตที่ 6



## ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา John Roberts

John Roberts ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา มีความเห็นแย้ง โดยมีผู้พิพากษา Antonin Scalia และผู้พิพากษา Clarence Thomas ร่วมเห็นพ้องด้วย

คำโต้แย้งของผู้ร้องนั้นอยู่บนรากฐานนโยบายเชิงสังคมและการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นธรรม โดยอ้างว่าคู่รักเพศเดียวกันควรได้รับอนุญาตให้ยืนยันในความรักของพวกเขาและมีพันธะสัญญาต่อกันผ่านทาง การสมรส เฉกเช่นเดียวกับคู่รักที่มีเพศตรงข้ามกัน โดยในช่วง 6 ปีที่ผ่านมา สมาชิกวุฒิสภาผู้ออกเสียงเลือกตั้งและฝ่ายนิติบัญญัติจากมลรัฐ 11 มลรัฐ และเขตการปกครองพิเศษโคลัมเบีย ได้พิจารณาแก้ไขกฎหมายของตน เพื่ออนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้

แต่ศาลสูงสุดแห่งนี้มิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ การพิจารณาถึงการสมรสเพศเดียวกันว่าเป็นสิ่งดีงามหรือไม่จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาล ภายใต้รัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษามีอำนาจแต่เพียงบอกว่ากฎหมายคืออะไร หากกฎหมายควรเป็นเช่นไรไม่ ประชาชนผู้ซึ่งให้ความเห็นชอบในรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจศาลในการปฏิบัติหน้าที่ “หากใช้บังคับกะเกณฑ์หรือสร้างความปรารถนา ในคำวินิจฉัยไม่”

เมื่อพิจารณาข้อโต้แย้งเชิงนโยบาย สิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรส มิใช่สิทธิที่จะทำให้รัฐเปลี่ยนแปลงนิยามของการสมรส กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มิได้วางทฤษฎีเกี่ยวกับการสมรส อย่างไรก็ตาม ในวันนี้ ศาลสูงสุดได้เริ่มมี คำสั่งที่ผิดแผกต่างไปโดยให้มลรัฐสามารถจดทะเบียนและรับรองการสมรส เพศเดียวกัน และประชาชนจำนวนมากก็เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว และ โดยส่วนตัวของข้าพเจ้าเองก็ไม่ได้ขัดแย้งกับแนวทางนี้ แต่การตัดสินใจเช่นนี้

สร้างความหดหู่ใจให้แก่ผู้ที่เชื่อในการปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่การปกครองโดยคน ด้วยผู้ที่สนับสนุนการสมรสเพศเดียวกันประสบความสำเร็จในการเชิญชวนผู้ที่เห็นพ้องกับประเด็นดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการในทางประชาธิปไตย แต่วันนี้ ผู้พิพากษาทั้งห้าท่านได้นำทศนะเกี่ยวกับการสมรสของตนเองมาบังคับใช้เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นการฉกฉวยโอกาสจากประชาชนที่ไม่สนับสนุนการสมรสเพศเดียวกัน อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรุนแรง ซึ่งยากเกินกว่าที่จะยอมรับได้

การตัดสินใจของผู้พิพากษาเสียงข้างมากจึงเป็นการกระทำจากความปรารถนา หากแต่จากการตัดสินใจทางกฎหมายไม่ สิทธิดังกล่าวจึงไม่มีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและไม่เคยปรากฏคำพิพากษาของศาลมาก่อน ในการนี้ ศาลจึงได้วินิจฉัยให้กฎหมายว่าด้วยการสมรสของมลรัฐต่าง ๆ จำนวนมาก ไม่อาจบังคับใช้ได้ และมีคำสั่งให้สถาบันทางสังคมที่ก่อรากฐานสังคมมนุษย์เป็นเวลานานนับพันปีมีการปรับเปลี่ยน

เมื่อพิจารณาปรากฏการณ์ทางประวัติศาสตร์ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญได้จัดทำขึ้นเพื่อประชาชนที่มีพื้นฐานทัศนคติที่แตกต่างกัน ดังนั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องสนใจในภูมิปัญญาหรือนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเสียงข้างมากได้มองข้ามแนวคิดบทบาทของอำนาจตุลาการ โดยเหตุที่ประเด็นปัญหานี้เป็นประเด็นที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้แก่ประชาชน ฉะนั้น การตอบประเด็นเหล่านี้ไม่ได้เป็นไปตามหลักความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่อยู่บนความเข้าใจของตนว่า เสรีภาพคืออะไร และอะไรที่ต้องกลายเป็นเสรีภาพ ในการนี้ ข้าพเจ้าจึงไม่มีทางเลือกอื่นใด นอกจากมีความเห็นแย้ง

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในความเห็นแย้งนี้ จะไม่ใช่การพิจารณาว่า สถาบันการสมรสควรจะเปลี่ยนแปลงโดยให้รวมถึงการสมรสของเพศเดียวกันหรือไม่ แต่ในประเทศประชาธิปไตยของเราการที่จะพิจารณาพิพากษา

ในเรื่องดังกล่าวนั้น ควรปล่อยให้เป็นที่ของประชาชนโดยผ่านผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้ง หรือควรจะอยู่ที่ผู้พิพากษาทั้ง 5 ท่าน ที่ใช้อำนาจในความเป็นกรรมการตามกฎหมายในการแก้ไขประเด็นปัญหาในทางรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญได้ให้คำตอบโดยปราศจากข้อสงสัยไว้แล้ว

ข้อโต้แย้งของผู้ร้องในประเด็นสิทธิในการสมรสและข้อบังคับในเรื่องความเสมอภาคกันในการสมรส โดยที่ผ่านมารัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิในการสมรสและบังคับให้มลรัฐปรับใช้กฎหมายการสมรสที่เสมอภาคกัน คำถามที่แท้จริงของคดีนี้ก็คือ อะไรที่ก่อให้เกิดการสมรส หรือหากกล่าวให้ชัดเจนไปก็คือ ใครที่ตัดสินใจว่าอะไรทำให้เกิดการสมรส เสียงข้างมากกลับละเลยต่อคำถามนี้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับยุคสมัยของอายุและประสบการณ์ของมนุษย์ในเรื่องการสมรสที่ปรากฏหนึ่งถึงสองย่อหน้าในคำพิพากษา

### ประเด็นที่หนึ่ง ความหมายและการดำรงอยู่ของการสมรส

ตามที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้ยอมรับว่า การสมรสดำรงอยู่มาเป็นสหัสวรรษและข้ามผ่านในหลายอารยธรรม โดยการสมรสหมายถึงความสัมพันธ์เพียงหนึ่งเดียวที่เป็นการอยู่ร่วมกันระหว่างชายคนหนึ่งและหญิงคนหนึ่ง ซึ่งนิยามการสมรสดังกล่าวเป็นสากลซึ่งเป็นสาระหลักที่หลาย ๆ คนรับรู้ผ่านการนิยามการสมรส ตลอดจนบทบาทและหน้าที่ของการสมรสในประวัติศาสตร์อารยธรรมต่าง ๆ การสมรสมิได้เป็นผลของการเคลื่อนไหวทางการเมือง การค้นพบ โรคภัยไข้เจ็บ สงคราม ลัทธิศาสนา และการเปลี่ยนแปลงอำนาจในประวัติศาสตร์โลกใด ๆ และมีใช้ผลลัพธ์ทางการตัดสินใจในช่วงยุคก่อนประวัติศาสตร์ที่ไม่ยอมรับบุคคลที่เป็นเกย์และเลสเบียน แต่โดยธรรมชาติแล้ว บุตรย่อมต้องการบิดาและมารดาในการเลี้ยงดูให้เจริญเติบโตในสภาพที่มั่นคงในความสัมพันธ์ของชีวิตที่ยืนยาว เนื่องจากการสืบพันธุ์เป็นของขวัญจากธรรมชาติสำหรับสิ่งมีชีวิตทุกสรรพสิ่ง พันธกรณีระหว่างกันระหว่างชายหญิงเริ่มต้นจากการเป็นสามีภริยา และจากนั้น

จึงก่อร่างสถานะเป็นบิดามารดาและบุตร และเป็นการดีกว่าหากบิดามารดา ผู้ให้กำเนิดจะอยู่ร่วมกันเลี้ยงดูบุตร สังคมจึงได้รับรองข้อผูกพันนี้ผ่านการสมรส และด้วยสถานะและประโยชน์อันพึงมีจากการสมรส สังคมจึงส่งเสริมให้ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ต่อกันผ่านการสมรสมากกว่าความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใด การรับรู้ข้างต้นปรากฏเด่นชัดอยู่แล้วในสังคมสหรัฐอเมริกา

ความเข้าใจเพียงหนึ่งเดียวของการสมรสในประวัติศาสตร์ของอเมริกา ที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากยอมรับคือ การสมรสเป็นการเข้าร่วมทำสัญญา โดยสมัครใจระหว่างชายคนหนึ่งกับหญิงคนหนึ่ง ซึ่งนักวิชาการทางด้านกฎหมายของอเมริกาในยุคแรก ๆ ยอมรับว่าความสัมพันธ์ในฐานะสามีภริยา เป็นความสัมพันธ์ที่ยิ่งใหญ่ในชีวิตส่วนตัว อันส่งผลต่อการผลิต บำรุง และเลี้ยงดูบุตร ผู้ที่ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวผ่านโครงสร้าง เสถียรภาพ บทบาท และค่านิยมสำหรับมนุษย์ทุกคน

รัฐธรรมนูญเองก็มีได้กล่าวอันใดถึงการสมรส ดังนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จึงมอบให้มลรัฐเป็นผู้กำหนดความสัมพันธ์ภายในระหว่างสามีและภรรยา ซึ่งเป็นเช่นนั้นตั้งแต่เริ่มต้นโดยทุกมลรัฐได้นิยามการสมรสผ่านรากเหง้า ในทางประวัติศาสตร์และทางชีววิทยาในคติของมลรัฐทั้งสิ้นก็ได้ดำเนินการเป็นปกติวิสัย กล่าวคือ กฎหมายของมลรัฐนั้น ๆ ได้ให้การรับรองความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงในลักษณะที่เรียกว่าการสมรส ยิ่งไปกว่านั้น ในอดีตก่อน ๆ ของศาลสูงสุดแห่งนี้เองก็ได้้อธิบายเกี่ยวกับการสมรสตามความหมายในทางจารีตประเพณี กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงอันก่อให้เกิดสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันหนึ่งของสังคม เพื่อให้ตนได้ดำรงอยู่และอยู่รอดของมนุษย์ผ่านการผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม

อนึ่ง ผู้พิพากษาเสียงข้างมากกลับมองว่า องค์ประกอบบางประการของการสมรสมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เช่น การแต่งงานแบบคลุมถุงชน

ได้เปลี่ยนเป็นการจับคู่ที่อยู่บนพื้นฐานของความรักโรแมนติก หรือการที่แต่ละมลรัฐเปลี่ยนจากแนวคิดของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับการปกปิด (Coverture) โดยให้ชายและหญิงที่สมรสกันมีสถานะเป็นบุคคลเดียวกัน ในทางกฎหมาย มาเป็นกฎหมายที่ให้สถานะของแต่ละบุคคลแยกออกจากกัน หรือข้อห้ามการสมรสที่เป็นการจำกัดทางเชื้อชาติ/สีผิวซึ่งเป็นการห้ามสมรสกับทาส เพื่อสร้างสังคมคนขาวที่บริสุทธิ์ จึงต้องถูกยกเลิกไปในหลายมลรัฐ และด้วยอำนาจของศาลสูงสุดนี้ได้ยกเลิกข้อจำกัดนั้นไปในท้ายที่สุด และการที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากมองว่า พัฒนาการดังกล่าวมิใช่การเปลี่ยนแปลงอย่างฉิวเฉียดเท่านั้น แต่เป็นการเปลี่ยนสภาพอย่างมากในทางโครงสร้าง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว โดยเนื้อแท้แล้วมิได้เปลี่ยนโครงสร้างหลักของการสมรสที่เป็นการอยู่ร่วมกันระหว่างชายคนหนึ่งและหญิงคนหนึ่ง แต่อย่างใด ผู้พิพากษาเสียงข้างมากอาจจะถูกในเรื่องที่ว่า “ประวัติศาสตร์การสมรสเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่มีทั้งความต่อเนื่องและความเปลี่ยนแปลง แต่ความหมายซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการสมรสก็ยั่งยืนหยุดตลอดไป”

หลังจากศาลสูงสุดได้พิจารณาให้การห้ามการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติแตกต่างกันไม่อาจบังคับใช้ได้แล้วในคดี Loving คู่รักชาวเกย์ในมลรัฐมินเนโซตาได้ร้องขอให้รับรองการจดทะเบียนสมรสเช่นกัน ในคดี Baker โดยกล่าวอ้างว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้มลรัฐให้ความเห็นชอบการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเช่นเดียวกับการสมรสของคนต่างเพศ แต่ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐมินเนโซตาได้ยกคำร้องดังกล่าว ภายหลังจากคดี Baker ในหลายทศวรรษต่อมา ชาวเกย์และเลสเบี้ยนจำนวนมากเริ่มใช้ชีวิตอย่างเปิดเผยมากขึ้น ตลอดจนแสดงความปรารถนาที่จะให้ความสัมพันธ์ของพวกเขาได้รับการยอมรับโดยการสมรส หากแต่แนวคิดดังกล่าวจำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคคลกลุ่มเล็ก ๆ เท่านั้น และหลังจากที่ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ได้ตีความรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ในปี ค.ศ. 2003 โดยรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน มลรัฐต่าง ๆ รวมถึงมลรัฐทั้งสี่ในคดีนี้

จึงเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของมลรัฐโดยนำนิยามการสมรสที่มีมาอย่างยาวนานมาใช้ อย่างไรก็ตามก็ปัดต่อมาความคิดเห็นสาธารณะเกี่ยวกับการสมรสเริ่มเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเวอร์มอนต์ มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ เขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย มลรัฐนิวยอร์ก และรวมถึงผู้มีสิทธิลงคะแนนในมลรัฐเมน ได้ปรับแก้นิยามการสมรสให้หมายรวมถึงการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันด้วย ขณะเดียวกันก็ได้มีความพยายามทำให้แนวคิดนี้อยู่ร่วมกันได้กับผู้ที่ยึดมั่นในหลักความเชื่อทางศาสนา โดยปัจจุบันมี 11 มลรัฐและเขตการปกครองพิเศษโคลัมเบียที่ได้เปลี่ยนความหมายการสมรสให้หมายรวมถึงคู่รักเพศเดียวกัน ในขณะที่มลรัฐอื่น ๆ ยังคงให้นิยามการสมรสแบบจารีตประเพณีดั้งเดิมอยู่

ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องว่า ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (the Due Process Clause) และหลักความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) แห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ได้กำหนดให้มลรัฐจดทะเบียนและรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน ในการนี้ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาผ่านกระบวนการขั้นทางประชาธิปไตยในการขยายคำนิยามของการสมรสเพื่อให้หมายรวมถึงคู่รักชาวเกย์ คดีดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำนิยามการสมรสได้ และควรถอดถอนประเด็นนี้ออกไปเพราะเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความเห็นชอบจากการลงคะแนนเสียงของประชาชนในมลรัฐ ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญของศาลอุทธรณ์ดังกล่าวชอบแล้ว

### ประเด็นที่สอง การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process of Law Clause)

ผู้ร้องโต้แย้งว่ากฎหมายว่าด้วยการสมรสในมลรัฐของตนละเมิดบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (the Due Process Clause) ซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างมากกลับมิได้พิจารณาคดีของผู้ร้องนี้

บนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว แต่กลับอ้างหลักเกณฑ์ 4 ประการและ  
 ธรรมเนียมปฏิบัติของกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายของศาลสูงสุดนี้  
 ในคดีก่อน ๆ ที่สนับสนุนสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่รักเพศเดียวกันในการสมรส  
 อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้ว แนวทางของเสียงข้างมากเองก็ได้อยู่บน  
 พื้นฐานของธรรมเนียมนิยม ซึ่งถ้าหากข้าพเจ้าเป็นผู้ร่างกฎหมายเองแล้ว  
 ข้าพเจ้าจะพิจารณาแนวคิดนโยบายเชิงสังคม แต่ในฐานะที่ข้าพเจ้าเป็น  
 ผู้พิพากษา ข้าพเจ้ากลับเห็นว่าเสียงข้างมากนั้นไม่เป็นไปตามสาระสำคัญของ  
 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องนั้นไม่เข้าข่ายประเด็นการพิจารณา  
 ทางรัฐธรรมนูญอันมีความอ่อนไหว ผู้ร้องมิได้ต่อสู้ว่ากฎหมายว่าด้วยการ  
 สมรสในมลรัฐของตนได้ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในเรื่องใด อาทิ เสรีภาพ  
 ในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรก  
 เป็นต้น หากแต่ผู้ร้องกลับโต้แย้งว่ากฎหมายดังกล่าวละเมิดต่อสิทธิที่กำหนด  
 ไว้เป็นนัยยะในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ที่วางหลักไว้ว่าเสรีภาพ  
 ไม่อาจถูกกลดทอนได้หากปราศจากหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย

ศาลสูงสุดนี้ได้ตีความบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควร  
 แห่งกฎหมายให้หมายรวมถึงองค์ประกอบทางด้านเนื้อหาที่คุ้มครองสิทธิ  
 ประโยชน์แห่งเสรีภาพบางอย่างจากการกระทำอันเป็นการลดทอนโดยรัฐ  
 จากคำพิพากษา ก่อน ๆ ของศาลสูงสุดนี้ที่ได้ยืนยันไว้แล้วว่า ผู้พิพากษา  
 จะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างรอบคอบที่สุดในการชี้ให้เห็นถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน  
 ที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นนัย กล่าวคือ สามารถสรุปได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน  
 ที่สำคัญจะต้องดำรงอยู่ในสังคม หากใช้อำนาจของผู้พิพากษาที่จะเป็นผู้กำหนด  
 สิทธิที่สำคัญดังกล่าวภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้น  
 บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายจึงมิใช่การรับรองว่าสิทธิ  
 ทุกประการจะคงอยู่ในระบบอันเป็นอุดมคติ ศาลสูงสุดได้เคยนำหลัก

กระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเชิงเนื้อหามาใช้เพื่อยับยั้งกฎหมายแล้ว ครั้งหนึ่ง กล่าวคือ ในคดี *Dred Scott v. Sandford* ศาลได้วินิจฉัยให้กฎหมายที่อนุญาตการค้าทาสละเมิดต่อสิทธิที่ได้กำหนดไว้เป็นนัย โดยอ้างว่า กฎหมายใดของสภาคองเกรสที่ซึ่งลดทอนความเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ตลอดจนเสรีภาพและทรัพย์สินของตนในดินแดนของสหรัฐอเมริกาจักไม่ได้รับการรับรองภายใต้ชื่อหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย อนึ่ง ผู้พิพากษา Curtis ได้มีความเห็นแย้งโดยอธิบายว่า เมื่อกฎหมายแห่งการตีความกฎหมายได้ถูกล้มล้างไป ความเห็นเชิงทฤษฎีของบุคคลถึงจะได้รับการพิจารณาในการแสวงหาคำตอบตามรัฐธรรมนูญ ในการนี้ จะไม่มีรัฐธรรมนูญอีกต่อไป หากแต่อยู่ภายใต้การปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้ซึ่งมีอำนาจในการประกาศว่ารัฐธรรมนูญคืออะไรในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 คดีที่เป็นที่กล่าวถึงมากที่สุด ได้แก่ คดี *Lochner v. New York* ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยให้กฎหมายของมลรัฐไม่สามารถบังคับใช้ได้ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายดังกล่าวแทรกแซงสิทธิของปัจเจกบุคคล ตลอดจนเสรีภาพของเอกชนและเสรีภาพในการทำสัญญา และในคดีนี้เอง ศาลได้ยกเลิกกฎหมายมลรัฐนิวยอร์กที่กำหนดจำนวนชั่วโมงทำงานสูงสุดของลูกจ้างร้านขนมปังอบ เพราะไม่มีฐานที่สมเหตุสมผลว่ามีความจำเป็นหรือเหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพ ผู้พิพากษาผู้มีความเห็นแย้งในคดีได้อธิบายว่า กฎหมายของนิวยอร์กต้องมีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองสุขภาพของลูกจ้างในร้านดังกล่าว รัฐธรรมนูญมิได้มีวัตถุประสงค์เพียงตอบสนององทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง หากแต่เป็นรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้สำหรับประชาชนทุกคน บนความเห็นต่าง และเป็นหน้าที่ของศาลในการแสวงหาความเป็นกลาง

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมา ศาลได้พิเคราะห์แล้วว่าแนวทางของตนที่พิจารณาไว้ในคดีข้างต้นนั้นผิดพลาด แนวคิดที่วางหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิพากษาว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ



เพราะเหตุที่ศาลเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ดำเนินการอย่างไม่ชาญฉลาด ได้มีการทบทวนใหม่โดยกลับมาที่จุดเริ่มแรกของรัฐธรรมนูญซึ่งศาลจะไม่นำความเชื่อในทางเศรษฐกิจและสังคมไปตัดสินในเรื่องที่เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย ฉะนั้น จึงเป็นกฎอันเป็นที่ยอมรับแล้วว่าศาลจะไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพียงเพราะเห็นว่ากฎหมายนั้นยังมีข้อบกพร่อง หรือไม่สอดคล้องกับสำนักคิดทางกฎหมายใดสำนักหนึ่ง อนึ่ง การเห็นแย้งในคดี Lochner มิได้บังคับให้ปฏิเสธความเชื่อในสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏเป็นนัย อย่างไรก็ตาม เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นเช่นเดียวกับคดี Lochner ที่นำความรู้สึกส่วนบุคคลมาใช้เป็นบทบังคับทางรัฐธรรมนูญ หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเชิงเนื้อหาสมัยใหม่จึงเน้นย้ำถึงหลักการยับยั้งตนเองของฝ่ายตุลาการ คำวินิจฉัยในคดีก่อน ๆ ได้วางหลักไว้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นนัยได้หยั่งรากลึกไว้ในประวัติศาสตร์และธรรมเนียมปฏิบัติของชาติ ตลอดจนเสรีภาพและความยุติธรรม ความเชื่อมั่นในประวัติศาสตร์และธรรมเนียมปฏิบัติมิได้พิจารณาเฉพาะกฎหมายที่ถูกโต้แย้งฉบับใดฉบับหนึ่ง เพราะการให้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญใด ๆ ก็ไม่อาจไปจำกัดเสรีภาพได้ หากแต่แนวทางการตัดสินอย่างรับผิดชอบจะต้องจำกัดอำนาจฝ่ายตุลาการ การจำกัดอำนาจดังกล่าวต้องกระทำด้วยความเคารพต่อสิ่งที่ประวัติศาสตร์สั่งสมมา การตระหนักรู้ถึงค่านิยมทางสังคม ตลอดจนยอมรับในบทบาทของแนวคิดสหพันธรัฐนิยมและหลักการแบ่งแยกอำนาจ

เสียงข้างมากมิได้รับรู้พื้นฐานทางแนวคิด จึงทำให้เห็นว่าการใช้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเชิงเนื้อหาที่มีความรุนแรง และเป็นปฏิบัติยกต่อคดีก่อน ๆ นำไปสู่คำพิพากษาของศาลที่เลือกแนวทางเช่นเดียวกันคดี Lochner ซึ่งมีได้อยู่บนหลักการใด ๆ เลย

กรอบความคิดของเสียงข้างมากคือ การสมรสเป็นเรื่องที่พึงปรารถนา

และผู้ร้องก็ปรารถนาในสิ่งนั้น ความเห็นดังกล่าวได้อธิบายถึงความสำคัญของการสมรส และเห็นพ้องว่าผู้ร้องมิได้ดำเนินการเพื่อลดคุณค่า ทำลายค่านิยม ทำให้เสื่อมเสีย หรือไม่เคารพต่อสถาบันครอบครัวและการสมรส ส่งผลให้ประชาชนชาวอเมริกันจำนวนมากเปลี่ยนแปลงความคิดเห็นของตนต่อการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันว่าเป็นสิ่งที่ควรกระทำได้ ซึ่งตามสาระของรัฐธรรมนูญแล้ว ความปรารถนาของผู้ร้องย่อมไม่สอดคล้องได้

เมื่อเสียงข้างมากพิจารณาถึงมิติทางกฎหมาย ฝ่ายดังกล่าวเพียงแค่อ้างอิงการอภิปรายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรสดังที่ปรากฏในคดีต่าง ๆ ก่อนหน้านี้ คดีเหล่านี้เป็นการเรียกร้องสิทธิในการสมรส โดยเห็นว่าเป็นสิทธิในทางรัฐธรรมนูญที่จะกระทำได้ ศาลได้ให้มลรัฐแสดงเหตุผลที่เป็นอุปสรรคในการสมรสเพื่อให้เกิดความเข้าใจในสถาบันการสมรส อยู่เสมอ เช่น ในคดี Loving ศาลเห็นว่าข้อจำกัดทางเชื้อชาติกระทบต่อสิทธิในการสมรสนั้น ขาดการให้เหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือในคดี Zablocki ข้อจำกัดในเรื่องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตรนั้นยังไม่เพียงพอ หรือในคดี Turner ข้อจำกัดในเรื่องสถานะของนักโทษนั้นไม่เป็นที่ยอมรับ

คำร้องของผู้ร้องกล่าวอ้างว่า กฎหมายว่าด้วยการสมรสที่ใช้บังคับในรัฐของตนไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย จึงขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาความชอบของกฎหมายการสมรสดังกล่าว ซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้พิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์และจารีตประเพณีสี่ประการ รวมทั้งแนวบรรทัดฐานทางคดีจากคดีต่าง ๆ และได้พิพากษาว่า บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเป็นฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ในการนี้ ผู้พิพากษา John Roberts ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยมีความเห็นแย้งเกี่ยวกับการปรับใช้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายและแนวบรรทัดฐานทางคดีของผู้พิพากษาเสียงข้างมาก ดังนี้

การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายของตุลาการฝ่ายเสียงข้างมาก ไม่สอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานทางคดีของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ยึดถือมาอย่างยาวนาน กล่าวคือ

(1) แม้ว่าผู้พิพากษาเสียงข้างมากจะได้อ้างอิงคำพิพากษาที่เป็นแนวบรรทัดฐานทางคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิในการสมรส แต่เมื่อพิจารณาจากประเด็นแห่งคดีของคำพิพากษาต่าง ๆ ดังกล่าว กลับพบว่า ประเด็นซึ่งเป็นสาระสำคัญของแต่ละคดีมิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับสิทธิในการสมรสโดยคดี *Loving* มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการห้ามสมรสเพราะเหตุแห่งข้อจำกัดทางเชื้อชาติ คดี *Zablocki* มีสาระสำคัญเกี่ยวกับภาระหนี้สินการเลี้ยงดูบุตร คดี *Turner* มีสาระสำคัญเกี่ยวกับสถานะการเป็นผู้ต้องขัง ดังนั้นเมื่อสาระสำคัญของคดีไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นการสมรส การพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีดังกล่าว จึงไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นการสมรสและไม่มีสถานะเป็นแนวบรรทัดฐานทางคดีที่จะใช้อ้างอิงเพื่อเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของนิยามการสมรส ซึ่งได้แก่ การแสดงความจำนงระหว่างเพศชายและเพศหญิงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันได้แต่ประการใด ในกรณีนี้ ผู้พิพากษา John Roberts ได้ยกตัวอย่าง คดี *Loving* ซึ่งผลแห่งคำพิพากษามีลักษณะเป็น การลบล้างเงื่อนไขการสมรสที่เชื่อมโยงกับเชื้อชาติของชายและหญิง จึงเป็นประเด็นการสมรสของบุคคลต่างเพศที่มีเชื้อชาติแตกต่างกัน และไม่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันแต่ประการใด

ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า บรรดาแนวบรรทัดฐานทางคดีที่มีการอ้างอิงในคำพิพากษานั้น ล้วนไม่มีเนื้อหาเกี่ยวกับนิยามของการสมรส ซึ่งเป็นสาระสำคัญของคดีนี้ตามความประสงค์ของผู้ร้อง

(2) ประเด็นการสมรสเป็นประเด็นที่ไม่มีลักษณะความผิดทางอาญาและโทษ คู่รักเพศเดียวกันย่อมสามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ด้วยความรัก

รวมทั้งร่วมกันสร้างครอบครัวได้ตามที่ประสงค์ กรณีจึงแตกต่างจากคดีในอดีตที่ได้มีการอ้างอิงในคำพิพากษา ไม่ว่าจะเป็นคดี *Lawrence* หรือคดี *Griswold* เนื่องจากคดีทั้งสองเกี่ยวข้องกับการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและโทษ กล่าวคือ การร่วมเพศระหว่างคนเพศเดียวกันและการใช้ยาคุมกำเนิดตามลำดับ นอกจากนี้ มูลเหตุของคดีทั้งสองยังสัมพันธ์กับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้บุกรุกเคหสถานของผู้ร้องอันเป็นพื้นที่ส่วนบุคคล มูลเหตุตามคดีดังกล่าวจึงมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งแตกต่างจากกรณีการสมรสตามคำร้องในคดีนี้ อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากความเห็นแย้งของ Harlan ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Poe v. Ullman* ซึ่งได้มีการอ้างอิงในคำพิพากษา นั้น จะพบว่า ท่าน Harlan ได้ให้ความเห็นในกรณีที่ศาลปรับใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการพิจารณาพิพากษาว่า ศาลในคดีที่ต้องปรับใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน มิได้มีอิสระที่จะพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้โดยเสรี โดยปราศจากหลักการทางทฤษฎี ดังนั้น โดยสรุปแล้ว แนวบรรทัดฐานทางคดีที่ได้มีการอ้างอิงในคำพิพากษาจึงเป็นกรณีเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งในด้านหนึ่งอาจมีผลคุ้มครองการกระทำอันที่คู่รักของบุคคลเพศเดียวกันได้ แต่แนวบรรทัดฐานทางคดีดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นการรับรองหรือยืนยันสิทธิใด ๆ ที่จะนำไปสู่การให้นิยามใหม่แก่การสมรส เพื่อให้ครอบคลุมบุคคลเพศเดียวกัน รวมทั้งมิได้มีฐานทางกฎหมายใด ๆ สนับสนุนให้กฎหมายว่าด้วยการสมรสที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบ

(3) ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้อ้างอิงสิทธิของบุคคลในการเลือกสมรส (the right to personal choice regarding marriage) เพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หากอ้างสิทธิดังกล่าวเพื่อใช้สนับสนุนในกรณีนี้ได้แล้ว สิทธิของบุคคลในการเลือกสมรสย่อมจะต้องเป็นฐานทางกฎหมายสนับสนุนกรณีการมีคู่ครองหลายคนได้ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากรากฐานทางวัฒนธรรมของ

ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก จะพบว่า การสมรสในลักษณะคู่ครองหลายคนเป็น แนวปฏิบัติของสังคมที่แพร่หลายมากกว่ากรณีการสมรสของบุคคล เพศเดียวกัน ดังนั้น หากผู้พิพากษาเสียงข้างมากจะตัดสินรับรองการสมรส ของบุคคลเพศเดียวกัน ก็สมควรรับรองการสมรสแบบคู่ครองหลายคนด้วย นอกจากนี้ หากความมุ่งประสงค์ของตุลาการฝ่ายเสียงข้างมากในการ สนับสนุนการสมรสแบบเพศเดียวกันคือ การคุ้มครองสถาบันครอบครัวและ บุตรของคู่รักเพศเดียวกัน ความมุ่งประสงค์ดังกล่าวย่อมสมควรต้อง ครอบคลุมถึงสถาบันครอบครัวและบุตรของคู่รักแบบคู่ครองหลายคนด้วย เนื่องจากการปฏิเสธการยอมรับต่อสถาบันครอบครัวของคู่สมรสแบบคู่ครอง หลายคนย่อมส่งผลเสียต่อบุตรในลักษณะเดียวกับกรณีคู่รักเพศเดียวกัน

(4) หน้าที่ของศาลในการพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดี คือ หน้าที่ ในการปรับใช้กฎหมายบ้านเมืองแก่คดี มิใช่การอ้างอิงหลักการทางศีลธรรม หลักปรัชญา หรือหลักการทางสังคมใด ๆ เพื่อเป็นฐานสนับสนุนการปรับใช้ บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย ดังนั้น การอ้างอิง หลักการว่าด้วยผลร้าย (the harm principle)<sup>28</sup> เป็นฐานสนับสนุนการ ปรับใช้หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของบุคคล เพศเดียวกัน จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่ของศาลในการปรับใช้ กฎหมายบ้านเมืองแก่คดี

**ประเด็นที่สาม การปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครอง อย่างเท่าเทียม (the Equal Protection Clause)**

<sup>28</sup> หลักการว่าด้วยผลร้ายหรือหลักภัยอันตราย (the harm principle) เป็นหลักการที่ผู้พิพากษา John Roberts สรุปลงจากเหตุผลในคำพิพากษา ซึ่งผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากได้วางหลัก ไว้ว่า การขยายนโยบายการสมรสให้ครอบคลุมกรณีบุคคลเพศเดียวกัน “มิได้ก่อให้เกิดผลร้าย ต่อคู่รักดังกล่าว หรือบุคคลที่สามแต่อย่างใด” (... pose no risk of harm to themselves or third parties.)

John Roberts ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยมีความเห็นว่า แม้ผู้พิพากษาเสียงข้างมากจะได้อ้างอิงบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมเพื่อเป็นฐานทางกฎหมายสนับสนุนสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวกลับปราศจากการให้เหตุผลที่เหมาะสม โดยแม้จะได้มีการอธิบายเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ทางกฎหมายที่คู่สมรสจะได้รับ อาทิ การได้รับการรับรองสถานะสมรสในเอกสารทางการต่าง ๆ แต่เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของคำร้องจะพบว่า ความมุ่งประสงค์ของผู้ร้อง คือ การขอให้ศาลพิจารณาพิพากษากฎหมายว่าด้วยการสมรส มิใช่การร้องขอให้พิจารณาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ทางกฎหมายที่จะได้รับการสมรส ดังนั้น จึงเห็นแย้งกับการกล่าวอ้างประเด็นสิทธิประโยชน์ทางกฎหมายเป็นข้ออธิบายการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองอย่างเท่าเทียม

### ประเด็นสี่ ด้านความเหมาะสมต่าง ๆ

ประเด็นการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเป็นประเด็นทางสังคมที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ในมิติและแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งเป็นไปตามวิถีทางประชาธิปไตยและวัฒนธรรมทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาที่เปิดโอกาสให้กลุ่มคนที่มีความเห็นแตกต่างกันได้แสดงความคิดเห็นของตน และนำไปสู่ข้อสรุปสุดท้ายที่เป็นผลจากการถกอภิปรายกันอย่างเท่าเทียมกันและด้วยความสัจอย่างใดก็ตาม เมื่อศาลได้อำนาจตุลาการตัดสินประเด็นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยเสียงข้างมากของตุลาการจำนวน 5 ท่าน ย่อมส่งผลให้ประเด็นการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันไม่อาจมีการถกอภิปรายตามครรลองของวิถีทางประชาธิปไตยได้อีกต่อไป และโดยผลจากการพิพากษาของศาลเช่นนี้ ยังมีลักษณะเป็นการแทรกแซงทางตุลาการ ซึ่งมีได้ช่วยแก้ไข ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของศาลแล้ว จะพบว่า ศาลมีอำนาจในทางรัฐธรรมนูญ เฉพาะเพื่อพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ

ที่เกิดขึ้นแล้วอย่างเป็นรูปธรรม มิใช่การปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่คาดการณ์ว่าจะเกิดขึ้นในลักษณะนามธรรมอันมีที่มาจากอ้างอิงสิทธิใหม่ ๆ ทั้งนี้ ศาลควรตระหนักด้วยว่า ความชอบธรรมในอำนาจของตุลาการซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้งนั้น ขึ้นอยู่กับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มิใช่การกล่าวอ้างความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในเชิงอัตวิสัยเกี่ยวกับประเด็นทางศีลธรรมและปรัชญา และใช้ความเข้าใจดังกล่าวเป็นเหตุผลในการพิพากษาคดี

นอกจากข้อพิจารณาความเหมาะสมของคำพิพากษาในประเด็นวิถีทางประชาธิปไตย วัฒนธรรมทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา และอำนาจตามกฎหมายของตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมที่ต้องให้ความสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ประเด็นสิทธิทางศาสนาซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากประเด็นการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันมีความสัมพันธ์กับความเชื่อทางศาสนา โดยคนจำนวนไม่น้อยได้แสดงทัศนะต่อต้านการสมรสของบุคคลดังกล่าวอันเนื่องมาจากความเชื่อและความศรัทธาทางศาสนา ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้เสรีภาพทางศาสนาตามที่ได้รับ การรับรองอย่างชัดเจนในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 1 ดังนั้น การรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันย่อมนำไปสู่ปัญหาที่เชื่อมโยงกับประเด็นทางศาสนาได้ เช่น กรณีสถาบันการศึกษาด้านเทววิทยาได้จัดที่พักให้แก่คู่สมรสที่เป็นบุคคลต่างเพศเท่านั้น กรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาโดยตรงแก่คู่สมรสเพศเดียวกันที่ต้องการเข้าพักในที่พักของสถาบันการศึกษาดังกล่าว เป็นต้น

## ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Antonin Scalia

---

ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Antonin Scalia โดยมีผู้พิพากษา Clarence Thomas เห็นพ้องด้วย

ข้าพเจ้าเห็นพ้องในความเห็นแย้งของประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>29</sup> ทั้งฉบับ ข้าพเจ้าเขียนความเห็นแย้งนี้แยกต่างหาก เพื่อเตือนสติถึงภัยอันตรายของศาลนี้ที่มีต่อระบอบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกา

เนื้อหาของคำสั่งศาลในวันนี้ไม่ได้มีความสำคัญต่อข้าพเจ้ามากมายนัก กฎหมายสามารถรับรองการสมรสไม่ว่าจะเป็นความผูกพันทางเพศอย่างไร ๆ และการจัดการชีวิตตามที่ประสงค์ รวมถึงสามารถอำนวยความสะดวกในทางแพ่งอันเป็นผลที่ตามมาจากมาตรการทางภาษีในการสืบมรดกได้

ผลที่ตามมาในทางแพ่งเหล่านั้นและการยอมรับอย่างเป็นทางการอันได้ชื่อว่าเป็นหลักฐานแห่งการสมรส อาจสามารถก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมได้ แต่ก็ไม่ได้อยู่ห่างไกลไปกว่าผลร้ายของกฎหมายซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันฉบับอื่น ๆ ดังนั้นจึงไม่ได้มีความสำคัญเป็นพิเศษต่อข้าพเจ้าว่ากฎหมายจะกล่าวถึงการสมรสอย่างไร แต่สิ่งที่สำคัญอย่างมากคือปัญหาว่าใครเป็นผู้ปกครองข้าพเจ้า คำสั่งศาลในวันนี้ชี้ว่าผู้ปกครองของข้าพเจ้าและผู้ปกครองของชาวอเมริกันกว่า 320 ล้านคน ตั้งแต่ชายฝั่งตะวันออกไปจนถึงชายฝั่งตะวันตก คือ เสียงข้างมากของนักกฎหมาย 9 คน ในศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ความเห็นในคดีเหล่านี้เป็นการขยายขอบเขตของข้อเท็จจริงออกไปให้ไกลที่สุด และหนึ่งในการขยายขอบเขตดังกล่าวสามารถจินตนาการ

---

<sup>29</sup> ผู้พิพากษา John Roberts



ไปได้ว่าศาลอ้างอำนาจในการสร้าง “เสรีภาพ” ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมละเลยไม่กล่าวถึง การกระทำในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการ 9 คน ซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งมาพร้อมกับการสรรเสรีภาพอย่างฟุ่มเฟือยอยู่เสมอ (อย่างที่เกิดขึ้นในวันนี้) ได้ปล้นเสรีภาพประการที่สำคัญที่สุด คือ เสรีภาพในการปกครองตนเองซึ่งได้รับการยืนยันไว้ในคำประกาศอิสรภาพ และปล้นชัยชนะในการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1776 ไปเสียจากประชาชน<sup>30</sup>

## I

การอภิปรายสาธารณะในประเด็นเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเป็นการแสดงถึงระบอบประชาธิปไตยของชาวสหรัฐอเมริกาได้ดีที่สุดจนกระทั่งศาลได้ทำให้การอภิปรายเหล่านั้นยุติลง บุคคลจากทั้งสองฝ่ายที่อภิปรายกันดังกล่าวได้พยายามชักจูงเพื่อนร่วมชาติให้ยอมรับความคิดเห็นของตนอย่างร้อนแรงแต่เปี่ยมด้วยความเคารพนับถือกัน ชาวสหรัฐอเมริกาพิจารณาข้อถกเถียงข้างต้นและนำปัญหานี้ไปลงคะแนนเสียง โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (The electorates) ทั้งพวกที่ลงคะแนนเสียงโดยตรงและพวกที่ลงคะแนนเสียงผ่านผู้แทน จำนวน 11 มลรัฐ ได้เลือกที่จะขยายขอบเขตความหมายดั้งเดิมของการสมรสออกไป [ให้หมายความรวมถึงการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันด้วย - ผู้แปล] แต่ก็มีผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนมากกว่านั้นที่ตัดสินใจไม่ขยายความหมายของการสมรส แต่ไม่ว่าจะแพ้หรือชนะ ผู้สนับสนุนความเห็นทั้งสองฝ่ายก็ยังคงผลักดันวาระของพวกเขาอย่างต่อเนื่อง ด้วยความมั่นคงในความเข้าใจว่าความพ่ายแพ้นี้อาจถูกลบล้าง

<sup>30</sup> เมื่อพิจารณาความหมายโดยนัยของข้อความในย่อหน้านี้แล้ว ผู้แปลเข้าใจว่าผู้พิพากษา Antonin Scalia ต้องการจะสื่อความหมายในเชิงประชดประชันว่าผู้พิพากษา 9 คนในศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา กระทำการเสมือนเป็นผู้ปกครองสหรัฐอเมริกา และคำพิพากษาในคดีนี้มีผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งพรากเสรีภาพไปจากประชาชน

ได้ด้วยการชนะการลงคะแนนเสียงครั้งหน้า แน่นอนว่าวิธีการนี้ทำให้ระบบการปกครองของสหรัฐอเมริกาประสบผลสำเร็จ

รัฐธรรมนูญได้วางข้อจำกัดบางประการไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเอง ด้วยความยินยอมของประชาชนซึ่งได้ให้ไว้เมื่อประชาชนให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ การห้ามด้อยค่าความผูกพันแห่งสัญญา ห้ามมลรัฐใด ๆ ปฏิเสธการเชื่อถือและการให้เครดิตอย่างเต็มที่ต่อรัฐบัญญัติของมลรัฐอื่น การห้ามปฏิบัติศาสนกิจโดยเสรี การตัดทอนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การละเมิดสิทธิในการมีและถืออาวุธ การให้อำนาจให้มีการค้นและยึดโดยไม่มีเหตุอันควร และข้อจำกัดอื่น ๆ นอกเหนือจากข้อจำกัดเหล่านี้ บรรดาอำนาจที่มลรัฐและประชาชนสงวนเอาไว้สามารถใช้ได้ตามที่มลรัฐหรือประชาชนปรารถนา คดีเหล่านี้เป็นการตั้งประเด็นปัญหาให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (The Fourteenth Amendment) มีข้อจำกัดให้มลรัฐอนุญาตหรือรับรองการสมรสระหว่างบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน หรือไม่ ประเด็นปัญหานี้สามารถแยกออกจากกระบวนการทางการเมือง (Political Process) ได้หรือไม่? แน่นอนว่า ไม่

คงจะเป็นที่น่าแปลกใจในการค้นหาการวางเงื่อนไขเกี่ยวกับการสมรสในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้เขียนความเห็นของฝ่ายเสียงข้างมากในวันนี้ได้ย้าเตือนเราเมื่อสองปีก่อน (ในความเห็นซึ่งร่วมเห็นพ้องโดยผู้พิพากษาคนเดียวกับที่ร่วมเห็นพ้องในความเห็นของเขาในวันนี้) ว่า

“การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นแดนซึ่งได้รับการยอมรับนับถือมาอย่างยาวนานว่าเป็นเสมือนขอบเขตรับผิดชอบโดยเฉพาะของมลรัฐ”

“รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ ตลอดช่วงเวลาในประวัติศาสตร์ ได้ปล่อยให้ เป็นเรื่องของนโยบายทางกฎหมายของมลรัฐที่จะตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับ

ความสัมพันธ์ในครอบครัว”<sup>31</sup>

ในขณะที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ได้รับการให้สัตยาบันในปี ค.ศ. 1868 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาทุกมลรัฐได้จำกัดการสมรสไว้สำหรับเพศชายและเพศหญิงฝ่ายละหนึ่งคน และไม่มีผู้ใดสงสัยว่าการจำกัดเช่นนี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อกล่าวถึงการกำหนดความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่คลุมเครือไม่ชัดเจน เช่น หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due process of law) หรือหลักการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเสมอภาค (Equal protection of the laws) ไม่ต้องสงสัยเลยว่าประชาชนซึ่งให้สัตยาบันบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่เข้าใจว่าเป็นการห้ามการปฏิบัติ [การจำกัดการสมรสไว้สำหรับระหว่างเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น - ผู้แปล] ซึ่งยังคงเป็นที่แพร่หลายและปราศจากการโต้แย้งในอีกหลายปีต่อมา นับแต่การให้สัตยาบัน พวกเราไม่มีเหตุผลในการยุติการปฏิบัติที่ไม่ต้องห้ามอย่างชัดเจนตามถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 และนั่นถือเป็นการเห็นด้วยกับการปฏิบัติที่ทำสืบทอดกันมาอย่างยาวนาน เปิดเผย แพร่หลาย และปราศจากการโต้แย้ง นับย้อนไปจนถึงวันที่ให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าประชาชนไม่เคยตัดสินใจที่จะห้ามการจำกัดการสมรสไว้สำหรับคู่รักต่างเพศเท่านั้น จึงต้องปล่อยให้การอภิปรายสาธารณะในประเด็นเรื่องการสมรสของคนเพศเดียวกันดำเนินต่อไป

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ทำให้การอภิปรายต้องยุติลงด้วยความเห็นทางกฎหมายที่ไร้ซึ่งฐานทางกฎหมายแม้เพียงเล็กน้อยราวกับถูกฝังเอาไว้ใต้ข้อความในความเห็นที่น่าขันและตึงเครียดซึ่งพยายามจะทำให้เป็นที่น่าจดจำโดยการยืนยันอย่างเถรตรงและน่าตกใจเอาไว้ใน

<sup>31</sup> ผู้พิพากษา Antonin Scalia อ้างอิงถึงข้อความในความเห็นของฝ่ายเสียงข้างมากในคดี Schuette v. BAMN (2014) ที่เขียนโดยผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากคนหนึ่งซึ่งเป็นคนเดียวกันกับผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากในคดีนี้ โดยจงใจหลีกเลี่ยงการเอ่ยนาม

ความเห็นที่ว่า ไม่ว่าจะอะไรจะเป็นสิ่งที่ประชาชนให้สัตยาบันก็ตาม รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 คும்ครองบรรดาสหสิทธิที่องค์กรตุลาการเห็นว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ควรจะคும்ครอง นั้นเป็นเพราะว่า “ไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าคนรุ่นที่ร่างและให้สัตยาบันคำประกาศสิทธิ (Bill of Rights) และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 จะรู้ถึงขอบเขตของเสรีภาพในทุกมิติ” บางคนอาจจะคิดว่าว่าประโยชน์นี้จะกล่าวต่อไปว่า “และดังนั้นพวกเขาจึงได้กำหนดวิธีการที่ประชาชนจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้” หรือบางทีอาจจะกล่าวต่อไปว่า “และดังนั้นพวกเขาจึงได้ทิ้งการสร้างเสรีภาพเพิ่มเติม เช่น เสรีภาพในการสมรสกับบุคคลเพศเดียวกัน เอาไว้ให้แก่ประชาชน ผ่านกระบวนการตรากฎหมายที่ไม่ม้วนสิ้นสุด” แต่ไม่เป็นเช่นนั้น ข้อความที่ตามมาคือการประเมินของผู้พิพากษาเสียงข้างมากกว่า “และดังนั้นพวกเขาจึงมอบหมายบทบัญญัติเหล่านี้ให้คนในรุ่นต่อ ๆ ไปให้คும்ครองสิทธิที่จะมีเสรีภาพของบุคคลทุกคน ในขณะที่พวกเราเรียนรู้ความหมายของมัน” คำว่า “พวกเรา” คงไม่จำเป็นต้องอธิบายว่า หมายถึงผู้พิพากษาศาลสูงสุด ทั้ง 9 คน “ประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีจะชี้แนะและฝึกฝนพวกเราในการสอบสวนหาความหมายของเสรีภาพ แต่ต้องไม่กำหนดความหมายของเสรีภาพนอกขอบเขตดังกล่าว” ดังนั้น แทนที่ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากจะเน้นไปที่ความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชนในเวลาที่มีการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือแม้กระทั่งในปัจจุบัน ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากกลับเน้นไปที่หลักการและจารีตประเพณีซึ่งในมุมมองของผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากนั้น หลักการและจารีตประเพณีดังกล่าว เป็นสิ่งที่ห้ามมลรัฐต่าง ๆ ไม่ให้กำหนดความหมายของการสมรสว่าเป็นสถาบันที่ประกอบด้วยผู้ชายและผู้หญิงเพศละหนึ่งคน

เหล่านี้เป็นการอ้างอำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายตุลาการ (อำนาจนิติบัญญัติพิเศษ) ข้ออ้างนี้โดยพื้นฐานแล้วขัดต่อระบบการปกครองของเรา

มลรัฐมีสิทธิที่จะตรากฎหมายใด ๆ ตามที่เห็นสมควร เว้นแต่จะถูกจำกัดอำนาจโดยรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบจากประชาชน ตราได้แม้แต่กฎหมายที่ขัดต่อเหตุผลในคำพิพากษาที่ผู้พิพากษาภาคภูมิใจ ระบบการปกครองที่ทำให้ประชาชนอยู่ภายใต้การปกครองของคณะกรรมการอันประกอบไปด้วยนักกฎหมาย 9 คน ที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ไม่สมควรที่จะเรียกว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ผู้พิพากษาได้รับการคัดเลือกโดยเฉพาะจากทักษะในทางกฎหมาย ไม่ว่าพวกเขาจะสะท้อนมุมมองเชิงนโยบายของเขตเลือกตั้งใดโดยเฉพาะหรือไม่ ก็ไม่เกี่ยวข้องและไม่ควรเกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจว่าคณะผู้พิพากษาในศาลสหพันธรัฐแทบจะไม่ใช่ตัวแทนของสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่าง เช่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยผู้พิพากษาทั้งเพศชายและเพศหญิงจำนวนเพียง 9 คน ทุกคนล้วนแล้วแต่เป็นผู้ประสบความสำเร็จในด้านกฎหมาย ซึ่งจบการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมายในมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดหรือมหาวิทยาลัยเยล โดย 4 คน จาก 9 คน เป็นชาวเมืองนิวยอร์กแต่กำเนิด และ 8 คน จาก 9 คน เดิมโตขึ้นมาในมลรัฐชายฝั่งตะวันออกและตะวันตก มีเพียงหนึ่งคนที่มาจากภาคกลางอันกว้างใหญ่ ไม่มีใครมาจากมลรัฐทางตะวันตกเฉียงใต้ หากจะกล่าวตามตรง ไม่มีผู้ใดเป็นชาวตะวันตกที่แท้จริงสักคนเดียว (ไม่นับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ไม่มีใครนับถือศาสนาคริสต์แบบอีวานเจลิคัล (Evangelical Christian) ซึ่งเป็นประชากรจำนวนหนึ่งในสี่ของสหรัฐอเมริกา ไม่มีแม้แต่ผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนท์หรือนิกายอื่นๆ ลักษณะที่โดดเด่นของผู้พิพากษาที่ไม่ใช่ผู้แทนปวงชนอาจจะไม่เกี่ยวข้องกับการลงคะแนนเสียงเพื่อเปลี่ยนแปลงทางสังคมขนาดใหญ่ในวันนี้ หากพวกเขาปฏิบัติตนเป็นผู้พิพากษาที่กระทำเพียงตอบคำถามว่าประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาเคยให้สัตยาบันบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งถูก

เข้าใจว่ายากเล็กเฟิกถอนความหมายดั้งเดิมของการสมรสหรือไม่ แต่ก็เป็นที่แน่นอนว่าผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากในวันนี้ไม่ได้ลงคะแนนเสียงด้วยเหตุผลนี้ ดังที่พวกเขาระบุเอาไว้ในความเห็น และการปล่อยให้ประเด็นเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันซึ่งเป็นปัญหาในเชิงนโยบายจะต้องตัดสินใจแก้ปัญหาโดยองค์คณะชนชั้นสูง 9 คน ซึ่งเข้าสู่ตำแหน่งโดยการแต่งตั้ง ไม่ได้เป็นผู้แทนปวงชนเป็นการละเมิดหลักการที่ร้ายแรงยิ่งไปกว่าการละเมิด “หลักไม่มีภาษี ถ้าไม่มีผู้แทน (No taxation without representation)” เสียอีก เพราะเป็นการละเมิด “หลักไม่มีการปฏิรูปสังคม ถ้าไม่มีผู้แทน (No social transformation without representation)”

## II

สิ่งที่น่าตกตะลึงอย่างแท้จริงคือความโอหังที่สะท้อนออกมาในการยึดอำนาจโดยฝ่ายตุลาการในวันนี้ ผู้พิพากษา 5 คน ที่เป็นฝ่ายเสียงข้างมากในวันนี้ล้วนสะดวกใจที่จะสรุปว่าทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตลอด 135 ปี นับแต่วันที่มีการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ไปจนถึงวันที่มลรัฐแมสซาชูเซตส์อนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันปี ค.ศ. 2003 พวกเขาเห็นว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 มีสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนซึ่งมีชีวิตอยู่ในวันที่ให้สัตยาบันและเกือบทุกคนหลังจากนั้น มองข้ามไป พวกเขาเห็นในสิ่งที่คนที่มีหัวกฎหมาย (Legal Mind) ด้อยกว่าอย่าง Thomas Cooley, John Marshall Harlan, Oliver Wendell Holmes, Jr., Learned Hand, Louis Brandeis, William Howard Taft, Benjamin Cardozo, Hugo Black, Felix Frankfurter, Robert Jackson และ Henry Friendly<sup>32</sup> มองไม่เห็น

<sup>32</sup> ผู้แปลเข้าใจว่าเป็นโวหารเชิงประชดประชัน เพราะบุคคลทั้ง 11 คน นี้ ล้วนเป็นนักกฎหมายชั้นแนวหน้าของสหรัฐอเมริกาในแต่ละยุคสมัย

พวกเขามั่นใจว่าประชาชนผู้ให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ให้อำนาจแก่พวกเขาในการเพิกถอนประเด็นปัญหาใด ๆ ออกจากกระบวนการทางประชาธิปไตยเมื่อถูกเรียกร้อง โดยอาศัยสิ่งที่เรียกว่า “เหตุผลในคำพิพากษา” ผู้พิพากษาเหล่านี้รู้ดีว่าการจำกัดการสมรสให้ทำได้เฉพาะระหว่างเพศชายและเพศหญิงนั้นขัดต่อเหตุผล พวกเขาเชื่อว่า การจำกัดการสมรสเช่นนี้เป็นสถาบันซึ่งเก่าแก่พอ ๆ กับระบอบการปกครอง และได้รับการยอมรับโดยทุกชาติในประวัติศาสตร์ จนกระทั่งเมื่อ 15 ปี ก่อน ซึ่งไม่น่าจะมีเหตุผลใด ๆ สนับสนุน นอกเสียจากความเขลาและความดันทุรัง และพวกเขา กำลังจะบอกว่ามีพลเมืองผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน พลเมืองผู้ยึดมั่นกับสิ่งที่เป็นอย่างอยู่ จนกระทั่ง 15 ปีที่แล้ว จู่ ๆ ก็มีความเห็นอย่างเป็นทางการของนักจิตวิทยาทุกคนที่รู้ดีว่า การจำกัดการสมรสให้ทำได้เฉพาะระหว่างเพศชายและเพศหญิงนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ความเห็นเป็นการนำเสนอในรูปแบบที่เสแสร้งพอ ๆ กับเนื้อหาที่เห็นแก่ตัว จึงมีการแยกความเห็นร่วมกันหรือความเห็นแย้งออกมาเพื่อบรรจุเนื้อหาที่ฟุ่มเฟือย แม้แต่เนื้อหาที่ฟุ่มเฟือยซึ่งไม่ใช้ลักษณะของความเห็นอย่างเป็นทางการของศาล แน่แน่นอนว่าความเห็นที่มีความลึกซึ้งโดดเด่น บ่อยครั้งมักไม่ต่อเนื่องกันอย่างมาก “ธรรมชาติของการสมรสคือการที่บุคคลสองคนสามารถค้นหาเสรีภาพอื่น ๆ ร่วมกันได้ เช่น เสรีภาพในการแสดงออก ความใกล้ชิด และจิตวิญญาณ” (จริงหรือ? ใครเคยคิดว่า ความใกล้ชิดและจิตวิญญาณ (ไม่ว่าจะมีความหมายว่าอย่างไร) เป็นเสรีภาพบ้าง? และหากความใกล้ชิดเป็นเสรีภาพ ความใกล้ชิดย่อมถูกลดทอนลงโดยการสมรส แทนที่จะเป็นการขยาย ไม่เชื่อลองถามพวกฮิปปีแถวบ้านดู ส่วนเสรีภาพในการแสดงออกนั้นแน่นอนว่าเป็นเสรีภาพ แต่ผู้ซึ่งมีชีวิตสมรสที่ยืนยาวยินดีจะรับรองได้ว่าเป็นการลดสิ่งที่สามารถพูดได้ลง แทนที่จะขยายเพิ่มขึ้น) สิทธิทั้งหลายที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นสามารถ “ผงาดจากความเข้าใจ

ที่ดีขึ้นว่าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญให้ความหมายของเสรีภาพไว้ว่าอย่างไร ซึ่งยังคงเป็นเรื่องเร่งด่วนในยุคสมัยของเรา” (ศาลกำลังจะให้กำเนิดสิทธิใหม่หรือ?) ดังที่เราได้กล่าวไปแล้ว “ในแต่ละคดี อาจมีการนำหลักการคุ้มครองโดยเสมอกัน และหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายมาพิจารณาเพื่อจับสาระสำคัญของสิทธิด้วยวิธีการที่แม่นยำและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ถึงแม้หลักการทั้งสองจะมาบรรจบกันในการจำแนกและให้ความหมายของสิทธิ” (พูดเรื่องอะไร? อะไรคือสาระสำคัญอย่างเป็นรูปธรรมที่หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายจับได้ด้วยวิธีการที่แม่นยำ และครอบคลุมมากขึ้น?) ข้อความเหล่านี้ไม่มีอะไรเลย เว้นแต่สิทธิ และเสรีภาพดังกล่าวที่ศาลนี้ชื่นชอบอย่างมาก และหลักการคุ้มครองโดยเสมอกันที่นำมาใช้ในวันนี้ก็ไม่สามารถจำแนกอะไรได้ เว้นแต่จะจำแนกการกระทำที่ศาลนี้ไม่ชอบเท่านั้นเอง อีกทั้งยังแทบจะกลั่นกรองสาระสำคัญอะไรไม่ได้เลย หากความเห็นนี้ถูกต้องและหลักการทั้งสองมาบรรจบกันในการจำแนกและให้ความหมายของสิทธิ นั่นก็เพียงเพราะความชอบ และไม่ชอบ ของฝ่ายเสียงข้างมาก สอดคล้องกันดังที่ได้คาดคะเนไว้ โลกไม่ได้คาดหวังตรรกะและความแม่นยำในบทกวีหรือปรัชญาสร้างแรงบันดาลใจอดนียม หากแต่คาดหวังตรรกะและความแม่นยำในกฎหมาย ฝ่ายเสียงข้างมากในวันนี้ได้ทำให้ชื่อเสียงในความคิดที่ชัดเจนและการวิเคราะห์อย่างมีสติของศาลนี้ลดน้อยถอยลง<sup>33</sup>

ความโอหัง บางครั้งก็แสดงถึงความภาคภูมิใจที่มากเกินไป และเรารู้กันดีว่าความภาคภูมิใจมักจะมาก่อนการล่มสลาย องค์กรตุลาการนั้นเป็นองค์กรที่มีความอันตรายน้อยที่สุด ในบรรดาองค์กรของสหพันธรัฐ

<sup>33</sup> ในส่วนนี้ ผู้พิพากษา Antonin Scalia นำข้อความในความเห็นของผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากมาวิจารณ์แบบประโยคต่อประโยค ซึ่งมีลักษณะเป็นภาษาพูดอยู่มากและหากแปลงเป็นภาษาเขียนอาจทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อนได้ ผู้แปลจึงขอแปลเป็นภาษาพูด โดยข้อความในเครื่องหมายอัญประกาศคือข้อความของผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากส่วนข้อความในวงเล็บคือความเห็นของผู้พิพากษา Antonin Scalia



เนื่องจากไม่มีทั้งกำลังและเจตจำนง มีแต่เพียงคำพิพากษา และต้องพึ่งพาความช่วยเหลือจากฝ่ายบริหารและมลรัฐในที่สุด แม้เพื่อประสิทธิผลของคำพิพากษาของศาลเอง ในแต่ละการวินิจฉัยของเราซึ่งนำมาจากปัญหาที่ประชาชนสอบถามมาอย่างถูกต้องตามขั้นตอน การวินิจฉัยคดีอย่างไม่สะทกสะท้าน ในแต่ละครั้งไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย หากแต่ตั้งอยู่บน “คำพิพากษาที่มีเหตุผล” ของฝ่ายเสียงข้างมากในศาล พวกเราได้ก้าวไปอีกขั้นหนึ่งแล้วซึ่งเป็นการย้ำเตือนว่าพวกเราอ่อนแอแค่ไหน

## ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Clarence Thomas

ผู้พิพากษา Clarence Thomas มีความเห็นแย้งร่วมกับผู้พิพากษา Antonin Scalia ดังนี้

คำพิพากษาของศาลในวันนี้ไม่เพียงแค่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังขัดกับหลักการต่างๆ ที่สร้างชาติเราขึ้นมาตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1787 เสรีภาพเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นอิสระจากการกระทำของรัฐบาล ไม่ใช่การได้รับสิทธิประโยชน์ใด ๆ จากรัฐ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะสงวนรักษาไว้ซึ่งความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพดังกล่าว แต่การที่ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากอ้างถึงรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในนามของ “เสรีภาพ” ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะไม่ได้รับรองความเสียหายต่อเสรีภาพที่ฝ่ายเสียงข้างมากต้องการจะปกป้องนั้น กรณีนี้จึงเป็นการปฏิเสธแนวคิดตามคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (Declaration of Independence) โดยการเสนอว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาจากรัฐบาลแทนที่จะเป็นสิ่งที่มีมาแต่กำเนิดการบิดเบือนรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมเป็นการเพิกเฉยต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยการกลับด้านความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับมลรัฐ ข้าพเจ้าไม่เห็นด้วยกับสิ่งนี้

### I

คำพิพากษาของฝ่ายเสียงข้างมากในคดีนี้จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องยอมรับการจดทะเบียนสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกันและรับรองให้การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ในมลรัฐอื่นภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (due process) ก่อนที่บุคคลใดจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน ข้าพเจ้าต้องการอธิบายถึงเรื่องเล่าเกี่ยวกับอันตรายจากบทบัญญัติว่าด้วย

กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due process clause) ในฐานะที่เป็นส่วนแรกของสิทธิในเชิงสารบัญญัติ (Substantive rights) ซึ่งเป็นการบิดเบือนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับประกันเฉพาะ “กระบวนการ” ที่ “ถูกต้อง” ก่อนที่บุคคลใดจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน (รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14) สิ่งที่ย่ำแย่กว่านั้นคือการเชิญผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากมาตัดสินคดีนี้ ซึ่งเปรียบเทียบกับได้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีเพียงความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ

โดยการเบี่ยงเบนไปจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายในเชิงเนื้อหา (Substantive Due Process) ได้เชิญผู้พิพากษาแต่กลับทำให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจนี้แก่ผู้พิพากษา การที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า การตีความคำนิยามความหมายแบบดั้งเดิมของการสมรส (การแต่งงานของชายและหญิง) ในรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกรัฐสภาและแต่ละมลรัฐยิ่งทำให้ประเด็นดังกล่าวไม่เป็นไปตามกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตย ย่อมมีผลให้การเรียกร้องของผู้ร้อง (petitioners) ห่างไกลจากความเป็นประชาธิปไตย เมื่อผู้ร้องร้องขอให้ผู้พิพากษาทั้ง 9 คนในศาลนี้ตั้งแทนนิยามความหมายของการสมรสของพวกเขาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งการปรับใช้คำนิยามนี้ส่งผลทำให้ห่างไกลจากกระบวนการทางประชาธิปไตยสำหรับคนทั้งชาติ นี่คือ “เสียงข้างมากปรืมน้ำ” ของศาลนี้ซึ่งวินิจฉัยตามกระแสความต้องการ แต่ได้ลบล้าง ผลจากกระบวนการในทางการเมืองของมลรัฐอื่นอีกกว่า 30 มลรัฐภายในเวลาเพียงการจรดปากก้าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้หลักประกันเพียงแค่ว่า “กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย” (due process) เท่านั้น แต่จะมีผลกระทบต่อหลักกระบวนการอันควร

แห่งกฎหมายในเชิงเนื้อหา (substantive due process)<sup>34</sup> ต่อไป

## II

ถ้าหากทฤษฎีของหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายในเชิงเนื้อหา (substantive due process) ได้รับการคุ้มครอง ผู้ร้องก็ไม่ต้องยื่นคำร้องเมื่อมีการอ้างถึงการคุ้มครองของกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (the Due Process Clause) ไม่ว่าจะอยู่ภายใต้กระบวนการที่ขบด้วยกฎหมายในทางทฤษฎีของด้าน “สารบัญญัติ” (Substantive) หรือ “วิธีพิจารณา” (Procedural) คู่ความต้องระบุดังการถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สิน ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากได้อ้างว่า กรณีดังกล่าวมาจากการที่กฎหมายในระดับรัฐได้จำกัดเสรีภาพของผู้ร้อง แต่แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพที่นำมาใช้ในเรื่องนี้กลับเหมือนไม่มีความหมายใด ๆ เมื่อนำมาปรับใช้ต่อกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clause)

## 1

การตีความที่ผ่านมาของ “เสรีภาพ” ในกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clauses) มักจะอ้างถึง “พลังแห่งการขับเคลื่อน” (the power of loco-motion) จากสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปหรือการเคลื่อนย้ายบุคคลหนึ่งจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งโดยปราศจากการคุมขัง

<sup>34</sup> ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมาก เห็นว่า สิทธินี้ได้รับการเชื่อว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพซึ่งได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้รับการคุ้มครองความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (the equal protection of the laws) แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิทั้งสองประเภทนี้จะมิจัดรวมเดียวกัน แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากกลับปรับใช้หลักการคุ้มครองโดยเสมอภาคกับหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายในเชิงเนื้อหา (substantive due process) อย่างชัดเจน ซึ่งการนำหลักการคุ้มครองสิทธิทั้งสองประเภทมาวิเคราะห์ปรับใช้นั้นต้องตระหนักถึงการคุ้มครองทางรัฐธรรมนูญที่เป็นนามธรรม และมุมมองที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งในทางประวัติศาสตร์และประเพณี

หรือกักขัง เว้นแต่เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายค่านิยมความหมายนี้ถูกสร้างขึ้นมาจากรากฐานทางประวัติศาสตร์ของกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clauses) และมันสอดคล้องกับโครงสร้างและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ทั้งรัฐธรรมนูญและกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clauses) มีที่มาจากกฎบัตร Magna Carta มาตรา 39 ฉบับดั้งเดิมซึ่งบัญญัติว่า “เสรีชนไม่อาจถูกจับกุม คุมขัง ถูกยึดทรัพย์ ถูกประกาศให้เป็นบุคคลนอกกฎหมาย ถูกเนรเทศ หรือถูกทำร้ายได้ เว้นเสียแต่ว่าจะได้รับการวินิจฉัยโดยบุคคลที่เสมอภาคกับตนและตามกฎหมายของแผ่นดิน” แต่อย่างไรก็ตามเมื่อกฎบัตร Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 ได้ออกมาใช้บังคับในเวลาไม่นานก็มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในมาตรา 39 ในปี ค.ศ. 1225 โดยบัญญัติว่า “เสรีชนไม่อาจถูกจับกุม คุมขัง ถูกพรากสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน เสรีภาพ สิทธิในการไม่ถูกเรียกเก็บภาษีศุลกากร ถูกประกาศให้เป็นบุคคลนอกกฎหมาย ถูกเนรเทศ หรือถูกทำร้ายโดยประการอื่นได้ เว้นเสียแต่ว่าจะได้รับการวินิจฉัยโดยบุคคลที่เสมอภาคกับตนและตามกฎหมายของแผ่นดิน” โดย Sir Edward Coke ได้ตีความคำว่า “ตามกฎหมายของแผ่นดิน” ว่ามีความหมายเหมือนกับคำว่า “โดยหลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายของ Common Law”

ภายหลังจากกฎบัตร Magna Carta กลายเป็นเรื่องที่น่าสนใจครั้งใหม่ในศตวรรษที่ 17 Blackstone ได้อ้างถึงบทบัญญัตินี้ในส่วนการคุ้มครองสิทธิว่าเป็น “สิทธิเด็ดขาดของประชาชนชาวอังกฤษ” และได้กำหนดให้สิทธิเด็ดขาดเป็น “สิทธิของความมั่นคงส่วนบุคคล” ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต “สิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคล” และ “สิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล”

โดย Blackstone ได้จำกัดความคำว่า “สิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล” ในฐานะที่เป็นพลังแห่งการขับเคลื่อนจากสถานการณ์ที่

เปลี่ยนแปลงไปหรือจากการเคลื่อนย้ายบุคคลจากสถานที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่ง โดยปราศจากการคุมขังหรือกักขัง เว้นแต่จะเป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำหลักการของ Blackstone มาปรับใช้กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในช่วงแรกซึ่งลอกเลียนภาษามาจากกฎบัตร Magna Carta แต่ปรับปรุงถ้อยคำใหม่ที่อ้างโดยเฉพาะเจาะจงถึง “ชีวิตเสรีภาพหรือทรัพย์สิน” คำพิพากษาคดีนี้จึงตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวระหว่างนัยของการยกเว้นกับการให้สัตยาบันต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ซึ่งการตีความเกือบทั้งหมดเป็นไปโดยสอดคล้องกันในคำว่า “เสรีภาพ” ว่าหมายถึงความเป็นอิสระจากการถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกายเท่านั้น แม้จะมีบางกรณีที่มีการระบุโดยเฉพาะเจาะจงให้เป็นข้อยกเว้นได้คือการปรับใช้ในการตีความอย่างกว้างเกี่ยวกับเสรีภาพในบริบทของหมายปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Habeas Corpus Proceeding) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ทำให้ได้รับอิสระจากการถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกาย

การบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 เกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process Clause) เป็นทำนองเดียวกับที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เลือกใช้หลักการเกี่ยวกับ “สิทธิในชีวิตเสรีภาพหรือทรัพย์สิน” แม้จะมีการเบี่ยงเบนไปจากสาระสำคัญของภาษาที่ใช้ในกฎบัตร Magna Carta ในกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clause) ความหมายที่แท้จริงของคำว่า “เสรีภาพ” ในกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงการคุ้มครอง “สิทธิในชีวิตเสรีภาพและทรัพย์สิน” เมื่อพิจารณาสาระสำคัญทางประวัติศาสตร์ของหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการยากที่จะตีความว่าการคุ้มครองเสรีภาพโดยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมายสามารถตีความได้กว้างกว่าความเป็นอิสระ

จากการถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกายอย่างไร จึงเป็นการปรับใช้ที่สอดคล้องกันเมื่อต้องพิจารณา “เสรีภาพ” ควบคู่กับสิทธิใน “ชีวิต” และ “ทรัพย์สิน” และการตีความในการปรับใช้นี้ต้องหลีกเลี่ยงการแปลความที่ฟุ่มเฟือยเพื่อคุ้มครองสิทธิใน “ชีวิต” และ “ทรัพย์สิน”

ถ้ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 ได้ตีความ “เสรีภาพ” ในความหมายอย่างแคบแล้ว การตีความรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ก็ต้องเป็นแบบเดียวกัน โดยแท้จริงแล้วก่อนหน้านี้นี้ศาลได้ให้ความเห็นว่า “ข้อสรุปคือหากนำวลีเดียวกันมาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (เช่นเดียวกับที่ปรับใช้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5) ก็จะถูกนำมาปรับใช้ในแนวทางเดียวกันและไม่มีการขยายขอบเขตให้กว้างขึ้นด้วย” คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ก่อนหน้านี้นี้ปรากฏถึงการตีความกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clause) โดยการปรับใช้ “เสรีภาพ” ในความหมายของความเป็นอิสระจากการถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกายในคดีตัวอย่าง *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1877) ศาลได้รับรองความสัมพันธ์ระหว่างกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due process clauses) และกฎบัตร Magna Carta โดยศาลได้ปฏิเสธต่อคำโต้แย้งของผู้ร้องโดยปริยายว่า “เสรีภาพ” ย่อมครอบคลุม “ไปถึงบางสิ่งๆ ที่มากกว่าความเป็นอิสระจากการถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกายหรือในเรือนจำ (คุก)” เห็นได้ว่าแม้ศาลจะตีความโดยผิดพลาดไปเป็นเวลาหลายปี แต่ก็ไม่อาจตัดสินให้เป็นการเบี่ยงเบนไปจากความหมายดั้งเดิมของกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clauses) ที่แท้จริง

## 2

แม้จะตั้งข้อสันนิษฐานว่า “เสรีภาพ” ในกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clauses) รวมถึงบางสิ่งๆ ที่เป็นมากกว่าความอิสระจากการถูกจำกัด

เสรีภาพทางร่างกาย แต่ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากเห็นว่า เสรีภาพอาจไม่รวมถึงสิทธิประเภทอื่น ๆ ที่จะเรียกร้องได้ในกฎหมายดั้งเดิมของประเทศสหรัฐอเมริกา เสรีภาพได้รับการเข้าใจมาอย่างยาวนานว่าเป็นอิสรภาพส่วนบุคคลจากการกระทำของรัฐ ซึ่งไม่ใช่ในฐานะสิทธิโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งได้รับมอบสิทธินั้นจากรัฐ

ในยุคบุกเบิก ความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพได้รับอิทธิพลมาจาก John Locke ผู้เขียนหนังสือเรื่อง “ว่าด้วยสิทธิตามธรรมชาติ สัญญาประชาคม และสัญญาการปกครอง” (on natural rights and on the social and governmental contract) โดย Locke ได้อธิบายว่าบุคคลในสภาวะธรรมชาติดีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ที่จะทำการใด ๆ บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิจะดำเนินการใด ๆ หรือจะละทิ้งการครอบครองทรัพย์สินของตนภายใต้กรอบของกฎหมายโดยไม่ต้องร้องขอหรือไม่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้หนึ่งผู้ใด ด้วยเหตุที่สภาวะธรรมชาติทำให้บุคคลรู้สึกไม่มั่นคงปลอดภัยในตัวเองหรือทรัพย์สินของตน พวกเขาจึงต้องเข้าร่วมประชาคมเพื่อแลกเปลี่ยนเสรีภาพบางส่วนและทำให้ชีวิตมีความมั่นคงมากขึ้น ภายใต้หลักความยินยอม บุคคลมีเสรีภาพของความเป็นพลเมืองหรืออิสรภาพ “โดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ แต่ต้องมาจากความยินยอมของประชาชนภายในชาติ หรือไม่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของเจตจำนงใด ๆ หรือข้อจำกัดทางกฎหมาย แต่หากฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาขึ้นนั้นต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่มีอยู่”

ปรัชญาที่แทรกซึมอยู่ในการเมืองของสหรัฐอเมริกาในช่วงยุคศตวรรษที่ 18 ตัวอย่างเช่นบทบรรณาธิการของรัฐกิจจานุเบกษา เมือง Boston ได้ประกาศว่า “เสรีภาพในสภาวะธรรมชาติ” เป็น “สิทธิที่มีตั้งแต่กำเนิด” ของ “แต่ละบุคคล” “เพื่อการใช้เหตุผลและความเข้าใจอย่างอิสระและเพื่อเลือกการกระทำของตนเองได้” แต่ในภาคสังคมมนุษย์ทุกคนเป็นส่วนหนึ่ง



ของเสรีภาพตามธรรมชาติ เช่นเดียวกับการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นผ่านทาง การปราศรัยสาธารณะ การให้อิโหวาท หรือการเขียนจดหมาย

แนวคิดในยุคบุกเบิกเกี่ยวกับเสรีภาพของพลเมืองเหมือนกับเสรีภาพตามธรรมชาติซึ่งถูกจำกัดโดยกฎหมายเท่าที่จำเป็นเว้นเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับอิสรภาพที่อยู่นอกขอบเขตของรัฐบาล (outside of government) ภายหลังจากนั้นก็มีผู้วิจารณ์ว่า เสรีภาพในศตวรรษที่ 18 เป็นเสรีภาพเชิงลบกล่าวคือ “เป็นอิสรภาพที่มาจากสังคมและการเมืองอันชั่วร้าย รวมถึงการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐบาลด้วย” นักวิชาการคนหนึ่งกล่าวว่า “แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับเสรีภาพเป็นเพียงแค่ว่าความคิดเชิงลบและการหายไปของข้อจำกัดเท่านั้น” ในขณะที่ชาวอาณานิคมได้อธิบายว่า กฎหมายที่ละเมิดเสรีภาพของพวกเขา ได้แก่ การที่ห้ามบุคคลเดินทาง “ไปตามท้องถนนในบางวันหรือห้ามไปต่างประเทศภายหลังช่วงเวลาหนึ่งในตอนค่ำหรือข้อจำกัดการทำงานหรือการผลิตรายของพวกเขานเอง” ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับอิสรภาพที่ยังคงมีอยู่นอกเหนือขอบเขตของรัฐบาล (outside of government)

## B

หากมีการจำกัดความคำว่า “เสรีภาพ” ว่าหมายถึง การเคลื่อนไหวหรือความเป็นอิสระจากการกระทำของรัฐบาลแบบกว้างแล้ว ผู้ร้องย่อมไม่มีทางถูกลิดรอนเสรีภาพนี้

ภายใต้คำนิยามความหมายที่มีเหตุผลของคำว่า “เสรีภาพ” ผู้ร้องไม่อาจเรียกร้องได้และรัฐยังคงคุมขังหรือจำกัดสิทธิของผู้ร้องสำหรับการเข้าสู่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน (การห้ามจดทะเบียนสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน) ในทางตรงกันข้าม ผู้ร้องจะสามารถอยู่อาศัยและเลี้ยงดูบุตรร่วมกันอย่างสงบสุข พวกเขาสามารถจัดงานเฉลิมฉลองการสมรส

ในมลรัฐซึ่งรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน และจัดพิธีกรรมทางศาสนาได้ในทุกรัฐ พวกเขาสามารถเดินทางอย่างอิสระทั่วประเทศและสร้างความเป็นครอบครัวในแบบที่เขาปรารถนาซึ่งห่างไกลจากการถูกคุมขังหรือถูกจำกัดเสรีภาพทางร่างกายแม้ผู้ร้องจะถูกทิ้งไว้เพียงลำพังเพื่อจะใช้ชีวิตในแบบที่พวกเขาต้องการ

ภายใต้คำจำกัดความแบบกว้างผู้ร้องไม่อาจจะอ้างได้ว่า รัฐจำกัดสิทธิในการใช้ชีวิตประจำวันของพวกเขา โดยผู้ร้องไม่ได้ร้องขอให้ศาลสั่งให้รัฐยุติการจำกัดสิทธิของผู้ร้องในจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน การหมั้น การสาบานตนเพื่อเป็นคู่สมรสต่อสาธารณชน หรือการประกอบพิธีแต่งงานทางศาสนา หรือการแยกพวกเขาออกจากการแต่งงานหรือการเลี้ยงดูบุตร และรัฐก็ไม่ได้บัญญัติข้อจำกัดสิทธิใด ๆ ต่อผู้ร้องในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การทำพินัยกรรม การตั้งทรัสต์ (Trusts) และการตั้งทายาทความเป็นต้น

ในทางกลับกัน รัฐปฏิเสธที่จะให้สิทธิแก่ผู้ร้องในการเข้าถึงสิทธิของทางราชการ โดยผู้ร้องโต้แย้งว่าในแง่ของ “เสรีภาพ” พวกเขามีสิทธิจะเข้าถึงสิทธิพิเศษและสิทธิประโยชน์จากรัฐบาล เช่นการได้รับอนุญาตจากรัฐให้สามารถแต่งงานได้โดยการจดทะเบียนสมรส หรือมีใบมรณบัตรหรือแบบฟอร์มต่าง ๆ จากทางราชการ และพวกเขาต้องการได้รับสิทธิประโยชน์ทางการเงินที่หลากหลายรวมถึงภาษีมรดกภายหลัง คู่สมรสเสียชีวิต ค่าขาดไร้อุปการะกรณีคู่สมรสเสียชีวิตหรือบาดเจ็บจากการทำงาน หรือผลขาดทุนของบริษัทในการฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิด ซึ่งแม้รัฐจะรับรองการสมรสและผลประโยชน์ต่าง ๆ ก็ไม่ได้เป็นการแสดงถึงความเข้าใจในเสรีภาพที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจมีเจตนาจะรับรองไว้

ในขอบเขตที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจมีเจตนาจะรับรองสิทธิตามธรรมชาติเกี่ยวกับการแต่งงาน ซึ่งตกอยู่ภายใต้คำนิยามความหมายของ “เสรีภาพ”

อย่างกว้าง แต่อาจไม่รวมถึงสิทธิที่รัฐบาลรับรองและผลประโยชน์ใด ๆ แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ร้องย่อมมีสิทธิที่เข้าถึงการดำเนินการใด ๆ ได้ไม่ว่าจะเป็นการสาบานตนการจัดงานพิธีทางศาสนา การเลี้ยงดูบุตร รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นความสุขทางสังคมจากคู่ของตนโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ ในยุคเริ่มต้น การกระทำดังกล่าวได้รับการเข้าใจว่าเกิดขึ้นก่อนที่รัฐบาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องตามที่ Locke ได้อธิบายว่า สังคมแรกเป็นเรื่องราวระหว่างสามีและภรรยาซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นเพื่อนำไปสู่ความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูก (กล่าวโดยสรุปคือสถาบันการสมรส คือ ต้นกำเนิดของสังคมที่แท้จริง) ผู้ร้องเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถาบันการสมรส (The institution of marriage) เมื่อพวกเขาบอกว่า แม้รัฐบาลจะไม่รับรองการสมรส “ก็ไม่มี ความหมายใด ๆ” (mean little)

ความเข้าใจผิดของผู้ร้องเกี่ยวกับเสรีภาพนำไปสู่การโต้เถียงกรณีศาลได้วางบรรทัดฐานที่ระบุเฉพาะถึงสิทธิในการสมรส โดยไม่ได้มีการขยายแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพเกินไปกว่าแนวคิดเรื่องเสรีภาพเชิงลบ เมื่อการวางบรรทัดฐานที่ผ่านทั้งหมดเป็นการห้ามสิทธิในการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน เช่น คดี Loving v. Virginia เป็นคู่รักซึ่งถูกดำเนินคดีอาญาฐานแต่งงานกันในเขตปกครองพิเศษโคลัมเบียและอาศัยอยู่ร่วมกันในมลรัฐเวอร์จิเนีย พวกเขาถูกพิพากษาให้จำคุกคนละ 1 ปี และถูกระงับไม่ให้กลับเข้ามาในเครื่องจักรภาพ<sup>35</sup> อีกเป็นเวลา 25 ปี เช่นเดียวกับในคดี Zablocki v. Redhail ซึ่งเกี่ยวกับผู้ชายคนหนึ่งที่ถูกห้ามและได้รับโทษทางอาญาจากการที่ได้แต่งงานในมลรัฐวิสคอนซินเนื่องจากชายคนนี้มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร สำหรับคดี Turner v. Safley เป็นกรณีผู้ต้องขังถูกห้ามไม่ให้แต่งงาน เพราะไม่ได้รับอนุญาตจากผู้คุมเรือนจำ ซึ่งการไม่อนุญาตนั้นไม่มีเหตุผล

<sup>35</sup> เครื่องจักรภาพ (สหรัฐ) ได้แก่ มลรัฐ 4 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาที่ประกอบด้วยมลรัฐเคนตักกี มลรัฐแมสซาชูเซตส์ มลรัฐเพนซิลเวเนีย และมลรัฐเวอร์จิเนีย-ผู้แปล

ที่รับฟังได้ จะเห็นได้ว่า ไม่มีกรณีใดที่บุคคลจะถูกปฏิเสธการรับรอง และผลประโยชน์จากรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับการแต่งงาน

ในความเข้าใจผิดของผู้ร้องเกี่ยวกับ “เสรีภาพ” เมื่อผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากกำหนดประเด็นคำร้องของผู้ร้องว่า เป็นการแสวงหาเสรีภาพ ในการสมรสกับคู่รักเพศเดียวกันและเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการสมรสของคู่รักต่างเพศ กรณีนี้ “เสรีภาพ” ไม่ได้หายไป และมันก็ไม่ใช่ว่าผู้ร้องต้องการ ในมุมมองปรัชญา เสรีภาพเป็นเพียง ความอิสระจากการกระทำของรัฐบาล ไม่ใช่สิทธิประโยชน์ที่จะได้รับจากรัฐบาล และในมุมมองรัฐธรรมนูญซึ่งมีความหมายที่แคบกว่านั้นคือหมายถึง เฉพาะความเป็นอิสระจากการถูกจำกัดเสรีภาพในร่างกายและการถูกขังคุก เท่านั้น ความเข้าใจที่ตื้นกว่าของความเห็นฝ่ายเสียงข้างมากถึงวิธีการตีความทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคำนิยามความหมายของ “เสรีภาพ” ว่าจำเป็นต้องตั้งข้อสันนิษฐานให้มากกว่าการให้สัตยาบันต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญเป็นการรวบรวม “สิ่งที่ห้ามทำ” ไม่ใช่ “สิ่งที่ต้องทำ”

### III

การผกผันของฝ่ายเสียงข้างมากในคำนิยามความหมายแบบดั้งเดิมของเสรีภาพมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อด้านอื่น ๆ ในระบบระเบียบทางรัฐธรรมนูญซึ่งคุ้มครองเสรีภาพ

### A

ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากไม่ได้คำนึงถึงกระบวนการทางเมือง ในฐานะการคุ้มครองเสรีภาพ แม้ว่ามนุษย์จะก่อร่างสร้างสังคมขึ้นโดย “จะสละอำนาจที่จำเป็นเพื่อบรรลุถึงการรวมตัวกันเป็นสังคมและนำไปสู่ชุมชน” โดยสงวนรักษาอำนาจในการใช้เสรีภาพตามธรรมชาติภายใต้ขอบเขต

ของกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยสังคม เพื่อคุ้มครองเสรีภาพจากการแทรกแซง การใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงได้สร้างกระบวนการที่สังคมสามารถตรา และบังคับใช้กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา กระบวนการเริ่มแรกผ่านทางผู้แทนในระดับมลรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจะทำหน้าที่สนับสนุน กระบวนการดังกล่าว โดยทั่วไป เมื่อรัฐบาลดำเนินการผ่านทางสภาผู้แทนราษฎร หรือโดยการเลือกตั้ง เสรีภาพของบุคคลในมลรัฐจะได้รับการรับรอง แต่เป็นการยากที่จะคาดการณ์ว่ากฎหมายใดบ้างที่ทุกคนในรัฐจะเห็นด้วย ประเด็นก็คือ กระบวนการที่เสนอโดยผ่านภาคประชาชนจะได้รับการยอมรับ

กระบวนการดังกล่าวได้รับการยอมรับ ณ ที่แห่งนี้ด้วยเช่นกัน การนิยามความหมายของการสมรสเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันอย่างดุเดือดใน สหรัฐอเมริกา ฝ่ายนิติบัญญัติได้นำเรื่องนี้ขึ้นมาพิจารณาหลายครั้งในนาม ของประชาชน และ 35 มลรัฐนั้นได้ตั้งคำถามกลับไปยังประชาชนภายใน มลรัฐ ซึ่งความเห็นของประชาชนใน 32 มลรัฐจากทั้งหมด 35 มลรัฐ ยังเลือก ที่จะคงไว้ซึ่งคำนิยามความหมายแบบดั้งเดิมของการสมรส (การแต่งงาน ระหว่างชายและหญิง) การที่ผู้ร้องไม่เห็นด้วยกับผลลัพธ์ของกระบวนการนี้ จึงไม่ได้ทำให้การนิยามดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่า เสรีภาพ ความเป็นพลเมืองของผู้ร้องได้รับการรับรองแล้ว

## B

คำพิพากษาของฝ่ายเสียงข้างมาก (the majority's decision) นอกจากจะกระทบต่อกระบวนการทางการเมืองที่คุ้มครองเสรีภาพแล้ว ยังได้คุกคามเสรีภาพทางศาสนาที่ประเทศของเราพยายามจะปกป้องคุ้มครอง อีกด้วย

ประวัติศาสตร์ของเสรีภาพทางศาสนาในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นที่ ค้นเคย บรรดาผู้อพยพที่ย้ายถิ่นฐานมาที่สหรัฐอเมริกาในช่วงแรก ๆ หลายคน

แสวงหาความเป็นอิสระจากแนวทางปฏิบัติทางศาสนาของพวกเขาโดยปราศจากข้อจำกัด เมื่อผู้อพยพย้ายถิ่นฐานมาถึง พวกเขาสร้างแนวทางของตนเองเพื่อปฏิบัติตามหลักศาสนา ในช่วงแรกจึงมีลักษณะเป็นชุมชนที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับศาสนาที่ก่อตั้งขึ้น อย่างไรก็ตาม ในยุคปี ค.ศ. 1780 สหรัฐอเมริกาเข้าสู่ช่วงการฟื้นฟูศาสนาครั้งยิ่งใหญ่พิจารณาได้จากความเคลื่อนไหวของการใช้สิทธิทางศาสนาอย่างอิสระ ในทุกมลรัฐ ยกเว้น มลรัฐคอนเนตทิคัตซึ่งได้รับการคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาในรัฐของตนตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1789 และที่เห็นได้ชัดแจ้ง คือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ได้คุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แต่การคุ้มครองดังกล่าวยังห่างไกลจากคำว่าเสรีภาพทางศาสนาในประเทศนี้ เนื่องจากรัฐบาลกลางและมลรัฐได้ให้สัตยาบันต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาโดยจัดทำเป็นประมวลการคุ้มครองสำหรับการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา

ผู้เชี่ยวชาญในคดีจำนวนมากซึ่งบางส่วนไม่ได้ให้การสนับสนุนมลรัฐได้แนะนำต่อศาลเกี่ยวกับคำตัดสินในคดีนี้ที่อาจจะมีผลกระทบตามมาในวงกว้างอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้สำหรับเสรีภาพในการนับถือศาสนา ในสังคมของสหรัฐอเมริกา การสมรสไม่ได้เป็นเพียงสถาบันในทางการปกครองเท่านั้น หากแต่ยังเป็นสถาบันทางศาสนาด้วย โดยคำพิพากษาในคดีนี้อาจจะเปลี่ยนได้เพียงสถาบันในการปกครอง แต่ไม่อาจเปลี่ยนสถาบันศาสนาได้ ซึ่งทั้งสองเรื่องนี้จะขัดแย้งกันโดยเฉพาะต่อตัวบุคคลกับคริสตจักรที่ต้องเผชิญต่อข้อเรียกร้องถึงการมีส่วนร่วมและการรับรองการสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน

ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากไม่ได้มีความหวั่นไหวต่อสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ข้างต้น มีเพียงท่าทีที่อ่อนลงในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาในย่อหน้าเดียว และท่าทีดังกล่าวชี้ให้เห็นถึงความเข้าใจผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

ในการนับถือศาสนาในประเพณีแห่งชาติของเรา เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นมากกว่าการคุ้มครององค์กรทางศาสนาและตัวบุคคล ในขณะที่มีความพยายามสอนแนวทางปฏิบัติทางศาสนาเพื่อเติมเต็มหลักการในการดำรงชีวิต และศรัทธา เสรีภาพในการนับถือศาสนาจึงเป็นเรื่องของความเป็นอิสระจาก ภาระทางศาสนาโดยทั่วไปและขอบเขตของเสรีภาพนั้นมีความสัมพันธ์ โดยตรงกับข้อจำกัดในทางแพ่งที่ถูกกำหนดให้เป็นข้อปฏิบัติทางศาสนา

แม้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองบางประการ จากการจำกัดของรัฐในเรื่องข้อปฏิบัติในทางศาสนา แต่ประชาชนก็เลือก ที่จะได้รับความคุ้มครองที่ครอบคลุมกว่าการวางบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ ของศาล หากฝ่ายเสียงข้างมากอนุญาตให้คำจำกัดความเกี่ยวกับการสมรส ตกอยู่ภายใต้กระบวนการทางการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ประชาชนย่อมอาศัยมุมมองแนวคิดเสรีภาพในการนับถือศาสนามาเบี่ยงเบน คำจำกัดความแบบดั้งเดิม แต่ในความเป็นจริง คำพิพากษาของฝ่ายเสียง ข้างมากในคดีนี้เปรียบเสมือนการทำให้เกิดไฟฟ้าลัดวงจร ซึ่งเป็นกระบวนการ ที่อาจก่อให้เกิดผลเสียหายในภายหลังสำหรับเสรีภาพในการนับถือศาสนา

#### IV

คดีนี้อาจไม่ได้เกี่ยวข้องกับเสรีภาพตามที่เข้าใจ แม้ว่าผู้พิพากษา ฝ่ายเสียงข้างมากจะพยายามยืนยันว่าคำพิพากษาคดีนี้จะทำให้ “ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์” ของคู่รักเพศเดียวกันก้าวล้ำไปข้างหน้า ข้อบกพร่องในการ ให้เหตุผลนี้คือ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Dignity Clause) และหากจะมีบัญญัติไว้ รัฐ (ทางราชการ) ก็ไม่สามารถ จะให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความเข้าใจมายาวนานว่าเป็นสิทธิติดตัว มาแต่กำเนิด เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้แถลงในคำประกาศอิสรภาพว่า

“มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาอย่างเท่าเทียมกัน” และ “พระเจ้าผู้สร้างได้มอบสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดให้แก่มนุษย์” พวกเขาเชื่อว่ามนุษย์ชาติ หรือมนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาโดยพระเจ้าและสิทธิที่ติดตัวมานี้ (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) จึงเป็นสิ่งที่มีความมั่งคั่งกล่าวเป็นพื้นฐานที่ก่อกำเนิดเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา

ผลที่ตามมาจากหลักการนี้คือ รัฐไม่อาจลิดรอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทาสไม่เคยสูญเสียศักดิ์ศรีของพวกเขา (มากไปกว่าที่พวกเขาสูญเสียความเป็นมนุษย์) เพราะรัฐอนุญาตให้พวกเขาเป็นทาส ผู้ที่ถูกกักขังในค่ายกักกันก็ไม่เคยสูญเสียศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะเหตุที่รัฐกักตัวพวกเขา และผู้ที่ปฏิเสธผลประโยชน์ของทางราชการก็ไม่เคยถูกลิดรอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะรัฐปฏิเสธพวกเขาจากผลประโยชน์เหล่านั้น รัฐไม่สามารถจะมอบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เองก็ไม่สามารถจะถูกลิดรอนไปได้

การพิจารณาของฝ่ายเสียงข้างมากถูกชี้เข้าไปในทางที่ผิด แต่กระนั้น การพิจารณาดังกล่าวก็ไม่มีผลต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่ฝ่ายเสียงข้างมากต้องการที่จะลดคุณค่า ข้อโต้แย้งที่ผิดเพี้ยนซึ่งนำเสนอโดยรัฐ และผู้ที่เห็นพ้องด้วยกับรัฐก็มิได้มีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีของผู้ฟ้องคดี การปฏิเสธข้อกฎหมายที่รักษาไว้ซึ่งค่านิยมความหมายแบบดั้งเดิมของการสมรสก็มิได้มีผลต่อศักดิ์ศรีของประชาชนผู้ที่ออกเสียงให้แก่รัฐ ความเป็นโมฆะของกฎหมายก็ไม่มีผลต่อศักดิ์ศรีของบุคคลที่ยังคงยึดมั่นในนิยามดั้งเดิมของการสมรส และการเหยียดหยามความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพและศักดิ์ศรี ซึ่งเป็นรากฐานของประเทศนี้นั้นก็ได้กระทบต่อศักดิ์ศรีของชาวอเมริกัน ผู้ซึ่งยังคงยึดมั่นต่อตนเอง

รัฐธรรมนูญของพวกเรา เช่น คำประกาศอิสรภาพ เป็นการยืนยันจากความจริงที่ว่าเสรีภาพไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งจะต้อง



ได้รับการคุ้มครอง แต่ไม่ได้เกิดจากรัฐจัดเตรียมไว้ให้ คำพิพากษาในวันนี้เป็นการละทิ้งความจริงอีกด้าน ในความเร่งรีบเพื่อจะให้เป็นไปตามผลลัพธ์ที่ปรารถนา ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากพิจารณาโดยให้เหตุผลในเรื่อง “กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย” เพื่อจะได้มาซึ่งสิทธิในทางเนื้อหาในทางที่ผิด โดยไม่ตระหนักถึงความเข้าใจใน “เสรีภาพ” ที่ได้รับการคุ้มครองโดยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Clause) และบิดเบือนหลักการดังกล่าว ซึ่งเป็นรากฐานของประเทศนี้ การพิพากษาคดีนี้อาจจะส่งผลที่ประเมินค่าไม่ได้ ภายหลังจากนี้ต่อรัฐธรรมนูญและสังคมของพวกเรา ซึ่งข้าพเจ้าไม่เห็นด้วย

## ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Samuel Alito

ผู้พิพากษา Samuel Alito มีความเห็นแย้ง โดยผู้พิพากษา Antonin Scalia และผู้พิพากษา Clarence Thomas เห็นพ้องด้วย

ปวงชนชาวอเมริกันได้รับสิทธิให้มีส่วนร่วมในการโต้แย้งว่ามลรัฐของพวกเขาควรจะยอมรับการสมรสเพศเดียวกัน<sup>36</sup> หรือไม่ จนกระทั่งศาลแห่งสหพันธรัฐได้เข้ามาแทรกแซง อย่างไรก็ตาม ในคดีเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องที่ว่ามลรัฐควรทำอะไรเกี่ยวกับการสมรสเพศเดียวกัน แต่เป็นรัฐธรรมนูญที่มีคำตอบสำหรับคำถามเหล่านั้นหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่มีคำตอบรัฐธรรมนูญที่ประเด็นดังกล่าวไว้ให้ประชาชนในแต่ละมลรัฐได้ตัดสินใจในคำถามนั้น

### I

รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิในการสมรสเพศเดียวกัน แต่ศาลตัดสินว่า คำว่า “เสรีภาพ” ในบทบัญญัติเรื่องกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (the Due Process Clause) ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ได้รวมถึงสิทธินี้ด้วย ชาติของเราตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าทุกคนมีสิทธิที่ไม่อาจพรากไปได้ในการที่จะมีเสรีภาพ และเสรีภาพเป็นคำที่มีหลายความหมาย สำหรับเสรีนิยมแบบดั้งเดิม เสรีภาพอาจมีความหมายรวมถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ ซึ่งในปัจจุบันจะถูกจำกัดโดยกฎระเบียบของภาครัฐ กรณีสังคมนิยมแบบประชาธิปไตย เสรีภาพอาจหมายถึงสิทธิที่จะได้รับ

<sup>36</sup> ข้าพเจ้า (ผู้พิพากษา Samuel Alito) ใช้ถ้อยคำว่า “ยอมรับการสมรส” (recognize marriage) เป็นการเขียนอย่างสั้นเพื่อแทนประเด็นการจดทะเบียนสมรสและการให้ผลประโยชน์พิเศษและข้อบังคับจากการสมรสที่กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายของมลรัฐของคู่สมรส

ประโยชน์จากรัฐที่หลากหลาย แต่สำหรับเสียงข้างมากในวันนี้ เสรีภาพมีความหมายแบบยุคหลังสมัยใหม่อย่างชัดเจน

เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งทั้งห้าคนยึดเยียดวิสัยทัศน์ส่วนตนในเรื่องเสรีภาพให้แก่ชาวอเมริกัน ศาลพิพากษาว่า “เสรีภาพ” ตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (the Due Process Clause) ควรเข้าใจว่าเป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิเหล่านั้นที่ “หยั่งรากลึกในประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีของประเทศนี้” และเกินกว่าที่จะโต้แย้งว่าสิทธิในการสมรสเพศเดียวกันไม่ได้อยู่ในสิทธิเหล่านั้น โปรดดู คดี United States v. Windsor, 570 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2013) (ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา ALITO, J.) (แผ่นเอกสารความเห็น, หน้า 7)

“ในประเทศนี้ไม่มีรัฐใดอนุญาตให้มีการสมรสเพศเดียวกันจนกระทั่งศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ได้ตัดสินในปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ว่าการจำกัดการสมรสเฉพาะคู่รักต่างเพศละเมิดต่อรัฐธรรมนูญของมลรัฐ” โปรดดู คดี Good ridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941. สิทธิในการสมรสของเพศเดียวกันก็ไม่ได้หยั่งรากลึกในจารีตประเพณีของชาติอื่นเช่นกัน ซึ่งไม่มีประเทศใดอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันแต่งงานได้จนกระทั่งเนเธอร์แลนด์ได้อนุญาตในปี พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000)

“อะไรที่แสวงหา [ข้อโต้แย้งเหล่านั้นที่สนับสนุนสิทธิทางรัฐธรรมนูญในเรื่องการสมรสเพศเดียวกัน] ดังนั้นจึงไม่ใช่การปกป้องสิทธิที่หยั่งรากลึก แต่เป็นการรับรู้ถึงสิทธิใหม่อย่างมากและพวกเขาไม่ได้แสวงหานวัตกรรมนี้จากฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชนแต่แสวงหาจากผู้พิพากษาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งเมื่อต้องเผชิญกับคำร้องดังกล่าว ผู้พิพากษาย่อมมีต้องมีทั้งความระมัดระวังและความอ่อนน้อมถ่อมตน”

สำหรับเสียงข้างมากในวันนี้ ไม่สำคัญว่าสิทธิในการสมรสของเพศเดียวกันจะขาดความหยั่งรากลึกหรือขัดกับจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน ผู้พิพากษาเสียงข้างมากอ้างว่ามีอำนาจหน้าที่ในการให้การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก่สิทธิการสมรสของเพศเดียวกันโดยง่ายเพียงเพราะพวกเขาเชื่อว่ามันเป็นเรื่องพื้นฐาน

## II

ความใหม่ของสิทธิในคดีการสมรสเพศเดียวกันถูกนำมาเป็นประเด็นที่กล่าวถึงโดยผู้พิพากษาเสียงข้างมากอ้างว่าเป็นประเด็นในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน เห็นได้ชัดว่า การสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ผู้พิพากษาเสียงข้างมากแย้งว่ามลรัฐไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะปฏิเสธสิทธิในการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน เหตุผลนี้ขึ้นอยู่กับความเข้าใจวัตถุประสงค์ในทางแพ่งของการสมรสโดยเฉพาะแม้ว่าศาลจะแสดงความเห็นในเรื่องประเด็นถ้อยคำที่สูงกว่า แต่ประเด็นที่โต้แย้งคือวัตถุประสงค์พื้นฐานของการแต่งงานที่เป็นไปเพื่อส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของผู้ที่เลือกที่จะแต่งงาน การสมรสเป็นการเติมเต็มทางอารมณ์และเป็นคำมั่นสัญญาว่าจะสนับสนุนในยามที่ต้องการ ทั้งนี้ การสมรสเป็นประโยชน์โดยทางอ้อมต่อสังคมเพราะบุคคลที่เลือกจะแต่งงานนั้นจะมีชีวิตที่มั่นคงมีความสมบูรณ์สมปรารถนา และมีความสัมพันธ์ที่เกื้อหนุนกัน ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะสร้างพวกเขาให้เป็นพลเมืองที่ดีขึ้น ด้วยเหตุผลเหล่านี้จึงเกิดข้อโต้แย้งว่า รัฐส่งเสริมและทำให้การสมรสเป็นทางการ โดยมอบสิทธิประโยชน์พิเศษให้กับบุคคลที่แต่งงานแล้ว ทั้งยังกำหนดพันธะผูกพันพิเศษบางประการด้วย การเข้าใจเหตุผลของมลรัฐในการยอมรับการสมรสนี้ทำให้ผู้พิพากษาเสียงข้างมากสามารถอ้างว่าการสมรสเพศเดียวกันนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมลรัฐต่างๆ ในลักษณะเดียวกันเป็นการสมรสของเพศตรงข้าม

ความเข้าใจในการสมรสของคนจำนวนมากในปัจจุบัน โดยหลักจะมุ่งไปยังความสุขของผู้เลือกที่จะแต่งงาน แต่สิ่งนี้ไม่ใช่ความคิดที่เป็นจารีตแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นเวลานับพันปีแล้วที่การแต่งงานเชื่อมโยงกันอย่างแยกไม่ออกกับสิ่งหนึ่งที่คู่รักเพศตรงข้ามเท่านั้นที่สามารถกระทำได้ นั่นคือการให้กำเนิด

โดยเมื่อพิจารณาจากสำนักแนวคิดปรัชญาต่างๆ ที่ใช้คำศัพท์ที่แตกต่างกันเพื่ออธิบายว่าทำไมสังคมควรทำให้การสมรสเป็นทางการและพร้อมทั้งให้ผลประโยชน์และภาระผูกพันพิเศษแก่บุคคลที่แต่งงาน มลรัฐที่ปกป้องสิ่งที่แต่ละมลรัฐยึดมั่นในความเข้าใจตามจารีตประเพณีในเรื่องการสมรสนั้นได้อธิบายสถานะของพวกเขาโดยใช้คำศัพท์ในเชิงปฏิบัตินิยมที่แสดงถึงวาทกรรมทางการเมืองของอเมริกาเป็นส่วนใหญ่ ข้อโต้แย้งที่สำคัญที่สุดคือการที่รัฐส่งเสริมและทำให้การสมรสเป็นทางการ ซึ่งแตกต่างจากสัมพันธ์ภาพอื่นๆ ของมนุษย์ เพื่อส่งเสริมให้มีการให้กำเนิดอย่างมีประสิทธิภาพภายในหน่วยถาวรซึ่งเป็นที่ที่มีบรรยากาศที่ดีที่สุดในการเลี้ยงดูผู้มั่งคั่งบุตร นี่จึงเป็นเหตุผลที่สมเหตุสมผลที่จะจำกัดการแต่งงานไว้เฉพาะกับคู่รักต่างเพศ

หากแต่ความเข้าใจตามจารีตประเพณีดั้งเดิมเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการสมรสกลับไม่เป็นที่เชื่อถือสำหรับทุกคนในทุกวันนี้ ก็น่าจะมาจากความสัมพันธ์ระหว่างการสมรสกับการให้กำเนิดที่ไม่เกาะเกี่ยวกันเช่นเคย เช่น ในปัจจุบันเด็กจำนวนมากกว่า 40% ของประเทศนี้เกิดจากผู้หญิงที่ยังไม่สมรส พัฒนาการเช่นนี้เป็นทั้งเหตุและผลของการเปลี่ยนแปลงความเข้าใจในการสมรสของสังคมเราได้อย่างไม่น่าสงสัย

แม้ว่าคุณลักษณะของการแต่งงานในศตวรรษที่ 21 ของอเมริกาจะเปลี่ยนไปสำหรับหลายๆ คนแต่มลรัฐเหล่านั้นกลับไม่ปรารถนาที่จะยอมรับการสมรสเพศเดียวกัน โดยยังไม่ละทิ้งจากความเข้าใจตามจารีตประเพณีพวกเขาก็กังวลว่าการละทิ้งความเข้าใจดั้งเดิมอย่างเป็นทางการอาจมีส่วนทำให้การสมรสเสื่อมถอยมากขึ้น แต่เป็นเรื่องที่นอกเหนือกว่าอำนาจหน้าที่ของ

ศาลนี้ที่จะกล่าวว่ามลรัฐอาจไม่ยึดติดกับความเข้าใจในการสมรสที่แพร่หลายมาช้านานไม่เพียงเฉพาะในประเทศนี้และประเทศอื่นที่มีรากเหง้าทางวัฒนธรรมที่คล้ายคลึงกันแต่ยังรวมไปถึงประเทศที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมทั่วโลกด้วย

ตามที่ข้าพเจ้าได้เขียนไว้ในคดี Windsor ว่า

“ครอบครัวเป็นสถาบันของมนุษย์ที่เก่าแก่และเป็นสากล โครงสร้างครอบครัวสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของอารยธรรมและการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างครอบครัวและความเข้าใจที่เป็นที่นิยมของการสมรสและครอบครัวนั้นย่อมมีผลกระทบอย่างลึกซึ้ง การเปลี่ยนแปลงความเข้าใจในการสมรสในอดีตที่ผ่านมาเช่นแนวคิดซึ่งเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปว่า ความรักแบบโรแมนติกเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการแต่งงานมีผลที่ตามมามากมาย แต่กระบวนการซึ่งผลที่ตามมานั้นซับซ้อนเกี่ยวข้องกับปฏิสัมพันธ์ของหลายปัจจัยและมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นในระยะยาว

เราสามารถคาดหวังถึงบางสิ่งทีคล้ายกันที่จะเกิดขึ้นได้ถ้าการสมรสเพศเดียวกันเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางผลกระทบระยะยาวของการเปลี่ยนแปลงนี้ไม่อาจรู้ได้ในเวลานี้และไม่น่าจะเป็นไปได้ที่จะยืนยันถึงเวลาที่将会มาถึง มีหลายคน que คิดว่าการยินยอมให้มีการสมรสเพศเดียวกันได้จะบ่อนทำลายสถาบันการสมรสอย่างร้ายแรง แต่ก็มีหลายคน que คิดว่าการยอมรับการสมรสเพศเดียวกันจะเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้แก่สถาบันที่กำลังสั่นคลอนอยู่”

“ในปัจจุบันไม่มีใคร (รวมทั้งนักสังคมศาสตร์นักปรัชญาและนักประวัติศาสตร์) สามารถทำนายได้อย่างแน่นอนถึงผลกระทบที่ขยายวงกว้างในระยะยาวของการยอมรับการสมรสเพศเดียวกันจะเป็นอะไรและผู้พิพากษา ก็ไม่พร้อมที่จะทำการประเมินดังกล่าวอย่างแน่นอน ผู้พิพากษาของศาลนี้มีอำนาจและมีหน้าที่ในการตีความและปรับใช้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นหาก

รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิที่จะสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็เป็นหน้าที่ของเราที่จะบังคับใช้สิทธินั้นแต่เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงประเด็นการสมรสเพศเดียวกันไว้ในระบบการปกครองของเราอำนาจอธิปไตยสูงสุดอยู่ที่ประชาชนและประชาชนมีสิทธิที่จะควบคุมชะตากรรมของตนเอง การเปลี่ยนแปลงใดๆ ในคำถามที่เป็นหลักการพื้นฐานควรกระทำโดยประชาชน โดยผ่านตัวแทนที่มาจาก การเลือกตั้ง”

### III

คำพิพากษาในวันนี้ได้แย่งชิงสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนในการตัดสินใจว่าจะรักษาหรือเปลี่ยนแปลงความเข้าใจตามจารีตประเพณีในเรื่องการสมรสหรือไม่คำพิพากษาก็จะมีผลกระทบที่สำคัญอื่น ๆ เช่นกัน

เป็นเรื่องที่มักจะนำมาประณามคนอเมริกาที่ไม่เต็มใจยอมรับอนิกายออร์ทอดอกซีใหม่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้เปรียบเทียบกฎหมายการแต่งงานตามจารีตประเพณีกับกฎหมายที่ปฏิเสธการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อชาวแอฟริกัน-อเมริกัน และสตรี ความหมายของการเปรียบเทียบนี้จะถูกนำมาใช้ประโยชน์โดยผู้ที่ตัดสินใจที่จะทำลายร่องรอยหลักฐานของความขัดแย้งทุกประการ

บางทีการรับรู้ว่าจะเหตุผลจะถูกนำมาใช้อย่างไรจะนำไปสู่บทสรุปของความเห็นนั้นซึ่งผู้พิพากษาเสียงข้างมากพยายามที่จะทำให้ผู้ที่ต่อต้านการสมรสเพศเดียวกันมั่นใจว่าสิทธิในมโนสำนึกของพวกเขาจะได้รับการคุ้มครองซึ่งเราจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นจริงหรือไม่ในไม่ช้า โดยข้าพเจ้าเห็นว่าผู้ที่ยึดมั่นในความเชื่อแบบดั้งเดิมจะสามารถกระซิบบอกความคิดของพวกเขาได้เพียงตามซอกหลืบในบ้านของพวกเขา แต่ถ้าเมื่อใดที่พวกเขากล่าวถึงความเห็นดังกล่าวในที่สาธารณะ พวกเขาจะเสี่ยงต่อการได้รับการตราหน้าว่าเป็นพวก

หัวดีอรั้น (bigots)<sup>37</sup> และได้รับการปฏิบัติเช่นนั้นจากรัฐบาล นายจ้างและโรงเรียน

ระบบสหพันธ์ที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญของเราได้มีหนทางสำหรับบุคคลที่มีความเชื่อต่างกันให้อยู่รวมกันได้ภายในชาติเดียวกัน หากประเด็นเรื่องการสมรสเพศเดียวกันยังคงเป็นประเด็นที่สงวนไว้ให้ประชาชนของมลรัฐพิจารณาแล้ว ก็ย่อมเป็นไปได้ว่าบางมลรัฐจะยอมรับการสมรสเพศเดียวกันและบางมลรัฐไม่ยอมรับ นอกจากนี้ยังเป็นไปได้ว่าบางมลรัฐจะยอมรับการสมรสเพศเดียวกันโดยให้มีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองสิทธิตามมโนธรรม แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากในวันนี้ได้ทำให้ประเด็นที่รัฐธรรมนูญสงวนไว้เป็นไปไม่ได้ โดยการยึดยึดทัศนะของตนต่อคนทั้งประเทศ ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้ก่อให้เกิดกระบวนการสร้างคนชายขอบให้แก่คนอเมริกาจำนวนมากที่มีแนวคิดแบบจารีตประเพณีดั้งเดิม เมื่อระลึกถึงการปฏิบัติต่อเกย์และเลสเบี้ยนอย่างโหดร้ายที่ผ่านมาในอดีตแล้วอาจทำให้บางคนคิดว่าการพลิกกลับนี้เป็นการตัดสินอย่างยุติธรรมแล้ว แต่ถ้าให้ทัศนคติดังกล่าวนั้นอยู่เหนือกว่า ประเทศชาติก็จะประสบกับบาดแผลที่ขมขื่นอย่างยาวนาน

คำตัดสินในวันนี้จะมีผลกระทบต่อศาลนี้และความสามารถของศาลในการคำจูนหลักนิติธรรมถ้าเสียงข้างมากปรึมน้ำ<sup>38</sup> สามารถเสกสรรสิทธิใหม่ขึ้นมาและกำหนดสิทธินั้นให้กับทั้งประเทศได้ ซึ่งความจริงจำกัดเพียงแค่สิ่งที่เสียงข้างมากของคนส่วนใหญ่ในอนาคตจะทำได้ต่อความรู้สึกของพวกเขาที่มีต่อผู้มีอิทธิพลทางการเมืองและวัฒนธรรมคือการยินดีที่จะรับฟังความคิดเห็นของผู้อื่นแม้แต่ผู้สนับสนุนการสมรสเพศเดียวกัน

<sup>37</sup> คนที่มีทิฐิ ยึดความเชื่อของตนอย่างไรเหตุผล และเกลียดชังผู้ที่มีความเชื่อหรือวิถีชีวิตที่แตกต่างไปจากตน “bigot” Cambridge Dictionary <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/bigot> Accessed 31 Jul. 2021.

<sup>38</sup> คำพิพากษานี้มีมติไม่เป็นเอกฉันท์ โดยมีมติ 5 ต่อ 4



ที่มีศรัทธาแรงกล้าก็ควรวิตกกังวลเกี่ยวกับขอบเขตของอำนาจที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากในวันนี้ได้อ้างถึง

คำพิพากษาในวันนี้แสดงให้เห็นว่าความพยายามในหลายทศวรรษที่จะยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบของศาลนี้ล้มเหลว บทเรียนที่บางคนจะได้รับจากการตัดสินในวันนี้คือการสั่งสอนเกี่ยวกับวิธีการตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้อง หรือคุณธรรมหลักในการจำกัดอำนาจของตุลาการและความอ่อนน้อมถ่อมตนไม่สามารถต่อสู้กับสิ่งล่อใจที่จะบรรลุผลในปลายทางอันสูงส่งด้วยวิธีการที่ปฏิบัติได้ใด ๆ ก็ตาม ข้าพเจ้าไม่สงสัยเลยว่าเพื่อนร่วมงานที่เป็นเสียงข้างมากจะประจักษ์แจ้งในรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง นิमितแห่งเสรีภาพที่เกิดขึ้นตรงกับความคิดของพวกเขา แต่ความแท้จริงนี้นำมาซึ่งความวิตกกังวลไม่ใช่ความสบายใจ สิ่งที่เป็นหลักฐานคือการจมลงและความเสื่อมถอยที่แก้ไขไม่ได้ของแนวความคิดในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นวัฒนธรรมในทางกฎหมายของเรา

ความรู้สึกของคนอเมริกาส่วนใหญ่ที่มีต่อคำตัดสินในวันนี้ขึ้นอยู่กับมุมมองของพวกเขาที่มีต่อการสมรสเพศเดียวกันว่าจะใช่โอร้องหรือโศกเศร้า คร่ำครวญแต่สิ่งที่ชาวอเมริกาทุกคนควรขบคิด ในประเด็นนี้คือ ควรวิตกกังวลเกี่ยวกับการอ้างอำนาจของผู้พิพากษาเสียงข้างมากว่าสื่อความหมายอะไร

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้ห้วน\*

คำวินิจฉัยที่ 748

วันที่ 24 พฤษภาคม 2560

คำร้องที่ Huei-Tai-12674

และคำร้องที่ Huei-Tai-12771

เรื่อง คดีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

### บทสรุปแห่งคดี

เมื่อปี ค.ศ. 2013 Chia-Wei Chi ผู้ร้อง ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสต่อสำนักงานจดทะเบียนครอบครัวประจำเขต Wan-Hua แห่งเมืองไทเป แต่ได้รับการปฏิเสธ หลังจากที่ยื่นคำร้องขอการเยียวยาทางศาลตามปกติแล้ว ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2015 Chia-Wei Chi ผู้ร้อง จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 972 มาตรา 973 มาตรา 980 และมาตรา 982 เป็นการห้ามการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐบาลเมืองไทเป ซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีนี้ด้วย ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2015 อ้างว่า *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ในประมวลกฎหมายแพ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้ออกนั่งพิจารณา ศาลรวมพิจารณาคำร้องของผู้ร้องทั้งสอง และได้สวนพยานด้วยวาจา ในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2017

ในที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 การสมรส

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

ซึ่งไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันทำการสมรส ชัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการสมรสที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 22 ค้ำครองไว้ และยังชัดหรือแย้งต่อสิทธิในความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 7 รับรองไว้อีกด้วย โดยให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้แก้ไขหรือตราบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยนี้ภายในสองปีนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย หากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถแก้ไขหรือตรากฎหมายให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยได้ภายในกำหนดเวลาสองปีดังกล่าว บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสให้มีผลสมบูรณ์ทางกฎหมายได้ ณ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนครอบครัว

## ประเด็นแห่งคดี

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง บรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 การสมรส ซึ่งไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แน่นอนและผูกขาด<sup>39</sup> โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิต

<sup>39</sup> ความสัมพันธ์ในลักษณะของการสมรส (Marriage) มีความแตกต่างจากความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่น ๆ ตรงที่มีลักษณะของความผูกขาด (Exclusive) โดยคู่สมรสทั้งสองฝ่ายไม่สามารถสร้างความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกันนี้กับผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนได้ อันนำมาสู่มาตรการป้องกันและเยียวยาในลักษณะต่าง ๆ เช่น การฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนจากผู้ที่เป็นสาเหตุแห่งการฟ้องหย่านั้น รวมถึงมาตรการลงโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดฐานคบชู้ (โปรตุเกส คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ที่ 791 วันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 239 ที่บัญญัติให้การคบชู้ (Adultery) เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ) ในขณะที่ความสัมพันธ์บางรูปแบบ เช่น ความสัมพันธ์แบบเปิด (Open Relationship) เป็นความสัมพันธ์ที่อนุญาตให้คู่รักทั้งสองฝ่ายสามารถสร้างความสัมพันธ์เชิงโรแมนติกกับผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่ของตนได้

ร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] ชัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการสมรสที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 22<sup>40</sup> คุ่มครองไว้ และสิทธิในความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7<sup>41</sup> หรือไม่

### คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

(1) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง บรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 การสมรส ซึ่งไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] ชัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการสมรสที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 22 คุ่มครองไว้ และยังชัดหรือแย้งต่อสิทธิในความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 7 รับรองไว้อีกด้วย

(2) หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องแก้ไขหรือตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยนี้ภายในสองปีนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย ทั้งนี้ เป็นดุลพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณากำหนดรูปแบบของกฎหมายเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองเสรีภาพในการสมรสโดยเท่าเทียมกัน

(3) หากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถแก้ไขหรือตรากฎหมายให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยได้ภายในกำหนดเวลาสองปีดังกล่าว บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันที่ประสงค์จะสร้างความสัมพันธ์อย่างถาวร [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] ย่อมสามารถจดทะเบียนสมรสให้มีผล

<sup>40</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน มาตรา 22 “สิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ของประชาชนที่ไม่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของสาธารณชน ย่อมได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญนี้”

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน มาตรา 7 “พลเมืองของสาธารณรัฐจีนทุกคนย่อมเสมอภาคในกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึง เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น หรือพรรคการเมืองที่สังกัด”

สมบูรณ์ทางกฎหมายได้ ณ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนครอบครัว โดยการยื่นหนังสือที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ลงนามเป็นพยาน ตามนัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 การสมรส

### เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัย

รัฐบาลเมืองไทเป (Taipei City Government) เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนครอบครัว ตามมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว คือหนึ่งในบรรดาผู้ร้องของคดีนี้ ซึ่งในการดำเนินการกระบวนการจดทะเบียนสมรสโดยบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันที่ยื่นคำขอเข้ามา สำนักงานจดทะเบียนครอบครัวที่อยู่ในเขตรับผิดชอบของรัฐบาลเมืองไทเป เห็นว่าการบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ลักษณะ 2 การสมรส (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “*บทบัญญัติลักษณะการสมรส*”) และหนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ Tai-Nei-Hu-1010195153 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “*หนังสือกระทรวงมหาดไทย ค.ศ. 2012*”) ซึ่งอ้างถึงหนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10103103830 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐบาลเมืองไทเป โดยผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่กำกับดูแล คือ กระทรวงมหาดไทยและคณะรัฐมนตรี (Executive Yuan) จึงได้ยื่นคำร้องนี้ต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่า *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* และ *หนังสือกระทรวงมหาดไทย ค.ศ. 2012* ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23<sup>42</sup> ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำร้องในส่วนที่ได้แย้ง

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน มาตรา 23 “เสรีภาพและสิทธิทั้งหลายที่แจกแจงไว้ในบรรดามาตราก่อนหน้านี้ย่อมไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย เว้นแต่ในกรณี เช่น มีความจำเป็นต้องป้องกันการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อหลีกเลี่ยงภัยพิบัติที่กำลังจะมาถึง เพื่อดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือเพื่อความเจริญก้าวหน้าของสวัสดิการสาธารณะ”

บทบัญญัติลักษณะการสมรสเป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “*รัฐบัญญัติ*”) มาตรา 5 วรรคหนึ่ง วรรคย่อยหนึ่ง และมาตรา 9 จึงรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ส่วนคำร้องอีกคำร้องหนึ่งที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดย Chia-Wei Chi ซึ่งเกิดขึ้นจากคดีที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนครอบครัว Chia-Wei Chi ผู้ร้อง ยื่นคำร้องโดยอ้างว่าประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 972 มาตรา 973 มาตรา 980 และมาตรา 982 ที่ศาลปกครองสูงสุดนำไปใช้บังคับแก่คดี ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 103-Pan-521 (2014) (คำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้ว) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23 รวมถึงรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (Additional Articles of the Constitution) มาตรา 10 วรรคหก<sup>43</sup> ด้วย ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำร้องนี้เป็นไปตาม*รัฐบัญญัติ* มาตรา 5 วรรคหนึ่ง วรรคย่อยสอง จึงรับไว้พิจารณาเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่าคำร้องทั้งสองล้วนเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* จึงมีคำสั่งให้รวมพิจารณาในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2017 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ออกนั่งพิจารณาเพื่อไต่สวนพยานด้วยวาจาตาม*รัฐบัญญัติ* มาตรา 13 วรรคหนึ่ง เรียบร้อยแล้ว

รัฐบาลเมืองไทเป ผู้ร้อง อ้างว่า *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23 ข้ออ้างตามคำร้องสามารถสรุปได้ดังนี้ การห้ามบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันมิให้ทำการสมรสกันนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สมรส (Freedom to Choose Whom to Marry) ซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญในฐานะส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการสมรส (Freedom of Marriage) โดยปราศจากผลอันสำคัญและ

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 วรรคหก “รัฐจะต้องปกป้องศักดิ์ศรีของสตรี คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลของสตรี ขจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ และขยายความเท่าเทียมทางเพศอย่างแท้จริง”

ปราศจากความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่จะสนับสนุนข้อห้ามดังกล่าว ข้อห้ามนี้ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 23 นอกจากนี้ การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันด้วยเหตุผลด้านรสนิยมทางเพศ ควรได้รับการวินิจฉัยอย่างถี่ถ้วน อีกทั้งการกีดกันคู่รักที่มีเพศเดียวกัน มิให้ทำการสมรสนั้น ไม่ได้เป็นการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ แต่อย่างใด ดังนั้น *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* จึงละเมิดทั้งเสรีภาพของประชาชนในการสมรสตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และยังละเมิดสิทธิในความเสมอภาค (Right to Equality) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 อีกด้วย

Chia-Wei Chi ผู้ร้อง อ้างว่า ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 972<sup>44</sup> มาตรา 973<sup>45</sup> มาตรา 980<sup>46</sup> และมาตรา 982<sup>47</sup> ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 23 รวมถึงรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 วรรคหก ข้ออ้างตามคำร้องสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) เสรีภาพในการสมรสที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 เป็นสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลในอันที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตน (Inherent Right in Personality Development) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สารสำคัญของเสรีภาพดังกล่าวก็คือเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะมาเป็นคู่สมรสของตน การจำกัดเสรีภาพนี้จะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อ

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 972 “ความตกลงที่จะสมรส (An agreement to marry) [เป็นความตกลงในลักษณะเดียวกับสัญญาหมั้นตามกฎหมายไทย - ผู้แปล] จะต้องเกิดขึ้น โดยความยินยอมพร้อมใจของฝ่ายชายและฝ่ายหญิง”

<sup>45</sup> ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 973 “ชายซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบเจ็ดปีบริบูรณ์และหญิงซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบห้าปีบริบูรณ์ไม่อาจทำความตกลงที่จะสมรสได้”

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 980 “ชายซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์และหญิงซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบหกปีบริบูรณ์ไม่อาจทำการสมรสได้”

<sup>47</sup> ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 982 “การสมรสจะมีผลก็ต่อเมื่อทำเป็นหนังสือ โดยจะต้องมีพยานอย่างน้อยสองคนลงลายมือชื่อด้วย และจะต้องจดทะเบียน ณ สำนักงานจดทะเบียนครอบครัว”

กระทำภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ มาตรา 23 อย่างไรก็ตาม การห้ามบุคคลไม่ให้สมรสกับบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ไม่ได้เป็นไปเพื่อสนองต่อประโยชน์สาธารณะที่สำคัญแต่อย่างใด อีกทั้งวิธีการของข้อห้ามดังกล่าวยังไม่สัมพันธ์กับผลที่ตามมาแต่อย่างใด ดังนั้น การห้ามบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันมิให้ทำการสมรสกันจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และมาตรา 23

(2) คำว่า “เพศ” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 วรรคหก ต้องรวมถึง เพศ (Sex) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) และรสนิยมทางเพศ (Sexual Orientation) ด้วยการแบ่งแยกบุคคลด้วยพื้นฐานของรสนิยมทางเพศจะต้องได้รับการตรวจสอบอย่างละเอียดถี่ถ้วน วิธีการในการห้ามบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันมิให้ทำการสมรสกันนั้น เห็นได้ชัดว่าไม่สัมพันธ์กับผลที่อ้างว่าเป็นไปเพื่อสนับสนุนการเจริญพันธุ์หรือการให้กำเนิดบุตรแต่อย่างใด ดังนั้น การห้ามบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันมิให้ทำการสมรสกันจึงละเมิดหลักการได้รับความคุ้มครองโดยเสมอภาค (Equal Protection)

(3) รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 วรรคหก บัญญัติให้รัฐมีหน้าที่ในการจำกัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ และส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศอย่างจริงจัง ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ย่อมมีหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ความล้มเหลวอันยาวนานของฝ่ายนิติบัญญัติในการผ่านร่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน จึงนับเป็นการเพิกเฉยอันเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ

คำชี้แจงของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานมาอย่างยาวนาน



ว่า “การสมรส” คือการรวมตัวกันของสามีและภรรยา เป็นการรวมตัวกันของผู้ชายและผู้หญิง ดังนั้นจึงค่อนข้างยากที่จะโต้แย้งว่าเสรีภาพในการสมรสภายใต้รัฐธรรมนูญ มาตรา 22 แท้จริงแล้วรับรองเสรีภาพในการสมรสกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย การคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันจึงควรปล่อยให้เป็นที่หน้าทีของฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่า

(2) ประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งกำหนดหลักกฎหมายแห่งการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลในขอบเขตส่วนบุคคล เป็น “กฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยพื้นฐานในเรื่องอิสระทางสังคม (Social Autonomy)” การตรากฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวควรขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า สถาบันครอบครัวนั้นเกิดขึ้นมาอย่างยาวนานก่อนที่จะมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งเสียอีก ผลที่ตามมาคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางที่จะกำหนด “อิสระส่วนบุคคลในการสมรส (Private Autonomy in Marriage)” ดังที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดสินใจแล้วว่า “ระเบียบทางสังคมฝังรากลึกอยู่ในสถาบันการสมรสของสามีและภรรยา” ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตรา *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสถาบันการสมรส โดยสถาบันการสมรสตาม *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* มุ่งที่จะรองรับหน้าที่ทางสังคม เช่น การดำรงไว้ซึ่งระเบียบทางจริยธรรมของมนุษย์ และความเท่าเทียมทางเพศ รวมถึงการเลี้ยงดูบุตร นอกจากนี้ยังเปรียบเสมือนเป็นก้อนอิฐที่ใช้ในการก่อร่างสร้างครอบครัวและสังคม ทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นย่อมเป็นผลที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ชัดแจ้ง การจำกัดให้การสมรสเป็นเรื่องเฉพาะสำหรับคู่รักต่างเพศด้วยวิธีการนี้ มิใช่การกระทำตามอำเภอใจ แต่เป็นการกระทำอย่างมีเหตุผลที่สัมพันธ์กับผลอันพึงประสงค์ของสถาบันการสมรส ดังนั้น *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำชี้แจงของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องสามารถสรุปได้ว่า กระทรวงมหาดไทยในฐานะหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่

ในการจดทะเบียนครอบครัว เมื่อรับรองการสมรสแล้ว ย่อมอยู่ในสถานะที่ต้องปฏิบัติตามหนังสือที่ออกโดยกระทรวงยุติธรรม อันเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่ง กระทรวงมหาดไทยเห็นตามความเห็นของกระทรวงยุติธรรมในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส*

คำชี้แจงของสำนักงานจดทะเบียนครอบครัวประจำเขต Wan-Hua แห่งเมืองไทเป ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง สามารถสรุปได้ตามหนังสือที่ออกโดยกระทรวงยุติธรรม อันเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่ง การสมรสที่ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* อ่างถึงนั้น ย่อมจำกัดอยู่เพียงการรวมตัวกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้น สำหรับประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* นั้น เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะชี้ขาด

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้ออ้างตามคำร้องและคำชี้แจงทั้งปวงแล้ว จึงได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นที่ผู้ร้องทั้งสองโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* โดยมีเหตุผลในการวินิจฉัยดังต่อไปนี้

เมื่อปี ค.ศ. 1986 Chia-Wei Chi ผู้ร้อง ยื่นคำร้องต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (Legislative Yuan) ขอให้ดำเนินการทางนิติบัญญัติเพื่อทำให้การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย หลังจากที่คณะกรรมการด้านกิจการตุลาการของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (The Judicial Committee of the Legislative Yuan) ได้อภิปรายร่วมกับกรรมการทุกคนแล้วจึงเสนอให้ยกคำร้องของ Chia-Wei Chi ผู้ร้อง โดยระบุผลการพิจารณาว่า “ไม่มีความจำเป็นจะต้องริเริ่มการตรากฎหมายในประเด็นตามคำร้องนี้” โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติยืนตามความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวในการประชุมครั้งที่ 37 ของสมัยประชุมที่ 77

เมื่อปี ค.ศ. 1986 (โปรดดู คำร้องเสนอร่างกฎหมายของประชาชนที่ 201-330 และเอกสารที่เกี่ยวข้องกับร่างกฎหมายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ Yuan-Tzung-527 ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1986) ในการพิจารณาของคณะกรรมการด้านกิจการตุลาการของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะกรรมการนี้ได้อ้างอิงถึงคำแถลงที่จัดทำโดยผู้แทนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น ซึ่งกล่าวว่า

“การรวมตัวกันโดยการสมรสมิใช่เพียงเพื่อความพึงพอใจทางเพศเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อผลิตทรัพยากรมนุษย์ใหม่ให้แก่รัฐและแก่สังคม การสมรสสัมพันธ์กับการดำรงอยู่และการพัฒนารัฐและสังคม ดังนั้น จึงเป็นการแตกต่างกับความพึงพอใจทางเพศโดยแท้ระหว่างคนรักร่วมเพศ<sup>48</sup>”

นอกจากนี้ คำแถลงที่จัดทำโดยผู้แทนของกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้น ยังระบุว่า

“การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของชาติเรา ซึ่งบัญญัติให้การสมรสทำไ้ระหว่างผู้ชายและผู้หญิงฝ่ายละหนึ่งคนเท่านั้น การสมรสระหว่างบุคคลที่มี

---

<sup>48</sup> คำว่า “รักร่วมเพศ” เป็นคำแปลภาษาไทยดั้งเดิมที่แปลมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “Homosexual” แต่ตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน คำเดียวกันนี้มักถูกแปลให้มีความหมายอย่างอื่น เช่น คนรักเพศเดียวกัน เพื่อหลีกเลี่ยงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าหมายถึงกลุ่มบุคคลที่นิยมการร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) เท่านั้น และเพื่อหลีกเลี่ยงการผลิตซ้ำมายาคติว่าบุคคลผู้รักเพศเดียวกันมีพฤติกรรมทางเพศในทางลบมากกว่าบุคคลผู้รักต่างเพศ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบริบทของคำแถลงนี้แล้ว พบว่า มีนัยไปสู่อันตรายต่อคนรักเพศเดียวกัน เนื่องจากผู้แถลงเห็นว่าคนรักเพศเดียวกันต้องการจะสมรสกันเพื่อตอบสนองความพึงพอใจทางเพศเพียงอย่างเดียว (Pure Sexual Satisfaction) ดังนั้น เพื่อให้ตรงกับความหมายตามบริบทเชิงอนุรักษ์นิยมของผู้แถลงมากที่สุด ผู้แปลจึงขอแปลคำนี้โดยใช้ความหมายดั้งเดิม และเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนจากการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันในส่วนอื่นของคำวินิจฉัย ผู้แปลจะใช้คำแปลแบบดั้งเดิมให้ตรงกันทุกจุด

เพศเดียวกันไม่เพียงแต่ขัดแย้งกับศีลธรรมอันดีของสังคม แต่ยังไม่สอดคล้องกับสภาวะการณ์ของชาติเราและวัฒนธรรมดั้งเดิมอีกด้วย กรณีจึงดูเหมือนว่าจะไม่เหมาะสมหากการสมรสลักษณะดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมาย”

จากนั้น Chia-Wei Chi ผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องต่อทั้งกระทรวงยุติธรรม และกระทรวงมหาดไทย แต่ก็ไม่เป็นผล เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1994 กระทรวงยุติธรรมได้มีหนังสือที่ 83-Fa-Lu-Jue-17359 ระบุว่า

“ในประมวลกฎหมายแพ่งของเราไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้คู่สมรสจะต้องเป็นเพศชายและเพศหญิงฝ่ายละหนึ่งคนอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการในประเทศของเราเห็นพ้องต้องกันว่าคำจำกัดความของการสมรสนั้นจะต้องหมายความว่า “การรวมกันที่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างชายและหญิงเพื่อจุดประสงค์ในการอยู่ร่วมกันตลอดชีวิต” นักวิชาการบางคนยืนยันอย่างชัดเจนว่า ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งของเรา การรวมตัวกันของบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่อาจเรียกว่าการสมรสได้ ... บทบัญญัติจำนวนมากในบรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งยังตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องการรวมตัวกันของบุคคลต่างเพศอีกด้วย ... ดังนั้น การสมรสภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งจะต้องเป็นการรวมตัวกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิง ไม่รวมถึงการรวมตัวกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันแต่อย่างใด”

(สำหรับคำแถลงอื่นที่คล้ายคลึงกัน โปรดดู หนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10000043630 ลงวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 2012 หนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10103103830 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 และหนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10203506180 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2013)

ในปี ค.ศ. 1998 Chia-Wei Chi ผู้ร้อง ยื่นคำขอต่อศาลเขตไต้หวัน เพื่อขอให้รับรองให้จัดพิธีสมรสซึ่งทำโดยนายความผู้รับรองเอกสาร (Notary Public) โดยศาลเขตไต้หวัน ไทเป ปฏิเสธคำขอดังกล่าว

แต่ Chia-Wei Chi ไม่ได้ร้องขอการเยียวยาทางศาลใดๆ อันเนื่องมาจากการปฏิเสธคำขอดังกล่าว ในปี ค.ศ. 2000 Chia-Wei Chi ยื่นคำขอในเรื่องเดิมต่อศาลเดิมและถูกปฏิเสธอีกครั้งหนึ่ง เมื่อไม่อาจได้รับการเยียวยาทางศาลตามกระบวนการปกติได้แล้ว Chia-Wei Chi จึงนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2001 ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องของ Chia-Wei Chi ด้วยเหตุผลว่าคำร้องนี้ไม่ได้อธิบายอย่างเฉพาะเจาะจงว่าบทบัญญัติหรือข้อบังคับที่ศาลเขตใต้หวัน ไทเป นำมาใช้ในการวินิจฉัยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร ในปี ค.ศ. 2013 Chia-Wei Chi ยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานจดทะเบียนครอบครัวประจำเขต Wan-Hua แห่งเมืองไทเป และถูกปฏิเสธอีกครั้งหนึ่ง Chia-Wei Chi จึงดำเนินการอุทธรณ์ทางปกครองและฟ้องคดีปกครอง ในเดือนกันยายน ค.ศ. 2014 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้ Chia-Wei Chi แพ้คดี การแสวงหาการเยียวยาทางศาลตามปกติของ Chia-Wei Chi จึงเป็นอันสิ้นสุดลง ในปี ค.ศ. 2015 Chia-Wei Chi ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกครั้ง เป็นเวลากว่าสามทศวรรษที่ Chia-Wei Chi ได้อุทธรณ์ต่อทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน

นอกจากนี้ Bi-Khim HSIAO สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและเพื่อนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 2006 ร่างรัฐบัญญัตินี้ยังอยู่ในการพิจารณาของคณะกรรมการได้ไม่นานเนื่องจากขาดการสนับสนุนจากเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ต่อมา ในปี ค.ศ. 2012 และ ค.ศ. 2013 องค์กรพัฒนาเอกชนบางองค์กรที่เคลื่อนไหวเพื่อความเท่าเทียมในการสมรสได้เสนอร่างรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

ที่เกี่ยวข้อง สืบเนื่องจากเสียงสะท้อนที่เกิดขึ้นจากการเรียกร้องดังกล่าว Mei-Nu YU สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและเพื่อนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว ในบางส่วน จากนั้น Li-Chiun CHENG สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและเพื่อนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติอีกฉบับหนึ่งเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 5 ว่าด้วยมรดก ในบางส่วน ซึ่งเป็นครั้งแรกที่ร่างรัฐบัญญัติทั้งสองฉบับข้างต้นมีความก้าวหน้าไปจนถึงขั้นเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการด้านกิจการตุลาการและรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (The Judiciary and Organic Laws and Statutes Committee) โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหลายครั้งเพื่อแสวงหาความคิดเห็นที่หลากหลาย อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้ตกไปเสียก่อน เนื่องจากวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 8 สิ้นสุดลงในเดือนมกราคม ค.ศ. 2016 ต่อมา ในปี ค.ศ. 2016 Mei-Nu YU สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและเพื่อนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้เสนอร่างรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว บางส่วน อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในการประชุมสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติของพรรค New Power Party ปรากฏว่า Yu-Jen HSU และ Yi-Yu TSAI สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติในประเด็นที่เกี่ยวข้องอีกหลายฉบับ ในวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 2016 ร่างรัฐบัญญัติทั้งหมดข้างต้นได้ผ่านการพิจารณาในวาระที่หนึ่ง หลังจากทีคณะกรรมการด้านกิจการตุลาการและรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ได้พิจารณาร่างรัฐบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กรณียังไม่เป็นที่แน่นอนว่าเมื่อใดที่ร่างรัฐบัญญัติเหล่านี้จะได้รับการพิจารณาในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

เห็นได้ชัดว่า หลังจากเวลาผ่านไปมากกว่าหนึ่งทศวรรษ สถานิติบัญญัติแห่งชาติก็ยังคงไม่สามารถผ่านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันได้

คดีนี้เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทางสังคมซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากว่าคนรักร่วมเพศควรมีอิสระในการเลือกผู้ที่จะสมรสด้วยหรือไม่ และควรได้รับการคุ้มครองโดยเสมอกันกับคนรักต่างเพศ (Hetero Sexuals) หรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนจึงได้เจรจาต่อรองและประนีประนอมความคิดเห็นที่แตกต่างและตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเวลาที่เหมาะสม ซึ่งขึ้นอยู่กับการทำความเข้าใจความคิดเห็นของประชาชนและสถานการณ์ทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม เป็นการยากที่จะคาดเดากรอบระยะเวลาในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว และคำร้องเหล่านี้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน จึงเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเกี่ยวกับการรักษาคุณค่าพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และระเบียบตามรัฐธรรมนูญแบบเสรีประชาธิปไตยให้ทันเวลา (โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 585 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 601) ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้พยายามอย่างเต็มที่ในการพิจารณาคำร้องเหล่านี้ตามหลักการเคารพซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย หลังจากที่ได้ออกนั่งพิจารณาเพื่อไต่สวนพยานด้วยวาจาในวันที่กำหนดแล้ว จึงได้มีคำวินิจฉัยนี้เพื่อแก้ไขปัญหาคือตามรัฐธรรมนูญข้างต้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่กล่าวถึง “สามีและภรรยา” หรือ “ผู้ชายและผู้หญิง” เป็นการวินิจฉัยภายในบริบทของการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศในแง่กฎหมายหลังเชิงข้อเท็จจริงของแต่ละคดีที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 242 ที่ 362 และที่ 552 เป็นการ

วินิจฉัยในสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น โดยยอมรับความสมบูรณ์ของการสมรสซ้อนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 554 เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการลงโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดฐานคบชู้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 647 เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกีดกันไม่ให้คู่ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสได้รับการยกเว้นภาษี ในส่วนของมาตรการยกเว้นภาษีที่มีไว้สำหรับคู่สมรส และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 365 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นปิตาธิปไตย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยมีคำวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการอนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสกันแต่อย่างใด

*บทบัญญัติลักษณะการสมรส* หมวด 1 การหมั้น มาตรา 972 “ความตกลงในการหมั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความยินยอมพร้อมใจของฝ่ายชายและฝ่ายหญิง” เป็นการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าความตกลงในการหมั้นจะต้องกระทำขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ผู้ชายและผู้หญิงฝ่ายละหนึ่งคน โดยพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจเพื่อที่จะทำการสมรสต่อไปในภายภาคหน้า มาตรา 980 ถึงมาตรา 985 ของหมวด 2 การสมรส บัญญัติถึงเงื่อนไขการสมรสที่สำคัญและเป็นทางการ ถึงแม้ว่า หมวด 2 การสมรส จะไม่ได้ระบุซ้ำอีกครั้งหนึ่งว่าการสมรสควรจะต้องกระทำขึ้นระหว่างผู้ชายและผู้หญิงฝ่ายละหนึ่งคนด้วยความยินยอมพร้อมใจของบุคคลทั้งสอง แต่ก็สามารถอนุมานได้จากมาตรา 972 ว่าโครงสร้างของการสมรสนั้นเป็นอย่างเดียวกัน คือ การสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงฝ่ายละหนึ่งคน หากอ้างอิงถึงการเรียกชื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายว่าสามีและภรรยา ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายใน *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ก็เป็นที่ชัดเจนว่าการสมรสจะต้องหมายถึงการรวมตัวกันระหว่างผู้ชายและผู้หญิงอันเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกัน กระทบยุดิธรรมซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจ



ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ได้มีหนังสือจำนวน 4 ฉบับ (หนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ 83-Fa-Lu-Jue-17359 ลงวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1994 หนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10000043630 ลงวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 2012 หนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10103103830 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 และหนังสือกระทรวงยุติธรรมที่ Fa-Lu-10203506180 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2013) ระบุว่า “การสมรส คือ การรวมตัวกันโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างผู้ชายและผู้หญิง โดยมีวัตถุประสงค์ในการอยู่ร่วมกันตลอดชีวิต” ตามหนังสือกระทรวงยุติธรรมข้างต้น กระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการจดทะเบียนสมรส สั่งการให้หน่วยงานของรัฐในแต่ละท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจเกี่ยวกับการบริหารด้านทะเบียนครอบครัวให้ใช้อำนาจในการตรวจสอบการจดทะเบียนสมรสตามแบบแผนที่เป็นทางการของรัฐเพียงเท่านั้น ดังนั้น หน่วยงานของรัฐในแต่ละท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจเกี่ยวกับการบริหารด้านทะเบียนครอบครัวจึงได้ปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสที่บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันยื่นมาในทุกคำขอ ท้ายที่สุดแล้วบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันจึงไม่อาจทำการสมรสให้ได้รับการรับรองอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้

บุคคลที่ไม่มีคู่สมรสและมีความสามารถในการสมรสตามกฎหมายย่อมมีเสรีภาพในการสมรส ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการตัดสินใจว่า “จะสมรสหรือไม่” และ “จะสมรสกับผู้ใด” (โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 362) อิสระในการตัดสินใจดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาบุคลิกภาพและการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 การสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส - ผู้แปล] ของบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน ย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อ

ต่อการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการหมั้น การสมรส ผลแห่งการสมรส ระบบทรัพย์สินของคู่สมรส และการหย่า ใน *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* หมวด 1 ถึง หมวด 5 ของบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกัน อีกทั้งจะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระเบียบทางสังคมของการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศที่มีอยู่แล้ว ยิ่งไปกว่านั้น หากมีการรับรองเสรีภาพในการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันให้ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมประกอบขึ้นเป็นรากฐานของสังคมที่มั่นคงเคียงคู่ไปกับการสมรสของบุคคลต่างเพศ ความต้องการ ความสามารถ ความสมัครใจ และความปรารถนา ทั้งในทางร่างกายและทางจิตใจ ในการสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] ของคนรักเพศเดียวกันและคนรักต่างเพศมีความสำคัญเท่าเทียมกัน เป็นการให้ความสำคัญแก่เสรีภาพในการสมรสเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพ และคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน และการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศล้วนได้รับการคุ้มครองโดยเสรีภาพในการสมรสตามรัฐธรรมนูญมาตรา 22 แต่ *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] เห็นได้ชัดว่าเป็นความบกพร่องในการบัญญัติกฎหมาย ในขอบเขตดังกล่าว *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์และความหมายของเสรีภาพในการสมรสซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22

รัฐธรรมนูญ มาตรา 7 บัญญัติว่า “พลเมืองของสาธารณรัฐจีนทุกคน ย่อมเสมอกันในกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึง เพศ ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้น

หรือพรรคการเมืองที่สังกัด” การจำแนกประเภทการเลือกปฏิบัติซึ่งไม่สามารถกระทำได้ทั้ง 5 ประเภทดังกล่าว เป็นเพียงการยกตัวอย่างประกอบการอธิบายเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า การเลือกปฏิบัติซึ่งไม่สามารถกระทำได้จะมีเพียง 5 ประเภทนี้เท่านั้น ดังนั้น การเลือกปฏิบัติประเภทอื่น ๆ เช่น ความพิการ หรือรสนิยมทางเพศ ย่อมอยู่ในบังคับของสิทธิในความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 เช่นเดียวกัน

*บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติเพียงการรวมตัวกันอย่างถาวรระหว่างผู้ชายและผู้หญิง โดยไม่ได้บัญญัติให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันสามารถรวมตัวกันในลักษณะดังกล่าวได้ บทบัญญัตินี้เป็นการแบ่งแยกประเภทโดยอาศัยรสนิยมทางเพศ ซึ่งทำให้คนรักร่วมเพศได้รับการปฏิบัติที่ไม่เอื้ออำนวยต่อเสรีภาพในการสมรส เนื่องจากเสรีภาพในการสมรสมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเสรีภาพในบุคลิกภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในการสมรสซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ รสนิยมทางเพศยังเป็นลักษณะเฉพาะตัวที่เปลี่ยนแปลงได้ยาก ปัจจัยที่ส่งผลต่อรสนิยมทางเพศอาจรวมถึงสาเหตุทางร่างกายและจิตใจ ประสบการณ์ชีวิต และสภาพแวดล้อมทางสังคม<sup>49</sup> สำนักงานภูมิภาคทวีปอเมริกาขององค์การอนามัยโลก

<sup>49</sup> ยกตัวอย่างเช่น สมาคมจิตเวชโลก (World Psychiatric Association หรือ WPA) ได้ออกคำแถลงเรื่อง “จุดยืนของสมาคมจิตเวชโลกว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศ และรสนิยม การดึงดูด และพฤติกรรมของเพศเดียวกัน (WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours)” เมื่อปี ค.ศ. 2016 ระบุว่า รสนิยมทางเพศ คือ “สิ่งที่มีมาโดยกำเนิดและถูกกำหนดโดยปัจจัยทางชีววิทยา จิตวิทยา พัฒนาการ และปัจจัยทางสังคม” (คำแถลงนี้สามารถสืบค้นได้ที่ [http://www.wpanet.org/detail.php?section\\_id=7&content\\_id=1807](http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807) โดยเข้าถึงล่าสุดวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Obergefell v. Hodges, 576 U.S. \_\_ (2015), 135 S. Ct. 2584, 2596 (2015) ยังได้พิพากษาว่า “เฉพาะในช่วงเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมา

(The Pan America Health Organization)<sup>50</sup> และองค์กรทางการแพทย์ที่สำคัญอื่น ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ<sup>51</sup> ล้วนระบุว่า

---

มีจิตแพทย์และบุคคลอื่น ๆ ที่ยอมรับว่ารสนิยมทางเพศเป็นการแสดงออกทางเพศตามปกติของมนุษย์ และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้” (คำพิพากษานี้สามารถสืบค้นได้ที่ [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

<sup>50</sup> เอกสารการจำแนกโรคทางสถิติระหว่างประเทศและปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้อง แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 10 (The Tenth Revision of the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems หรือ ICD-10) ฉบับปี ค.ศ. 2016 (ฉบับแรกได้ประกาศเมื่อปี ค.ศ. 1992) ขององค์การอนามัยโลก (The World Health Organization หรือ WHO) ในบทที่ 5 จำแนกโรค ประเภท F66 ว่าหมายถึง “ความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาการทางเพศและรสนิยม” อย่างไรก็ตาม เอกสารฉบับนี้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า “รสนิยมทางเพศโดยตัวเองแล้วไม่ถือว่าเป็นโรค” (โปรดดู <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en/F66> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

สำนักงานภูมิภาคทวีปอเมริกาขององค์การอนามัยโลก (The Pan America Health Organization) ได้กล่าวในเอกสารเรื่อง “การรักษาความเจ็บป่วยที่ไม่มีอยู่จริง (“CURES” FOR AN ILLNESS THAT DOES NOT EXIST)” ว่า “มีฉันทมติของผู้ประกอบวิชาชีพว่าการรักร่วมเพศนั้นเป็นตัวแทนของความหลากหลายทางธรรมชาติในเพศวิถีของมนุษย์...” นอกจากนี้ยังกล่าวอีกว่า “การรักร่วมเพศไม่ได้ก่อให้เกิดความผิดปกติหรือความเจ็บป่วยอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงไม่มีความจำเป็นต้องรักษาแต่อย่างใด” (เอกสารฉบับนี้สามารถสืบค้นได้ที่ [http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman &task=doc\\_view&gid=17703&Itemid=2057](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman &task=doc_view&gid=17703&Itemid=2057) เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

<sup>51</sup> สมาคมจิตเวชโลก ในฐานะองค์กรระหว่างประเทศด้านการแพทย์ ได้แสดงจุดยืนไว้อย่างชัดเจนในคำแถลงเรื่อง “จุดยืนของสมาคมจิตเวชโลกว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยม การตั้งตูดและพฤติกรรมของเพศเดียวกัน” ดังที่กล่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 10

สมาคมจิตวิทยาอเมริกัน (American Psychological Association) ได้กล่าวไว้ในเอกสารเรื่อง “รสนิยมทางเพศและการสมรส (Sexual Orientation and Marriage)” ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 2004 ว่า และตีพิมพ์ล่าสุดในปี ค.ศ. 2010 เพื่อยืนยันว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 นักจิตวิทยาและจิตแพทย์ได้วินิจฉัยว่า การรักร่วมเพศ “ไม่ใช่ทั้งรูปแบบของความเจ็บป่วยทางจิตและไม่ใช่อาการของความเจ็บป่วยทางจิต” (เอกสารฉบับนี้สามารถ

การรักร่วมเพศนั้นไม่ใช่โรคหรืออาการผิดปกติแต่อย่างใด ในอดีตคนรักร่วมเพศในสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) เคยไม่ได้รับการยอมรับด้วยเหตุทางประเพณีสังคมและวัฒนธรรม ส่งผลให้บุคคลเหล่านั้นถูกบังคับให้ต้องเก็บงำสถานะความเป็นคนรักร่วมเพศเอาไว้และทุกซ์ทรมานในหลากหลายรูปแบบอันเนื่องมาจากการถูกกีดกันและเลือกปฏิบัติทั้งในทางพฤตินัยและนิตินัย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในเชิงโครงสร้างของประชากร คนรักร่วมเพศเป็นกลุ่มคนส่วนน้อยในสังคมที่แปลกแยกและโดดเดี่ยว และด้วยผลกระทบจากการถูกเหมารวม คนรักร่วมเพศที่ไร้ซึ่งอำนาจในทางการเมืองมาอย่างยาวนานจึงไม่อาจเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายที่เสียเปรียบผ่านทางกระบวนการทางประชาธิปไตยตามปกติได้ ดังนั้น ในการพิจารณาความชอบด้วย

---

สืบค้นได้ที่ <http://www.apa.org/about/policy/marriage.aspx> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

สมาคมจิตเวชศาสตร์ไต้หวัน (Taiwanese Society of Psychiatry หรือ TSP) ได้ออกเอกสารเรื่อง “คำแถลงจุดยืนในการสนับสนุนสิทธิที่เท่าเทียมกันของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศหรือรสนิยมทางเพศ และสิทธิที่เท่าเทียมกันในการสมรส (Position Statement in Support of the Equal Rights for Groups of Diverse Genders/ Sexual Orientations and for Same-Sex Marriage)” เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2016 โดยแถลงจุดยืนว่า “รสนิยมทางเพศ พฤติกรรมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และการจับคู่กันของบุคคลซึ่งไม่ใช่ผู้รักต่างเพศ ไม่ใช่ความผิดปกติทางจิตและไม่ใช่ข้อบกพร่องของการพัฒนาบุคลิกภาพ หากแต่เป็นการแสดงออกถึงความแตกต่างหลากหลายในพัฒนาการของมนุษย์ ยิ่งไปกว่านั้น การรักร่วมเพศโดยตัวเองแล้วไม่เป็นสาเหตุของความผิดปกติในสุขภาพจิตใด ๆ และไม่มีความจำเป็นต้องรักษา” (เอกสารฉบับนี้สามารถสืบค้นได้ที่ [http://www.sop.org.tw/Official/official\\_27.asp](http://www.sop.org.tw/Official/official_27.asp) เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

สมาคมจิตเวชเด็กและวัยรุ่นไต้หวัน ได้ออกเอกสารเรื่อง “คำแถลงจุดยืนว่าด้วยความเสมอภาคทางเพศ (The Taiwanese Society of Child and Adolescent Psychiatry)” ซึ่งยืนยันว่า “รสนิยมทางเพศทั้งหลายนั้นเป็นเรื่องปกติและไม่ใช่ความเจ็บป่วยหรือความเป็ยงเบน” (เอกสารฉบับนี้สามารถสืบค้นได้ที่ [http://www.tscap.org.tw/TW/News2/ug\\_News\\_Detail.asp?hidNewsCatID=8&hidNewsID=131](http://www.tscap.org.tw/TW/News2/ug_News_Detail.asp?hidNewsCatID=8&hidNewsID=131) เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2017)

รัฐธรรมนูญของปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศจะต้องใช้มาตรฐานในการพิจารณาที่สูงขึ้นกว่าปกติ การปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวจะต้องมีความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งสิทธิในความเสมอภาคซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7

เหตุผลที่รัฐบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมการเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงของการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศและสถาปนาสถาบันการสมรสขึ้นนั้นมีหลายประการ ข้ออ้างที่ว่าเหตุผลหนึ่งของการสมรสก็คือการให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผล *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ไม่ได้บัญญัติให้ความสามารถในการให้กำเนิดบุตรเป็นเงื่อนไขแห่งการสมรสของบุคคลต่างเพศแต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่ได้บัญญัติให้การสมรสตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรืออาจถูกฟ้องหย่าได้ หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้หรือไม่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรภายหลังจากการสมรส ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่องค์ประกอบสำคัญของการสมรส ข้อเท็จจริงที่บุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกันไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ตามธรรมชาตินั้นไม่แตกต่างกับผลที่เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลสองคนซึ่งมีเพศต่างกันไร้ความสามารถในการให้กำเนิดบุตรในทางภาวะวิสัย [เป็นหมัน - ผู้แปล] หรือไม่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรอันเป็นเหตุในทางอติวิสัย การไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสกันนั้นเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลที่ชัดเจน หากเราสมมติว่าการสมรสนั้นมีขึ้นเพื่อรักษาระเบียบจริยธรรมขั้นพื้นฐาน (The Basic Ethical Orders) ข้อกังวลเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำของคู่สมรส ระบบผัวเดียวเมียเดียว ข้อห้ามในการสมรสระหว่างเครือญาติใกล้ชิด ความซื่อสัตย์ต่อคู่สมรส และหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ชอบธรรมที่จะบัญญัติเป็นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการอนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสที่ได้รับการ

รับรองโดยชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่เป็นทางการและสำคัญซึ่งบัญญัติไว้ใน *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* แล้ว ระเบียบจริยธรรมขั้นพื้นฐานที่สร้างขึ้นเพื่อสถาบันการสมรสของบุคคลต่างเพศก็ย่อมไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ トラบไตที่คู่สมรสต่างเพศได้ปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสในระหว่างการสมรสและภายหลังจากที่การสมรสสิ้นสุดลง การไม่อนุญาตบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันทำการสมรสกันด้วยเหตุผลเรื่องการรักษาระเบียบจริยธรรมขั้นพื้นฐานนั้น เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลที่ชัดเจน ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์และความหมายแห่งสิทธิในความเสมอภาคซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7

เนื่องจากความสลับซับซ้อนและความเห็นที่ไม่ลงรอยกันในคดีนี้อาจมีความจำเป็นต้องใช้เวลาในการพิจารณามากกว่านี้ ในทางกลับกัน การตรากฎหมายที่ล่าช้าจะทำให้การกีดกันบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันไม่ให้ทำการสมรสอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ยืดเยื้อออกไปอย่างไม่มีกำหนดซึ่งไม่ควรปล่อยให้เกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนี้ภายในสองปีนับแต่วันที่ประกาศคำวินิจฉัย โดยให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องว่าจะปฏิบัติตามโดยอาศัยวิธีการใด (เช่น แก้ไขเพิ่มเติม *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* หรือตราบทบัญญัติลักษณะพิเศษขึ้นมาใหม่ในประมวลกฎหมายแพ่ง บรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว หรือตรากฎหมายพิเศษฉบับใหม่ หรือกระทำด้วยวิธีการอื่น ๆ) เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองเสรีภาพในการสมรสของบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันซึ่งต้องการสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] หากการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลาสองปีดังกล่าว

บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันซึ่งต้องการสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนสมรสต่อหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจ โดยดำเนินการตาม *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* และต้องมีพยานร่วมลงนามในเอกสารคำขอตั้งแต่สองคนขึ้นไป บุคคลสองคนที่ได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วย่อมได้รับสถานะความเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในฐานะคู่สมรสทุกประการ

คำวินิจฉัยนี้ไม่ได้มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะ สิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสต่างเพศตาม *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* แต่อย่างไร คำวินิจฉัยนี้ก็กล่าวถึงเฉพาะประเด็นว่า *บทบัญญัติลักษณะการสมรส* ที่ไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันสร้างความสัมพันธ์ที่เป็นการอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติที่แนบแน่นและผูกขาด โดยมีความมุ่งหมายที่จะจัดการชีวิตร่วมกัน [ความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรส – ผู้แปล] นั้น ละเมิดต่อเสรีภาพในการสมรสที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และละเมิดต่อสิทธิในความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 หรือไม่ คำวินิจฉัยนี้ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาอื่นใด

นอกจากนี้ คำร้องของรัฐบาลเมืองไทเป ผู้ร้อง ยังได้โต้แย้ง *หนังสือกระทรวงมหาดไทย ค.ศ. 2012* โดยหนังสือฉบับนี้คือหนังสือของกระทรวงมหาดไทยที่ตอบข้อหารือของรัฐบาลเมืองไทเป ซึ่งได้หารือในประเด็นปัญหาว่ารัฐบาลเมืองไทเปควรตอบรับคำขอยื่นคำร้องจดทะเบียนสมรสของบุคคลสองคนซึ่งมีเพศเดียวกัน หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าหนังสือฉบับนี้ไม่ใช่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้นจึงไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหนังสือดังกล่าวได้ ตาม *รัฐบัญญัติ* มาตรา 5 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องเฉพาะในส่วนนี้



## คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี\*

คำสั่งที่ 1 BvR 2019/16

วันที่ 10 พฤศจิกายน 2560

เรื่อง คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีการละเมิดสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน ตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2 (1) ประกอบกับมาตรา 1 (1) การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ ตามมาตรา 3 (3) และสิทธิที่พึงได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ตามมาตรา 3 (1)

### สรุปเหตุผลของคำวินิจฉัย

คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีประเด็นปัญหาว่า คำสั่งของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (The Federal Court of Justice) ที่ XII ZB 52/15 ลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2016 คำพิพากษาของศาลสูงภูมิภาคแห่งเซลเลอ (The Celle Higher Regional Court) ที่ 17 W 28/14 ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2015 และคำพิพากษาศาลท้องถิ่นฮันโนเวอร์ ที่ 85 III 105/14 ลงวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 2014 และบทบัญญัติตามมาตรา 2 (1) ฉบับที่ 3 ประกอบกับมาตรา 22 (3) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง (Civil Status Law Amending Act) ขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้อง ผู้ร้องมีสถานะความเป็นเพศหญิงโดยกำเนิดและได้ระบุว่าเป็นเด็กผู้หญิงในทะเบียนการเกิด ผู้ร้องเป็นผู้มีความผิดปกติทางพันธุกรรม ที่เรียกว่า กลุ่มอาการเทอร์เนอร์ (Turner syndrome)<sup>52</sup> และไม่สามารถระบุว่าเป็น

\* นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการสำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

<sup>52</sup> Turner syndrome เป็นภาวะผิดปกติทางพันธุกรรมที่พบในเพศหญิงเกิดจากความผิดปกติของโครโมโซม X โดยผู้ป่วยจะมีโครโมโซม X เพียงตัวเดียว ทำให้ผู้ป่วยมีลักษณะเฉพาะ เช่น มีรูปร่างเตี้ย และอาจส่งผลต่อพัฒนาการทางเพศเนื่องจากร่างกายผลิตฮอร์โมน

เพศหญิงหรือเพศชายได้โดยถาวร ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำขอจดทะเบียนการเกิด โดยระบุว่าเป็น “inter/diverse” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความหลากหลายทางเพศ” สำนักงานทะเบียนได้ปฏิเสธคำขอดังกล่าวโดยเหตุที่รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 และมาตรา 22 (3) ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนได้ ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติที่กล่าวมานี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เด็กที่เกิดในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องจดทะเบียนการเกิด โดยระบุเพศตามที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง โดยสามารถระบุว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย หากไม่อาจจะระบุเพศได้ก็ไม่ต้องกรอกข้อมูลใดๆ

คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ากรณีมีการละเมิดสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 2 (1) ประกอบกับมาตรา 1 (1) การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ ตามมาตรา 3 (3) และสิทธิที่พึงได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ตามมาตรา 3 (1)

ศาลพิจารณาแล้วจึงรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา วินิจฉัย รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 ประกอบกับมาตรา 22 (3) มีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 กำหนดให้มีการระบุเพศ แต่บทบัญญัติมาตรา 22 (3) ไม่ให้บุคคลที่มีลักษณะเบี่ยงเบนจากเพศหญิงหรือเพศชาย หรือบุคคลที่ไม่อาจจะระบุว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงได้อย่างถาวร สามารถระบุสถานะทางเพศได้

รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ข้อ 3 ประกอบกับมาตรา 22 (3) ชัดหรือแย้งต่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 2 (1) ประกอบกับมาตรา 1 (1) ที่มุ่งคุ้มครองสถานะทางเพศของบุคคล โดยสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพนี้ยังคุ้มครองสถานะทางเพศที่ไม่อาจระบุได้ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง กรณีเช่นนี้เป็นละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยสถานะของพลเมืองบังคับให้ต้องระบุเพศแต่มิได้ให้สิทธิที่จะระบุเพศทางเลือกอื่นนอกเหนือไปจากเพศหญิงหรือเพศชาย การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนี้จึงไม่เป็นธรรม

**ประเด็นแรก** สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคลคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ร้อง

โดยที่มาตรา 2 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ได้บัญญัติว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างอิสระ สิทธิขั้นพื้นฐานนี้ประกอบไปด้วยเสรีภาพในการกระทำการและสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพ (ทั้งนี้ ตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2 (1) ประกอบกับมาตรา 1 (1)) เมื่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ จึงเป็นส่วนเสริมเพิ่มเติมให้แก่บทบัญญัติอันเกี่ยวเนื่องด้วยเสรีภาพที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง (อ้างอิงจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 54, 148 <153>) เจตนารมณ์หลักของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนมุ่งที่จะวางเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับการพัฒนาและคุ้มครองการกำหนดตนเองโดยอิสระของแต่ละบุคคล อย่างไรก็ตาม สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพย่อมคุ้มครองเฉพาะการพัฒนาตนเองซึ่งเท่าเทียมกับเสรีภาพอื่น ๆ ที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) จึงมิได้คุ้มครองไปถึงเหตุปัจจัยต่าง ๆ ที่อาจจะลดทอนความสามารถในการกำหนดตนเองเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพ ในหลาย ๆ กรณีก็ไม่ปรากฏว่า มีบุคคลใดที่จะสามารถพัฒนาตนเองอย่างเป็นอิสระปราศจาก

เหตุแทรกแซงภายนอกและการเข้าไปเกี่ยวพันได้ ดังนั้น หากความสามารถในการพัฒนาตนเองและการเคารพต่อบุคคลถูกละเมิด สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพตนเองจะเข้ามาอุดช่องว่างของการคุ้มครอง

ด้วยเหตุนี้ สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพยังคุ้มครองไปถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล (Gender Identity) ด้วยซึ่งเป็นมุมมองด้านหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ การระบุเพศในเอกสารของทางราชการเป็นเรื่องที่สำคัญในการระบุอัตลักษณ์ของบุคคลทั้งในด้านภาพลักษณ์ของตนเองและด้านการรับรู้ของบุคคลอื่นที่มีต่อบุคคลนั้น อัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญต่อการดำเนินชีวิตประจำวันไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการได้มาซึ่งสิทธิและหน้าที่โดยผลของกฎหมาย เป็นฐานข้อมูลในการระบุตัวบุคคล ซึ่งในขอบเขตที่กว้างกว่านี้ อัตลักษณ์ทางเพศจะชี้ให้เห็นว่าบุคคลควรได้รับเรียกขานเช่นไร หรือสิ่งที่อาจคาดหมายได้ในแง่ของรูปลักษณ์ภายนอก การเลี้ยงดู และพฤติกรรมด้วย

อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่ไม่อาจระบุได้ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นกัน การที่ไม่ให้น้ำหนักต่อการระบุเพศจะทำให้บุคคลเหล่านี้สามารถพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้อย่างมีอิสระ ในกรณีนี้การระบุเพศเป็นปัจจัยที่แสดงให้เห็นถึงการรับรู้ของบุคคลอื่นที่มีต่อบุคคลเหล่านี้เป็นเช่นไร และผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมองตนเองอย่างไร แม้ผู้ร้องจะเน้นย้ำถึงความสำคัญของการระบุเพศ แต่ก็โต้แย้งว่า ในสถานการณ์เช่นนี้อัตลักษณ์ทางเพศเป็นมุมมองในเรื่องของบุคลิกภาพ

**ประเด็นที่สอง** รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 ประกอบกับมาตรา 22 (3) ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนซึ่งแสดงให้เห็นปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าเป็นการคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และละเมิดต่อความสามารถในการพัฒนาตนเองและการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ร้อง

บทบัญญัติที่ถูกต้องนี้ละเมิดต่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน อันเป็นการคุ้มครองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล กฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองกำหนดให้มีการระบุเพศ แต่ก็มีได้ให้สิทธิผู้ร้องซึ่งมีพัฒนาการทางเพศแตกต่างเพศชายและเพศหญิงโดยปกติ หรือเป็นบุคคลที่เพศวิถีไม่ตรงตามเพศสภาพโดยถาวร ทั้งนี้ การระบุเพศตามกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองต้องสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเหล่านั้น โดยสถานะทางเพศของบุคคลจะต้องระบุไว้ในทะเบียนการเกิดตามรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 ซึ่งมีด้วยกันสองประเภท คือ “เพศหญิง” และ “เพศชาย” เท่านั้น ไม่ปรากฏให้สามารถระบุเพศอื่นได้ บทบัญญัติ มาตรา 22 (3) จึงกำหนดว่าไม่ต้องกรอกข้อมูลใด ๆ กรณีที่เด็กไม่อาจจะระบุว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย กรณีเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถกรอกข้อมูลในเอกสารทางทะเบียนการเกิดได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงต้องยอมรับเอกสารทางทะเบียนที่ไม่มีการระบุเพศซึ่งกระทบต่อสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 22 (3) ผู้ร้องสามารถเลือกที่จะไม่ระบุเพศหญิงในทะเบียนการเกิดได้ แต่จากกรณีดังกล่าวการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องก็ยังคงมีอยู่ ไม่เพียงแต่อัตลักษณ์ทางเพศของผู้ร้องได้ถูกละเมิดจากการระบุเพศที่ไม่ถูกต้องแล้ว แต่กฎหมายก็ได้กำหนดทางเลือกอื่นนอกจาก “การไม่ต้องกรอกข้อมูล” ซึ่งการไม่ต้องกรอกข้อมูลมีผลดังนี้ ในขณะที่ผู้ร้องไม่สามารถระบุสถานะทางเพศที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงได้ แต่ผู้ร้องก็ไม่อาจจะระบุว่ามีเพศวิถีไม่ตรงตามเพศสภาพได้เช่นกัน การกำหนดว่า “ไม่ต้องกรอกข้อมูล” ไม่ได้เปลี่ยนแปลงรูปลักษณะทางเพศตามธรรมชาติที่มีมาโดยกำเนิด แต่กลับทำให้รู้สึกถึงการไม่ยอมรับเพศทางเลือกอย่างเป็นทางการและการระบุเพศยังขาดความชัดเจน เสมือนว่าแนวทางการแก้ไขปัญหายังไม่เป็นรูปธรรมหรือแม้กระทั่งปัญหาดังกล่าวได้ถูกลืม ในความเห็นของผู้ร้องการกรอกข้อมูลเรื่องเพศยังขาดความถูกต้อง

เพราะการไม่ให้กรอกข้อมูลระบุเพศทำให้บุคคลที่เป็นเพศทางเลือกรู้สึกว่าคุณค่าของตนไม่มีอัตลักษณ์ทางเพศ

หากกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองกำหนดให้บุคคลต้องระบุเพศ แต่กลับปฏิเสธการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพตนเองและการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า การรับรองสถานะทางเพศอย่างเป็นทางการตามกฎหมายนั้นต้องมีการระบุอัตลักษณ์และต้องมีผลของการแสดงออก สถานะความเป็นพลเมืองมิใช่เรื่องไม่เป็นสาระแต่เป็นเรื่องสถานะของบุคคล โดยผลของกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (1) วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง สถานะของบุคคลจะถูกกำหนดโดยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยได้มีการระบุคำจำกัดความอัตลักษณ์ของบุคคล ฉะนั้น การปฏิเสธการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศ เช่น การไม่ตระหนักถึงผลที่ตามมาของการไม่สามารถระบุเพศนอกเหนือจากกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้จะกระทบต่อความสามารถในการพัฒนาตนเองและการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล

การกรอกข้อมูลตามกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองมีจุดมุ่งหมายสำคัญในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้วางเงื่อนไขว่าต้องมีการระบุเพศในลำดับแรก แต่หากการระบุเพศมิใช่ภาคบังคับก็จะไม่กระทบต่อสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองและการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล จึงไม่จำเป็นต้องระบุเพศที่มีมาแต่กำเนิดในทะเบียนการเกิดเพียงเท่านั้น

อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 ได้กำหนดว่าสถานะของบุคคลต้องครอบคลุมถึงเรื่องเพศด้วย แม้ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาหลายครั้งก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงให้มีการจดทะเบียนระบุเพศ

เพื่อกำหนดอัตลักษณ์ของบุคคล โดยเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นว่าเพศเป็นองค์ประกอบสำคัญในการอธิบายรูปพรรณสัณฐานของบุคคลรวมถึงสถานะทางกฎหมาย ซึ่งการรับรองสถานะทางเพศตามกฎหมายนั้นต้องมีการระบุอัตลักษณ์และผลของการแสดงออกโดยมิได้ตระหนักถึงผลที่ตามมาว่าจะสามารถกรอกข้อมูลอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นหากอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง กรณีเช่นนี้ย่อมละเมิดต่อความสามารถในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองและความเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้มีการกรอกข้อมูลสถานะทางเพศโดยจำกัคมีให้แสดงข้อมูลบางประเภทจึงเป็นเรื่องยากสำหรับบุคคลที่ได้รับผลกระทบที่จะแสดงตนในพื้นที่สาธารณะหรือได้รับการยอมรับโดยบุคคลอื่นในฐานะผู้มีอัตลักษณ์ทางเพศเฉพาะ การที่บุคคลเหล่านี้มีตัวตนและเป็นที่ยอมรับของสาธารณะจึงมีความสำคัญต่อการพัฒนาบุคลิกภาพและไม่ใช่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายว่าด้วยสถานะของบุคคลกำหนดให้มีการกรอกข้อมูลสถานะทางเพศ แต่มิได้เปิดโอกาสให้บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิสามารถกรอกข้อมูลในเอกสารทะเบียนการเกิดที่ตรงกับภาพลักษณ์ของตนได้ (self-image) สาเหตุเพราะเอกลักษณ์เฉพาะตัว (individual identity) ของบุคคลนั้นไม่ได้รับการยอมรับและรับรองในลักษณะเดียวกับเพศที่มีมาโดยกำเนิดที่เป็นเพศหญิงหรือเพศชาย ผู้ร้องจึงโต้แย้งว่าเมื่อเป็นเรื่องของข้อมูลสาธารณะจึงเป็นเรื่องยากที่บุคคลสามารถกรอกข้อมูลสถานะทางเพศตามความจริงได้

**ประเด็นที่สาม** คำสั่งของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (The Federal Court of Justice) ที่ XII ZB 52/15 ลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2016 คำพิพากษาของศาลสูงภูมิภาคแห่งเซลล์เออ (The Celle Higher Regional Court) ที่ 17 W 28/14 ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2015 และคำพิพากษา

ศาลท้องถิ่นฮันโนเวอร์ ที่ 85 III 105/14 ลงวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 2014 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเหตุที่บทบัญญัติที่ถูกต้องแย้งนั้นบังคับให้บุคคลต้องกรอกข้อมูลระบุเพศโดยปฏิเสธการกรอกข้อมูลเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจาก “เพศหญิง” หรือ “เพศชาย” เป็นบทบังคับที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายที่ต้องมีความจำเป็นและเหมาะสม

กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าสถานะของบุคคลจะมีเพียงสองเพศเท่านั้น สถานะทางเพศก็ไม่ได้ถูกบังคับโดยกฎหมายว่าด้วยความเป็นพลเมือง หรือมิได้โต้แย้งการรับรองสถานะของบุคคลผ่านอัตลักษณ์ทางเพศที่สามนอกเหนือจากเพศชายหรือเพศหญิง แม้ว่ากฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 3 (2) จะรับรองความเสมอภาคของชายและหญิง แต่มีได้หมายความว่าคำจำกัดความของ “สถานะทางเพศ” จะมีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น โดยนัยของบทบัญญัติมาตรา 3 (2) ต้องการวางหลักในเรื่องความเสมอภาค ทั้งนี้ การปฏิบัติต่อชายและหญิงโดยไม่เท่าเทียมกันย่อมกระทำมิได้ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรานี้มุ่งที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติที่มีต่อเพศหญิงเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ (อ้างอิง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 85, 191 <207>) แต่มีได้มีความมุ่งหมายที่จะรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองหรือจะวินิจฉัยเพื่อสนับสนุนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนอกเหนือไปจากเพศชายหรือเพศหญิงแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ชี้ให้เห็นว่าระบบกฎหมายและสภาพทางสังคมมีฐานมาจากหลักการที่ว่าบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงย่อมมีสิทธิโดยเท่าเทียมกัน และกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) เองก็มีได้กำหนดว่าสถานะของบุคคลจะมีเพียงสองเพศเท่านั้น ในทางตรงกันข้าม เป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงแนวคิดทางสังคมและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศที่มีอยู่ในขณะนั้น



เมื่อตระหนักถึงประโยชน์ที่ควรมีต่อบุคคลภายนอก (บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ) จึงไม่ควรตัดสินใจว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 22 (3) ไม่ได้ให้ทางเลือกอื่นในการกรอกข้อมูลสถานะทางเพศในทะเบียนการเกิด ในขณะที่สถานะของเพศชายและเพศหญิงตามกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองมิได้กระทบเพราะเหตุที่มีการเพิ่มเติมเกณฑ์การกรอกข้อมูลอื่นขึ้นมา แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการกำหนดเกณฑ์การกรอกข้อมูลแบบที่สามจะต้องมีขั้นตอนของทางราชการและค่าใช้จ่ายในช่วงของการเปลี่ยนผ่านก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธการให้ทางเลือกแก่บุคคลในการระบุเพศอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ ประโยชน์ขององค์กรภาครัฐไม่สามารถนำไปปฏิเสธมาตรฐานหรือเกณฑ์ทางเลือกอื่นสำหรับการกรอกข้อมูลเพื่อระบุเพศได้เช่นกัน

การกำหนดเกณฑ์แบบที่สามเพื่อเพิ่มช่องทางการกรอกข้อมูลระบุเพศไม่ได้ส่งผลให้การระบุเพศอย่างอื่นซึ่งยังไม่ปรากฏในกฎหมายปัจจุบันทำได้ยากแต่อย่างใด ความไม่แน่นอนจะเกิดขึ้นเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนอกเหนือจากกฎหมายว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองที่เกี่ยวข้องกับเพศกลับสันนิษฐานเอาเองว่าบุคคลมิได้เพียงเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าบุคคลที่ถูกระบุว่าเป็นเพศที่สามควรถูกปฏิบัติเช่นไร อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายปัจจุบันปัญหาเช่นเดียวกันนี้ได้เกิดขึ้นหากเว้นช่องรายการเพศให้ว่างเอาไว้ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 22 (3) ในกรณีเช่นนี้การกรอกรายการเพื่อระบุว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็เป็นไปไม่ได้เช่นเดียวกัน ในแง่นี้ กฎหมายสารบัญญัติไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับเพศที่จะใช้บังคับ และฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ไม่ได้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นมาสำหรับบุคคลที่ไม่สามารถระบุข้อมูลเกี่ยวกับเพศ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดเกณฑ์การกรอกข้อมูลระบุเพศแบบที่สามจะทำให้ข้อมูลมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ต่างจากการ

ไม่กรอกข้อมูลใดๆ หรือเว้นว่างไว้ เพราะการกรอกข้อมูลจะไม่ทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าไม่ประสงค์จะกรอกข้อมูล

สถานะความเป็นพลเมืองอันถาวรตามธรรมชาตินั้นย่อมไม่ถูกระทบกระเทือนโดยการเลือกระบุเพศว่าเป็นเพศที่สาม เพราะเพียงแต่การสร้างเกณฑ์ทางเลือกอื่นขึ้นมาขึ้น ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นเงื่อนไขในการเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นพลเมืองของผู้หนึ่งผู้ใด

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 ประกอบกับมาตรา 22 (3) ที่ไม่ให้กรอกข้อมูลระบุเพศเป็นอย่างอื่นนอกจากระบุ “เพศชาย” และ “เพศหญิง” เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ จึงขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 3 (3) โดยบทบัญญัติที่เป็นประเด็นโต้แย้งนี้ กระทบต่อสิทธิของบุคคลซึ่งมีสถานะมิใช่เพศชายหรือเพศหญิง แต่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 3 (3) มิได้คุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นเพศชายและเพศหญิงจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งเพศเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองบุคคลที่มีอาจะระบุได้อย่างถาวรว่า เป็นเพศชายหรือเพศหญิงด้วย ดังนั้น การไม่อนุญาตให้กรอกข้อมูลระบุเพศเป็นอย่างอื่นนอกจากเพศชายและเพศหญิงจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### ผลแห่งคำวินิจฉัย

1. มาตรา 21 (1) ฉบับที่ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมือง (Civil Status Act) ฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมตามมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติปฏิรูปกฎหมายสถานะความเป็นพลเมือง (Civil Status Law Reform Act) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) ประกอบมาตรา 22 (3) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะความเป็นพลเมืองฉบับที่แก้ไข

เพิ่มเติมตามมาตรา 1 ฉบับที่ 6 ข้อ b แห่งรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสถานะความเป็นพลเมือง (Civil Status Law Amending Act) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 (พ.ศ. 2556) ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 2 (1) ประกอบมาตรา 1 (1) และมาตรา 3 (3) กรณีที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดหน้าที่ของบุคคลให้ต้องระบุเพศ และไม่อนุญาตให้บุคคลซึ่งมีพัฒนาการทางเพศแตกต่างไปจากผู้หญิงและผู้ชายที่ระบุได้อย่างถาวรว่าไม่ใช่ทั้งผู้หญิงและผู้ชาย กรอกข้อความอื่นนอกจากคำว่า “เพศชาย” และคำว่า “เพศหญิง”

ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคำบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2018 (พ.ศ. 2561)

2. คำสั่งของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (The Federal Court of Justice) ที่ XII ZB 52/15 ลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 2016 คำพิพากษาของศาลสูงภูมิภาคแห่งเซลล์เลอ (The Celle Higher Regional Court) ที่ 17 W 28/14 ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 2015 และคำพิพากษาศาลท้องถิ่นฮันโนเวอร์ ที่ 85 III 105/14 ลงวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 2014 ซึ่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้อง ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) มาตรา 2 (1) ประกอบมาตรา 1 (1) และมาตรา 3 (3) ให้กลับคำสั่งของศาลดังกล่าว และย้อนสำนวนคืนไปให้ศาลสูงภูมิภาค โดยจะต้องรอการพิจารณาเอาไว้ก่อนจนกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้จะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม

3. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องคืนเงินให้แก่ผู้ร้องสำหรับค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่ผู้ร้องได้เสียไป

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้\*

คำร้องที่ 60/04

วันที่ 1 ธันวาคม 2548

และคำร้องที่ 10/05

เรื่อง คดีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

คดีนี้ Ms. Marié Adriaana Fourie and Ms. Cecelia Johanna Bonthuys ที่กรุงพริทอเรีย (Pretoria) เป็นผู้ร้องในคดีแรก (คดี the Fourie) จากสองคดีซึ่งได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีในวันเดียวกันในศาลนี้ ข้อร้องเรียนในคดี the Fourie คือการที่กฎหมายกีดกันคู่รักเพศเดียวกันจากการเฉลิมฉลองความรักอย่างเปิดเผยและการให้คำมั่นสัญญากับคู่รักของตนในการแต่งงาน ผู้ร้องโต้แย้งว่า การกีดกันดังกล่าวมาจากค่านิยมตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้เป็นการอยู่ร่วมกันระหว่างชายคนหนึ่งและหญิงคนหนึ่งเท่านั้น ซึ่งกีดกันสิ่งอื่นใดที่นอกเหนือไปจากนี้และก็ยังคงดำรงอยู่เช่นนี้ คดีที่สอง เป็นคดีของโครงการความเสมอภาคของกลุ่มเกย์และเลสเบียน (คดี The Equality Project) ผู้ร้อง ที่อ้างว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 30 (1) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1961 (The Marriage Act) ซึ่งกำหนดให้นายทะเบียนการสมรสต้องถามคำถามนี้แก่คู่สมรสแต่ละฝ่ายว่า “คุณ AB การเรียกทุกคนมา ณ ที่นี้เพื่อเป็นพยานว่า คุณจะรับคุณ CD เป็นภริยา (หรือสามี) ที่ถูกต้องตามกฎหมายของคุณหรือไม่

\* นางสาวณัชชฎาพิมพ์ ภักทรานุกฤษกุล นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานคดี 2 สำนักคดี 1

การกล่าวถึงภริยา (หรือสามี) นี้ ผู้ร้อง (The Equality project) ได้แย้งว่าไม่รวมถึงการสมรสของคูรัักเพศเดียวกันซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ทั้งสองคดีนี้ทำให้เกิดการตั้งคำถามว่า เป็นความจริงหรือไม่ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้สิทธิแก่ผู้ร้องและบุคคลอื่น ๆ ที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันเพื่อที่จะสมรสกับคูรัักของตน จึงถือได้ว่ารัฐปฏิเสธการให้ความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันและเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ร้องเพียงเพราะเพศวิถี (Sexual orientation) ของพวกเขา จึงเป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับประกันสิทธิที่จะมีความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และถ้าเป็นเช่นนั้น การเยียวยาที่เหมาะสมซึ่งศาลนี้ควรจะมีคำสั่งคือสิ่งใด?

ในคดี the Fourie ศาลสูงได้ตัดสินว่า การที่ผู้ร้องไม่ได้รับคำสั่งอนุญาตให้พวกเขาแต่งงานเนื่องจากผู้ร้องไม่ได้ยื่นคำร้องในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ต่อมา คำพิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากในศาลสูงที่สุดได้ตัดสินว่า สิทธิของคูรัักเพศเดียวกันที่ในการเฉลิมฉลองการแต่งงานตามวิถีฆราวาสอาจจะต้องรอการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ในขณะเดียวกันนियามการสมรสตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ควรต้องได้รับการปรับปรุงเพื่อที่จะยอมรับคูรัักเพศเดียวกัน คำพิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อยตัดสินว่าจำเป็นต้องมีการปรับปรุงทั้งกฎหมายจารีตประเพณี และรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ซึ่งต้องได้รับการตีความและปรับรูปแบบให้เป็นปัจจุบันเพื่อที่จะอนุญาตให้คูรัักเพศเดียวกันสามารถประกาศคำสาบานตนในการจดทะเบียนสมรสได้ อย่างไรก็ตามได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า การปรับปรุงกฎหมายจารีตประเพณีที่จะทำให้สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญควรระงับไว้ชั่วคราวอันจะทำให้รัฐสภาสามารถตรากฎหมายที่เหมาะสมได้

ในช่วงเวลาเดียวกัน คดี The Equality project ได้ยื่นคำร้องให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการสาบานตนตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส และคำนิยามการสมรสตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเดิมได้กำหนดการพิจารณาคดีในศาลสูงในเดือนตุลาคมปีนี้ แต่ท้ายที่สุดมีการกำหนดนัดพิจารณาในเดือนมกราคมปีหน้า The Equality project ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องโดยตรงมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยพร้อมกับการอุทธรณ์และการอุทธรณ์โต้แย้งในคดี the Fourie

รัฐโต้แย้งว่าคดีของ The Equality project ยื่นคำร้องต่อศาลไม่ถูกต้อง ซึ่งการยื่นคำร้องดังกล่าวเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งว่า คำนิยามการสมรสตามกฎหมายจารีตประเพณี และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสตามมาตรา 30 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและโต้แย้งต่อไปอีกว่า หากศาลตัดสินเป็นอย่างอื่น คำประกาศการใช้บังคับไม่ได้ใด ๆ นั้นต้องถูกระงับเพื่อให้รัฐสภาสามารถแก้ไขข้อบกพร่องนั้น

Mr. John Smyth ซึ่งเป็นหมอเพื่อชีวิตและตัวแทนทางกฎหมายได้ให้การในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดี (amicus curiae) โดยให้การเป็นลายลักษณ์อักษรและด้วยวาจาต่อศาลเช่นเดียวกับกลุ่มพันธมิตรการแต่งงานแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ซึ่งให้การสนับสนุนต่อคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรของพระคาร์ดินัล Wilfred Napier

คำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้มีมติเป็นเอกฉันท์ในทุกประเด็น เว้นแต่เรื่องการเยียวยาความเสียหาย (the remedy) โดย Sachs J ได้ตัดสินว่า เรื่องนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่ต้องนำคดี the Fourie และคดี The Equality project มาพิจารณาวินิจฉัยด้วยกัน เขาตั้งข้อสังเกตว่าการที่ศาลได้มีคำพิพากษาดัดต่อกันถึงห้าครั้ง โดยเน้นย้ำว่าสาธารณรัฐแอฟริกาใต้มีการก่อร่างรูปแบบของครอบครัวที่หลากหลายซึ่งเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเช่นเดียวกับสังคมของเราที่พัฒนาไป ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะยึดถือ

รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเป็นการเฉพาะว่าเป็นที่ยอมรับเพียงหนึ่งเดียวในทางสังคมและกฎหมาย จึงมีความจำเป็นทางรัฐธรรมนูญซึ่งเลี่ยงไม่ได้ที่ต้องยอมรับต่อประวัติศาสตร์อันยาวนานของประเทศ การแพร่ขยายของกระบวนการเบียดขับให้กลายเป็นคนชายขอบ และการข่มเหงชาวเกย์และเลสเบี้ยน แม้จะพบว่าในบางกรณีจะไม่มีข้อบังคับทางกฎหมายที่ครอบคลุมถึงสิทธิในกฎหมายครอบครัวของเกย์และเลสเบี้ยน และท้ายที่สุดรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างรุนแรงในอดีตอันเกิดจากการไม่ยอมรับความเห็นของผู้อื่นและการกีดกัน ดังนั้นความเคลื่อนไหวต่อไปคือ การยอมรับต่อความจำเป็นในการพัฒนาสังคมบนพื้นฐานของความเสมอภาคและได้รับการเคารพจากทุกคนและเพื่อทุกคน Sachs J ชี้ให้เห็นว่าประเด็นคือ ความต้องการที่จะรับรองคุณลักษณะพิเศษทางสังคมของเราอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับความเห็นของผู้อื่นและการเคารพซึ่งกันและกัน บททดสอบของการยอมรับความเห็นของผู้อื่นไม่ใช่วิธีการแสวงหาที่ว่างสำหรับบุคคลหรือคนที่อยู่ด้วยและปฏิบัติต่อพวกเขาซึ่งจะทำให้รู้สึกสบายใจ แต่เป็นการอยู่ร่วมกับการแสดงความคิดเห็นในสิ่งที่ทำให้ฮึดฮัดใจได้อย่างไรต่างหาก

การกีดกันคู่รักเพศเดียวกันนอกจากผลประโยชน์และความรับผิดชอบในการสมรสมิใช่เรื่องเล็กน้อยและความยากลำบากที่ต่างออกไป ซึ่งเป็นผลมาจากสิ่งสับสนในทางอคติของสังคมที่ยังคงหลงเหลืออยู่เพียงเล็กน้อย ซึ่งถูกกำหนดไว้ให้ระเหยไปเหมือนน้ำค้างในยามเช้า เป็นการแสดงให้เห็นถึงสภาพที่ไม่เอื้ออำนวยหากข้อความที่ไม่ชัดเจนในกฎหมายที่ทำให้คู่รักเพศเดียวกันเป็นคนนอก (จากการสมรส - ผู้แปล) จึงทำให้คู่รักเพศเดียวกันมีความต้องการที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองความสัมพันธ์ในทางเพศของพวกเขาในฐานะมนุษย์ซึ่งได้รับการคุ้มครองน้อยกว่าคู่รักต่างเพศ ทำให้เห็นได้ว่าความสามารถของพวกเขาในเรื่องความรัก การมีพันธะผูกพัน และ

การยอมรับต่อความรับผิดชอบของคู่รักเพศเดียวกันนั้นมีคุณค่าน้อยกว่า คำนิยามของคู่รักต่างประเทศ ความเสียหายที่ไม่อาจประเมินค่าได้ของคู่รักเพศเดียวกันนี้รุนแรงเช่นเดียวกันกับการเพิกถอนสิทธิที่สำคัญ เมื่อคู่รักเพศเดียวกันไม่ได้รับสิทธิที่จะเฉลิมฉลองการให้คำมั่นสัญญาระหว่างกัน ต่อสาธารณชนซึ่งเป็นพิธีที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย พวกเขาต้องถูกบังคับให้อยู่ในสถานะที่ว่างเปล่าทางกฎหมายโดยการอยู่ร่วมกันมีสถานะที่ไม่ชัดเจน แม้จะสามารถได้รับของขวัญและการระลึกถึงวันครบรอบที่มีการเฉลิมฉลองตามวัฒนธรรมของเขาก็ตาม

หากคู่รักต่างประเทศมีทางเลือกที่จะตัดสินใจว่าจะแต่งงานหรือไม่ เมื่อคำพิพากษานี้ได้พิจารณาต่อไปว่าคู่รักเพศเดียวกันยังมีทางเลือกเพื่อให้ได้มาซึ่งสถานะและการเข้าถึงสิทธิต่างๆ ตามกฎหมาย รวมถึงความรับผิดชอบที่ทัดเทียมกับคู่รักต่างประเทศที่ได้ใช้สิทธินั้น โดยการกระตุ้นและการสนับสนุน วัตถุประสงค์ของสังคมเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ เมื่อกฎหมายประสบความสำเร็จล้มเหลวที่จะให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สถานะ ผลประโยชน์ และความรับผิดชอบต่าง ๆ ของคู่รักเพศเดียวกัน แต่เป็นสิทธิที่ให้กับคู่รักต่างประเทศ แม้จะมีความคืบหน้าที่สำคัญเกิดขึ้นในหลายคดีที่เป็นคดีเฉพาะ ผ่านทางการตีความทางรัฐธรรมนูญและโดยการแทรกแซงในทางนิติบัญญัติก็ตาม แต่สถานะปัจจุบันของชาวเกย์และเลสเบียนยังคงเป็นกลุ่มที่ถูกกีดกันและได้รับกระบวนการสร้างให้เป็นคนชายขอบหรือผู้ที่ถูกสังคมปฏิเสธ

Sachs J กล่าวว่า ผู้พิพากษาอาจตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจยอมรับได้ ถ้าหากพวกเขาเลือกที่จะตีความถ้อยคำทางศาสนาและเข้าข้างประเด็นต่าง ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความแตกแยกอย่างลึกซึ้งภายในองค์กรทางศาสนา ในสังคมที่เปิดกว้างและเป็นสังคมประชาธิปไตยซึ่งปกครองโดยรัฐธรรมนูญจะต้องมีการดำรงอยู่ร่วมกันอย่างเคารพซึ่งกันและกันระหว่างฆราวาสและสิ่งที่เคารพบูชาในทางศาสนา หน้าที่ของศาลคือรับรองขอบเขต



ที่แต่ละคนอยู่ไม่ใช่การบังคับให้บุคคลใดไปอยู่ในอาณาเขตของอีกฝ่ายหนึ่ง วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนุญคือให้ยอมรับแนวคิดที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของมนุษย์ตามธรรมชาติที่ต้องอาศัยอยู่ในพื้นที่สาธารณะเดียวกัน และไม่ทำลายล้างซึ่งกันและกัน ขณะเดียวกันรัฐก็สามารถทำหน้าที่ในวิถีทางที่แสดงให้เห็นถึงการคำนึงถึงความเท่าเทียมกันและการเคารพต่อทุกคน

การที่รัฐรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันว่า มีสถานะ สิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกับในกฎหมายการสมรสของคู่รักต่างเพศ ย่อมไม่เป็นการขัดต่อสิทธิขององค์กรทางศาสนาที่จะปฏิเสธการจัดงานเฉลิมฉลองการแต่งงานของคู่รักเพศเดียวกัน ผลประโยชน์สองกลุ่มนี้เกี่ยวข้องกัน แต่ไม่ขัดแย้งกัน เมื่อสิทธิดังกล่าวอยู่ร่วมกันในขอบเขตของรัฐธรรมนุญบนพื้นฐานของการยอมรับในความหลากหลาย การอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ไม่ได้ลดทอนความสามารถของคู่รักต่างเพศในการสมรสตามรูปแบบที่พวกเขาปรารถนาและยังคงเป็นไปตามหลักศาสนาของพวกเขาด้วย

การบดบังสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันจากการเข้าถึงกฎหมายร่วมกับการใช้ประโยชน์จากทางภาษาเฉพาะเกี่ยวกับเพศในคำสาบานตนของการแต่งงานย่อมสันนิษฐานได้ว่า มีเพียงคู่รักต่างเพศเท่านั้นที่ได้รับสิทธิดังกล่าว กฎหมายจารีตประเพณีและรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส มาตรา 30 (1) จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนุญ มาตรา 9 (1) และมาตรา 9 (3) (เรื่องความเสมอภาค) และมาตรา 10 (เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) เนื่องจากไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายสำหรับคู่รักเพศเดียวกันในการรับรองสถานะสิทธิตามกฎหมายและความรับผิดชอบต่าง ๆ ของพวกเขาเช่นเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ

การจัดการเพื่อเยียวยาเรื่องดังกล่าวควรได้รับการแก้ไข Sachs J กล่าวว่า การแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีผลทำให้คู่รักเพศเดียวกันได้รับ

การรับรองสถานะ สิทธิตามกฎหมายและความรับผิดชอบต่าง ๆ เช่นเดียวกับ คู่รักต่างเพศผ่านทางารจดทะเบียนสมรสนั้น จะต้องไม่มีผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่มาจากคำนิยามตามกฎหมายจารีตประเพณี ผลที่อาจจะ เกิดคือการจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันจะเป็นการขยายขอบเขต กฎหมายจารีตประเพณีโดยอัตโนมัติ และผลทางกฎหมายที่ตามมาจะเป็น เช่นเดียวกับการสมรสของคู่รักต่างเพศ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นที่ต้องตัดสินว่า ศาลสามารถหรือควรจะปรับปรุงกฎหมายจารีตประเพณีเพียงประการเดียว หรือไม่

การพัฒนาที่โดดเด่นและมีความสำคัญในตัวบทกฎหมายของ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา มีการขยายขอบเขตของ การแสดงออกและการรับรองโดยปริยายว่า ฝ่ายนิติบัญญัติยอมรับต่อความ สัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน แต่ยังไม่มีการรับรองที่เหมาะสมในทางกฎหมาย ของเราในเรื่องการจดทะเบียนคู่ชีวิตของคู่รักเพศเดียวกันในฐานะที่เป็น รับรองการใช้ชีวิตคู่ให้เป็นไปตามกฎหมายและด้านอื่น ๆ ของการเป็น หุ้นส่วนชีวิต

การกล่าวอ้างของผู้ร้องในคดี the Fourie เกี่ยวกับสิทธิในการสมรส ควรได้รับการพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของความปรารถนาที่จะสามารถใช้ ชีวิตอย่างเปิดเผยและเป็นอิสระเช่นเดียวกับผู้หญิงที่เป็นเลสเบียนที่ได้รับการ ปลดปล่อยจากบรรดาข้อห้ามทางกฎหมายทั้งปวงซึ่งในอดีตที่ผ่านมา พวกเขาไม่ได้รับสิทธิให้มีความสุขกับการใช้ชีวิตในสังคมที่อยู่ในกระแสหลัก สิทธิในการเฉลิมฉลองในการใช้ชีวิตคู่มีความสำคัญมากกว่าสิทธิในการเข้าสู่ กระบวนการจัดการทางกฎหมายซึ่งมีพฤติการณ์แวดล้อมและผลสืบเนื่อง ที่สำคัญต่อคู่รักเพศเดียวกันอันเป็นการแสดงถึงเหตุการณ์สำคัญในเชิง สัญลักษณ์ในการต่อสู้ที่ยาวนานเพื่อนำไปสู่ความเสมอภาคและศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ แม้การจดทะเบียนสมรสจะมีความสำคัญและสร้างความ

มั่นคงในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของผู้ร้องก็ตาม ซึ่งการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของผู้ร้องดังกล่าวและของคู่อื่น ๆ จำเป็นต้องเร่งให้ความช่วยเหลือเพื่อให้พ้นจากการถูกล้มเลือนในทางกฎหมายและทำให้การสมรสนั้นมีความสุขและอยู่ร่วมกันได้ซึ่งจะปรากฏในท้ายที่สุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันใด ๆ ก็ตาม

เรื่องนี้เป็นความรู้สึกที่อ่อนไหวอย่างลึกซึ้งสำหรับภาครัฐและภาคเอกชน รัฐสภาต้องค้นหาวិธีการที่เหมาะสมที่สุดในการรับประกันว่า คู่รักเพศเดียวกันจะพ้นไปจากความเยินชาในทางกฎหมายเนื่องจากกฎหมายไม่อาจลบล้างทัศนคติทั่วไปของสังคมและอคติด้วยตัวมันเองโดยอัตโนมัติ แต่กฎหมายทำหน้าที่เสมือนเป็นครูผู้ยิ่งใหญ่ในการสร้างบรรทัดฐานทางสังคม (public norms) โดยหล่อหลอมเข้ากับชีวิตประจำวันและคุ้มครองบุคคลผู้ที่เปราะบางจากการกระบวนกรที่ขบเบียดให้เป็นคนชายขอบโดยไม่เป็นธรรม และการล่วงละเมิด สิ่งที่ต้องระลึกเสมอคือ ไม่เพียงแต่ศาลต่าง ๆ ที่ต้องรับผิดชอบต่อการปกป้องสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในกฎบัตรสิทธิมนุษยชน (Bill of Rights) ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ต้องเคารพต่อสิทธิดังกล่าวในฐานะด่านแรกเช่นกัน หน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือการรับรองถึงคุณค่าของรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในอารัมภบทและมาตรา 1 ที่แทรกซึมอยู่ในทุกพื้นที่ของกฎหมาย โดยกำหนดไว้ว่าหลักการพื้นฐานของความเสมอภาคตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้รับการตัดทอนในกระบวนการ ดังนั้น หากระดับการยอมรับของสาธารณะชนที่มีต่อการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันนั้น มีมากเท่าใด ความสำเร็จของความเสมอภาคก็ยิ่งจะได้รับการส่งเสริมมากขึ้นเท่านั้น

ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถจัดการกับช่องว่างที่มีอยู่ในกฎหมายดังกล่าวได้ในสองวิธีการ กล่าวคือ ประการแรกให้ปฏิบัติตามข้อเสนอของ the Equality project โดยให้แทรกคำว่า “หรือคู่สมรส” ตามหลังคำว่า “หรือสามี” ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส (The Marriage Act)

ความเป็นไปได้ประการที่สองคือ ข้อเสนอที่ซับซ้อนและมีความยากมากกว่าซึ่งจะต้องนำเสนอบันทึกข้อตกลงโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายแห่งแอฟริกาใต้ (the South African Law Reform Commission) ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่มีการปรึกษาหารือสาธารณะอย่างกว้างขวางในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมา การดำเนินการนี้จะประมวลบทบัญญัติกฎหมายที่ครอบคลุมเพียงโครงสร้างเดียวและไม่ได้กำหนดทางเลือกใด ๆ ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือ กฎหมายการสมรสฉบับใหม่ (ที่เรียกว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปการสมรส: Reformed Marriage Act) ที่ตราขึ้นเพื่อให้การรับรองในทางกฎหมายแก่การสมรสทุกประเภทรวมทั้งการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันและคู่รักต่างเพศ โดยไม่คำนึงถึงศาสนา เชื้อชาติหรือวัฒนธรรมของคู่รักแต่ละคู่ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสฉบับปัจจุบันจะไม่ถูกยกเลิกแต่จะถูกเปลี่ยนชื่อเท่านั้น ซึ่งจะใช้ชื่อว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสตามแบบแผน (the Conventional Marriage Act) โดยวัตถุประสงค์ของรัฐบัญญัตินี้ สถานภาพที่เป็นอยู่จะคงเดิมไว้ทุกประการและการรับรองทางกฎหมายตามข้อกำหนดของรัฐบัญญัตินี้ (the Conventional Marriage Act) ใช้ได้เฉพาะคู่รักต่างเพศกันเท่านั้น สิ่งนี้จะไม่นำมาซึ่งการแบ่งแยกทางศาสนาและทางแพ่ง และรัฐมนตรีนึกว่าการกระทรวงศาสนา (หรือสถาบันทางศาสนา) จะต้องมีทางเลือกที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับรัฐบัญญัตินี้ว่าพวกเขาปรารถนาที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียนการสมรส โดยรัฐจะแต่งตั้งนายทะเบียนการสมรสในแง่ของรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิรูปการสมรส เช่นกัน

ข้อมูลจากคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายแห่งแอฟริกาใต้ (the South African Law Reform Commission - SALRC) ในการจัดการกฎหมายครอบครัวในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้กำหนดให้มีบทบัญญัติในรัฐบัญญัติการสมรสในเรื่องการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสแบบทั่วไป และมีกฎหมายเพิ่มเติมสำหรับการสมรสแบบเฉพาะ สำหรับกลุ่มผลประโยชน์เฉพาะ

เช่น คู่สมรสในการแต่งงานตามประเพณีของชนพื้นเมือง การสมรสตามศาสนาอิสลาม การสมรสตามศาสนาฮินดู และปัจจุบันรวมถึงการสมรสเฉพาะคู่รักเพศตรงกันข้ามกันด้วย

Sachs J ตัดสินว่า ในการรับรองการจดทะเบียนสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนี้เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและลึกซึ้ง มีความสำคัญต่อการสร้างรากฐานที่ยืดหยุ่นอย่างมั่นคงเพื่อให้บรรลุถึงความเสมอภาคในเรื่องนี้ จึงเหมาะสมแล้วที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้รับโอกาสในการวางแผนที่จะพิจารณาดำเนินการเพื่อหาวิธีการที่ดีที่สุดต่อไป

ไม่ว่าจะเลือกวิธีการเยียวยาแก้ไขในทางกฎหมายใด อย่างไรก็ตามต้องเปิดใจและยอมรับต่อการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศทั้งในแง่นามธรรมและรูปธรรมต่อบริบทของการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมารวมถึงความเกลียดชังต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศ การตอบสนองที่เหมาะสมจึงเป็นการเตรียมหาวิธีการเยียวยาแก้ไขซึ่งต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีของคู่รักเพศเดียวกันอย่างแท้จริงและซัดแจ้ง

รัฐสภาได้ริเริ่มและดำเนินการในบัญญัติกฎหมายแล้วจำนวนหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสนใจที่จะยุติการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเพศวิถี (Sexual Orientation) โดยการสนับสนุนความเห็นทางวิชาการจากงานวิจัยที่แพร่หลายและข้อเสนอที่เฉพาะเจาะจงของ SALRC ไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อว่ารัฐสภาจะไม่สามารถแสดงความรับผิดชอบของตนเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษาภายในระยะเวลาอันสั้นได้ แต่สิ่งที่เป็นปัญหาไม่ใช่การเริ่มต้นสิทธิขั้นพื้นฐานใหม่ในการออกกฎหมาย แต่เป็นการบรรลุผลของกระบวนการที่ดำเนินการมาเป็นระยะเวลาหลายปีแล้ว ในสถานการณ์นี้จึงควรใช้เวลาแก่รัฐสภาเป็นเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่อ่านคำพิพากษาของศาลเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หากรัฐสภาไม่สามารถเยียวยข้อบกพร่องภายในสิบสองเดือน คำว่า “หรือคู่สมรส” จะถูกนำมาเพิ่มเติมในมาตรา 30 (1)

แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสโดยอัตโนมัติ ในกรณีนี้รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส จะกลายเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่ทำให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถเข้าถึงสถานะและผลประโยชน์ของคู่สมรสควบคู่ไปกับความรับผิดชอบซึ่งปัจจุบันนี้ใช้บังคับกับคู่รักต่างเพศอยู่แล้ว หากรัฐสภาประสงค์จะปรับปรุงหรือแทนที่การเยียวยาแก้ไขผ่านทางการจัดการทางกฎหมายอื่นใดก็ย่อมต้องเป็นไปตามมาตรฐานทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นที่สุด และสถาบันทางศาสนาจะไม่ถูกรบกวนในเรื่องการประกอบพิธีการสมรสตามหลักคำสอนของแต่ละศาสนา หากสถาบันทางศาสนาใดประสงค์จะจัดพิธีการสมรสให้เฉพาะคู่รักต่างเพศเท่านั้น ก็ย่อมกระทำได้ รัฐจะใช้หลักความยินยอมอย่างมีเหตุผลในการรับรองว่า นายทะเบียนการสมรสในทางเมืองที่มีความเลื่อมใสในศาสนาอย่างแท้จริง ได้คัดค้านการทำหน้าที่อย่างเป็นทางการในการสมรสเพศเดียวกัน ย่อมจะไม่ถูกบังคับให้ประกอบพิธีการสมรสให้แก่คู่รักเพศเดียวกัน หากสิ่งนั้นเป็นการละเมิดต่อมโนธรรมของพวกเขา

คำสั่งของศาลสูงสุดถูกระงับและแทนที่ด้วยคำสั่งที่ระบุว่า

- คำนิยามของ “การสมรส” ตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ได้รับการประกาศว่าไม่สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะในขอบเขตเท่าที่ไม่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถมีสถานภาพและได้รับผลประโยชน์ควบคู่ไปกับความรับผิดชอบเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ

- การละคำ “หรือคู่สมรส” ในมาตรา 30 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1961 ภายหลังจากคำว่า “หรือสามี” ได้รับการประกาศว่าไม่สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสเฉพาะส่วนนี้เป็นโมฆะ

- คำประกาศเกี่ยวกับความเป็นโมฆะนี้จะถูกระงับไว้เป็นเวลา 12 เดือนนับจากวันที่อ่านคำวินิจฉัยนี้เพื่อให้รัฐสภาไปดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่อง

- หากรัฐสภาไม่แก้ไขข้อบกพร่องนี้ภายในระยะเวลาดังกล่าว

มาตรา 30 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1961 จะถูกเพิ่มเติมในทันที โดยให้รวมคำว่า “หรือคู่สมรส” ภายหลังคำว่า “หรือสามี” ตามที่ปรากฏใน หลักการสมรส

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย อธิบดีกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการพัฒนารัฐธรรมนูญจะต้องเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายในส่วนของผู้ร้อง

คำวินิจฉัยนี้เป็นความเห็นเสียงข้างมากโดย Langa CJ, Moseneke DCJ, Mokgoro J, Ngcobo J, Skweyiya J, Van der Westhuizen J, Yacoob J ซึ่งเห็นด้วยกับคำพิพากษาของ Sachs J.

O'Regan J ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อยได้แสดงความเห็นว่า เธอเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยกลางที่ตัดสินว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เธอมีความเห็นแย้งในส่วนการเยียวยาแก้ไข (Remedy) คดีนี้ศาลควรจะปรับปรุงกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ตามข้อเสนอแนะของผู้พิพากษาเสียงข้างมากในศาลสูงสุด และในขณะเดียวกันการเพิ่มเติมคำในมาตรา 30 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสควรมีผลทันทีเพื่อที่จะอนุญาตให้ชาวเกย์ และเลสเบียน สามารถแต่งงานกันโดยนายทะเบียนสมรสในทางเมือง (civil marriage officers) (และนายทะเบียนสมรสในทางศาสนาโดยถือว่าการสมรสดังกล่าวไม่ตกอยู่นอกหลักคำสอนทางศาสนา) คำสั่งนี้อาจหมายความว่า เกย์และเลสเบียนสามารถสมรสกันได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งการสมรสดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองโดยรูปแบบการสมรสแบบใหม่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะใช้ สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐสภาอาจต้องเผชิญกับการเลือกไม่ทำ ในกรณีนี้ก็เพียงพอที่ศาลนี้จะปฏิเสธที่จะปรับปรุงกฎหมายจารีตประเพณีและเยียวยาบทบัญญัติทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

O'Regan J กล่าวเพิ่มเติมว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างหนึ่งในรัฐธรรมนูญ แต่มันไม่สามารถนำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงหน้าที่ของศาลในการช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ที่เหมาะสมและให้ความเสมอภาคแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องทางรัฐธรรมนูญ ความสำคัญของหลักการนี้จะประสบความสำเร็จได้เมื่อผู้ยื่นคำร้องได้รับการบรรเทาทุกข์ตามที่ได้ร้องขอและได้รับการรับรองโดยศาล ซึ่งเป็นคำสั่งระงับการดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญจะถูกละเมิดน้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ในช่วงระยะเวลาของการระงับนั้น

เธอสรุปว่า อำนาจและหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ได้มอบให้แก่ศาลและศาลไม่อาจละเลยต่อหน้าที่นั้นได้ ความชอบธรรมของคำสั่งของศาลไม่ได้มาจากสถานะในความเป็นสถาบันของศาลเอง แต่มาจากข้อเท็จจริงที่ว่าคำพิพากษานั้นส่งผลกระทบโดยตรงต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การอนุญาตให้ผู้ที่ถูกกีดกันจากการแต่งงานเพื่อให้ได้จดทะเบียนสมรสกันนั้นเป็นเพียงการส่งเสริมสังคมบนพื้นฐานของการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความแตกต่างของมนุษย์เท่านั้น



## ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน<sup>53</sup>

คำร้องที่ 2216/2012

วันที่ 28 มีนาคม 2560

(CCPR/C/119/D/2216/2012)

เรื่อง การห้ามคู่สมรสเพศเดียวกันที่สมรสในต่างประเทศร้องขอจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลีย\*

<sup>53</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) เป็นคณะกรรมการประจำกติกา ICCPR ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจำนวน 18 คน โดยการเลือกตั้งจากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อจากรัฐภาคี กรรมการแต่ละคนปฏิบัติหน้าที่อย่างมีอิสระในฐานะผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อเป็นตัวแทนในนามรัฐของตน มีวาระครั้งละ 4 ปี โดยมีหน้าที่หลัก 4 ประการ คือ

- 1) การตรวจรายงานของรัฐภาคี และให้ข้อคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะแก่รัฐภาคีเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
- 2) การให้ข้อวินิจฉัย (General comments) เกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ในการตีความตามพันธกรณี
- 3) ในกรณีที่นำไปตามข้อกำหนด คณะกรรมการอาจรับข้อร้องเรียนจากรัฐภาคีใด เมื่อรัฐภาคีนั้นอ้างว่าถูกละเมิดจากรัฐภาคีอื่นๆ ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้
- 4) การรับข้อร้องเรียนจากปัจเจกบุคคล (Individuals) ในกรณีที่บุคคลนั้นๆ ถูกละเมิดสิทธิตามที่กำหนดในกติกา ICCPR โดยพิจารณาเลือกรับแห่งกติกา ICCPR ที่เป็นบันทึกแนบท้ายได้ให้อำนาจไว้

กรณีตามคำร้องนี้ เป็นการรับข้อร้องเรียนจากปัจเจกบุคคล (individuals) ผู้ร้อง คือ Ms. C ผู้มีสัญชาติออสเตรเลีย และมีสัญชาติอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือด้วย ได้ยื่นคำร้องในนามของตนและบุตรสาวซึ่งเป็นผู้เยาว์ โดยกล่าวอ้างว่า เครือรัฐออสเตรเลียซึ่งเป็นรัฐภาคีแห่งกติกานี้ได้ละเมิดสิทธิของผู้ร้องตามบทบัญญัติข้อ 14 (1) ประกอบข้อ 2 (1) และข้อ 26 ของกติกา ICCPR

\* นางสาวศิวาภรณ์ เถลิมวงศ์ ผู้อำนวยการสำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

## บทสรุปแห่งคดี

เครือรัฐออสเตรเลียเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) จึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า การที่เครือรัฐออสเตรเลียปฏิเสธสิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่าระหว่างผู้ร้องและคู่สมรสซึ่งเป็นบุคคลเพศเดียวกันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศวิถี อันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติข้อ 14 (1) ประกอบข้อ 2 (1) และ ข้อ 26 ของกติกา ICCPR

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) มีความเห็นว่า เครือรัฐออสเตรเลียมีพันธกรณีที่ต้องรับรองและประกันสิทธิของผู้ร้องโดยไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศวิถี ทั้งต้องให้การเยียวยาจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ร้องอันมีเหตุมาจากความไม่เป็นธรรมในการร้องขอจดทะเบียนหย่า และต้องมีมาตรการป้องกันการละเมิดสิทธิในลักษณะเดียวกันนี้ในอนาคต รวมถึงต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในเครือรัฐออสเตรเลียให้เป็นไปตามความเห็นนี้ด้วย

## สรุปข้อเท็จจริง

ข้อเท็จจริงตามคำร้องมีว่า Dr. Campbell และคู่ชีวิต Ms. A ได้ใช้ชีวิตร่วมกันมานานกว่า 10 ปี โดยมีบุตรสาวร่วมกัน คือ เด็กหญิง R ซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมผ่านการรับบริจาคเชื้ออสุจิ Dr. Campbell เป็นผู้ทำหน้าที่ตั้งครรภ์ โดยที่ทั้งสองคนได้รับรองเด็กหญิง R เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ในขณะที่กฎหมายของรัฐควีนส์แลนด์ไม่อนุญาตให้ระบุชื่อของบิดา/มารดาที่เป็นบุคคลเพศเดียวกันในทะเบียน

การเกิด เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายของรัฐควีนส์แลนด์และเครือรัฐออสเตรเลีย ทั้งสองจึงสามารถเป็นบิดา/มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ในปี ค.ศ. 2004 มีการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการสมรสของประเทศแคนาดา ทั้งสองคนจึงเดินทางไปจดทะเบียนสมรส ณ ประเทศแคนาดา ต่อมาภายหลัง เกิดปัญหาบาดหมางในความสัมพันธ์ของทั้งคู่ Ms. A ได้ออกจากครอบครัว ในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 2004 จึงถือว่าทั้งคู่ได้แยกกันอยู่นับตั้งแต่นั้นมา โดย Dr. Campbell ทำหน้าที่ดูแลบุตรโดยลำพัง

ในวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2005 Dr. Campbell และ Ms. A ได้ทำข้อตกลงแยกกันอยู่ภายใต้กฎหมายการจัดการทรัพย์สินของรัฐควีนส์แลนด์ หลังจากปี ค.ศ. 2006 ปรากฏว่าการติดต่อระหว่างทั้งสองคนสิ้นสุดลง โดยมีได้มีการแต่งตั้งผู้แทนโดยชอบธรรมเพื่อทำหน้าที่ปกครองผู้เยาว์ ผู้ร้อง Dr. Campbell จึงเป็นผู้ดูแลบุตรโดยลำพังนับตั้งแต่วันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 2004 โดยที่ Ms. A มิได้ติดต่อกับบุตรและจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูบุตร ตั้งแต่ต้นปี ค.ศ. 2005 และมีได้ชำระหนี้เงินตามที่มีการจดจำนองร่วมกันไว้ แต่อย่างไร

ดังนั้น ผู้ร้องจึงมีความประสงค์ที่จะยื่นคำร้องขอหย่าจากการจดทะเบียนสมรสที่ได้กระทำไว้ที่ประเทศแคนาดา เพื่อจะได้มีโอกาสจดทะเบียนสมรสใหม่หรือจดทะเบียนคู่ชีวิตต่อไปในอนาคต ทั้งนี้ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิต (Civil Partnership Act) ของรัฐควีนส์แลนด์นั้น คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งจะไม่สามารถจดทะเบียนกับคู่ชีวิตอื่นได้อีกหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้จดทะเบียนสมรสแล้ว หรืออยู่ในระหว่างที่เป็นคู่ชีวิตกับบุคคลอื่น การจดทะเบียนหย่าให้แก่ผู้ร้องจะเป็นหลักฐานทางกฎหมายว่าความสัมพันธ์ระหว่าง Dr. Campbell กับ Ms. A ได้สิ้นสุดลง

โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส มาตรา 5 (1) ได้ให้คำจำกัดความการแต่งงานว่า “...เป็นการครองชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง

ด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย” ซึ่งคำจำกัดความดังกล่าวใช้เป็นการทั่วไป โดยมีได้จำกัดว่าการแต่งงานนั้นจะประกอบพิธีในเครือรัฐออสเตรเลียหรือในต่างประเทศ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้รับรองการแต่งงานของชาวต่างชาติในเครือรัฐออสเตรเลียด้วย โดยหลักการแล้ว การแต่งงานที่ประกอบพิธีกรรมในต่างประเทศตามกฎหมายของแต่ละประเทศนั้นย่อมได้รับการรับรองในเครือรัฐออสเตรเลีย เว้นแต่ว่ามีบทบัญญัติเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส มาตรา 88 EA กำหนดว่า “การครองชีวิตร่วมกันที่ประกอบพิธีในต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นกรณี (ก) ชายฝ่ายหนึ่งกับชายอีกฝ่ายหนึ่งหรือ (ข) หญิงฝ่ายหนึ่งกับหญิงอีกฝ่ายหนึ่ง จะไม่ได้รับการรับรองว่าเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายในเครือรัฐออสเตรเลีย”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ฉบับแก้ไข ปี ค.ศ. 2004 ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 5 (1) และมาตรา 88 EA โดยหมายเหตุแนบท้ายได้รับบัญญัติวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว “ที่ต้องการให้มีผลผูกพันต่อรัฐบาลในการคุ้มครองสถาบันการสมรส (the institution of marriage) ว่าการแต่งงานหมายความว่าถึงการครองชีวิตร่วมกันของชายกับหญิง ฉะนั้นความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันจึงไม่อาจเทียบเคียงกับการแต่งงาน” กฎหมายฉบับนี้ชี้ให้เห็นว่า การประกอบพิธีสมรสของคู่สมรสเพศเดียวกันในต่างประเทศจะไม่ได้รับการรับรองในเครือรัฐออสเตรเลีย

ผู้ร้องยอมรับว่าตนไม่สามารถยื่นคำร้องขอจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลีย เพราะการยื่นคำร้องดังกล่าวย่อมไม่เป็นสาระเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ให้สิทธิในการยื่นคำร้อง นอกจากนี้ เครือรัฐออสเตรเลีย ก็มีได้มีการบัญญัติสิทธิพื้นฐานของพลเมือง (a federal bill of rights) ที่จะให้สิทธิผู้ร้องฟ้องเป็นคดีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศวิธีตามกฎหมายของเครือรัฐ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการ

สมรส หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยครอบครัว ด้วยเหตุที่คำร้องของผู้ร้อง อ้างถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ การเสนอคำร้องต่อคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลียว่ากฎหมายดังกล่าวละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน ของผู้ร้องสามารถทำได้เพียงการให้คำแนะนำ (a recommendation) ซึ่งไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด จึงมีเพียงการแก้ไขกฎหมายโดยฝ่าย นิติบัญญัติที่จะเยียวยาปัญหาแก่ผู้ร้องได้

ผู้ร้องโต้แย้งว่าตนไม่มีสิทธิในการยื่นคำขอจดทะเบียนหย่าใน ประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะประเทศแคนาดาที่ซึ่งได้จัดพิธีแต่งงาน หรือใน ประเทศอังกฤษที่ตนเป็นพลเมือง เหตุที่ผู้ร้องไม่สามารถจดทะเบียนหย่าใน ประเทศแคนาดาได้ เพราะกฎหมายว่าด้วยการหย่าของประเทศแคนาดา ปี ค.ศ. 1985 มาตรา 3 (1) กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ยื่นคำร้องต้องพำนักในประเทศ แคนาดาไม่น้อยกว่า 1 ปี สำหรับกรณีการจดทะเบียนหย่า ณ สหราชอาณาจักร แม้กฎหมายของอังกฤษจะมีได้รับรองการจดทะเบียนสมรสในประเทศ แคนาดาของคู่สมรสเพศเดียวกัน แต่ยังไม่ให้การรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิต อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคู่ชีวิต ค.ศ. 2004 (the Civil Partnership Act 2004) มาตรา 221 (1) และมาตรา 219 ได้ให้อำนาจศาลในการสั่งให้ เลิกการเป็นคู่ชีวิตหรือพิพากษาเพิกถอนทะเบียนคู่ชีวิตแม้มิได้จดทะเบียน ดังกล่าวในประเทศอังกฤษ หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ใน สหราชอาณาจักรเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 6 เดือน ก่อนที่จะยื่นคำร้องขอ เลิกการเป็นคู่ชีวิต/เพิกถอนทะเบียนคู่ชีวิตต่อศาล เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ ของผู้ร้องแล้ว ผู้ร้องไม่สามารถย้ายไปพำนัก ณ ประเทศแคนาดาหรือสหราชอาณาจักรได้ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขของการจดทะเบียนหย่าโดยที่ผู้ร้อง ต้องไปพำนักในต่างประเทศเป็นระยะเวลา 6 เดือน หรือ 1 ปี เพื่อที่จะได้มา ซึ่งสิทธินั้นเป็นกรณีที่ไม่มีความเหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายและมีใช้การเยียวยา อย่างมีประสิทธิภาพ

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)

#### ข้อ 2

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

#### 2. รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะ

(ก) ประกันว่า บุคคลใดที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้ถูกละเมิดต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นกระทำโดยบุคคลผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่

(ข) ประกันว่า บุคคลใดที่เรียกร้องการเยียวยาดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ หรือจากหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ โดยระบบกฎหมายของรัฐ และจะพัฒนาหนทางการเยียวยาด้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล

(ค) ประกันว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องบังคับการให้การเยียวยานั้นเป็นผล

#### ข้อ 14

1. บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และเป็นกลาง สื่อมวลชนและ

สาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนได้ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของคู่กรณี หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทของคู่สมรสในเรื่องการเป็นผู้ปกครองเด็ก

## ข้อ 26

บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ

## 2) พิธีสารเลือกรับแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง(Optional Protocol to ICCPR)

### ข้อ 1

รัฐภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นภาคีแห่งพิธีสารฉบับนี้รับรองว่า คณะกรรมการมีอำนาจรับและพิจารณาประเด็นหารือที่ส่งจากบุคคลผู้อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน เพราะเหตุที่บุคคลดังกล่าวได้ตกเป็นเหยื่อแห่งการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ซึ่งรับรองไว้ในกติกาฉบับนี้จากรัฐภาคี

## ข้อ 2

ภายใต้บทบัญญัติตามความในข้อ 1 บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในกติกาฉบับนี้ และได้ดำเนินการร้องขอการเยียวยาตามกระบวนการที่พึงปฏิบัติที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว บุคคลดังกล่าวสามารถส่งประเด็นหรือมายังคณะกรรมการเพื่อขอให้พิจารณาได้

## ข้อ 5

1. คณะกรรมการจะพิจารณาประเด็นหรือที่ได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้พิธีสารฉบับนี้ ซึ่งบุคคลหรือรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องได้ส่งมายังคณะกรรมการ

2. คณะกรรมการจะไม่พิจารณาประเด็นหรือจากบุคคล เว้นแต่คณะกรรมการได้รับการยืนยันแล้วว่า

(ก) ประเด็นหรือดังกล่าวมิได้อยู่ในกระบวนการสอบสวนหรือระดับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศอื่นใด

(ข) บุคคลนั้นได้ดำเนินการร้องขอการเยียวยาตามกระบวนการที่พึงปฏิบัติที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว เว้นแต่การให้การเยียวยาไม่มีความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร

## เหตุผลประกอบคำร้อง

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า *การที่กฎหมายเครือรัฐออสเตรเลียปฏิเสธสิทธิของผู้ร้องในการร้องขอจดทะเบียนหย่า*<sup>54</sup> *เพราะเหตุที่เป็นคู่สมรสเพศเดียวกัน*

<sup>54</sup> สิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่าของคู่สมรสเพศเดียวกัน (access to divorce proceedings for same-sex couples)

การจดทะเบียนสมรสถือเป็นกระบวนการทางกฎหมายของแต่ละประเทศที่ให้การรับรองสิทธิของบุคคลที่เป็นคู่สมรส เมื่อเครือรัฐออสเตรเลียไม่มีกฎหมายคุ้มครองรับรองสิทธิในการจดทะเบียนสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน การจดทะเบียนหย่าก็ย่อมไม่สามารถกระทำได้



แม้จะทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศ และปฏิเสธการออกคำบังคับของศาลในการสั่งให้จดทะเบียนหย่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศวิถี จึงขัดหรือแย้งต่อกติกา ICCPR ข้อ 14 (1) ประกอบข้อ 2 (1) (การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและศาลโดยเท่าเทียมกัน) และข้อ 26 (ความเสมอภาคในกฎหมาย) ตามพระราชบัญญัติครอบครัวหากผู้ร้องได้ทำการสมรสกับบุคคลต่างเพศ ผู้ร้องจะมีสิทธิในการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนหย่า โดยศาลจะมีอำนาจพิจารณาคำร้องดังกล่าวเมื่อผู้ร้องได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการหย่า แต่กฎหมายดังกล่าวมีข้อยกเว้นกรณีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ด้วยเหตุที่การสมรสของผู้ร้องกระทำร่วมกับบุคคลที่มีเพศเดียวกัน จึงเข้าลักษณะเพศวิถีที่เรียกว่าเลสเบียน

กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียที่ปฏิเสธสิทธิของผู้ร้องในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางศาลเพื่อร้องขอจดทะเบียนหย่าเพียงเพราะเหตุแห่งเพศวิถีย่อมไม่เป็นเหตุผลอันควร เครือรัฐออสเตรเลียมีการรับรองการแต่งงานของชาวต่างชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการหย่า แม้ว่าการสมรสเหล่านั้นจะไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายอื่นก็ตาม แต่การแต่งงานของบุคคลเพศเดียวกันกลับมีอาจกระทำในเครือรัฐออสเตรเลียได้ ทั้งยังได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากสมรสของบุคคลต่างเพศตามกฎหมายครอบครัว และกฎหมายว่าด้วยการสมรส กฎหมายออสเตรเลียห้ามมิให้เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ทำการสมรส ห้ามการมีคู่สมรส (ภรรยา) หลายคน และห้ามการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน แม้ว่าการสมรสดังกล่าวจะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศอื่นก็ตาม อย่างไรก็ตาม กฎหมายออสเตรเลียกลับรับรองการจดทะเบียนหย่าในกรณีการสมรสของเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ หรือกรณีการสมรสที่ประกอบด้วยคู่สมรส (ภรรยา) หลายคน แต่ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนหย่าในกรณีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

โดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศ ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า การสมรสที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศวิถีที่แตกต่างกัน

การปฏิเสธการจดทะเบียนหย่าสำหรับคู่สมรสเพศเดียวกันนั้นไม่อาจบรรล่วัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องการหย่า ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การยุติการสมรสสามารถบรรลุข้อตกลงทางแพ่งและลดค่าใช้จ่ายโดยก่อให้เกิดความขัดแย้งให้น้อยที่สุดและสามารถคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ปัจจุบันการจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลียเป็นเรื่องที่สามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองซึ่งต้องเข้าเกณฑ์เงื่อนไขที่คู่สมรสนั้นได้แยกกันอยู่อย่างต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลา 12 เดือน คู่สมรสและผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องเข้ารับฟังการพิจารณาของศาลหากคำร้องขอจดทะเบียนหย่าไม่เป็นประเด็นข้อโต้แย้งของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีประเด็นเรื่องบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ และไม่ต้องแสดงเหตุแห่งการหย่าแต่อย่างใด แต่หากมีบุตรซึ่งอายุไม่เกิน 18 ปี ศาลจะต้องพิจารณามาตรการที่เหมาะสมสำหรับผู้เยาว์ โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและพัฒนาการของเด็ก หรือสั่งให้การหย่ามีผลบังคับแม้ไม่ได้มีการกำหนดมาตรการอันเหมาะสม ดังนั้น การปฏิเสธสิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่าและการไม่สั่งตามคำฟ้องหย่าจะยิ่งทำให้ปัญหาความขัดแย้งยืดเยื้อและเป็นอุปสรรคต่อคู่สมรสที่แยกกันอยู่ซึ่งไม่สามารถยุติการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพกายและใจ รวมทั้งความกดดันทางการเงินและเศรษฐกิจต่อคู่สมรสและเด็ก

นอกจากนี้ สถานะทางกฎหมายของผู้ร้องย่อมขาดความชัดเจน ผู้ร้องไม่สามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลอื่นเนื่องจากตนได้ทำการสมรสแล้ว แม้การสมรสเช่นว่านั้นไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียเพื่อวัตถุประสงค์ในการจดทะเบียนหย่าก็ตาม ยิ่งกว่านั้นรัฐควีนส์แลนด์อาจจะรับรองการสมรสของผู้ร้องที่กระทำในประเทศแคนาดาเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิต ส่งผลต่อการรับรองการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผล

ย้อนหลัง จึงเป็นการยากที่จะคาดการณ์ได้ว่าสิทธิในการสืบทอดมรดกและการตายโดยไม่มีพินัยกรรมของ Ms. A จะส่งผลต่อความรับผิดชอบของ Dr. Campbell เช่นไร ผู้ร้องจึงปราศจากช่องทางของกฎหมายที่จะแก้ไขสถานภาพสมรสและความไม่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของผู้ร้อง

กฎหมายว่าด้วยการเลือกปฏิบัติส่งผลต่อสภาพการณ์อันไม่เป็นธรรมต่อการเหยียดเพศทางเลือก การคุกคามทางเพศ และการเลือกปฏิบัติจากการศึกษาพบว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลต่อสุขภาพจิตของบุคคลที่ชื่นชอบเพศเดียวกัน สาธารณชนในออสเตรเลียจึงให้การสนับสนุนการปฏิบัติอย่างเป็นทางการต่อคู่สมรสเพศเดียวกัน กล่าวได้ว่า ในระหว่างปี ค.ศ. 1999 ถึงปี ค.ศ. 2004 ทุกรัฐและเขตปกครองของออสเตรเลียได้ปฏิรูปกฎหมายเพื่อรับรองการอยู่ร่วมกันโดยพฤตินัยของคู่สมรสเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศในแทบทุกมิติของกฎหมาย โดยครอบคลุมถึงเรื่องการรับมรดก การชดเชยความเสียหายแก่เหยื่อ ครัวเรือน การวินิจฉัยทางการแพทย์ และการจัดการทรัพย์สินเมื่อมีการยุติความสัมพันธ์ ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 รัฐสภาได้ผ่านกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกันโดยพฤตินัย เฉกเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ เป็นการขจัดความไม่เท่าเทียมกันในทางกฎหมายที่ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลีย การปฏิรูปกฎหมายเพื่อการคุ้มครองคู่สมรสเพศเดียวกันและเด็กจะมีผลต่อสิทธิของลูกจ้าง บำเหน็จ บำนาญของรัฐบาลและประโยชน์อื่น ๆ สิทธิในการเข้าถึงการรักษาพยาบาล ประโยชน์ทางภาษี การย้ายถิ่นที่อยู่ การเลี้ยงดูบุตร ค่าเลี้ยงดูและการจัดการทรัพย์สินภายหลังการยุติความสัมพันธ์ในทางพฤตินัย อย่างไรก็ตาม สิทธิในการสมรส (การหย่า) และการรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในต่างประเทศยังคงเป็นข้อยกเว้น ซึ่งการเลือกปฏิบัติเช่นนี้ไม่สามารถให้เหตุผลอันสมเหตุสมผลได้ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุตรของผู้ร้องอันเนื่องจากศาลได้ปฏิเสธการไต่สวนในกรณีการเลี้ยงดู สวัสดิภาพ

และพัฒนาการของเด็กภายหลังการแยกกันอยู่ของคู่สมรสเพศเดียวกัน ซึ่งการไต่สวนดังกล่าวจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการหย่าโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้ร้องอ้างถึงการพิจารณาคดีในหลายประเทศว่าการปฏิเสธการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ตลอดจนสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมาย รวมถึงสิทธิในการหย่า ถือเป็นทางเลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ร้องได้ยกตัวอย่างการพิพากษาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดี *Schalk and Kopf v. Austria* โดยได้ยกฟ้องกรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะการปฏิเสธสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน การที่ผู้ร้องได้แย้งให้ออสเตรียรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ เพื่อให้การเยียวยาแก่คู่สมรสเพศเดียวกันนั้นไม่แตกต่างไปจากคู่สมรสต่างเพศตามพระราชบัญญัติครอบครัว กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ร้องเรียกร้องการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของศาลครอบครัว เพื่อให้การหย่าของบุคคลเพศเดียวกันที่สมรสในต่างประเทศสามารถกระทำได้เช่นเดียวกับการให้บุคคลซึ่งเป็นคู่สมรสต่างเพศที่พำนักอาศัยในออสเตรียสามารถจดทะเบียนหย่าได้

ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่า คำร้องที่กล่าวมาข้างต้น ละเมิดสิทธิของผู้ร้องตามบทบัญญัติข้อ 14 และข้อ 26 ของกติกา ICCPR ผู้ร้องประสงค์จะได้รับการเยียวยา ดังต่อไปนี้

(1) การแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติครอบครัว ค.ศ. 1975 หมวด 6 ในเรื่องเกี่ยวกับการหย่าและความเป็นโมฆะของการสมรสเพื่อให้คู่สมรสเพศเดียวกันได้รับการเยียวยาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่แตกต่างไปจากการสมรสของบุคคลต่างเพศ

(2) การยกเลิกบทบัญญัติ มาตรา 88 B (4) และมาตรา 88 EA ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1961 และแก้ไขปรับปรุงคำจำกัดความของ “การสมรส” ตามมาตรา 5 เพื่อรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน

ที่กระทำในต่างประเทศไม่แตกต่างไปจากคำจำกัดความของการสมรสของบุคคลต่างเพศที่กระทำในต่างประเทศ

(3) จัดให้มีการตรากฎหมายห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในระดับสหพันธรัฐ โดยให้ศาลแห่งท้องที่สามารถพิจารณาวินิจฉัยกรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศวิถีได้ รวมถึงการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย มลรัฐ หรือเขตปกครองด้วย

## ประเด็นที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพิจารณา

### ประเด็นพิจารณาเบื้องต้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ คณะกรรมการได้รับคำร้องไว้พิจารณาตามพิธีสารเลือกรับแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง (Optional Protocol of the ICCPR)<sup>55</sup> ข้อ 5 (2) โดยที่ประเด็นตามคำร้องไม่อยู่ในกระบวนการตรวจสอบหรือระดับข้อพิพาทระหว่างประเทศอื่น ๆ แต่อย่างไร

คณะกรรมการเห็นว่า การที่คำร้องขอจดทะเบียนหย่าของผู้ร้องไม่เป็นสาระอันควรแก่การพิจารณา และบทบัญญัติของกฎหมายออสเตรเลียปฏิเสธสิทธิของผู้ร้องในการยื่นคำร้องต่อศาล ประกอบกับรัฐภาคี (เครือรัฐออสเตรเลีย) ไม่ได้โต้แย้งคำร้องดังกล่าว คำร้องนี้จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของพิธีสารเลือกรับ ข้อ 5 (2)

<sup>55</sup> พิธีสารเลือกรับแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง (ฉบับที่ 1) เป็นเรื่องกระบวนการรับและพิจารณาคำร้องเรียน โดยให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จัดตั้งขึ้นตามความใน ส่วนที่ 4 ของกติกา ICCPR มีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติกา ICCPR รวมถึงพันธกรณีในการเสนอรายงานของรัฐภาคี การยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และขั้นตอนการพิจารณาคำร้องเรียนในกรณีที่ปัจเจกบุคคล (Individuals) ถูกละเมิดสิทธิตามที่กำหนดไว้ในกติกา

คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาของรัฐบาลชี้เห็นว่า คณะกรรมการไม่อาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาให้ความเห็นตามพิธีสารเลือกรับ ข้อ 1 และตามกติกา ICCPR ข้อ 2 (1) รัฐบาลชี้แจงว่า การสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศไม่ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายของออสเตรเลีย ด้วยเหตุที่กฎหมายของออสเตรเลียไม่ได้กำหนดกลไกทางกฎหมายที่จะทำให้การสมรสดังกล่าวเป็นโมฆะ ขณะที่รัฐภาคียอมรับว่าการฟ้องร้องคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของรัฐตน แต่คำร้องที่ต้องการให้มีการเยียวยานั้นอยู่นอกเขตอำนาจการพิจารณาของศาลออสเตรเลียและไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย นอกจากนี้ บางส่วนของคำร้องเป็นผลมาจากสมมุติฐานของการสมรสที่กระทำในประเทศแคนาดา ดังนั้น ผู้ร้องจึงมิใช่ผู้ถูกละเมิดสิทธิใดๆ ที่กำหนดไว้ในกติกา ICCPR และตามพิธีสารเลือกรับ ข้อ 1

การที่ผู้ร้องอ้างเหตุความไม่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของออสเตรเลียตลอดจนไม่มีช่องทางทางกฎหมายที่จะเยียวยาแก้ไขสถานภาพการสมรสของตนเพื่อขจัดความไม่แน่นอนของกฎหมายออสเตรเลียดังกล่าว อันส่งผลกระทบต่อผู้ร้องโดยตรงในการร้องขอจดทะเบียนหย่าโดยเท่าเทียมกัน คณะกรรมการเห็นว่า คำร้องนี้เป็นไปตามข้อ 1 ของพิธีสารเลือกรับ จึงรับไว้พิจารณา

สำหรับกรณีการอ้างถึงความเสียหายที่กระทบต่อบุตรสาวของผู้ร้อง และมีคำขอให้บุตรสาวเป็นคู่ความร่วมมือ โดยให้เหตุผลว่าการปฏิเสธสิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่าทำให้ผู้ร้องไม่อาจเข้าไปมีส่วนในการกำกับช่วยเหลือบุตรสาวเพื่อรักษาความสัมพันธ์กับคู่สมรสเดิมของตนที่แยกกันอยู่ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องไม่สามารถระบุได้ว่าการที่ผู้ร้องไม่สามารถร้องขอจดทะเบียนหย่าได้นั้นกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุตรสาวเช่นไร เมื่อพิจารณาประกอบกับคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาของรัฐบาลชี้เห็นว่า พระราชบัญญัติครอบครัวได้ให้สิทธิ

ผู้ร้องในการฟ้องคดีต่อศาลครอบครัว ทั้งยังสามารถร้องต่อศาลเพื่อสั่งให้ผู้ร้องเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร นอกจากนี้ ไม่ปรากฏผลกระทบใดๆ ต่อสถานะทางกฎหมายของบุตรสาวอันเนื่องมาจากการที่ผู้ร้องไม่สามารถร้องขอจดทะเบียนหย่า หรือผู้ร้องไม่สามารถเรียกค่าเลี้ยงดูบุตรจากคู่สมรสที่แยกกันอยู่ได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการเห็นว่าคำร้องในส่วนนี้ไม่เป็นสาระอันควรแก่การพิจารณา จึงไม่รับคำร้องในประเด็นนี้ตามพิธีสารเลือกรับ ข้อ 1

คงมีประเด็นที่คณะกรรมการต้องพิจารณาให้ความเห็นว่า มีการละเมิดสิทธิของผู้ร้องตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 และ ข้อ 26 หรือไม่

### ประเด็นที่พิจารณาวินิจฉัย

คณะกรรมการได้พิจารณาคำร้อง เอกสารประกอบคำร้องจากผู้ร้อง (ปัจเจกบุคคล) และรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องตามบทบัญญัติข้อ 5 (1) ของพิธีสารเลือกรับแล้ว เห็นว่า กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียที่ปฏิเสธสิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่าในกรณีของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำการสมรสในต่างประเทศเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศวิถี การปฏิเสธสิทธิเช่นว่านั้นเป็นการปฏิบัติต่อการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันให้ต่ำกว่าการสมรสของบุคคลต่างเพศที่มีได้กระทำในเครือรัฐออสเตรเลียเช่นกัน อาทิ การสมรสกรณีมีคู่สมรส (ภรรยา) หลายนคน หรือการสมรสของเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ผู้ร้องอ้างว่าได้รับความเดือดร้อนในการดำเนินชีวิตอันเป็นผลมาจากการที่ไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อดำเนินการฟ้องหย่า เกิดความวิตกกังวลและความอับอายอันเป็นผลมาจากความไม่ชัดเจนในสถานภาพการสมรส สำหรับในเครือรัฐออสเตรเลียแล้วถือว่าการสมรสของผู้ร้องไม่เคยเกิดขึ้น ในขณะที่เมื่อผู้ร้องเดินทางไป

ต่างประเทศกลับปรากฏว่าผู้ร้องได้มาซึ่งสถานภาพสมรส อย่างไรก็ตาม สถานภาพ “หย่า” จะเป็นสถานะเดียวที่ถูกต้องสำหรับผู้ร้อง เพราะการปฏิบัติต่อบุคคลที่การสมรสได้สิ้นสุดลงแล้วย่อมแตกต่างจากกรณีที่การสมรสไม่เคยเกิดขึ้น

นอกจากนี้ คณะกรรมการได้พิจารณาคำโต้แย้งของรัฐภาคีที่อ้างว่า คำร้องไม่มีมูล โดยหลักทั่วไปแล้ว การสมรสที่กระทำในต่างประเทศจะไม่ได้รับการรับรองในเครือรัฐออสเตรเลียจึงไม่จำเป็นต้องร้องขอจดทะเบียนหย่า ซึ่งกรณีดังกล่าวถือเป็นบทยกเว้น ในขณะที่การสมรสในต่างประเทศหลายประเภทได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น การสมรสของเพศตรงข้าม ในต่างประเทศกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุต่ำกว่าตามที่กฎหมายกำหนด กรณีที่ความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิใช่ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีคู่สมรสนั้นไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายจึงไม่สามารถร้องขอจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลียได้ ตามความเห็นของรัฐภาคี กลับเห็นว่า ทั้งการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันหรือบุคคลต่างเพศที่กระทำ ในต่างประเทศต่างก็ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันในการเข้าถึงสิทธิการร้องขอจดทะเบียนหย่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องไม่มีมูลและไม่ถูกต้อง

คณะกรรมการเห็นว่า การที่ผู้ร้องไม่สามารถร้องขอจดทะเบียนหย่า ในเครือรัฐออสเตรเลีย เนื่องจากการสมรสของเพศเดียวกันนั้นกระทำใน ต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรสจึงไม่ได้ให้สิทธิดังกล่าวตาม บทบัญญัติมาตรา 5 (1) และมาตรา 88 EA แต่การสมรสของคู่สมรสต่างประเทศ ในบางประเภทกลับได้รับการคุ้มครองและสามารถทำการหย่าในเครือรัฐ ออสเตรเลียได้ อันได้แก่ การสมรสกรณีที่มีคู่สมรส (ภรรยา) หลายคน หรือการสมรสของบุคคลที่มีอายุ 16 – 18 ปี ซึ่งไม่ใช่การแต่งงาน โดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส แต่ยังให้สิทธิ การขอจดทะเบียนหย่าในเครือรัฐออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติครอบครัว



ตรงข้ามกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันซึ่งไม่ได้รับการรับรองและไม่สามารถร้องขอการดำเนินการทางกฎหมายได้

เมื่อพิจารณาอำนาจในการให้ความเห็นตามกติกา ICCPR ข้อ 26 แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่เพียงรับรองว่าบุคคลย่อมเสมอกันทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกันเท่านั้นแต่ยังห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และต้องประกันการคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ คณะกรรมการเห็นว่าการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติ ข้อ 26 นี้ ต้องไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศวิถี การเลือกปฏิบัติจะมีได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผลและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ อีกทั้งมีเป้าหมายที่จะบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายตามกติกา ICCPR จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากมีการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างการร้องขอจดทะเบียนหย่าของผู้ร้อง ซึ่งเป็นคู่สมรสเพศเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศได้นำเกณฑ์ความมีเหตุผล วัตถุประสงค์ และความชอบด้วยกฎหมายมาประกอบการพิจารณา หรือไม่

จากคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาของรัฐภาคีแสดงให้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการหย่ามีเจตนารมณ์ให้การสมรสที่กระทำในต่างประเทศเป็นการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย การหย่าจึงสามารถกระทำในเครือรัฐออสเตรเลียได้ อย่างไรก็ดี การหย่าสำหรับการสมรสบางประเภทที่กระทำในต่างประเทศจะไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งบทยกเว้นเช่นนี้ต้องเป็นไปตามเกณฑ์วัตถุประสงค์และเหตุผล โดยรัฐภาคีกล่าวอ้างว่า เครือรัฐออสเตรเลียได้ปฏิบัติตามนโยบายและกฎหมายภายในซึ่งให้สิทธิในการแต่งงานตามกฎหมายโดยรับรองการสมรสในต่างประเทศและการหย่า แต่ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีการสมรสกับคู่สมรส

(ภรรยา) หลายคนทีกระทำในต่างประเทศ เพื่อให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายสามารถเข้าถึงความช่วยเหลือ มาตรการเยียวยาโดยศาลตามกฎหมายครอบครัวที่จะมีผลต่อผู้เยาว์ ทรัพย์สิน หรือการหย่า สำหรับกรณีการสมรสของบุคคลที่มีอายุระหว่าง 16 – 18 ปีนั้น เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุครบ 16 ปี บริบูรณ์ การสมรสดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย

คณะกรรมการพิจารณาคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาของรัฐภาคีประกอบ ทั้งเหตุผล วัตถุประสงค์ และความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติที่แตกต่าง ระหว่างการสมรสของบุคคลต่างประเทศทั้งสองประเภทข้างต้นที่กระทำ ในต่างประเทศซึ่งไม่ได้รับการรับรองในเครือรัฐออสเตรเลีย กับการสมรส ของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ เห็นว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอ อีกทั้งการอ้างเหตุผลที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของเครือรัฐออสเตรเลีย ก็ไม่ได้เป็นไปตามเหตุผล วัตถุประสงค์ และความชอบด้วยกฎหมายของการ เลือกปฏิบัติแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐภาคีไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่า เหตุใดการรับรองและคุ้มครองการสมรสนั้นไม่ครอบคลุมถึงการสมรสของ บุคคลเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศดังกรณีของผู้ร้อง ตัวอย่างเช่น เหตุผลสำหรับการให้คู่สมรสจากการสมรสที่มี (ภรรยา) หลายคนซึ่งไม่ได้รับ การรับรองในเครือรัฐออสเตรเลียสามารถยื่นคำร้องขอหย่าได้ แต่เหตุผล เช่นว่านั้นไม่สามารถปรับใช้กับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันที่กระทำ ในต่างประเทศโดยเท่าเทียมกัน การให้เหตุผลที่ปราศจากน้ำหนักเช่นนี้ คณะกรรมการเห็นว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศวิถี อันแตกต่างทำให้ผู้ร้องไม่สามารถร้องขอจดทะเบียนหย่าและไม่เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่มีเหตุผลและวัตถุประสงค์ จึงขัดต่อบทบัญญัติข้อ 26 ของกติกา ICCPR

เมื่อคณะกรรมการได้ให้ความเห็นในประเด็นข้างต้นแล้ว จึงไม่จำเป็นต้อง พิจารณาว่ามีการละเมิดสิทธิของผู้ร้องตามบทบัญญัติข้อ 14 (1) ประกอบ

## ข้อ 2 (1) ของกติกา ICCPR อีกต่อไป

คณะกรรมการมีหน้าที่ต้องส่งความเห็นดังกล่าวไปยังรัฐภาคีและปัจเจกบุคคลผู้ร้องเรียนตามพิธีสารเลือกรับแห่งกติกา ICCPR ข้อ 5 (4) ว่ามีการกระทำละเมิดต่อหลักการเสมอกันทางกฎหมายและการไม่เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ตามกติกา ICCPR ข้อ 26

เมื่อกติกา ICCPR ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งกติกานี้ จึงต้องให้การเยียวยาแก่ผู้ร้องซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ โดยจ่ายค่าชดเชยเต็มจำนวนต่อกรณีและผู้ร้องไม่ได้สิทธิในการร้องขอจดทะเบียนหย่า และต้องกำหนดมาตรการป้องกันการละเมิดสิทธิในลักษณะเดียวกันนี้ในอนาคต รวมทั้งต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในเครือรัฐออสเตรเลียให้เป็นไปตามความเห็นนี้ด้วย

พึงตระหนักว่า การเข้าเป็นภาคีแห่งพิธีสารเลือกรับ ICCPR ฉบับนี้ รัฐภาคีได้รับรองอำนาจของคณะกรรมการในอันที่จะพิจารณาว่ามีการกระทำที่ละเมิดต่อกติกา ICCPR และตามบทบัญญัติข้อ 2 ของกติกานี้ ได้กำหนดให้รัฐภาคีพึงเคารพและให้หลักประกันแก่บุคคลทุกคนในดินแดนของตนและภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ รวมทั้งให้การเยียวยาต่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว โดยต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการจะขอรับรายงานจากรัฐภาคีในเรื่องการบังคับตามความเห็นนี้ภายใน 180 วัน และรัฐภาคีต้องเผยแพร่และแจกจ่ายความเห็นของคณะกรรมการด้วย

## คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป\*

คำร้องที่ 18766/11

วันที่ 21 กรกฎาคม 2558

และคำร้องที่ 36030/11

เรื่อง คดี โอลิอารีและผู้ร้องอื่น ๆ กับอิตาลี (Oliari and Others v. Italy)

### บทสรุปแห่งคดี

คดีโอลิอารีและผู้ร้องอื่น ๆ กับอิตาลี เป็นกรณีคำร้องของคู่รักเพศชาย สัญชาติอิตาลี จำนวน 6 คน ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในประเด็นที่สาธารณรัฐอิตาลีไม่มีบทบัญญัติกฎหมายหรือกระบวนการทางกฎหมายใด ๆ ที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันได้ หรือจดทะเบียนครองคู่ตามที่กฎหมายให้การรับรอง (civil union) ในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 8 (สิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว) ข้อ 12 (สิทธิในการแต่งงาน) และ ข้อ 14 (การห้ามการเลือกปฏิบัติ) แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปรับคำร้องตามข้อ 8 และข้อ 14 ประกอบ ข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ ไว้พิจารณา สำหรับคำร้องตามข้อ 12 และข้อ 14 ประกอบข้อ 12 นั้นให้ตกไป เนื่องจากข้อ 12 ของอนุสัญญาฯ ไม่ได้ กำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องดำเนินการให้สิทธิคู่รักเพศเดียวกัน ในการสมรสไว้ และศาลตัดสินโดยมีมติเป็นเอกฉันท์ว่ามีการละเมิดข้อ 8

\* นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง ผู้อำนวยการกลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐาน คดีรัฐธรรมนูญ

ของอนุสัญญา ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อร้องเรียนตามข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ และให้รัฐที่ถูกร้องต้องจ่ายค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายให้ผู้ร้องภายใน 3 เดือนนับจากวันที่คำพิพากษาเป็นที่สุดท้ายได้ข้อ 44 § 2 ของอนุสัญญาฯ

### สรุปข้อเท็จจริง

1. คดีนี้ประกอบด้วยสองคำร้อง ได้แก่ คำร้องที่ 18766/11 และคำร้องที่ 36030/11 ซึ่งผู้ร้องเป็นคนสัญชาติอิตาลี จำนวน 6 คน ได้แก่ นาย Enrico Oliari นาย A. นาย Gian Mario Felicetti นาย Riccardo Perelli Cippo นาย Roberto Zaccheo และนาย Riccardo Zappa

2. คำร้องที่ 1 (คำร้องที่ 18766/11) นาย A. ผู้ร้องที่ 1 และนาย Oliari ผู้ร้องที่ 2 มีความสัมพันธ์ในลักษณะพันธมิตรที่มั่นคงระหว่างกัน และมีเจตนาที่จะสมรสกัน ในเดือนกรกฎาคม 2551 ผู้ร้องจึงได้ร้องขอไปยังสำนักสถานภาพทางแพ่งของสำนักงานเขตเทรนโตเพื่อดำเนินการในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกาศการสมรส ต่อมาในวันที่ 25 กรกฎาคม 2551 คำขอของพวกเขาได้รับการปฏิเสธ ผู้ร้องจึงได้ยื่นเรื่องต่อศาลชั้นต้นแห่งเทรนโต โดยอ้างว่ากฎหมายอิตาลีไม่ได้ห้ามการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน หรือในกรณีที่ห้าม การนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2552 ศาลชั้นต้นแห่งเทรนโตพิพากษายกคำฟ้องดังกล่าว โดยศาลเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนสมรสไว้ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คู่สมรสต้องเป็นเพศตรงข้าม การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจึงขาดเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งที่จะทำให้มีผลในทางกฎหมายได้ นั่นคือความแตกต่างทางเพศของคู่สมรส เนื่องจากสิทธิที่จะแต่งงานไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐาน บทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดในทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่ได้เป็นการ

เลือกปฏิบัติเมื่อข้อจำกัดที่ผู้ร้องกล่าวอ้างนั้น ใช้บังคับกับทุกคน ยิ่งกว่านั้น กฎหมายสหภาพยุโรปยังสงวนการออกกฎเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวให้เป็นหน้าที่ ภายในของแต่ละประเทศ

ผู้ร้องอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์แห่งเทรนโต โดยศาลอุทธรณ์มีมติเป็น เอกฉันท์ในการตีความประมวลกฎหมายแพ่งว่าไม่ได้อนุญาตให้มีการสมรส ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ศาลพิจารณาเห็นควรยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่อ้างว่าการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีได้มีคำวินิจฉัยที่ 138/2010 เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2553 ไม่รับคำร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีเพื่อนำไปใช้เป็นบรรทัดฐาน ที่เพิ่มเติมขึ้นมา ซึ่งไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณามาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ที่ให้รัฐยอมรับและ รับรองสิทธิที่ล่วงละเมิดมิได้ของบุคคลทั้งในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคล และใน กลุ่มทางสังคมที่ซึ่งได้แสดงออกถึงบุคลิกภาพ ไม่ว่าจะป็นหน้าที่ทางการเมือง เศรษฐกิจ และความเป็นปึกแผ่นกันทางสังคมที่ไม่ได้ทำให้สิทธิเสื่อมเสีย โดยกลุ่มสังคมหนึ่ง ๆ ย่อมมีวัตถุประสงค์ให้เกิดและสนับสนุนการพัฒนา ปัจเจกอย่างเป็นอิสระโดยวิถีทางของความสัมพันธ์ ซึ่งรวมไปถึงการอยู่ ร่วมกันของคนรักร่วมเพศ อันเป็นการอยู่ร่วมกันอย่างมั่นคงของคนสองคน ที่เป็นเพศเดียวกันที่มีสิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงออกถึงความเป็นคู่รัก ได้อย่างเสรี การได้รับการยอมรับทางกฎหมายในเรื่องสิทธิและหน้าที่ ที่เกี่ยวข้องนั้นก็ย่อมเป็นไปตามเวลา และโดยวิธีการและข้อจำกัดที่จะกำหนด โดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การยอมรับการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน ต้องมีกฎระเบียบในทางกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่รักในแต่ละฝ่าย ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่สถาบันการสมรส ดังเห็นได้จากระบบ ที่แตกต่างกันในยุโรป โดยคำถามเกี่ยวกับรูปแบบของการยอมรับการสมรส

เพศเดียวกันนั้นได้ปล่อยให้รัฐสภาเป็นผู้ออกกฎหมายซึ่งจะใช้อำนาจดุลยพินิจได้อย่างเต็มที่ นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า โดยปราศจากอคติต่อการใช้ดุลยพินิจของรัฐสภา ศาลก็ยังสามารถแทรกแซงได้ตามหลักความเสมอภาคในสถานการณ์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งจะมีการเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อคู่รักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่สมรส เมื่อกรณีเป็นเช่นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้เหตุผลของมาตรการดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาต่อไปว่า แนวความคิดเรื่องครอบครัวและการแต่งงานยังไม่สามารถเรียกว่า “ตกผลึก” ในช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ซึ่งแม้ว่าได้วางหลักให้ต้องตีความรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของคำสั่งทางกฎหมาย วิวัฒนาการของสังคม และจารีตประเพณีของสังคม อย่างไรก็ตาม การตีความดังกล่าวก็ไม่สามารถขยายไปถึงจุดที่กระทบต่อสาระสำคัญของบรรทัดฐานทางกฎหมายได้ ส่วนหนึ่งเป็นเพราะในการร่างรัฐธรรมนูญขณะนั้น ประเด็นคำถามเรื่องการครองคู่ของคนรักร่วมเพศยังไม่มี การนำมาอภิปรายโดยกรรมาธิการแต่อย่างใด ซึ่งคณะกรรมการได้อภิปรายประเด็นหลักการและรูปแบบการสมรสโดยใช้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง จึงสรุปอย่างเลี่ยงไม่ได้ว่า การสมรสย่อมต้องเป็นไปตามนิยามของประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2485 และจวบจนถึงปัจจุบันที่กำหนดว่าคู่สมรสต้องเป็นเพศตรงข้าม ดังนั้น ความหมายของกฎในรัฐธรรมนูญนี้ จึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยการตีความอย่างสร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้ บรรทัดฐานของรัฐธรรมนูญจึงไม่ขยายไปถึงการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน และมุ่งหมายว่าการแต่งงานยังคงเป็นไปตามนัยทางจารีตประเพณี

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้พิจารณามาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญอิตาลีที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค กฎหมายที่เกี่ยวข้องก็ได้กำหนดการเลือก

ปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผลในการครองคู่ของคูรัักเพศเดียวกันที่ไม่อาจเทียบได้กับการสมรส แม้กระทั่งมาตรา 12 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และมาตรา 9 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรปก็ไม่ได้กำหนดให้มีความเสมอภาคอย่างเต็มที่ระหว่างการครองคู่ของคูรัักเพศเดียวกันกับการแต่งงานระหว่างชายกับหญิง โดยเรื่องนี้เป็นดุลยพินิจของรัฐสภาในการออกกฎหมายภายในประเทศตามที่ปรากฏในแนวทางต่าง ๆ ที่มีอยู่ในยุโรป

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น ศาลอุทธรณ์แห่งเทรนโต จึงไม่รับคำร้องขออุทธรณ์ของผู้ร้องทั้งหมด

3. คำร้องที่ 2 (คำร้องที่ 36030/11) มีผู้ร้อง จำนวน 4 คน ได้แก่ นาย Gian Mario Felicetti ผู้ร้องที่ 1 นาย Riccardo Perelli Cippo ผู้ร้องที่ 2 นาย Roberto Zaccheo ผู้ร้องที่ 3 และนาย Riccardo Zappa ผู้ร้องที่ 4 โดยในกรณีนาย Felicetti และนาย Zappa ผู้ร้องทั้งสอง เริ่มต้นความสัมพันธ์ในปี พ.ศ. 2546 และในปี พ.ศ. 2547 นาย Felicetti ได้ศึกษาต่อ ทำให้เขาได้มีสิทธิได้รับการสนับสนุนทางการเงินของนาย Zappa ต่อมาในปี พ.ศ. 2548 และพ.ศ. 2550 ผู้ร้องทั้งสองมีหนังสือถึงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอิตาลีโดยมีเนื้อหาแสดงถึงความยากลำบากที่คูรัักเพศเดียวกันต้องเผชิญ และเรียกร้องให้มีการตรากฎหมายเพื่อยอมรับการจดทะเบียนครองคู่ ต่อมาในปี พ.ศ. 2551 การอยู่ร่วมกันในทางกายภาพของผู้ร้องได้รับการจดทะเบียนในบันทึกของหน่วยงานรัฐ และในปี พ.ศ. 2552 ผู้ร้องทั้งสอง แต่งตั้งให้แต่ละฝ่ายเป็นผู้อุปการะของกันและกันในกรณี que อีกฝ่ายกลายเป็นคนไร้ความสามารถ

เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2554 ผู้ร้องที่ 1 และผู้ร้องที่ 2 ได้ยื่นคำขอให้มีการประกาศการสมรส ต่อมาเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2554 คำขอของพวกเขาถูกปฏิเสธโดยอาศัยหลักกฎหมายและคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องดังกล่าว



ผู้ร้องทั้งสองไม่ได้ดำเนินการขอรับการแก้ไขเยียวยาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งก็ไม่อาจกระทำได้อีกเนื่องจากเป็นไปตามผลคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวไปข้างต้น

4. กรณีของนาย Perelli Cippo และนาย Zacheo ซึ่งเป็นผู้ร้องในคำร้องที่ 36030/11 นั้น ในปี พ.ศ. 2545 ผู้ร้องทั้งสองได้เริ่มต้นความสัมพันธ์กัน ในปีเดียวกันพวกเขาก็เริ่มอยู่ร่วมกันและตั้งแต่นั้นมาก็มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่มีพันธะผูกพัน โดยในปี พ.ศ. 2549 พวกเขาเปิดบัญชีธนาคารร่วม และในปี พ.ศ. 2550 การอยู่ร่วมกันในทางกายภาพของผู้ร้องได้รับการจดทะเบียนในบันทึกของหน่วยงานรัฐ ต่อมาในวันที่ 3 พฤศจิกายน 2552 ผู้ร้องได้ยื่นคำขอให้มีการประกาศการสมรส แต่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวกลับไม่ได้ให้ผู้ร้องกรอกข้อมูลในเอกสารยื่นคำขอที่เกี่ยวข้องทำแต่เพียงแนบคำขอของพวกเขาไปกับคำขอของคู่รักอื่น และเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2552 คำขอของพวกเขาได้รับการปฏิเสธโดยอาศัยหลักกฎหมายและคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องดังกล่าว

ผู้ร้องทั้งสองจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นแห่งมิลาน โดยศาลชั้นต้นมีคำตัดสินเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2553 ปฏิเสธข้อเรียกร้องของผู้ร้องโดยเห็นว่าการที่สำนักงานสถานภาพทางแพ่งปฏิเสธคำขอให้ประกาศการแต่งงานอันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการสมรสของบุคคลเดียวกันนั้น ขอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นไปตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 138 วันที่ 15 เมษายน 2553

ผู้ร้องไม่ได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะไม่อาจกระทำได้ตามผลแห่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีข้างต้น

5. ผู้ร้องตามคำร้องที่ 18766/11 และคำร้องที่ 36030/11 ยื่นฟ้องสาธารณรัฐอิตาลีต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2554

และวันที่ 10 มิถุนายน 2554 ตามลำดับ โดยกล่าวอ้างว่า กฎหมายของสาธารณรัฐอิตาลีไม่ยินยอมให้ผู้ร้องซึ่งเป็นคู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรสกันได้ หรือจดทะเบียนครองคู่ตามที่กฎหมายให้การรับรอง (civil union) ในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 8 ข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ข้อ 12 และข้อ 14 ประกอบข้อ 12 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

6. ผู้ร้องในคำร้องที่ 18766/11 กล่าวอ้างว่า ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้พิจารณาว่ารัฐมีพันธกรณีในการที่จะนำระบบกฎหมายในเรื่องการจดทะเบียนครองคู่บางรูปแบบมาใช้กับคู่รักเพศเดียวกัน โดยศาลเห็นว่าเป็นพันธะในเชิงบวกสำหรับสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวที่จะทำให้เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งรัฐบาลผู้ถูกร้องก็มีได้ให้เหตุผลในการไม่ออกกฎหมายเพื่อให้เกิดผลดังกล่าว แม้ว่าผู้ถูกร้องจะพยายามทำให้ศาลเชื่อว่าคู่รักเพศเดียวกันได้รับการคุ้มครองแล้วก็ตาม แต่กลับไม่มีการนำรูปแบบการสมรสเพศเดียวกัน หรือการจดทะเบียนคู่ชีวิต หรือจดทะเบียนครองคู่ในรูปแบบใด ๆ มาใช้กับคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งผู้ร้องได้รับการปฏิเสธความคุ้มครองในทางกฎหมาย และคู่รักเพศเดียวกันภายในอิตาลีต้องประสบปัญหากับความไม่แน่นอนของรัฐที่ปล่อยประชาชนไว้ให้ขึ้นอยู่กับความเมตตาและดุลพินิจของศาล

การลงทะเบียนที่ผู้ถูกร้องอ้างถึงก็เป็นเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสถิติประชากร ไม่ใช่เพื่อสถานภาพทางแพ่งของปัจเจกบุคคล และมีบางเทศบาลที่รับลงทะเบียน แต่มีคู่รักจำนวนน้อยมากที่ได้ไปลงทะเบียน เนื่องจากไม่ได้เกิดผลในทางสถานภาพของบุคคล เป็นเพียงแค่การพิสูจน์การอยู่อาศัยร่วมกันเท่านั้น ไม่มีผลต่อบุคคลที่สามแต่อย่างใด ทั้งยังไม่มีผลในทางมรดก การเป็นผู้ปกครอง การรับบุตรบุญธรรม และสิทธิในการทำธุรกิจของครอบครัว โดยในคดีนี้ไม่ควรโต้แย้งในประเด็นว่าคู่รักต่างประเทศก็ไม่ได้รับสิทธิในการจดทะเบียนครองคู่ เพราะคู่รักต่างประเทศมีโอกาสในการ

ที่จะได้แต่งงาน ขณะนี้คู่รักเพศเดียวกันไม่ได้รับการคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม

7. ผู้ร้องในคำร้องที่ 36030/11 กล่าวอ้างถึงแนวโน้มการจดทะเบียนการสมรสเพศเดียวกันในยุโรปที่เพิ่มมากขึ้น และแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีสนับสนุนถึงความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันที่ต้องได้รับการรับรองโดยกฎหมาย พร้อมด้วยสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ แต่กระนั้นรัฐสภายังคงเฉื่อยชาในประเด็นดังกล่าว ผู้ร้องเห็นว่า รัฐบาลล้มเหลวในการอธิบายประเด็นการรับรองการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันว่ามีผลกระทบในทางร้ายกับครอบครัวในทางจารีตประเพณีที่ดำรงอยู่อย่างใดคดีนี้ไม่ได้เรียกร้องในเรื่องที่เป็นประเด็นที่อ่อนไหวทางศีลธรรมหรือจริยธรรมอย่างรุนแรง ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพกับสิทธิของผู้อื่น เป็นเพียงแค่สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่มีต่อกันและกัน

ผู้ร้องกล่าวว่าจวบจนเดือนมิถุนายน 2557 มีรัฐสมาชิกจำนวน 22 รัฐ (ณ วันที่ยื่นคำร้อง) จากจำนวนรัฐสมาชิกสภาแห่งยุโรป 47 ประเทศ ที่รับรองการจดทะเบียนครองคู่บางรูปแบบของบุคคลเพศเดียวกัน ในจำนวนนั้นประกอบด้วยรัฐผู้ร่วมก่อตั้งสภาแห่งยุโรปทุกรัฐเว้นแต่สาธารณรัฐอิตาลี เช่นเดียวกับกับหลายประเทศที่ยึดแน่นกับศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกก็รับรองรูปแบบการจดทะเบียนดังกล่าว โดยผู้ร้องยืนยันให้ศาลอย่าล่าตอนเป็นเพียงนักคำนวณที่นับตัวเลขจากทัศนคติของเสียงข้างมากภายในประเทศเท่านั้น แต่ต้องทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์อนุสัญญาฯ ที่มีคุณค่าในการคุ้มครองชนกลุ่มน้อย

การไม่มีการรับรองการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันส่งผลกระทบและมีผลเสียกับผู้ร้องในทางรูปธรรมและในหลายกรณีอย่างมาก แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดข้อตกลงการอยู่ร่วมกันเพื่อรับรองสิทธิบางประการและจำกัดสิทธินั้นสำหรับคู่รักที่ไม่ได้ทำการสมรสทั้งคู่รักเพศตรงข้ามและ

เพศเดียวกันก็ตาม แต่การทำข้อตกลงการอยู่ร่วมกันนั้นก็มิได้ขึ้นอยู่กับสถานภาพที่แท้จริง หากแต่เป็นการอยู่ร่วมกันตามสถานการณ์ที่เป็นข้อเท็จจริงเท่านั้น ทั้งนี้ ระดับความคุ้มครองจำกัดไว้โดยวิธีการที่ให้ทำเป็นข้อตกลงส่วนบุคคล ซึ่งในคดีที่ผ่านมา ศาลก็เคยปฏิเสธข้อโต้แย้งเช่นนี้แล้ว ยิ่งกว่านั้น การดำเนินการต่าง ๆ สร้างความเครียดและเป็นภาระกับผู้ร้อง และสิ่งเหล่านี้จะไม่เกิดกับคู่รักเพศตรงข้ามที่สามารถเลือกที่จะสมรสได้ และคู่รักที่ไม่สนใจที่จะได้รับการรับรองในทางกฎหมาย ทั้งนี้ การลงทะเบียนการอยู่ร่วมกันโดยเทศบาลในอิตาลีนั้น มีเพียง 155 แห่งที่รับการลงทะเบียน จากเทศบาลทั้งหมดจำนวน 8,000 แห่ง ถือเป็นสัดส่วนที่น้อยมาก

ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องว่าการละเมิดที่ได้กล่าวหานั้นเป็นผลโดยตรงจากสัญญาภาคในการบังคับใช้ระบบกฎหมาย สถานะที่ผู้ร้องเผชิญต่างไปจากคู่รักเพศตรงข้ามที่มีคุณสมบัติที่จะเข้าทำการสมรสได้ แต่ไม่ปรารถนาได้รับการรับรองในทางกฎหมายจากการอยู่ร่วมกัน นี่เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างที่ผู้ร้องต้องเผชิญจากเพศวิถีของผู้ร้อง และการที่รัฐบาลไม่ได้ให้เหตุผลที่สมเหตุสมผลเพียงพอในการปฏิบัติเช่นว่านั้น ก็ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรง

8. รัฐบาลสาธารณรัฐอิตาลี ผู้ถูกร้องโต้แย้งว่า ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยอมรับสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันตามอนุสัญญา แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องคือ ข้อ 8 ข้อ 12 และข้อ 14 ของอนุสัญญาแล้วไม่ได้ก่อพันธกรณีทางกฎหมายให้แก่รัฐสมาชิก จึงทำให้ขอบเขตแห่งการใช้ดุลยพินิจมีได้อย่างกว้างขวางมากขึ้นในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละรัฐจะปรับเปลี่ยนการบังคับใช้ให้เข้ากับความรู้สึกนึกคิดทั่วไปของชุมชน ซึ่งในมุมมองของผู้ร้องเห็นว่าในคดี Gas and Dubis v. France นั้น ศาลยังยอมรับว่ารัฐไม่มีข้อผูกพันในการจัดให้มีการสมรสเพศเดียวกัน ดังนั้นก็ย่อมไม่มีข้อผูกมัดให้รัฐต้องจัดให้มีการจดทะเบียนการครองคู่

เช่นเดียวกัน ในทัศนะของผู้ถูกร้องเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจกำหนดข้อบังคับ และชี้ให้เห็นว่า จำนวนของรัฐสมาชิกที่ภายในรัฐมีรูปแบบการคุ้มครอง ในทางกฎหมายให้กับคู่รักที่ไม่ได้สมรส รวมไปถึงคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่ได้ ทำการสมรสนั้น มีจำนวนน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐสมาชิกตามอนุสัญญาฯ และในหลายประเทศที่มีรูปแบบการคุ้มครองเช่นว่านั้นก็เพิ่งดำเนินการไป เมื่อไม่นานมานี้ เช่น สาธารณรัฐออสเตรียในปี พ.ศ. 2553 สาธารณรัฐ ไอร์แลนด์ ในปี พ.ศ. 2554 และสาธารณรัฐฟินแลนด์ ในปี พ.ศ. 2555 ดังนั้น ผู้ถูกร้องจึงพิจารณาแล้วว่า ไม่มีพันธะในเชิงบวกที่ต้องออกกฎหมาย ในประเด็นเรื่องคู่รักเพศเดียวกันตามอนุสัญญาฯ เพื่อให้รัฐตัดสินว่าควรจะ ห้ามหรืออนุญาตให้มีการจดทะเบียนครองคู่ของบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งใน ปัจจุบันยังไม่มีแนวโน้มที่จะเกิดผลการตัดสินนั้น

ผู้ถูกร้องอ้างถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีที่ 138/2010 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยอมรับถึงความสำคัญในการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน ที่จะได้รับการรับรองทางกฎหมาย แต่ก็ปล่อยให้เป็นที่ขึ้นใจของรัฐสภาในการ กำหนดเวลา วิธีการ และข้อจำกัดในการออกกฎหมายนั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ก่อให้เกิดข้อบังคับในทางรัฐธรรมนูญใด ๆ ขึ้น ดังนั้น จึงขัดกับคำร้อง ของผู้ร้อง นอกจากนี้ ยังเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมภายในอิตาลีที่จะ พิจารณากรณีเฉพาะเป็นรายคดีไปว่าจะบังคับใช้กฎของการอยู่ร่วมกันของ เพศที่ต่างกันให้ขยายครอบคลุมถึงการอยู่ร่วมกันของเพศเดียวกันหรือไม่ และถ้าศาลยุติธรรมเห็นว่ามีกรณีปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันอันทำให้เกิดความ เสียหายกับคู่รักเพศเดียวกัน ศาลจะส่งประเด็นดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณากฎหมายดังกล่าวว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งเป็นการ แทรกแซงที่ชอบธรรมโดยผู้พิพากษา

ผู้ถูกร้องกล่าวว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 เป็นต้นมา จำนวนเทศบาล ในอิตาลีที่มีการลงทะเบียนการอยู่ร่วมกันได้เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก จนถึง

ปัจจุบันมีจำนวน 155 แห่ง ที่อนุญาตให้คูรัักเพศเดียวกันลงทะเบียนเพื่อได้ รับการรับรองในฐานะครอบครัวโดยมีวัตถุประสงค์ในทางนโยบายด้าน การปกครอง การเมือง สังคม และสวัสดิการของเมือง สิ่งนี้ปรากฏทั้งในเมือง ที่มีขนาดเล็กและขนาดใหญ่ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่ชัดเจนของความก้าวหน้า และการเติบโตในความเห็นพ้องตรงกันของสังคมในการรับรองความเป็น ครอบครัวดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้ถูกร้องยังแสดงให้เห็นถึงการที่รัฐอิตาลี ได้มีส่วนร่วมในการพัฒนาร่างกฎหมายจำนวนหนึ่งเกี่ยวกับคูรัักตาม ความเป็นจริง ซึ่งไม่ได้ทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันหรือเป็นการเลือก ปฏิบัติแต่อย่างใด แต่เป็นการสร้างการยอมรับ และการคุ้มครองในทางศาล ทางนิติบัญญัติ และทางปกครองให้แก่คูรัักเพศเดียวกัน การปฏิบัติของ สาธารณรัฐอิตาลีจึงไม่ควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ยิ่งกว่านั้นแล้ว ผู้ร้องไม่ได้ให้รายละเอียดของความทุกข์ทรมานที่พวกเขา ได้กล่าวอ้าง และความเสียหายที่เป็นนามธรรม หรือความเสียหายทั่วไป ไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้น ก็ควรพิจารณาการเลือกปฏิบัติกับคูรัักต่างเพศที่ไม่ได้สมรสกันว่าไม่มีการ ปฏิบัติที่แตกต่างเกิดขึ้นระหว่างคูรัักทั้งสองประเภทที่กล่าวมา

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1. อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ พื้นฐาน ค.ศ. 1950

ข้อ 8 “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการสื่อสาร

หน่วยงานของรัฐจะไม่แทรกแซงในการที่บุคคลจะใช้สิทธิดังกล่าว เว้นแต่เป็นการแทรกแซงบนพื้นฐานของกฎหมายที่มีความจำเป็นตาม ระบอบประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ

ความปลอดภัยสาธารณะ หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”

ข้อ 12 “ชายและหญิงที่มีอายุเหมาะสมในการแต่งงานมีสิทธิที่จะสมรสและก่อร่างสร้างครอบครัว โดยเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่ใช้สิทธินี้”

ข้อ 14 “สิทธิและเสรีภาพในอนุสัญญานี้จะได้รับการรับรองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุใด ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ๆ ชาติกำเนิดหรือแหล่งกำเนิดทางสังคม การเป็นสมาชิกในสมาคมของชนกลุ่มน้อย ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น”

ข้อ 41 “หากศาลพบว่ามีกรณีละเมิดอนุสัญญาหรือพิธีสารที่เกี่ยวข้อง และหากกฎหมายภายในของรัฐภาคีอนุญาตให้ชดเชยค่าเสียหายบางส่วน ในกรณีที่จำเป็นศาลจะให้ชดเชยแก่ฝ่ายที่ได้รับบาดเจ็บ”

## 2. กฎหมายภายในและแนวทางการปฏิบัติ

### รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1947

มาตรา 2 “สาธารณรัฐยอมรับและให้หลักประกันว่าสิทธิมนุษยชนล่วงละเมิดมิได้ ทั้งในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและในกลุ่มสังคมที่บุคลิกภาพได้รับการพัฒนา และกำหนดให้การปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อความเป็นปึกแผ่นทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ต้องไม่ทำให้สิทธิมนุษยชนเสื่อมเสียไป”

มาตรา 3 “พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเท่าเทียมกัน และเสมอภาคกันในทางกฎหมายโดยปราศจากความแตกต่างทางเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สถานภาพส่วนตัว และสถานภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องจัดอุปสรรคทางเศรษฐกิจหรือลักษณะทางสังคมที่จำกัดเสรีภาพและความเท่าเทียมกันของพลเมือง

ด้วยเหตุที่นั่นขัดขวางการพัฒนาของมนุษย์ ได้อย่างเต็มที่ และการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพของแรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ”

มาตรา 29 “สาธารณรัฐตระหนักถึงสิทธิของครอบครัวว่าเป็นสังคมในทางธรรมชาติที่ก่อตั้งจากการสมรส การสมรสขึ้นอยู่กับคุณธรรมและความเสมอภาคในทางกฎหมายของคู่สมรสภายในข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดเพื่อรับประกันความเป็นอันหนึ่งเดียวกันของครอบครัว”

### คำวินิจฉัย/คำพิพากษาของศาลอิตาลีในประเด็นการสมรส

ภายใต้กฎหมายภายในของอิตาลี คู่รักเพศเดียวกันไม่ได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนสมรสได้ ซึ่งเป็นไปตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 138/2010 วันที่ 15 เมษายน 2553 (ตามที่ปรากฏในข้างต้น)

ทั้งนี้ ยังมีคำพิพากษาของศาลอื่นที่มายืนยันแนวทางปฏิบัติในอิตาลี เช่น คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสาธารณรัฐอิตาลีที่ 4184 วันที่ 15 มีนาคม 2555 กรณีพลเมืองอิตาลีเพศเดียวกัน จำนวน 2 คน ได้ทำการสมรสที่เนเธอร์แลนด์ และยื่นฟ้องหน่วยงานรัฐอิตาลีต่อศาลในประเด็นการปฏิเสธลงทะเบียนการสมรสในบันทึกสถานภาพทางแพ่งของพวกเขา ด้วยเหตุที่ “ไม่สามารถกำหนดค่าได้เหมือนการสมรส” ศาลสูงสุดให้เหตุผลว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิที่จะลงทะเบียนการสมรสของพวกเขา ไม่ใช่เพราะไม่มีอยู่หรือเป็นโมฆะ แต่เป็นเพราะไม่สามารถที่จะสร้างผลทางกฎหมายใดๆ ในคำสั่งของอิตาลีได้ ทั้งยังตัดสินว่า บุคคลเพศเดียวกันที่อยู่ด้วยกันในสัมพันธ์ภาพที่มั่นคงมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวตามมาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรป ดังนั้น การใช้สิทธิในการดำเนินชีวิตอย่างเสรีในสถานะที่ล่วงละเมิดมิได้อย่างคู่รักนั้น พวกเขาสามารถร้องต่อศาลได้ในสถานการณ์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของพวกเขาที่พึงได้รับการปฏิบัติเฉกเช่นเดียวกับที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับคู่สมรส



นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 170/2014 ในประเด็นเกี่ยวกับ “การบังคับหย่า” ภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศของหนึ่งในคู่สมรส ซึ่งคำวินิจฉัยนี้เป็นการกำหนดหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายหรือสมาชิกสภานิติบัญญัติที่จะรับรองทางเลือกอื่นแทนการสมรสจากสิ่งหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายสูงสุดไปเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนอย่างที่สุด อันเป็นการยินยอมให้คู่สมรสหลีกเลี่ยงการเปลี่ยนแปลงได้ในสถานการณ์เช่นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวต่อไปว่า สมาชิกสภานิติบัญญัติต้องรีบดำเนินการแก้ไขสัญญาทางกฎหมายที่ทำให้ขาดความคุ้มครองสำหรับคู่สมรส

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 276/2010 วันที่ 7 กรกฎาคม 2010 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 4/2011 วันที่ 16 ธันวาคม 2553 ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่าการยอมรับการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันในทางกฎหมายไม่ได้เทียบเท่ากับการสมรส ซึ่งเห็นได้จากแนวทางที่หลากหลายในประเทศต่าง ๆ ของยุโรป และการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกกฎระเบียบ และจัดหาหลักประกันและการรับรองการอยู่ร่วมกันนี้ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐสภาในการดำเนินการ

คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งอิตาลีที่ 2400/2015 วันที่ 9 พฤษภาคม 2558 ศาลสูงสุดเห็นว่า คู่รักเพศเดียวกันได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี และเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะดำเนินการเพื่อรับรองการอยู่ร่วมกันของคู่รัก ซึ่งการไม่อนุญาตให้มีการสมรสเพศเดียวกันนั้นไม่ขัดกับการปรับใช้สิทธิมนุษยชนทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ รวมไปถึงการไม่ยอมรับการสมรสเพศเดียวกันก็ไม่สามารถกลายเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่ปัญหาของระบบกฎหมายในประเด็นนี้คือไม่มีรูปแบบการอยู่ร่วมกันในรูปแบบอื่นใดเลยที่ต่างไปจากการสมรสไม่ว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกันหรือคู่รักต่างเพศ ซึ่งศาลไม่สามารถก่อตั้งสิ่งนี้ผ่านการตัดสินบรรทัดฐานของศาลได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาล

## ข้อตกลงการอยู่ร่วมกัน (Cohabitation agreements)

ข้อตกลงการอยู่ร่วมกันไม่ได้รับระบุไว้ในกฎหมายอิตาลีโดยเฉพาะ ทั้งนี้ การคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคู่รักที่เป็นเพศชายและเพศหญิงนั้นเกิดขึ้นจากมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญอิตาลีซึ่งได้รับการตีความในคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา (หลัง พ.ศ. 2531) โดยไม่กี่ปีที่ผ่านมา คือ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 เป็นต้นมา คำพิพากษาภายในประเทศได้พิจารณาการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันว่าสมควรได้รับความคุ้มครองดังกล่าวเช่นกัน การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวนี้มีผลตั้งแต่วันที่ 2 ธันวาคม 2556 โดยข้อตกลงการอยู่ร่วมกันคือสัญญาส่วนบุคคล ที่ไม่มีรูปแบบเฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และบุคคลที่อยู่ร่วมกันอาศัยอยู่ในความสัมพันธ์แบบผู้ปกครอง หุ่นส่วน เพื่อน เพื่อนร่วมห้องหรือผู้ดูแล แต่ไม่ใช่คู่สมรส สัญญาดังกล่าวนั้นเน้นไปยังการควบคุมดูแลด้านการเงินของการอยู่อาศัยร่วมกัน การสิ้นสุดการอยู่ร่วมกัน และความช่วยเหลือในกรณีเจ็บป่วยหรือไร้ความสามารถ

## การจดทะเบียนครองคู่ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย (Civil unions)

กฎหมายภายในประเทศของอิตาลีไม่ได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนครองคู่รูปแบบใด ๆ แทนการสมรส ไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกัน หรือเพศตรงข้ามก็ตาม

ในรายงานประจำปี พ.ศ. 2556 จัดทำโดย ศาสตราจารย์ F. Gallo ซึ่งต่อมาได้เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ ได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีในฐานะที่เป็นศาลสูงสุดในประเด็นคดีที่ร้องขอให้รัฐสภาแก้ไขบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำร้องนั้น ๆ จะได้รับการประเมินค่าต่ำไป ซึ่งในความเป็นจริง รัฐสภาบัญญัติเพียงวิธีการเดียวให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งต้องดำเนินการตามท้องถื่นกรณีบัญญัติได้บัญญัติไว้

เพื่อขจัดสถานการณ์ใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และถึงแม้ว่าจะได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม ก็ไม่อาจนำไปสู่คำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ คำร้องประเภทนี้ที่ยังไม่ได้ความสนใจ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 138/2010 ซึ่งในขณะที่พบว่าการสมรสทำได้เพียงแต่กับบุคคลต่างเพศเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และยืนยันว่าคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะได้รับการรับรองทางกฎหมายในการอยู่ร่วมกันของพวกเขา พร้อมสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง โดยให้รัฐสภาเป็นผู้จัดทำระเบียบดังกล่าวโดยวิธีการ และในขอบเขตที่เห็นสมควร

แม้กระนั้นก็มีบางเมืองจดทะเบียนครองคู่ให้กับคู่รักที่ยังไม่สมรส ทั้งเพศเดียวกันหรือต่างเพศ ได้แก่ เอ็มโปลี ปิซา มิลาน ฟลอเรนซ์ และ เนเปิลส์ อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนครองคู่ของคู่รักที่ยังไม่ได้สมรสมีเพียงคุณค่าในทางสัญลักษณ์เท่านั้น

### 3. กฎหมายเทียบเคียงและแนวคำพิพากษาจากเขตอำนาจศาลอื่น เอกสารกฎหมายเปรียบเทียบ

เอกสารกฎหมายเปรียบเทียบสามารถนำมาใช้พิจารณาในศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้ โดยพิจารณารูปแบบที่เป็นทางการของคู่ชีวิตที่ไม่สมรสภายในระบบกฎหมายของสภาแห่งยุโรป ดังปรากฏว่ามี 11 ประเทศที่ยอมรับการสมรสเพศเดียวกัน ได้แก่ เบลเยียม เดนมาร์ก ฝรั่งเศส ไอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ โปรตุเกส สเปน สวีเดน และสหราชอาณาจักร และมี 18 ประเทศที่ยอมรับรูปแบบบางรูปแบบของการจดทะเบียนคู่ชีวิตสำหรับคู่รักเพศเดียวกัน ได้แก่ อังดอร์ร่า ออสเตรเลีย เบลเยียม โครเอเชีย สาธารณรัฐเช็ก ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี ฮังการี ไอร์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ สโลวีเนีย สเปน สวิสเซอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร ซึ่งในปัจจุบัน (ณ วันที่ศาลมีคำพิพากษา) มีจำนวน 24 ประเทศจากรัฐสมาชิกของสภาแห่งยุโรป

ทั้งหมดจำนวน 47 ประเทศ ที่ออกกฎหมายอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันมีความสัมพันธ์ที่ได้รับการรับรองทางกฎหมายทั้งในรูปแบบการสมรส หรือในรูปแบบการจดทะเบียนครองคู่หรือการจดทะเบียนคู่ชีวิต

### คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

คดี Obergefell et al. v. Hodges ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาคัดสินว่าคู่รักเพศเดียวกันสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรสได้ในทุกมลรัฐ และเป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหากมลรัฐจะปฏิเสธการยอมรับการสมรสเพศเดียวกันที่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้กระทำในมลรัฐอื่น ซึ่งศาลสรุปว่าสิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ติดตัวมาโดยกำเนิดของบุคคลภายใต้หลักกระบวนการอันควรด้วยกฎหมาย (the Due Process Clause) และบทบัญญัติการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ซึ่งคู่รักเพศเดียวกันอาจไม่ได้สิทธิและเสรีภาพนั้น ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงตัดสินให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรส

### คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

(1) ประเด็นการละเมิดตามข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ และข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ

ขณะที่สาระสำคัญของข้อ 8 แห่งอนุสัญญาฯ คือการคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของหน่วยงานรัฐ จึงได้มีการกำหนดพันธะในเชิงบวกให้กับรัฐเพื่อเป็นหลักประกันการเคารพสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ หลักการปรับใช้พันธะในเชิงบวกของแต่ละรัฐต้องพิจารณาบนดุลยภาพที่เป็นธรรมระหว่างผลประโยชน์สัมบูรณ์ของบุคคลกับผลประโยชน์สัมบูรณ์ของชุมชน โดยในคดีนี้ต้องคำนึงถึงปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยตาม ข้อ 8 ของอนุสัญญานั้นคือผลกระทบในคำร้องที่เกิดจากความไม่ลงรอยกันระหว่างความเป็นจริงในสังคมกับกฎหมายและการปฏิบัติงานทางกฎหมายภายในประเทศ

ในคดีนี้ ศาลยืนยันว่าคู่รักเพศเดียวกันสามารถมีความสัมพันธ์ที่มั่นคง และมีพันธะผูกพันได้เฉกเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ และศาลยอมรับว่า คู่รักเพศเดียวกันมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการรับรองในทางกฎหมาย และความคุ้มครองในความสัมพันธ์ของพวกเขา ซึ่งในคำร้องทั้งสองคำร้องนี้ ผู้ร้องไม่สามารถที่จะสมรสได้ รวมถึงไม่สามารถเข้าถึงวิธีการในทางกฎหมาย เฉพาะใด ๆ เช่น การจดทะเบียนครองคู่หรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตก็ตาม เพื่อให้เกิดการรับรองสถานภาพของผู้ร้องและเป็นหลักประกันที่จะได้รับสิทธิ บางอย่างที่เกี่ยวข้องกับคู่ชีวิตในความสัมพันธ์ที่มั่นคงและมีพันธะผูกพัน

นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวว่าการลงทะเบียนสถานภาพทางแพ่งที่ผู้ถูกร้อง ได้กล่าวอ้างว่าได้ดำเนินการคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อคู่รักเพศเดียวกัน ดังที่ปรากฏในคำร้องนั้น ไม่เพียงแต่ล้มเหลวในการดำเนินการเพื่อรับรอง ความสัมพันธ์ที่เป็นพันธะผูกพันอย่างมั่นคงซึ่งเป็นความจำเป็นที่สำคัญของ คู่รักเพศเดียวกัน แต่ยังไม่มีความน่าเชื่อถือเพียงพออีกด้วย ซึ่งการลงทะเบียน สถานภาพทางแพ่งภายในหน่วยงานท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ แต่ก็ อยู่ในจำนวนที่จำกัดเมื่อเทียบกับจำนวนเทศบาลที่มีอยู่ทั้งหมดในอิตาลี หรือคิดเป็นเพียงร้อยละ 2 ของเทศบาลทั้งหมด อีกทั้งการลงทะเบียนดังกล่าว นั้นมีเพียงคุณค่าในเชิงสัญลักษณ์ และมีวัตถุประสงค์ในทางสถิติประชากร เท่านั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดสถานภาพทางแพ่งที่เป็นทางการ และไม่เกิดสิทธิใด ๆ ให้แก่ผู้ร้อง ซึ่งไม่สามารถนำมาพิสูจน์สิทธิหรือคุณค่าใด ๆ ต่อศาลภายใน ประเทศได้

สถานภาพปัจจุบันของผู้ร้องตามกรอบกฎหมายภายในประเทศเป็น เพียงแค่การได้รับพิจารณาการอยู่ร่วมกันตามความเป็นจริง ซึ่งได้รับการ ควบคุมโดยข้อตกลงการอยู่ร่วมกันที่เป็นสัญญาส่วนบุคคลซึ่งมีขอบเขต อย่างจำกัด ข้อตกลงการอยู่ร่วมกันนี้เริ่มบังคับใช้ในเดือนธันวาคม 2556 แต่ก็ประสบความสำเร็จล้มเหลวในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการ พื้นฐานบางประการสำหรับคู่รักที่มีความสัมพันธ์ที่มั่นคงที่ต้องได้รับความ

คุ้มครอง เช่น การสนับสนุนเกื้อกูลร่วมกัน พันธะผูกพันในการดูแลรักษา และสิทธิในการรับมรดก เนื่องจากข้อตกลงการอยู่ร่วมกันเปิดโอกาส กลุ่มบุคคลที่อยู่ร่วมกัน เช่น เพื่อน เพื่อนร่วมห้องหรือผู้ดูแล แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงการอยู่ร่วมกันนี้ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายหลักในการคุ้มครองคู่รัก นอกจากนี้ สัญญาดังกล่าวกำหนดให้คู่รักที่ทำข้อตกลงต้องอยู่ร่วมกัน ศาลได้ยอมรับว่าการดำรงอยู่ของการอยู่ร่วมกันที่มั่นคงระหว่างคู่รักนั้น แต่ละฝ่ายเป็นอิสระจากการอยู่กินร่วมกันเนื่องด้วยสถานการณ์โลกปัจจุบัน คู่รักจำนวนมากทั้งที่สมรสแล้วหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตก็ย่อมมีช่วงเวลา หรือประสบการณ์ในการดำเนินความสัมพันธ์ระยะไกลที่ต้องรักษาภูมิลำเนา ในประเทศอื่น ไม่ว่าจะไปด้วยเหตุผลในทางอาชีพ หรือเหตุผลอื่นใด ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าเงื่อนไขข้อตกลงการอยู่ร่วมกันที่ต้องอยู่ร่วมกันนั้น ไม่สามารถคุ้มครองความสัมพันธ์ที่มั่นคงและมีพันธะผูกพันตามความปรารถนาของคู่รักเพศเดียวกันได้

นอกจากนี้ รัฐบาลอิตาลี ผู้ถูกร้องไม่ได้พิสูจน์ว่าศาลภายในประเทศ สามารถออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพื่อเป็นการรับรองความเป็นคู่ชีวิตได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนสำหรับการรับรองคู่รักเพศเดียวกัน กระทำได้ภายใต้สถานการณ์ที่จำกัดอย่างมากเท่านั้น แม้แต่ปัญหาพื้นฐานที่สุด ที่เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ก็ต้องพิจารณาโดยศาล ศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่ามีความจำเป็นที่ต้องยื่นเรื่องต่อศาลอีกในประเด็นการรับรอง ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียว ซึ่งเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อความพยายามของผู้ร้องเพื่อให้ได้มาซึ่งการได้รับความเคารพต่อชีวิตส่วนตัว และชีวิตครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายในระบบยุติธรรมของอิตาลีที่สร้างภาระ มากเกินจำเป็น

จากการตรวจสอบสถานการณ์ภายในประเทศพบว่ามี ความขัดแย้ง ระหว่างความเป็นจริงทางสังคมของผู้ร้องที่ส่วนใหญ่ใช้ชีวิตในความสัมพันธ์ ของพวกเขาอย่างเปิดเผยในอิตาลีกับกฎหมายที่ไม่ได้ให้การรับรองอย่างเป็น

ทางการใด ๆ โดยในมุมมองของศาล พันธกรณีผูกพันที่จะต้องจัดให้มีการรับรองและการคุ้มครองให้แก่การอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันจะไม่เป็นการสร้างภาระใด ๆ ต่อสาธารณรัฐอิตาลี หากไม่มีการสมรสสำหรับบุคคลเพศเดียวกันแล้ว ตัวเลือกในการจดทะเบียนครองคู่หรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุดสำหรับคู่รักเพศเดียวกันเช่นผู้ร้องเพื่อให้ความสัมพันธ์ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย

ศาลตั้งข้อสังเกตว่าแนวโน้มของรัฐสมาชิกสภาแห่งยุโรปที่มีการรับรองคู่รักเพศเดียวกันในทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้น โดยมีจำนวน 24 รัฐสมาชิกจากจำนวน 47 รัฐสมาชิกที่มีกฎหมายรับรองการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกัน (ณ วันที่ศาลมีคำพิพากษา) อย่างไรก็ตาม แม้รัฐผู้ถูกร้องมีความพยายามมากกว่าสามทศวรรษในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองและรับรองคู่รักเพศเดียวกัน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่สามารถออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับได้เลย

ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีฐานะเป็นศาลสูงสุดสุดท้ายในอิตาลีได้พิจารณาวินิจฉัยคดีนาย Oliari และนาย A. เมื่อเดือนเมษายน 2553 ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการออกกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติของอิตาลีกลับล้มเหลวในการพิจารณาข้อความในคำวินิจฉัยดังกล่าว ดังเห็นได้จากรายงานประจำปีของศาลรัฐธรรมนูญที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญแสดงความเสียใจที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการใด ๆ จากผลคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีผู้ร้องในคำร้องแรก นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าการเรียกร้องดังกล่าวของศาลอิตาลียังสะท้อนให้เห็นความรู้สึกของประชาชนอิตาลีส่วนใหญ่ที่ได้ทำการสำรวจเมื่อไม่นานมานี้ว่าส่วนใหญ่สนับสนุนการรับรองการอยู่ร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันในทางกฎหมาย รัฐบาลอิตาลีไม่ได้ปฏิเสธความจำเป็นในการคุ้มครองทางกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกัน โดยอ้างว่าคู่รักเพศเดียวกันไม่ได้ถูกจำกัดการรับรอง ซึ่งประชากรกลุ่มนี้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในชุมชน

อิตาลี ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐยังล้มเหลวในการแสดงให้เห็นถึงผลประโยชน์ของสาธารณะหรือของชุมชนทั้งหมดในกรณีที่ไม่ให้การรับรองนี้ ในทางกลับกัน ก็เป็นการกีดขวางความน่าเชื่อถือและการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ และเป็นอันตรายต่อประสิทธิภาพขององค์กรตุลาการ ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการเป็นปัจจัยที่สำคัญสูงสุดในหลักการพื้นฐานของอนุสัญญาฯ

กล่าวโดยสรุป เมื่อไม่มีเหตุผลในเรื่องผลประโยชน์ของชุมชนที่รัฐบาลอิตาลีได้อ้างถึงในการที่จะสร้างความสมดุลกับผลประโยชน์ของผู้ร้องเพื่อให้ความสัมพันธ์ของพวกเขาได้รับการยอมรับทางกฎหมาย ความเห็นของศาลภายในประเทศก็ยังคงถูกเพิกเฉย ศาลพบว่ารัฐบาลอิตาลีล้ำเส้นขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเขา และล้มเหลวในการบรรลุพันธะในเชิงบวกเพื่อให้หลักประกันว่าผู้ร้องมีกรอบทางกฎหมายที่เฉพาะเจาะจงในการรับรองและคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของพวกเขา และจากที่กล่าวมาข้างต้น มีการละเมิด ข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาว่ามีการละเมิดข้อ 8 ของอนุสัญญาแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีการละเมิดข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ของอนุสัญญาอีก

(2) ประเด็นการละเมิดตามข้อ 12 ของอนุสัญญาฯ และข้อ 14 ประกอบข้อ 12 ของอนุสัญญาฯ

ศาลได้พิจารณาและวางบรรทัดฐานข้อ 12 ในคดีก่อนหน้าเห็นว่า ข้อ 12 ไม่กำหนดข้อบังคับหรือพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องดำเนินการให้สิทธิคู่รักเพศเดียวกันในการสมรส ศาลตั้งข้อสังเกตว่าแม้จะมีวิวัฒนาการของรัฐอย่างค่อยเป็นค่อยไปในเรื่องการให้สิทธิการสมรส แต่ ณ ปัจจุบันมีรัฐสมาชิกสภาแห่งยุโรปเพียง 11 รัฐ ที่รับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน คำร้องตามข้อ 12 และภายใต้ข้อ 14 ประกอบกับข้อ 12 ไม่อาจจับไว้พิจารณาได้ และยกคำร้องในเฉพาะข้อเรียกร้องนั้น



(3) ประเด็นความเสียหาย และต้นทุนและค่าใช้จ่ายตามข้อ 41 ของอนุสัญญาฯ

ก. ความเสียหาย

ผู้ร้องตามคำร้องที่ 18766/11 อ้างว่าได้รับความเสียหายทางวัตถุ อันเป็นผลมาจากการสูญเสียวันลาเพื่อเหตุผลทางครอบครัว ตลอดจนโบนัส และไม่สามารถใช้เงินกู้ ทั้งนี้ พวกเขายังได้รับความเดือดร้อนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน แต่ไม่เรียกร้องความเสียหายเป็นการเฉพาะในส่วนนั้น

ผู้ร้องตามคำร้องที่ 36030/11 อ้างว่าได้รับความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินซึ่งเป็นจำนวนเงินที่ศาลพึงกำหนด แต่ควรเป็นจำนวน 7,000 ยูโร ซึ่งพิจารณาเทียบเคียงจากคดีที่ผ่านมาในอดีต พวกเขายังขอให้ศาลเสนอข้อเสนอนี้ต่อรัฐบาลเพื่อออกกฎหมายสำหรับการอยู่ร่วมกันของคูรักร่วมเพศเดียวกัน

ทั้งนี้ รัฐบาลยื่นคัดค้านคำร้องว่า ผู้ร้องไม่ได้รับความทุกข์ทรมานใดๆ จากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

ศาลตั้งข้อสังเกตว่าการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้ร้องในคำร้องที่ 18766/11 ไม่ระบุจำนวนและไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักความจริงในทางกลับกัน ศาลถือว่าผู้ร้องทุกคนได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน และให้ชำระเงินแก่ผู้ร้องคนละ 5,000 ยูโร พร้อมด้วยภาษีที่สามารถเรียกเก็บได้ใดๆ

ข. ต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

ผู้ร้องตามคำร้องที่ 18766/11 ยังเรียกร้องต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในศาลภายในประเทศ จำนวน 8,200 ยูโร และต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จำนวน 5,000 ยูโร

ผู้ร้องตามคำร้องที่ 36030/11 เรียกร้องต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป จำนวน 11,672.96 ยูโร โดยคำนวณตามกฎหมายของอิตาลีและคำนึงถึงปัญหาที่ซับซ้อนในการจัดการ และรวมถึงบุคคลที่สามด้วย

รัฐบาลยื่นคำคัดค้านคำร้องว่า ค่าใช้จ่ายที่ผู้ร้องกล่าวอ้างนั้น “ไร้เหตุผลและขาดการสนับสนุนใด ๆ”

ตามที่ปรากฏในการวางหลักของศาลในคดีก่อน ๆ ผู้ร้องมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยต้นทุนและค่าใช้จ่ายเฉพาะเท่าที่ได้แสดงไว้เท่านั้นซึ่งต้องเกิดขึ้นจริงโดยมีความจำเป็นและสมเหตุสมผล ศาลปฏิเสธการเรียกร้องต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีภายในประเทศ เนื่องจากไม่ได้รับการพิสูจน์ในทางเอกสารใด ๆ ศาลได้พิจารณาข้อเรียกร้องทั้งสองแล้ว แม้คำขอในคำร้องที่ 18766/11 จะขาดรายละเอียดในการเรียกร้อง แต่พิจารณาแล้วว่าสมควรจะได้รับการชดเชยต้นทุนและค่าใช้จ่าย จำนวน 4,000 ยูโร พร้อมด้วยภาษีที่สามารถเรียกเก็บได้ใด ๆ ให้แก่ผู้ร้องเป็นเงินร่วมกันสำหรับผู้ร้องตามคำร้องที่ 36030/11 ให้รับค่าชดเชยค่าใช้จ่าย จำนวน 10,000 ยูโร รวมกัน พร้อมด้วยภาษีที่สามารถเรียกเก็บได้ใด ๆ

### ผลคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลพิจารณาแล้วมีมติเป็นเอกฉันท์ ดังนี้

พิจารณารับคำร้องตามข้อ 8 และข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ ไว้พิจารณา สำหรับคำร้องอื่นนั้นให้ตกไป และตัดสินว่ามีการละเมิดข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อร้องเรียนตามข้อ 14 ประกอบข้อ 8 ของอนุสัญญาฯ

รัฐที่ถูกร้องต้องจ่ายค่าเสียหายให้ผู้ร้องภายใน 3 เดือนนับจากวันที่คำพิพากษาเป็นที่สุดภายใต้ข้อ 44 § 2 ของอนุสัญญาฯ เป็นจำนวนเงินดังนี้

- (i) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน จำนวน 5,000 ยูโร ให้กับผู้ร้องเป็นรายคน พร้อมด้วยภาษีที่สามารถเรียกเก็บได้ใดๆ
- (ii) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี จำนวน 4,000 ยูโร ให้กับผู้ร้องร่วมกัน

ในคำร้องหมายเลข 18766/11 พร้อมด้วยภาษาที่สามารถเรียกเก็บได้ใด ๆ

(iii) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี จำนวน 10,000 ยูโร ให้กับผู้ร้อง  
ในคำร้องหมายเลข 36030/11 พร้อมด้วยภาษาที่สามารถเรียกเก็บได้ใด ๆ  
โดยให้ชำระโดยตรงเข้าบัญชีธนาคารของผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจ

เมื่อพ้นระยะเวลาสามเดือนที่กำหนดไว้ข้างต้น ดอกเบี้ยจะเป็นไป  
ตามอัตราดอกเบี้ยของธนาคารกลางแห่งยุโรปและบวกเพิ่มอีกร้อยละ 3  
และให้ยกค่าขอกรณีค่าเสียหายอื่น ๆ

### ผลที่ตามมาภายหลังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำพิพากษา

สาธารณรัฐอิตาลีได้มีการคุ้มครองความสัมพันธ์ในการอยู่ร่วมกันที่  
มั่นคงของคู่รักเพศเดียวกันในรูปแบบการจดทะเบียนคู่อชีวิต (Civil Partnership)  
ภายหลังจากศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมีคำพิพากษาได้เพียงหนึ่งปี  
โดยกฎหมายฉบับที่ 76 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2559 ได้รับการอนุมัติจาก  
วุฒิสภาเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2559 และสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 11  
พฤษภาคม 2559 ต่อมาประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอิตาลีได้ลงนาม  
ในกฎหมายเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2559 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา  
และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 5 มิถุนายน 2559 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรก  
ของอิตาลีที่ให้การยอมรับความสัมพันธ์ที่มั่นคงในการอยู่ร่วมกันของคู่รัก  
เพศเดียวกัน โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎระเบียบว่าด้วยการจดทะเบียน  
คู่อชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกันที่อยู่ร่วมกันโดยไม่ได้แต่งงาน (Civil  
Partnership) เป็นการให้สิทธิคู่รักเพศเดียวกันในการใช้นามสกุลของ  
อีกฝ่ายหนึ่ง และรวมไปถึงการได้รับเงินช่วยเหลือของอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>56</sup> ซึ่งเป็น

<sup>56</sup> Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation. “Civil Partnerships – Living together without being married”, available from [https://www.esteri.it/mae/en/servizi/italiani-all'estero/stato-civile/unioni-civili-convivenze-di-fat-to\\_0.html](https://www.esteri.it/mae/en/servizi/italiani-all'estero/stato-civile/unioni-civili-convivenze-di-fat-to_0.html)

ก้าวที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการได้รับการยอมรับความสัมพันธ์ของพวกเขาในทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนคู่ชีวิตนี้ยังไม่ได้รับสิทธิเทียบเท่าการสมรส เนื่องจากคู่รักเพศเดียวกันยังไม่สามารถได้รับสิทธิบางประการ เช่น การรับเลี้ยงบุตร เป็นต้น ซึ่งในอนาคตอาจจะพัฒนาไปจนครอบคลุมสิทธิอื่นๆ เช่นเดียวกับกับสิทธิของคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้าม



## หมวดที่ 4

สิทธิและหน้าที่ของบุคคลและรัฐ  
ในการป้องกันสุขอนามัยสาธารณะ



## คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี \*

คำสั่งที่ 1 BvR 755/20

วันที่ 7 เมษายน 2563

เรื่อง คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับมาตรการของรัฐ กรณีการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 องค์คณะที่ 1 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่ขอให้ระงับกฎหมายของมลรัฐบาวาเรียซึ่งเกี่ยวกับมาตรการป้องกันเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 และจำกัดการออกจากที่พักอาศัยเป็นการชั่วคราว โดยผู้ร้องอ้างว่าการห้ามพบปะเพื่อน ๆ เยี่ยมบิดามารดา การเข้าร่วมการชุมนุมประท้วง หรือการพบปะผู้คนใหม่ ๆ นั้น เป็นมาตรการที่เกินขอบเขต

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951 (Bundesverfassungsgerichts gesetz – BVerfGG)

มาตรา 90 (2) “กรณีมีคำร้องที่ยื่นต่อศาลอื่น ผู้ร้องจะสามารถยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อมาตรการเยียวยาที่พึงปรารถนาไม่เป็นผล อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญซึ่งยื่นมาก่อนที่มาตรการเยียวยาที่พึงปรารถนาจะไม่เป็นผล หากคำร้องนั้นเกี่ยวข้องกับ

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5



ประชาชนทั่วไปหรือคำร้องที่ยื่นต่อศาลอื่นนั้นอาจส่งผลร้ายหรือก่อความเสียหายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แก่ผู้ร้อง”

## คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาตามหลักการเคารพความเป็นส่วนย่อย<sup>57</sup> (The Principle of Subsidiarity - Grundsatz der Subsidiarität) คำร้องนี้ก็อยู่ในเกณฑ์ที่อาจรับไว้พิจารณาได้ เนื่องจากการร้องขอความคุ้มครองตามกฎหมายในชั้นแรกต่อศาลอื่นไม่สามารถดำเนินการได้ โดยศาลอื่นได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไว้พิจารณา ดังนั้น คำร้องที่ยื่นต่อศาลอื่นจึงยังไม่ได้รับการวินิจฉัย (ยังไม่ได้รับการวินิจฉัยในเนื้อหา – ผู้แปล) ในการสรุปผลการพิจารณา คำร้อง คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 จะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัย

<sup>57</sup> คำว่า “หลักการเคารพความเป็นส่วนย่อย” ผู้แปล แปลมาจาก “The Principle of Subsidiarity” ในภาษาอังกฤษ และ “Grundsatz der Subsidiarität” ในภาษาเยอรมัน ซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951 (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) มาตรา 90 (2) ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ร้องจะต้องดำเนินการทุกวิถีทางเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของตนในกระบวนการทางศาล โดยในความสัมพันธ์ระหว่างศาลอื่นที่มีเขตอำนาจเฉพาะกับศาลรัฐธรรมนูญ ศาลอื่นนั้นย่อมเป็นศาลแรกซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองและบังคับตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ส่วนศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นศาลที่เข้ามาเสริมเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเมื่อมาตรการเยียวยาด้วยศาลอื่นไม่เป็นผลหรือไม่อาจดำเนินการได้ โดย The Principle of Subsidiarity หากใช้ในบริบทของการปกครอง จะหมายถึงหลักการจัดโครงสร้างองค์กรในเชิงอำนาจการตัดสินใจที่มุ่งเน้นการเริ่มต้นที่หน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็นหน่วยย่อยที่ใกล้ชิดประชาชนมากที่สุดก่อน หากเกินกว่าศักยภาพของท้องถิ่นจึงค่อยให้ส่วนกลางเข้ามาจัดการแทน หากใช้ในบริบทของสหภาพยุโรป จะหมายถึงหลักการที่รัฐสมาชิกจะต้องตัดสินใจเมื่อสหภาพยุโรปเข้ามาแทรกแซงในเรื่องที่ไม่จำเป็น โดยสหภาพยุโรป จะดำเนินการเฉพาะในกรณีที่รัฐสมาชิกมีอำนาจจำกัดเท่านั้น โดยอาจสรุปได้ว่า “ดำเนินการโดยสหภาพยุโรปเมื่อจำเป็น ดำเนินการโดยรัฐสมาชิกเท่าที่เป็นไปได้ (Europe where necessary, national where possible)” จะเห็นได้ว่า The Principle of Subsidiarity มีลักษณะเป็นการเริ่มที่หน่วยย่อยที่ใกล้ชิดที่สุดก่อน หากไม่สามารถทำได้ค่อยดำเนินการ โดยองค์การที่มีลำดับเหนือขึ้นไป

การชั่งน้ำหนักของผลที่จะเกิดขึ้นตามมาเป็นสำคัญและต้องคำนึงถึงผลกระทบจากบทบัญญัติของกฤษฎีกาแห่งมลรัฐบาวาเรียที่มีต่อบุคคลทุกคนด้วย ในคดีนี้หากมีการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามคำขอให้แก่ผู้ร้องแล้ว ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฤษฎีกาแห่งมลรัฐบาวาเรียไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการไม่กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะมีน้ำหนักอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า กฤษฎีกาดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ไม่ปรากฏผลร้ายจากการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ตามกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียอย่างชัดเจน ซึ่งในสถานการณ์ปัจจุบันนี้ ภัยอันตรายที่จะกระทบต่อชีวิตและร่างกาย (อันเนื่องมาจากการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 – ผู้แปล) ย่อมมีน้ำหนักมากกว่าการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคล

กรณีเป็นที่แน่นอนว่ากฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียที่กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 นั้น ถือเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในมลรัฐบาวาเรีย กฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดว่าการสัมผัสกันทางกายภาพและการพบปะกันระหว่างบุคคลส่วนใหญ่จะต้องถูกจำกัดหรืองดเว้นโดยสิ้นเชิง กฤษฎีกาดังกล่าวยังห้ามการดำเนินงานของสถานประกอบการซึ่งผู้คนจะต้องพบปะกัน รวมถึงห้ามการออกจากที่พักอาศัยโดยปราศจากเหตุผลจำเป็นโดยเฉพาะ หากศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว แล้วภายหลังปรากฏว่าศาลมีคำวินิจฉัยตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง ผลกระทบจากการจำกัดสิทธิทั้งหลาย อันเนื่องมาจากกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียที่มีต่อสังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจย่อมเป็นไปได้กว้างขวาง และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงผลของกฤษฎีกาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ นอกจากนี้ การลงโทษใด ๆ ต่อผู้กระทำละเมิดต่อกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

ในทางกลับกัน หากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยระงับกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรีย แต่ในภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ยกคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ย่อมสันนิษฐานได้ว่าประชาชนได้กระทำการ ขัดต่อวัตถุประสงค์ที่กฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียมุ่งจะคุ้มครอง แม้ว่าข้อห้าม ตามกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม (เมื่อมีการ ระงับกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียไว้แม้เพียงชั่วคราวประชาชนย่อมไม่จำเป็นต้อง ปฏิบัติตามมาตรการควบคุมโรคจึงอาจก่อให้เกิดการฝ่าฝืนมาตรการ ป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 จนมีการแพร่ระบาดเพิ่ม มากขึ้นได้ - ผู้แปล) สถานประกอบการที่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจะ กลับมาเปิดให้บริการ ประชาชนจะออกจากที่พักอาศัยบ่อยขึ้น และการสัมผัสกัน ทางกายภาพของประชาชนก็จะเกิดขึ้นบ่อยกว่าเดิม ผลที่ตามมาจากข้อมูล ที่ปรากฏในขณะนี้คือจะเกิดอันตรายจากการติดเชื้อไวรัส ผู้คนจำนวนมาก จะล้มป่วย สถานพยาบาลต่าง ๆ ก็จะมีคนล้นไปด้วยผู้ป่วยวิกฤตเป็นจำนวนมาก และกรณีร้ายแรงที่สุดก็คืออัตราการเสียชีวิตของประชาชนก็จะสูงขึ้นเป็น อย่างมาก

การยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับการบังคับใช้บทบัญญัติ แห่งกฎหมายนี้ (ในที่นี้หมายถึงกฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรีย - ผู้แปล) จะกระทำได้ในกรณีที่เป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดยจะต้องกำหนดมาตรฐาน การพิจารณาโดยเคร่งครัดตามมาตรฐานดังกล่าว ผลอันเกิดจากการบังคับใช้ กฤษฎีกาของมลรัฐบาวาเรียแม้จะมีความรุนแรงแต่ก็ไม่เกินขอบเขตตาม ความจำเป็นของการป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส การเลื่อนกิจกรรม ต่าง ๆ ออกไปเป็นการชั่วคราวก็เพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและร่างกายของบุคคล ให้ได้มากที่สุดเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ อีกทั้งการคุ้มครองชีวิตและร่างกายนั้น อยู่ในขอบเขตที่รัฐพึงปฏิบัติหน้าที่ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ภัยอันตรายที่จะ เกิดขึ้นแก่ชีวิตและร่างกายของบุคคลย่อมมีน้ำหนักมากกว่าการจำกัดเสรีภาพ

ส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้ การบังคับตามกฎหมายของมลรัฐบาวาเรียย่อมมีผลเป็นการชั่วคราว ทั้งยังมีการกำหนดข้อยกเว้นที่อนุญาตให้บุคคลสามารถออกจากที่พักไว้หลายประการ และยังคงคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลในการใช้ดุลยพินิจลงโทษกรณีที่มีการกระทำละเมิดต่อกฎหมายนี้ด้วย

### ผลแห่งคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย โดยคำสั่งนี้ถือเป็นที่สุด

### คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำสั่งออกมามากมายคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เนื่องจากไม่ปรากฏว่าเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักการเคารพความเป็นส่วนย่อยหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายซึ่งจะต้องแสดงเหตุผลอย่างเพียงพอ

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 องค์คณะที่ 2 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวซึ่งเกี่ยวข้องกับกรยกเลิกการสืบพยานในคดีอาญาที่เดิมกำหนดให้ต้องสืบพยานกันเป็นเวลาหลายวัน เนื่องจากมีการกล่าวอ้างถึงอันตรายจากการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ได้แก่ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ 2 BvR 474/20 ที่ 2 BvR 483/20 และที่ 2 BvR 571/20

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 องค์คณะที่ 1 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่คัดค้านการห้ามรวมกลุ่มตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันโรคติดต่อ เนื่องจากผู้ร้องไม่ได้ดำเนินการยื่นคำร้องขอคุ้มครองสิทธิเบื้องต้นต่อศาลอื่นที่มีเขตอำนาจก่อน (ตามหลักการ

เคารพความเป็นส่วนย่อย – ผู้แปล) คือ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ 1 BvR 661/20 และมีคำสั่งไม่รับคำร้องเนื่องจากผู้ร้องไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงประโยชน์ทางกฎหมายที่กล่าวอ้างมาในคำร้องให้ศาลเห็นได้อย่างเพียงพอ คือ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ 1 BvR 742/20 นอกจากนี้ ยังมีคำสั่งไม่รับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่คัดค้านกฎหมายของมลรัฐเบอร์ลินที่ควบคุมการระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักการเคารพความเป็นส่วนย่อย คือ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ 1 BvR 712/20

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 องค์คณะที่ 1 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่ง ไม่รับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่คัดค้านกฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ที่จำกัดเหตุแห่งการเลิกสัญญาเช่าของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ อันเนื่องมาจากการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เพราะเหตุว่า คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่จะต้องแสดงเหตุผลอย่างเพียงพอ ตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ 1 BvR 714/20

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย\*

คำวินิจฉัยที่ จี 202/2020-20

วันที่ 14 กรกฎาคม 2563

เรื่อง บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ขอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่

### บทสรุปแห่งคดี

ผู้ประกอบการธุรกิจในสาธารณรัฐออสเตรียได้ยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 139 วรรคหนึ่ง ย่อหน้าสาม ประกอบมาตรา 140 (1) วรรคหนึ่ง ซี ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองของกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ซึ่งมีให้นำกฎหมายโรคระบาด ค.ศ. 1950 มาใช้บังคับกับกรณีการห้ามมิให้เข้าพื้นที่บริการลูกค้าในสถานประกอบการธุรกิจซึ่งรัฐมนตรีสหพันธรัฐกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดในกฎกระทรวง เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่สถานประกอบการของตนถูกสั่งห้ามเข้าพื้นที่บริการลูกค้า นั้นมิได้รับค่าชดเชยตามกฎหมายโรคระบาดฯ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สิน (the right to the protection of

\* นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

property) อันเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามการเข้าพื้นที่บริการลูกค้าดังกล่าวกลับไม่ใช่บังคับกับกรณีสถานประกอบการธุรกิจค้าปลีกที่ตั้งอยู่ภายในอาคารและมีพื้นที่บริการลูกค้าน้อยกว่า 400 ตารางเมตร ในการนี้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับผลกระทบมีความเห็นว่า บทบัญญัติ มาตรา 4 วรรคสอง ของพระกฤษฎีกาว่าด้วยมาตรการชั่วคราว ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รวมทั้งข้อห้ามและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเข้าพื้นที่บริการลูกค้าในสถานประกอบการตามกฎหมายกระทรวงฯ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเท่าเทียมและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า มาตรการห้ามบุคคลเข้าพื้นที่บริการลูกค้าในสถานประกอบการต่าง ๆ เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 มิได้เป็นมาตรการเชิงเดี่ยวที่บัญญัติขึ้นโดยลำพัง แต่รัฐบาลได้ประกาศกำหนดมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลเป็นการช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ไว้แล้ว ด้วยเหตุนี้ แม้ผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามกฎหมายโรคระบาด ค.ศ. 1950 ก็ตาม แต่ยังคงมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กรณีจึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้ยกคำร้อง

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

สืบเนื่องจากการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ในปี ค.ศ. 2020 สาธารณรัฐออสเตรเลียจึงได้ประกาศใช้กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 กล่าวคือ

กฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (the Federal Act concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19) โดยมาตรา 1 ประกอบมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีสหพันธ์รัฐที่รับผิดชอบกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภค ออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดของมาตรการต่างๆ ในการป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสดังกล่าว โดยต่อมาได้มีการประกาศใช้กฎกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (the Regulation of the Federal Minister of Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19) ซึ่งข้อ 1 ของกฎกระทรวงฉบับนี้ได้บัญญัติห้ามการเข้าพื้นที่บริการลูกค้าในสถานประกอบการค้าปลีก สถานประกอบการให้บริการสถานประกอบการสันนทาการและกีฬา เพื่อซื้อสินค้า หรือ เพื่อใช้บริการ หรือ เพื่อสันนทาการและออกกำลังกาย

อย่างไรก็ตาม ข้อ 2 วรรคสี่ ของกฎกระทรวงฯ กลับบัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับการห้ามเข้าพื้นที่บริการลูกค้าในสถานประกอบการดังกล่าว โดยไม่ให้ใช้บังคับข้อ 1 ของกฎกระทรวงฯ กับสถานประกอบการธุรกิจค้าปลีก ซึ่งตั้งอยู่ภายในอาคารและมีพื้นที่บริการลูกค้าน้อยกว่า 400 ตารางเมตร

นอกจากนี้ มาตรา 4 วรรคสอง ของกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ยังมีให้นำกฎหมายโรคระบาด ค.ศ. 1950 (the Epidemics Act 1950) มาใช้บังคับแก่กรณีด้วย ส่งผลให้ผู้ประกอบการที่ถูกสั่งห้ามเข้าพื้นที่ตามกฎกระทรวงฯ ไม่ได้รับค่าชดเชยอันเนื่องจากการขาดรายได้เพราะไม่สามารถประกอบกิจการได้ตามปกติ



ในการนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจได้ใช้สิทธิทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 139 วรรคหนึ่ง ย่อนำสาม ประกอบมาตรา 140 (1) วรรคหนึ่ง ซี ของรัฐธรรมนูญ สหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียในการยื่นคำร้องโดยตรงของประชาชน ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง ของกฎหมายฉบับดังกล่าวประกอบข้อ 1 และข้อ 2 วรรคสี่ ของกฎกระทรวงฯ มีลักษณะเลือกปฏิบัติ เนื่องจากมิได้มีผลใช้บังคับ กับสถานประกอบการธุรกิจอย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งยังสร้างภาระแก่ ผู้ประกอบการที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติมากเกินไป (the special sacrifices) ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย และละเมิดต่อสิทธิที่จะ ได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สิน (the right to the protection of property) ตามมาตรา 5 แห่งกฎหมายพื้นฐานแห่งรัฐ ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1867 ซึ่งมาตรา 44 (1) ประกอบมาตรา 149 วรรคหนึ่ง ย่อนำหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย ได้บัญญัติรับรองให้ หลักการและสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานแห่งรัฐมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของ กฎหมายรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังเป็นละเมิดต่อมาตรา 1 แห่งพิธีสาร ฉบับที่หนึ่งของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย ดังนั้น บทบัญญัติ มาตรา 4 วรรคสอง ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ประกอบข้อ 1 และข้อ 2 วรรคสี่ของกฎกระทรวงฯ จึงมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ แห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลียได้กำหนดประเด็นพิจารณา เกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สินและหลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิและหลักการทางรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยปัญหาความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 4 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ประกอบข้อ 1 และข้อ 2 วรรคสี่ แห่งกฎกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

### 3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

#### 3.1 รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

##### 3.1.1 มาตรา 7<sup>58</sup>

(1) บุคคลไม่ว่าเหล่าเชื้อชาติใดย่อมเสมอกันภายใต้กฎหมาย ชาติกำเนิด เพศ ทรัพย์สิน ชนชั้น หรือศาสนา ย่อมมิใช่เหตุแห่งเอกสิทธิ์ บุคคลย่อมไม่อาจถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความพิการ สาธารณรัฐ (สหพันธรัฐ จังหวัด และเทศบาล) มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองผู้พิการและบุคคลที่มีร่างกายปกติย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม

(2) สหพันธรัฐ จังหวัดและเทศบาล มีความผูกพันในทางปฏิบัติต่อความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยจะต้องดำเนินมาตรการเพื่อเสริมสร้างความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงระหว่างหญิงและชาย

<sup>58</sup> Federal Constitutional Law

Article 7. (1) All nationals are equal before the law. Privileges based upon birth, sex, estate, class or religion are excluded. No one shall be discriminated against because of his disability. The Republic (Federation, provinces and municipalities) commits itself to ensuring the equal treatment of disabled and non disabled persons in all spheres of everyday life.

(2) The Federation, provinces and municipalities subscribe to the de-facto equality of men and women. Measures to promote factual equality of women and men, in particular by eliminating actually existing inequalities, are admissible.

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องขจัดไปซึ่งความไม่เท่าเทียมใด ๆ ที่ยังคงดำรงอยู่ในปัจจุบัน

### 3.1.2 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง<sup>59</sup>

“(1) กฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ที่จะมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งชาติแล้วเท่านั้น โดยมีสมาชิกเข้าร่วมการประชุมจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิก และต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบสองในสามของจำนวนสมาชิก รวมทั้งต้องมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้กฎหมายและบทบัญญัติดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ...”

### 3.1.3 มาตรา 139 วรรคหนึ่ง ย่อหน้าสาม<sup>60</sup>

“ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายระดับกฎขัดต่อกฎหมาย หรือไม่

...

---

<sup>59</sup> Federal Constitutional Law

Article 44. (1) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws can be passed by the National Council only in the presence of at least half the members and by a majority of two thirds of the votes cast; they shall be explicitly specified as such (“constitutional law”, “constitutional provision”).

<sup>60</sup> Article 139. The Constitutional Court pronounces judgment on whether or not ordinances are contrary to law

...

3. on application by a person who alleges to have infringement in her rights directly by the contrary to law, if the ordinance has become effective without a judicial decision having been rendered or a ruling having been rendered has become effective for this person;

...

3. ในกรณีคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิโดยตรงจากการที่กฎหมายระดับกฎขัดต่อกฎหมาย ถ้ากฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับโดยศาลมิได้เคยมีความเห็นทางตุลาการหรือคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำร้องของบุคคลดังกล่าวมาก่อน

...”

#### 3.1.4 มาตรา 140 (1) วรรคหนึ่ง ซี<sup>61</sup>

“(1) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

##### 1. ของกฎหมาย

...

ซี) ในกรณีคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิโดยตรงจากการที่กฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ โดยศาลมิได้เคยมีความเห็นทางตุลาการหรือคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำร้องของบุคคลดังกล่าวมาก่อน

....”

---

<sup>61</sup> Federal Constitutional Law

Article 140. (1) The Constitutional Court pronounces judgment on the unconstitutionality

1. of laws

...

c) on application by a person who alleges to have infringement of his rights directly by unconstitutionality, if the ordinance has become effective without a judicial decision having been rendered or a ruling having been rendered has become effective for this person;

...

### 3.1.5 มาตรา 149 วรรคหนึ่ง ย่อหน้าหนึ่ง<sup>62</sup>

นอกจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ให้กฎหมายดังต่อไปนี้ ซึ่งมี การแก้ไขเพิ่มเติมโดยเหตุแห่งความเหมาะสมตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็น กฎหมายและบทบัญญัติตามความในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง และมีสถานะเป็น กฎหมายรัฐธรรมนูญ:

กฎหมายพื้นฐาน ลงวันที่ 21 ธันวาคม 1867 อาร์จีบีแอล เลขที่ 142 ว่าด้วยสิทธิทั่วไปของคนชาติในราชอาณาจักรและจังหวัด ซึ่งมี ผู้แทนอยู่ในสภาแห่งรัฐ

### 3.2 กฎหมายพื้นฐานแห่งรัฐ ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1867<sup>63</sup>

- มาตรา 5 “ทรัพย์สินย่อมมีอาจลวงละเมิดได้ การเวนคืน ซึ่งทรัพย์สินโดยขัดต่อความประสงค์ของผู้ทรงทรัพย์สินที่จะกระทำได้ภายใต้ กฎหมายเท่านั้น”

3.3 กฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาด โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

---

<sup>62</sup> Federal Constitutional Law  
Article 149.

(1) In addition to the present law, the following laws, with the modifications necessitated by this law, shall within the meaning of Art. 44 para 1 be regarded as constitutional law:

Basic Law of 21 December 1867, RGBl. No. 142, on the general rights of nationals in the kingdoms and provinces represented in the Council of the Realm;

...

<sup>63</sup> Basic State Law of 21 December 1867

Art. 5. Property is inviolable. Expropriation against the will of the owner can only occur in cases and in the manner determined by law

### 3.3.1 มาตรา 1<sup>64</sup>

“ในกรณีการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รัฐมนตรีสหพันธรัฐกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภคอาจออกกฎกระทรวงกำหนดห้ามการเข้าพื้นที่ของสถานประกอบการ ธุรกิจหรือสถานประกอบการธุรกิจที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อการซื้อสินค้า หรือรับบริการหรือเพื่อเป็นสถานที่ทำงานตามนิยามในมาตรา 2 วรรคสาม ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ทั้งนี้ ในกรณีสถานประกอบการธุรกิจที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อห้ามเข้าพื้นที่ ให้กฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนคนและช่วงเวลาที่จะสามารถเข้าพื้นที่ได้ รวมทั้งอาจกำหนดเงื่อนไขเฉพาะหรือข้อกำหนดต่างๆ สำหรับสถานประกอบการธุรกิจที่อาจเข้าพื้นที่ได้”

### 3.3.2 มาตรา 2 วรรคหนึ่ง<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> The Federal Act concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19

Section 1. On occurrence of COVID-19, the Federal Minister for Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection may, by way of regulation, impose a ban on entry to business premises, or specific business premises, for the purpose of acquiring goods or services, or to places of work, within the meaning of section 2 paragraph 3 Workers Protection Act (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz) if such is required to prevent the spread of COVID-19. The regulation may lay down provisions as to how many persons are allowed to enter business premises which are exempted from the ban, and at what time. Moreover, it may stipulate specific conditions or requirements under which business premises may be entered.

<sup>65</sup> The Federal Act concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19

Section 2. On occurrence of COVID-19, entry to specified places may be banned by way of regulation if such is required to prevent the spread of COVID-19. The regulation shall be issued by the

“ในกรณีการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 กฎกระทรวง อาจกำหนดห้ามการเข้าสถานที่ซึ่งระบุไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อประโยชน์ ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสดังกล่าว ทั้งนี้ กฎกระทรวง อาจออกได้โดย

1. รัฐมนตรีสหพันธรัฐกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และ การคุ้มครองผู้บริโภค ในกรณีที่ข้อห้ามดังกล่าวใช้บังคับเหนือดินแดนทั้งหมด ของสหพันธรัฐ

...”

### 3.3.3 มาตรา 4 วรรคสอง<sup>66</sup>

“(2) มิให้นำกฎหมายโรคระบาด ค.ศ. 1950 ซึ่งประกาศ ในราชกิจจานุเบกษากฎหมายแห่งสหพันธรัฐ ปีจีพีแอล 186/1950 มาใช้ บังคับแก่กรณีการปิดสถานประกอบการธุรกิจตามความในกฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีสหพันธรัฐออกตามมาตรา 1”

3.4 กฎกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภค ว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

---

1. Federal Minister for Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection, if its scope of application covers the entire federal territory,...

<sup>66</sup> The Federal Act concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19  
Section 4.

...

(2) If and when the Federal Minister has issued a regulation pursuant to section 1, the provisions of the Epidemics Act 1950 (*Epidemiegesetz 1950*), Federal Law Gazette BGBl. 186/1950, concerning the closing of business premises within the scope of application of this Regulation shall not be applicable.

3.4.1 ข้อ 1<sup>67</sup>

“ห้ามมิให้เข้าไปยังพื้นที่บริการลูกค้าของสถานประกอบการธุรกิจค้าปลีก สถานประกอบการให้บริการ สถานประกอบการสันทนาการ และกีฬา เพื่อซื้อสินค้าหรือใช้บริการหรือสันทนาการและออกกำลังกาย”

3.4.2 ข้อ 2 วรรคสี่<sup>68</sup>

...

(4) ... ข้อ 1 ของกฎกระทรวงฉบับนี้มีให้ใช้บังคับกับพื้นที่บริการลูกค้าของสถานประกอบการค้าปลีกซึ่งตั้งอยู่ภายในอาคารและมีขนาดพื้นที่ไม่เกิน 400 ตารางเมตร สำหรับสถานประกอบการค้าปลีกอื่น ๆ ให้หมายถึงสถานประกอบการธุรกิจที่ดำเนินการเพื่อการค้า การผลิต การซ่อม

<sup>67</sup> The Regulation of the Federal Minister of Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19

Section 1.

It is forbidden to enter the customer area of business premises of retail establishments and service companies and of recreational and sports facilities for the purpose of buying goods or using services, or for using recreational and sports facilities.

<sup>68</sup> The Regulation of the Federal Minister of Social Affairs, Health, Care and Consumer Protection concerning temporary measures to prevent the spread of COVID-19

Section 2.

(4) ..., section 1 shall not apply to the customer area of other retail business premises if the indoor customer area does not exceed 400 m<sup>2</sup>. Other retail business premises are deemed to include business premises used for the sale, manufacture, repair or processing of goods. If other business premises are structurally connected (e.g. shopping mall), the customer areas of the business premises must be added up if the customer area is entered via the connecting structure. Modifications of the size of the customer area carried out after 7 April 2020 shall be disregarded when calculating the size of the customer area.



และกระบวนการเกี่ยวกับสินค้า ในกรณีที่สถานประกอบธุรกิจอื่นที่อาคารมีลักษณะเป็นโครงสร้างเชื่อมโยงกัน (เช่น ห้างสรรพสินค้า) และการเข้าถึงพื้นที่บริการลูกค้ากระทำได้โดยผ่านทางโครงสร้างที่เชื่อมโยงดังกล่าว พื้นที่บริการลูกค้าของสถานประกอบธุรกิจนั้นให้อยู่ภายใต้บังคับของข้อห้ามการเข้าพื้นที่ด้วย ทั้งนี้ การปรับขนาดพื้นที่ของพื้นที่บริการลูกค้าซึ่งมีผลภายหลังวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2020 มิให้นำมาพิจารณาคำนวณขนาดพื้นที่บริการลูกค้า”

### 3.5 พิธีสารฉบับที่หนึ่งของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>69</sup>

#### - มาตรา 1 การคุ้มครองทรัพย์สิน

“บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลย่อมมีสิทธิใช้ทรัพย์สินได้โดยสงบ ไม่มีบุคคลใดที่จะถูกพรากทรัพย์สินไปได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขซึ่งกฎหมายบัญญัติและตามหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

บทบัญญัติใด ๆ ในพิธีสารนี้ย่อมไม่กระทบต่อสิทธิของรัฐในการตรากฎหมายที่มีความจำเป็นในการควบคุมการใช้ทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะ ...”.

<sup>69</sup> Protocol of the European Convention on Human Rights

ARTICLE 1

Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest ...

#### 4. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียพิจารณาแล้ว มีความเห็นว่า แม้ว่าสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในทรัพย์สินมีสถานะเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 5 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งรัฐ ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1867 จะบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินของบุคคล แต่โดยผลของมาตรา 1 พิธีสารฉบับที่หนึ่งแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติรับรองสิทธิของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่จำเป็นเพื่อควบคุมการใช้ทรัพย์สิน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในการตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนที่สมดุลระหว่างผลประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งหากปัจเจกชนจะต้องรับภาระที่มากเกินไปแล้วไซ้ กรณีย่อมขาดความสมดุล

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 1 ประกอบมาตรา 4 วรรคสอง ของกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 และข้อ 1 ของกฎกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุขและการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ซึ่งบัญญัติมิให้นำกฎหมายโรคระบาด ค.ศ. 1950 มาใช้บังคับและส่งผลให้ผู้ร้องไม่ได้รับค่าชดเชย นั้น กรณีกลับไม่พบความไม่สมดุลใด ๆ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนด มาตรการห้ามเข้าพื้นที่ในลักษณะที่เป็นมาตรการเชิงเดี่ยว หากแต่ได้กำหนด มาตรการอื่น ๆ ที่สามารถบรรเทาผลกระทบทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้น จากข้อห้ามดังกล่าวไว้ด้วยแล้ว ซึ่งมาตรการอื่น ๆ ดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับค่าชดเชยตามกฎหมายโรคระบาดฯ อาทิ การให้ธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน อันเป็นผลจากมาตรการลดจำนวนชั่วโมงปฏิบัติงานของลูกจ้าง สามารถขอรับเงินช่วยเหลือเพื่อชดเชยเวลาการปฏิบัติงานที่หายไปได้ หรือ การกำหนดให้มีกองทุนเพื่อช่วงเวลาย้ายลำบาก (Hardship Fund) และ

กองทุนวิกฤตโควิด – 19 (the COVID – 19 Crisis Fund) เพื่อเป็นเงินทุนสำหรับผู้ประกอบการเอกชนที่ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 นอกจากนี้ ผู้ประกอบการยังมีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติให้ผู้เช่าไม่ต้องจ่ายค่าเช่าทรัพย์สินในระหว่างเวลาซึ่งไม่อาจใช้ทรัพย์สินนั้นได้ เพราะเหตุแห่งการแพร่ระบาดของโรคระบาดด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดโดยภาครัฐประกอบกับสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว จึงพบว่า ผู้ร้องมิได้รับภาระที่มากเกินไปแต่ประการใด นอกจากนี้ ประการสำคัญอีกหนึ่งประการ คือ แม้ผู้ร้องจะไม่ได้รับค่าเช่าแต่ผู้ร้องก็มีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากมาตรการอื่น ๆ ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ การห้ามเข้าพื้นที่บริการลูกค้าของสถานประกอบการที่กำหนดไว้ตามข้อ 1 ของกฎกระทรวงฯ ก็เป็นข้อห้ามที่มีการใช้บังคับอย่างเป็นการทั่วไป จึงเป็นการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาค ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่มีเหตุเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ประกอบข้อ 1 และข้อ 2 วรรคสี่ ของกฎกระทรวงฯ ตามคำร้องของผู้ร้องแต่ประการใด

## 5. ผลคำวินิจฉัย

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ยกคำร้องของผู้ร้อง

หมายเหตุ คำร้องคดีนี้ ผู้ร้องได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาบทบัญญัติข้อ 2 วรรคดีนี้ แห่งกฎกระทรวงกิจการสังคม สาธารณสุข และการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยมาตรการชั่วคราวในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ด้วย ประเด็นการยกเว้นการใช้บังคับข้อ 1 ของกฎกระทรวงฯ กับสถานประกอบการธุรกิจค้าปลีกที่ตั้งอยู่ภายในอาคาร และมีพื้นที่บริการลูกค้าน้อยกว่า 400 ตารางเมตร เพื่อวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวของกฎกระทรวงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เหตุผลของการพิจารณาวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียได้อ้างอิงบรรทัดฐานในคำวินิจฉัยที่ วี 411/2020 ซึ่งฝ่ายตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียอยู่ระหว่างการถอดความจากภาษาเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษ จึงยังมีได้ดำเนินการแปลสรุปไว้ในสรุปย่อคำวินิจฉัยฯ นี้



(Basic Law) หลายมาตรา ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากผลของมาตรการทั้งสองข้างต้นจึงได้ยื่นคำร้องโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ (*Verfassungsbeschwerde*) ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามมาตรา 93 (1) ข้อ 4 เอ และ บัญชีของกฎหมายพื้นฐาน เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญฯ วินิจฉัยว่า มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อในมนุษย์แก้ไขเพิ่มเติม ชัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่ ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและมาตรการห้ามออกนอกเคหสถานเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ สำหรับด้านเนื้อหา มีลักษณะเป็นการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการทั่วไป และได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สาธารณะและการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น โดยเหตุผลดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญฯ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ (*Verfassungsbeschwerde*)

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อในมนุษย์ (the Act on the Prevention and Control of Infectious Diseases in Human) หรือ กฎหมาย IfSG โดยบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองประชากรในสถานการณ์การแพร่ระบาดที่มีนัยสำคัญต่อชาติ ฉบับที่สี่ (the Fourth Act to Protect the Population During an Epidemic Situation of

National Significance) ซึ่งให้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 เมษายน 2564 และสิ้นสุดผลใช้บังคับในวันที่ 30 มิถุนายน 2564 สำหรับมาตรการที่สำคัญภายใต้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ เรียกว่า *Bundesnotbremse* หรือ มาตรการฉุกเฉินเพื่อหยุดการแพร่ระบาดระดับสหพันธรัฐ (federal pandemic emergency brake) ประกอบด้วยมาตรการสองประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (contact restrictions) และ ประการที่สอง มาตรการห้ามออกนอกเคสสถาน (curfews) โดยเป็นไปตามความในมาตรา 28 ปี (1) วรรคแรก ข้อ 1 และข้อ 2 ของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อในมนุษย์ หรือ กฎหมาย IfSG (ตามลำดับ)

สำหรับรายละเอียดของมาตรการทั้งสองประการตามมาตรา 28 ปี (1) วรรคแรก ข้อ 1 และข้อ 2 ของกฎหมาย IfSG มีดังนี้

1. มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (contact restrictions) ตามมาตรา 28 ปี (1) วรรคแรก ข้อ 1 กำหนดให้การรวมกลุ่มของบุคคล ทั้งในพื้นที่สาธารณะและในเคสสถาน สามารถกระทำได้เฉพาะระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ไม่เกินหนึ่งครอบครัว พร้อมด้วยบุคคลอื่นอีกหนึ่งคนเท่านั้น โดยให้รวมถึงเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีที่เป็นสมาชิกของครอบครัวนั้น ๆ ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะสามารถกระทำได้เฉพาะในกรณี (1) สมาชิกในครัวเรือนเดียวกัน (2) คู่สมรส หรือคู่ชีวิต (3) ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ และผู้เยาว์ (4) บุคคลอื่นอีกจำนวนหนึ่งคน ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้สำหรับกรณีการจัดงานศพและงานรำลึกถึงผู้วายชนม์ที่อนุญาตให้มีการรวมกลุ่มได้จำนวนสูงสุดไม่เกิน 30 คน

2. มาตรการห้ามออกนอกเคสสถาน (curfews) ตามมาตรา 28 ปี (1) วรรคแรก ข้อ 2 กำหนดห้ามมิให้บุคคลออกนอกเคสสถานในยามวิกาลระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึง เวลา 5.00 นาฬิกา ของวันรุ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม

กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้หลายประการให้สามารถกระทำได้ในระหว่างเวลาดังกล่าว อาทิ การออกนอกเคหสถานของบุคคลเพียงคนเดียวในระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึง 24.00 นาฬิกา การออกนอกเคหสถานเพื่อไปประกอบอาชีพ การออกนอกเคหสถานเพราะเหตุจำเป็นในการดูแลผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ และผู้เยาว์ หรือการออกนอกเคหสถานเพื่อวัตถุประสงค์อื่นในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น

ส่วนเงื่อนไขการบังคับใช้มาตรการทั้งสองประการตามมาตรา 28 ปี (1) วรรคแรก ของกฎหมาย IfSG คือ เมื่อผู้ป่วยโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รายใหม่ มีจำนวนมากกว่า 100 รายต่อจำนวนประชากร 100,000 คน ของแต่ละเมืองหรือเขตท้องที่ ภายในระยะเวลา 7 วัน ให้หน่วยงานท้องถิ่นดำเนินการตามมาตราการที่กฎหมายบัญญัติได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีจำนวนผู้ป่วยโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รายใหม่ มีจำนวนต่ำกว่า 100 รายต่อจำนวนประชากร 100,000 คน ของแต่ละเมืองหรือเขตท้องที่ติดต่อกันเป็นเวลา 5 วันทำการ ให้ยุติการบังคับใช้มาตรการทั้งสองประการในเมืองหรือเขตท้องที่นั้น ๆ โดยให้มีผลนับจากวันถัดจากระยะเวลา 5 วันทำการติดต่อกันดังกล่าวเป็นต้นไป

อนึ่ง ในเวลาต่อมารัฐบาลแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีได้อาศัยอำนาจตามกฎหมาย IfSG ประกาศใช้กฎว่าด้วยการบรรเทาและยกเว้นมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (the Ordinance on Alleviations and Exemptions from Protective Measures to Prevent the Spread of COVID-19) ลงวันที่ 8 พฤษภาคม 2564 โดยมีสาระสำคัญ คือ บุคคลที่ได้รับวัคซีนหรือบุคคลที่รักษาอาการป่วยจากโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 แล้ว จะได้รับการยกเว้นจากการปฏิบัติตามมาตราการการห้ามรวมกลุ่มในเคหสถาน การออกนอกเคหสถานระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึง 5.00 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น และการประกอบกิจกรรมทางการกีฬา ทั้งนี้ กฎฉบับนี้ได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎร



(Bundestag) และวุฒิสภา (Bundesrat) แล้วด้วย

อย่างไรก็ตาม ได้มีบุคคลยื่นคำร้องโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) มาตรา 93 (1) ข้อ 4 เอ และ บี ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่ามาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ตามบทบัญญัติมาตรา 28 บี (1) วรรคแรก ข้อ 1 และข้อ 2 แห่งกฎหมาย IfSG ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของกฎหมายพื้นฐานหรือไม่

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดประเด็นพิจารณาไว้สองประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (contact restrictions) ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในชีวิตครอบครัวและเสรีภาพในชีวิตสมรสของบุคคล ตามมาตรา 6 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน และสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพโดยเสรี ตามมาตรา 2 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน รวมทั้งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และประเด็นที่สอง มาตรการห้ามออกนอกเคหสถาน (curfews) ขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในเสรีภาพ ตามมาตรา 2 (2) วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 104 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน และสิทธิในชีวิตครอบครัวและเสรีภาพในชีวิตสมรสของบุคคล ตามมาตรา 6 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่

## 3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

- กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (the Basic Law of the Federal Republic of Germany)

3.1 มาตรา 2 (1) และ (2)<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Article 2 [Personal freedoms]

## มาตรา 2 (เสรีภาพส่วนบุคคล)

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพโดยเสรี ตราบเท่าที่บุคคลดังกล่าวมิได้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือกระทำการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกฏศีลธรรม

(2) บุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิตและพลานามัยที่สมบูรณ์ เสรีภาพของบุคคลย่อมไม่อาจล่วงละเมิดได้ เว้นแต่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

### 3.2 มาตรา 5 (1)<sup>71</sup>

มาตรา 5 (เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศิลปะ และวิทยาศาสตร์)

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิโดยเสรีในการแสดงและเผยแพร่ความคิดเห็นผ่านการพูด การเขียน และรูปภาพ (pictures) รวมทั้งได้มีสิทธิรับรู้ข้อมูลจากแหล่งข้อมูลต่างๆ ที่สามารถเข้าถึงได้อย่างเป็นการทั่วไป โดยปราศจากการขัดขวาง เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการรายงานข่าวสาร ไม่ว่าโดยวิธีการแพร่ภาพและโดยวิธีการภาพยนตร์ ย่อมได้รับการรับรองคุ้มครองโดยปราศจากการตรวจสอบตัดทอน

(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.

<sup>71</sup> Article 5 [Freedom of expression, arts and sciences]

(1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

3.3 มาตรา 6 (1)<sup>72</sup>

มาตรา 6 (การสมรส – ครอบครัว – ผู้เยาว์)

(1) การสมรสและครอบครัวย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ

3.4 มาตรา 12 (1)<sup>73</sup>

มาตรา 12 (เสรีภาพในการอาชีพ)

(1) ปวงชนชาวเยอรมันย่อมมีสิทธิโดยเสรีในการเลือกประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ รวมทั้งสถานที่ทำงานและสถานที่ฝึกอบรม ทั้งนี้ การปฏิบัติการตามอาชีพหรือวิชาชีพอาจเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

3.5 มาตรา 19 (1)<sup>74</sup>

มาตรา 19 (การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน – การเยียวยาทางกฎหมาย)

(1) ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายพื้นฐาน สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่เลือกปฏิบัติเป็นรายกรณี ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับ

<sup>72</sup> Article 6 [Marriage – Family – Children]

(1) Marriage and the family shall enjoy the special protection of the state.

<sup>73</sup> Article 12 [Occupational freedom]

(1) All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law.

<sup>74</sup> Article 19 [Restriction of basic rights – Legal remedies]

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

ต้องระบุสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกจำกัดและมาตราของสิทธินั้นไว้ด้วย

### 3.6 มาตรา 74 (1)<sup>75</sup>

มาตรา 74 (ภารกิจในเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ)

(1) ให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีเขตอำนาจในภารกิจ ดังต่อไปนี้ ด้วย

19. มาตรการในการแก้ไขปัญหาโรคในมนุษย์และสัตว์ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายแก่สาธารณะและสามารถแพร่ระบาดได้

### 3.7 มาตรา 104 (1)<sup>76</sup>

มาตรา 104 (การพรากไปซึ่งเสรีภาพ)

(1) เสรีภาพของบุคคลย่อมถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปตามวิธีการซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เท่านั้น การปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การดูแลย่อมไม่อาจเป็นการกระทำที่มีลักษณะละเมิดทั้งทางกายและจิตใจต่อบุคคลนั้น

## 4. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่ง มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (contact restrictions)

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิจารณาแล้ว มีความเห็นดังนี้

<sup>75</sup> Article 74 [Matters under concurrent legislative powers]

(1) Concurrent legislative power shall extend to the following matters:  
19. measures to combat human and animal diseases which pose a danger to the public or are communicable ...;

<sup>76</sup> Article 104 [Deprivation of liberty]

(1) Liberty of the person may be restricted only pursuant to a formal law and only in compliance with the procedures prescribed therein. Persons in custody may not be subjected to mental or physical mistreatment.

## (1) ข้อพิจารณาหลักการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการทั่วไป

บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในการสมรสและครอบครัว ตามมาตรา 6 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน มีวัตถุประสงค์ประกันสิทธิในการพบปะกันระหว่างเครือญาติและคู่สมรส ให้ได้ตามที่บุคคลดังกล่าวมีความประสงค์ ทั้งในเชิงรูปแบบและระยะเวลา เพื่อเสริมสร้างความสัมพันธ์ที่ดีภายในครอบครัว โดยสิทธิดังกล่าวคุ้มครองถึงการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของบิดามารดา ไม่ว่าจะบุพการีของบุตรนั้นจะสมรสกันตามกฎหมายหรือไม่ ด้วยในขณะที่บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในการพัฒนาบุคลิกโดยเสรี ตามมาตรา 2 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน มีขอบเขตคุ้มครองความสัมพันธ์ฉันทนครอบครัวในมิติที่กว้าง โดยไม่จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ภายใต้การสมรสและครอบครัวเท่านั้น ซึ่งวัตถุประสงค์สูงสุดของการประกันซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสองประการดังกล่าว นั้น เพื่อรับรองว่า บุคคลในระดับปัจเจกย่อมไม่อาจถูกบังคับให้ต้องใช้ชีวิตอย่างโดดเดี่ยว แต่สามารถพบปะสังสรรค์กับผู้อื่นได้ อันเป็นองค์ประกอบขั้นพื้นฐานในการพัฒนาบุคลิกภาพของตน

อย่างไรก็ตาม แม้เมื่อพิจารณาจากมุมมองของสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว อาจพบว่า มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสองประการข้างต้น แต่มาตรการดังกล่าวได้กำหนดขึ้นโดยกฎหมายตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ และมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาการแพร่ระบาดของโรคติดต่อ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 74 (1) ข้อ 19 ที่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจได้อย่างจำกัดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพื่อกำหนดมาตรการในการต่อสู้กับโรคติดต่อในมนุษย์และสัตว์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสาธารณะ นอกจากนี้ มาตรการฯ ยังสอดคล้องกับหลักการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการทั่วไป (*Allgemeinheitsgebot*) ตามมาตรา 19 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นมาตรการที่ปรับใช้แก่ประชาชนทั่วไปในทุกครัวเรือนและในทุกความสัมพันธ์ด้วย

## (2) ข้อพิจารณาหลักความได้สัดส่วน

ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย IfSG ขึ้นบนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดต่อ เพื่อประโยชน์แก่ทั้งสาธารณะและปัจเจกบุคคล ดังนั้น ประเด็นปัญหาจึงมีเพียงว่า การใช้อำนาจนิติบัญญัติดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจโดยชอบตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหรือไม่ ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิจารณาความเหมาะสมของมาตรการฯ ประกอบกับหลักความได้สัดส่วนบนพื้นฐานของปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้

(2.1) ภาครัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสาธารณะ (the state's duty of protection) เพื่อควบคุมสถานการณ์ที่เป็นปัญหาให้บานปลาย นับเป็นความจำเป็นเร่งด่วนที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (urgent needs for constitutional protection) ซึ่งการพิจารณาความจำเป็นเร่งด่วนดังกล่าวของภาครัฐต้องอยู่บนพื้นฐานของบริษัทและการประเมินผลที่มีความเหมาะสม เพื่อที่จะสามารถรับมือกับปัญหาของสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการตัดสินใจต้องมาจากการศึกษาพิจารณาข้อมูลและหลักฐานต่าง ๆ ประกอบด้วยความรอบคอบ

สำหรับในกรณีสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโคโรนาไวรัส 2019 ความมุ่งประสงค์ในการกำหนดมาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมาย IfSG ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองชีวิตและอนามัย เพื่อจำกัดขอบเขตการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสในระหว่างประชาชน ซึ่งจะมีผลช่วยลดภาระให้แก่ระบบสาธารณสุขของชาติมิให้ต้องรับมือกับจำนวนผู้ป่วยที่มากเกินไปกว่าศักยภาพ นับเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในภาพรวม ดังนั้น มาตรการที่กำหนดขึ้นจึงชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 2 (2) ประโยคแรกของกฎหมายพื้นฐานซึ่งรับรองว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในชีวิตและพลานามัยที่สมบูรณ์

นอกจากนี้ ในด้านการประเมินสถานการณ์ของภาครัฐในการกำหนดมาตรการต้องอาศัยข้อมูลวิจัยเชิงประจักษ์ที่เป็นรูปธรรมจากสถาบันวิจัยและหน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่โดยตรง ซึ่งในกรณีนี้ ภาครัฐได้พิจารณาวิเคราะห์ข้อมูลของสถาบัน Robert Koch และข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้ชี้แจงในคณะกรรมการธิการของสภาผู้แทนราษฎร (*Bundestag*) ซึ่งข้อมูลจากแหล่งข้อมูลทั้งสอง ไม่ปรากฏแต่ประการใด ว่า สถานการณ์การแพร่ระบาดมีผลรุนแรงเพียงระดับเล็กน้อยหรือไม่มีอันตราย หรือไม่ต้องกังวลเกี่ยวกับศักยภาพในการรับมือกับผู้ป่วยของสถานพยาบาล แต่อย่างใด

(2.2) ความคาดหวังของผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากการปรับใช้มาตรการ พบว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความมุ่งหมายโดยตรงในการคุ้มครองชีวิตและอนามัย ตลอดจนการป้องกันมิให้ระบบสาธารณสุขของชาติต้องล่มสลาย ซึ่งอาจเกิดจากจำนวนผู้ป่วยโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 มีมากเกินศักยภาพที่จะสามารถรองรับ ดังนั้น ผลลัพธ์จากมาตรการฯ จึงก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ป่วยโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รวมทั้งผู้ป่วยโรคอื่น ๆ ที่ต้องการการดูแลเป็นพิเศษ และผู้ป่วยโรคทั่วไป

(2.3) เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการแพร่ระบาดและการติดต่อของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 จะพบว่า มาตรการที่มีศักยภาพเพียงพอในการควบคุมโรครามีจำนวนไม่มากนัก ซึ่งมาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนับเป็นหนึ่งในมาตรการที่มีศักยภาพสูง เพราะโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 สามารถติดต่อได้โดยทางสารคัดหลั่งในระบบทางเดินหายใจ ซึ่งสามารถแพร่กระจายได้ในพื้นที่แคบจากบุคคลที่อยู่ร่วมกันอย่างใกล้ชิด ดังนั้น ภายใต้สถานการณ์ที่เกิดขึ้น จึงไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากไปกว่ามาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แม้ว่าผลของมาตรการจะเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานก็ตาม

(2.4) เมื่อพิจารณาจากหลักห้ามกำหนดมาตรการที่มีผลมาก

เกินส่วน (the prohibition of excessive measures – *Übermaßverbot*) อันเป็นหลักการในการพิจารณาและตัดสินใจกำหนดมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กรณีที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกจำกัดมากขึ้นเท่าใด ประโยชน์แก่สาธารณะที่จะได้รับต้องมีนัยสำคัญเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น และหากปราศจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างเหมาะสมแล้วย่อมจะนำไปสู่ระดับความรุนแรงและผลกระทบเชิงลบอันเกิดจากสถานการณ์นั้น ๆ ได้มากยิ่งขึ้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักกำหนดมาตรการที่มีผลมากเกินไปแล้ว ภายใต้สถานการณ์การแพร่ระบาดที่เกิดขึ้นจึงไม่อาจกล่าวได้ว่า มาตรการตามกฎหมาย IfSG ไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวแต่ประการใด

(2.5) เมื่อพิจารณาในด้านระยะเวลาของผลใช้บังคับของมาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จะพบว่า กฎหมาย IfSG ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายคุ้มครองประชากรในสถานการณ์การแพร่ระบาดที่มีนัยสำคัญต่อชาติ ฉบับที่สี่ (the Fourth Act to Protect the Population During an Epidemic Situation of National Significance) ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 23 เมษายน 2564 และสิ้นผลใช้บังคับในวันที่ 30 มิถุนายน 2564 จึงเป็นการใช้บังคับภายใต้กำหนดระยะเวลาที่มีความชัดเจน นอกจากนี้ ในด้านพื้นที่ของการใช้บังคับ กฎหมายฯ ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเมืองและเขตท้องที่ โดยอาศัยจำนวนผู้ป่วยโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เป็นเกณฑ์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในด้านระยะเวลาและด้านพื้นที่ มาตรการฯ จึงสอดคล้องกับหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่จะต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างต่ำภายใต้ระยะเวลาสั้น ๆ

#### ประเด็นที่สอง มาตรการห้ามออกนอกเคสสถาน (curfews)

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิจารณาแล้ว มีความเห็นดังนี้



(1) ข้อพิจารณาผลกระทบที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

(1.1) การห้ามออกนอกเคสสถานมีผลกระทบโดยตรงต่อเสรีภาพทางกายภาพในการเดินทางของบุคคล การกำหนดมาตรการห้ามออกนอกเคสสถานจึงมีผลสัมพันธ์กับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลซึ่งมาตรา 2 (2) ประโยคที่สองของกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติห้ามละเมิดไว้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 2 (2) ประโยคสุดท้ายประกอบกับมาตรา 104 ของกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกันว่า การใดซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพย่อมกระทำ การได้โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยชอบตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ เสรีภาพในการเดินทางมิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปราศจากขอบเขต เพราะมิใช่ว่า บุคคลจะได้รับการประกันเสรีภาพในการเดินทาง เพื่อเดินทางไปยังที่ใดก็ได้ หากแต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของความ เป็นไปได้ตามกฎหมายในการใช้เสรีภาพดังกล่าว รวมทั้งความเป็นไปได้ ในทางกายภาพของผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพด้วย

(1.2) มาตรการห้ามออกนอกเคสสถานมีผลกระทบโดยตรงต่อ สิทธิในชีวิตครอบครัวและเสรีภาพในชีวิตสมรส รวมทั้งเสรีภาพในการพัฒนา บุคลิกภาพโดยเสรี ตามมาตรา 6 (1) ประกอบกับ มาตรา 2 (1) ของกฎหมาย พื้นฐาน เนื่องจากการห้ามออกเคสสถานได้ทำให้ผู้ร้องไม่อาจพบปะสังสรรค์ กับสมาชิกในครอบครัวหรือคู่ชีวิตได้ ซึ่งส่งผลกระทบที่มากยิ่งขึ้นกว่ามาตรการ จำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากความ ชัดเจนทางเนื้อหาของมาตรการและระยะเวลาการใช้บังคับมาตรการ ซึ่งจะ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติอย่างแจ่มชัด (ระหว่างวันที่ 23 เมษายน 2564 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2564) แล้ว ย่อมกล่าวได้ว่า มาตรการที่กำหนดขึ้น สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ สหพันธรัฐก็มีอำนาจ ตามกฎหมายที่จะประกาศมาตรการห้ามออกนอกเคสสถานได้เช่นเดียวกัน

## (2) ข้อพิจารณาหลักความได้สัดส่วน

มาตรการห้ามออกนอกเคหสถานตามกฎหมาย IfSG มีผลใช้บังคับเฉพาะในช่วงเย็นและช่วงกลางคืนของแต่ละวันเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดวงการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 รวมทั้งเพื่อสนับสนุนให้มาตรการจำกัดการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเกิดผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้ การบังคับใช้มาตรการยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กฎหมายบัญญัติด้วย อาทิ ข้อยกเว้นของผู้ประกอบอาชีพที่มีภารกิจในยามวิกาล ซึ่งรวมถึงสื่อมวลชนที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ในช่วงเวลาดังกล่าว หรือข้อยกเว้นในการดูแลผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ ผู้เยาว์ หรือบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการดูแลฉุกเฉิน เป็นต้น ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวสอดคล้องกับการใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 12 (1) ประกอบ มาตรา 5 (1) และมาตรา 6 (1) และ (2) ของกฎหมายพื้นฐาน (ตามลำดับ) ดังนั้น มาตรการห้ามออกนอกเคหสถาน จึงมีวัตถุประสงค์และเนื้อหาที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชาชนตามความจำเป็น และได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

## 5. ผลคำวินิจฉัย

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น องค์คณะที่หนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ตามบทบัญญัติมาตรา 28 บัญญัติวรรคแรก ข้อ 1 และข้อ 2 แห่งกฎหมาย IfSG ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายพื้นฐานหรือไม่

## คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป\*

คำร้องที่ 47621/13 และคำร้องอื่น วันที่ 8 เมษายน 2564

เรื่อง คดีระหว่างนาย Pavel Vavrička และผู้ร้องอื่น กับ สาธารณรัฐเช็ก  
ประเด็นหน้าที่ตามกฎหมายในการฉีดวัคซีนป้องกันโรคติดต่อ  
ให้ผู้เยาว์

### บทสรุปแห่งคดี

นาย Pavel Vavrička และผู้ร้องอื่นอีกห้าราย มิได้นำผู้เยาว์เข้ารับการฉีดวัคซีน ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก ทำให้ได้รับโทษปรับ และถูกสถานศึกษาปฏิเสธไม่ให้ผู้เยาว์เข้าศึกษาในระดับปฐมวัย (ชั้นเตรียมอนุบาล) ตามลำดับ ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องทั้งหมดจึงได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลในสาธารณรัฐเช็ก เพื่อขออุทธรณ์โทษปรับ และขอให้พิจารณา การปฏิเสธไม่รับผู้เยาว์เข้าศึกษาในสถานศึกษา ใดๆก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิพากษายกฟ้องอุทธรณ์โทษปรับ รวมทั้ง พิพากษาว่า การปฏิเสธของสถานศึกษาชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาผู้ร้องทั้งหมดจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยผู้ร้องเห็นว่า หน้าที่ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กขัดหรือแย้งกับสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล หรือ right to respect for private life ซึ่งได้รับรองและคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 รวมทั้ง เสรีภาพทางความเชื่อและมโนคติ (freedom of thought and conscience) ตามอนุสัญญาฯ มาตรา 9

\* นายศิริวัฒน์ ลิปิพันธ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

และสิทธิในการศึกษา ตามพิธีสารฉบับที่หนึ่งของอนุสัญญาฯ มาตรา 2 ในกรณีนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป พิจารณาแล้ว เห็นว่า การไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กในการนำผู้เยาว์ไปรับการฉีดวัคซีน ซึ่งนำไปสู่โทษปรับและการถูกปฏิเสธมิให้ผู้เยาว์เข้าศึกษาในสถานศึกษา เป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล แต่หน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับหลักความได้สัดส่วนและมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งมาตรการที่กำหนดขึ้นก็สอดคล้องกับความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย จึงไม่ขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 ส่วนกรณีตามอนุสัญญาฯ มาตรา 9 ให้ยกคำร้อง และประเด็นสิทธิในการศึกษาตามพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาฯ ฉบับที่ 1 มาตรา 2 ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

การนำผู้เยาว์เข้ารับวัคซีนป้องกันโรคติดต่อต่าง ๆ จำนวน 10 ชนิด เป็นหน้าที่ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก โดยหากไม่ดำเนินการดังกล่าว ผู้ปกครองอาจได้รับโทษปรับตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือผู้เยาว์อาจถูกปฏิเสธมิให้เข้าศึกษาในสถานศึกษาระดับปฐมวัย (ชั้นเตรียมอนุบาล) เว้นแต่สาเหตุที่ผู้เยาว์ไม่สามารถรับวัคซีนมาจากเงื่อนไขทางสุขภาพ โดยในคดีนี้ผู้ร้องทั้งหก ราย ได้แก่ นาย Pavel Vavrička และผู้ร้องอื่นอีกห้าราย มิได้นำผู้เยาว์เข้ารับการฉีดวัคซีน ทำให้ได้รับโทษปรับ และถูกสถานศึกษาปฏิเสธมิให้ผู้เยาว์ดังกล่าวเข้ารับการศึกษาระดับปฐมวัย (ชั้นเตรียมอนุบาล) ตามลำดับ ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องทั้งหก รายจึงยื่นคำฟ้องต่อศาลในสาธารณรัฐเช็ก โดยแยกเป็น 6 คำฟ้อง เพื่อขอลงโทษปรับและขอให้พิจารณาการปฏิเสธไม่รับผู้เยาว์เข้าศึกษาในสถานศึกษา อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากพิจารณาคำฟ้อง

ทั้งหมดแล้ว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิพากษายกฟ้องคำฟ้องของนาย Pavel Vavrička ส่วนคำฟ้องอื่น ๆ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า การปฏิเสธของสถานศึกษาขอด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องทั้งหมดจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป เพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า หน้าที่ตามกฎหมายในการนำผู้เยาว์เข้ารับการฉีดวัคซีนตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กขัดหรือแย้งกับสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล (right respect for private life) ซึ่งได้รับรองและคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 รวมทั้ง เสรีภาพทางความเชื่อและมโนคติ (freedom of thought and conscience) ตามอนุสัญญาฯ มาตรา 9 และสิทธิในการศึกษา (right to education) ตามพิธีสารฉบับที่หนึ่งของอนุสัญญาฯ มาตรา 2 หรือไม่

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กำหนดประเด็นพิจารณาไว้สองประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง หน้าที่ในการฉีดวัคซีนให้แก่ผู้เยาว์ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก มีเนื้อหาที่เป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล หรือ right to respect for private life ซึ่งได้รับรองและคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 หรือไม่ และประเด็นที่สอง การละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคลซึ่งได้รับรองและคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ มาตรา 8 ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่

## 3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 3.1 อนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

มาตรา 8 สิทธิที่จะได้รับความเคารพในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว

1. บุคคลทุกคนย่อมไม่ได้รับการเคารพซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัว และชีวิตครอบครัว ที่פקอาศัยและการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน

2. ภายใต้สิทธิตามมาตรานี้ หน่วยงานภาครัฐไม่อาจจะเมิดสิทธิดังกล่าวได้ เว้นแต่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แก่ความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของสาธารณะ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐ การป้องกันความสงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม การคุ้มครองสุขอนามัยและศีลธรรม หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

มาตรา 9 เสรีภาพทางความคิด มโนคติและความเชื่อทางศาสนา

1. บุคคลทุกคนมีเสรีภาพทางความคิด มโนคติและความเชื่อทางศาสนา โดยสิทธิดังกล่าวรวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพในการปฏิบัติตามหลักศาสนาและความเชื่อ การปฏิบัติบูชา การสอน และการปฏิบัติพิธีกรรม ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติที่เป็นปัจเจกหรือเป็นหมู่คณะ และไม่ว่าในพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่ส่วนตัว<sup>77</sup>

<sup>77</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms  
ARTICLE 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

ARTICLE 9 Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

3.2 พิธีสารฉบับที่หนึ่ง ของอนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

มาตรา 2 สิทธิในการศึกษา

บุคคลย่อมไม่อาจถูกปฏิเสธสิทธิในการศึกษา โดยการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การศึกษา และการสอน รัฐต้องเคารพสิทธิของบุพการีที่จะทำให้มั่นใจว่า การศึกษาและการสอนสอดคล้องกับความเชื่อทางศาสนา และมีโนคติทางปรัชญา<sup>78</sup>

#### 4. ประเด็นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาพิพากษา

ประเด็นที่หนึ่ง หน้าที่ในการฉีดวัคซีนให้แก่ผู้เยาว์ตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล (right to respect for private life) ซึ่งได้รับรองและคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีจะพบว่า การไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในการนำผู้เยาว์ไปรับการฉีดวัคซีน เป็นเหตุนำไปสู่การรับโทษปรับ และการถูกปฏิเสธมิให้ผู้เยาว์เข้าศึกษาในสถานศึกษา จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม การละเมิดสิทธิดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นประเด็นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะต้องพิจารณาในประเด็นต่อไป

<sup>78</sup> Protocol I to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

ARTICLE 2 Right to education

No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

ประเด็นที่สอง การละเมิดสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ส่วนบุคคล ซึ่งได้รับรองและคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ มาตรา 8 ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรการตามกฎหมายที่กำหนดให้ผู้เยาว์ต้องได้รับการฉีดวัคซีน เพื่อป้องกันความเสี่ยงจากโรคติดต่อที่อาจมีผลอย่างรุนแรงต่อสุขภาพของผู้เยาว์นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันโรคติดต่อและรักษาสุขภาพของพลเมืองอย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมทั้งให้ความสำคัญกับปัจจัยทั้งในด้านผลสำเร็จและด้านความคุ้มค่าทางงบประมาณ แต่ละประเทศจึงควรดำเนินการให้พลเมืองได้รับการฉีดวัคซีนในปริมาณที่มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้เยาว์ต้องเข้ารับวัคซีนย่อมมีส่วนช่วยป้องกันโรคติดต่อได้เป็นอย่างดีทั้งในผู้เยาว์ที่ได้รับวัคซีนและผู้เยาว์ที่ไม่สามารถรับวัคซีนทราบเท่าที่จำนวนผู้ได้รับวัคซีนมีมากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดภูมิคุ้มกันหมู่ ซึ่งการทำให้เกิดภูมิคุ้มกันหมู่ได้นั้น อาจไม่สามารถดำเนินการได้โดยใช้ความสมัครใจ ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานภาครัฐจึงมีเหตุผลเพียงพอในการดำเนินมาตรการเชิงบังคับ เพื่อให้ทำให้สังคมอยู่ในระดับที่ปลอดภัยจากโรคติดต่อได้อย่างเหมาะสม

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความได้สัดส่วนของมาตรการดังกล่าว พบว่าการฉีดวัคซีนป้องกันโรคติดต่อให้แก่ผู้เยาว์ได้รับการรับรองความปลอดภัยทางการแพทย์ให้สามารถฉีดแก่ผู้เยาว์ได้ และมาตรการฉีดวัคซีนยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เป็นข้อยกเว้นสำหรับผู้เยาว์ที่มีอาการตามโรคต้องห้ามรวมทั้งข้อยกเว้นสำหรับกลุ่มศาสนิกชนที่กฎศาสนาห้ามรับการฉีดวัคซีนด้วย (secular objection of conscience) สำหรับกรณีโทษปรับตามกฎหมายและกรณีการถูกปฏิเสธเข้าศึกษาในสถานศึกษานั้น พบว่า โทษปรับตามกฎหมายเป็นการปรับทางปกครอง โดยสามารถปรับได้เพียงครั้งเดียว ส่วนการปฏิเสธมิให้เข้าศึกษาในสถานศึกษามีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองนักเรียนในสถานศึกษานั้น ๆ จากโรคติดต่อ เป็นมาตรการเชิงป้องกัน มิได้



มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษแต่ประการใด ทั้งนี้ ผู้เยาว์ที่มีได้รับการฉีดวัคซีน จะถูกปฏิเสธมิให้เข้าศึกษาในสถานศึกษาได้เฉพาะการศึกษาระดับปฐมวัย (ชั้นเตรียมอนุบาล) เท่านั้น โดยเมื่อผู้เยาว์ถึงเกณฑ์อายุที่ต้องเข้ารับการศึกษาระดับประถมศึกษาแล้ว สถานศึกษาไม่อาจปฏิเสธการเข้าศึกษาได้ ด้วยเหตุนี้ การปฏิเสธดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขด้านเวลาที่ชัดเจน ดังนั้น โทษปรับ และการปฏิเสธมิให้เข้าศึกษา จึงมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับหลักความได้สัดส่วนและมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนในด้านความจำเป็นทางสังคมประชาธิปไตย ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากข้อมูลทางการแพทย์ การฉีดวัคซีนให้แก่ผู้เยาว์เป็นมาตรการที่เหมาะสมและสมควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย เนื่องจากช่วยทำให้สังคมได้ตระหนักถึงความเสี่ยงของโรคติดต่อที่จะมีต่อสุขภาพทั้งในระดับปัจเจกและระดับสาธารณสุข และยังช่วยเสริมสร้างภูมิคุ้มกันแก่ผู้เยาว์นับแต่ระดับปฐมวัย ดังนั้น การกำหนดให้การฉีดวัคซีนแก่ผู้เยาว์เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย จึงสอดคล้องกับความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อป้องกันปัจเจกชนและสาธารณสุขชนจากอันตรายของโรคติดต่อ

## 5. ผลคำพิพากษา

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงวินิจฉัยว่าการกำหนดให้การฉีดวัคซีนแก่ผู้เยาว์เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย จึงไม่ขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 8 ส่วนกรณีตามอนุสัญญาฯ มาตรา 9 ให้ยกคำร้อง และประเด็นสิทธิในการศึกษาตามพิธีสารแนบท้ายอนุสัญญาฯ ฉบับที่ 1 มาตรา 2 ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส\*

### เรื่อง มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)

#### 1) คำวินิจฉัยที่ 424/2020

เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2020 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสมีคำวินิจฉัยให้มาตรการของรัฐบาลเขตการปกครองตนเองอะโซร์ส (Autonomous Region of Azores) ที่กำหนดให้ผู้เดินทางไปยังเขตอะโซร์ส กักตัวเป็นระยะเวลา 14 วัน ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญ มีความเห็นว่า มาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิในเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่รับรองไว้ในมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐโปรตุเกส<sup>79</sup> ดังนั้น รัฐบาล

\* ผู้แปล : นายพิทักษ์สิน สีวรุจน์ นางสาววิลาวัลย์ ประเสริฐศักดิ์ นายธนาวุฒิ ไตรโสภณ ผู้ตรวจทาน : นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ นายพิทักษ์สิน สีวรุจน์

<sup>79</sup> มาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส ประชาชนทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัย เสรีภาพทั้งปวงหรือเพียงบางส่วนไม่อาจถูกจำกัดได้ เว้นแต่เป็นผลจากการพิพากษาโทษ ในกระบวนการยุติธรรมซึ่งกำหนดไว้ตามกฎหมายหรือกำหนดโดยศาลเพื่อมาตรการ ความปลอดภัย กรณีดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นข้อยกเว้นสำหรับการจำกัดเสรีภาพในช่วงเวลาหนึ่งภายใต้กฎหมาย

- การจำคุกอันเนื่องจากการทำความผิดอาญา
- การกักขังหรือควบคุมตัวในกรณีที่มีหลักฐานอันน่าเชื่อว่าบุคคลอาจกระทำความผิด อาญาร้ายแรงซึ่งมีอัตราโทษสูงสุดให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี
- การจำคุก กักขัง หรือมาตรการบังคับอื่นใดตามการควบคุมในกระบวนการยุติธรรมแก่ บุคคลซึ่งเดินทางเข้าเขตอธิปไตยของสาธารณรัฐโปรตุเกส หรือพำนักอาศัยโดยผิดกฎหมาย หรือบุคคลซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือการเนรเทศออกนอก สาธารณรัฐ
- การจำคุกข้าราชการทหารเพื่ออำนวยการวินัย ทั้งนี้ สามารถยื่นอุทธรณ์ได้ในศาลที่มีเขตอำนาจ
- เมื่อศาลที่มีเขตอำนาจสั่งให้ผู้เยาว์อยู่ภายใต้มาตรการคุ้มครอง ช่วยเหลือ หรือให้ได้รับ

เขตการปกครองตนเองอะไซร์สจึงไม่มีอำนาจกำหนดมาตรการนั้น ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 165/1/b แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐสภาแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสมีอำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือบางกรณี รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจกระทำนั้นได้ แต่ต้องได้รับการรับรองโดยกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภายกอำนาจให้เท่านั้น

## 2) คำวินิจฉัยที่ 687/2020

สืบเนื่องจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 424/2020 รัฐบาลเขตการปกครองตนเองอะไซร์สได้กำหนดมาตรการที่มีขอบเขตจำกัดมากยิ่งขึ้น ในทางหนึ่ง มาตรการบังคับให้กักตัวของผู้ที่เดินทางไปยังเขตการปกครองตนเองอะไซร์สให้กำหนดเฉพาะผู้ที่เดินทางมาจากพื้นที่ที่องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) กำหนดให้เป็นภูมิภาคที่มีการแพร่ระบาดในชุมชนหรือการแพร่ระบาดในลักษณะที่เป็นห่วงโซ่ของผู้ติดเชื้อไวรัส SARS-CoV-2 ในอีกทางหนึ่ง การกักตัวจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่ง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรการดังกล่าวยังเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐโปรตุเกส ดังนั้น รัฐบาลเขตการปกครองตนเองอะไซร์สจึงไม่มี

---

การศึกษาอบรมในสถานที่ที่เหมาะสม

f. เมื่อศาลมีคำสั่งให้กักขังบุคคลผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือเพื่อประกันการมาศาล ในระหว่างการพิจารณาคดี

g. การกักขังผู้ต้องสงสัยเพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุตัวบุคคล โดยให้กระทำในกรณีจำเป็น อย่างยิ่งเท่านั้น

h. เมื่อศาลที่มีเขตอำนาจสั่งให้ควบคุมตัวคนวิกลจริตในสถานพยาบาล

บุคคลซึ่งถูกจำกัดเสรีภาพต้องได้รับการแจ้งเหตุแห่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวอย่างเหมาะสม และทันที่

ให้รัฐมีหน้าที่ชัดเจนให้แก่บุคคลซึ่งถูกจำกัดเสรีภาพ กรณีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวขัดกับ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น

อำนาจกำหนดมาตรการดังกล่าวได้

อนึ่ง คำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยที่ 729/2020 ที่ 769/2020 และที่ 173/2021

### 3) คำวินิจฉัยที่ 352/2021

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสมีคำวินิจฉัยที่ 352/2021 วันที่ 27 พฤษภาคม ค.ศ. 2021 เรื่อง คำฟ้องอุทธรณ์ของสำนักงานอัยการ ต่อคำพิพากษาศาลชั้นต้นในกรุงลิสบอนที่พิพากษายกฟ้องข้อกล่าวหา ตามมาตรา 43(6) แห่งรัฐกำหนด ที่ 2-B/2020 ซึ่งกำหนดให้เพิ่มอัตราโทษ ขั้นสูงสุดและอัตราโทษขั้นต่ำสุดไม่น้อยกว่าอัตราส่วน 1 ใน 3 ของอัตราเดิม สำหรับความผิดอาญาตามมาตรา 348(1)(b) แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>80</sup> ในคำบรรยายฟ้อง จำเลยละเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจ ที่สั่งให้เดินทางกลับบ้านและกักบริเวณภายใต้มาตรการปิดเมือง

ทั้งนี้ รัฐกำหนด ฉบับที่ 2-B/2020 เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่าย บริหารที่ใช้อำนาจตามกฎฎีกาของประธานาธิบดี ที่ 17-A/2020 ที่ได้ ขยายเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งประกาศไว้ในกฎฎีกาของประธานาธิบดี ฉบับที่ 14-A/2020

<sup>80</sup> มาตรา 348(1)(b) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ผู้ใดละเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งที่ขบถด้วยกฎหมายของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้มีอำนาจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่า 1 ปี หรือปรับไม่เกินกว่า 120 วัน\*

(b) ในกรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนด โทษตามสมควร

\* (หมายเหตุ : โทษปรับในประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส กำหนดหน่วย เป็นวัน วันละไม่น้อยกว่า 5 ยูโร แต่ไม่เกินกว่า 500 ยูโร ตามมาตรา 47 แห่งประมวล กฎหมายดังกล่าว)

ปัญหาเบื้องต้นของคำฟ้องอุทธรณ์ คือ การที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อกำหนดความผิดทางอาญา และอัตราโทษ กรณีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่มุ่งเน้นในการแก้ไขวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุข อาทิ การปิดเมือง การกำหนดเวลาออกนอกเคหสถาน เป็นต้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ตามมาตรา 165(1)(c) แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐโปรตุเกส<sup>81</sup>

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก (จำนวน 3 ใน 5) แห่งองค์คณะที่ 3 มีความเห็นว่า มาตรา 19(8) แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐโปรตุเกส<sup>82</sup> รองรับอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งครอบคลุมมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อฟื้นฟูสภาพการณ์ตามปกติแห่งรัฐธรรมนูญเมื่อประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินหรือกักขังการศึกษา อำนาจพิเศษที่มอบให้แก่หน่วยงานของรัฐย่อมเกิดขึ้น กล่าวคือ ฝ่ายบริหารย่อมได้อำนาจไม่เพียงแต่การกำหนดบรรทัดฐานชั้นปฐมภูมิที่เกี่ยวกับเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น การกำหนดมาตรการปิดเมืองหรือการจำกัดพื้นที่เฉพาะภายใต้กฎหมาย แต่ฝ่ายบริหารยังสามารถกำหนดบรรทัดฐานชั้นทุติยภูมิได้อีกด้วย เช่น การกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา การกำหนดอัตราโทษ ซึ่งการกำหนดบรรทัดฐานทั้งสองประการนี้กล่าวได้ว่าเป็นบทบาทที่สำคัญของฝ่ายบริหารในฐานะที่มีอำนาจภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน

<sup>81</sup> มาตรา 165 (1) (c) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

เว้นแต่รัฐบาลมีอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ให้รัฐสภาแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจโดยสมบูรณ์ในการตรากฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

(c) การนิยามการกระทำอันเป็นความผิดทางอาญา โทษทางอาญา มาตรการความปลอดภัย เจื่อนใจ และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญา

<sup>82</sup> มาตรา 19 (8) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

ประกาศกักขังการศึกษาหรือสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการให้อำนาจหรือความรับผิดชอบแก่หน่วยงานสาธารณะในการดำเนินการตามความเหมาะสมที่จำเป็นต่อการรักษาฟื้นฟูสภาพการณ์ตามปกติแห่งรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ามาตรา 19(7) แห่งรัฐธรรมนูญ<sup>83</sup> วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า ผลกระทบจากประกาศกฎอัยการศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีต่อ บรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสถาบันต่าง ๆ ตลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากกลับมีความเห็นว่า ผลกระทบดังกล่าว มิได้เป็นผลลัพธ์จากการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ขยายลักษณะ ความผิดทางอาญาและอัตราโทษ เนื่องด้วยอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจเฉพาะ โดยสมบูรณ์และไม่กระทบต่ออำนาจและการดำเนินการโดยปกติของรัฐสภา หากแต่เป็นอำนาจที่มีคุณลักษณะพิเศษ (คือ เป็นประกาศเพื่อยกเว้นการ กระทำที่ปฏิบัติในสภาวะการณ์ปกติ) เป็นอำนาจชั่วคราวและไม่คงทนถาวร (คือ เป็นประกาศที่มีเวลาระบุไว้เฉพาะ ไม่ยืนยาวไปกว่าที่ระบุไว้ในประกาศเอง) และมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะ (คือ เพื่อฟื้นฟูสภาวะการณ์ตามปกติ แห่งรัฐธรรมนูญ) ภายใต้กรอบหลักการดังกล่าว ฝ่ายบริหารจึงแสดงบทบาท เป็นผู้ตรากฎหมายพิเศษด้วยเหตุแห่งความจำเป็นเฉพาะกาล นอกจากนี้ อำนาจภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากขัดหรือแย้งต่อ มาตรา 19(7) แห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจข้างต้นแม้ว่าอาจกระทบต่อ เสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่ได้สงวนไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายที่จำเป็นต้องนำ มาปรับใช้ในสถานการณ์ที่นอกเหนือสภาวะการณ์ปกติตามรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสจึงวินิจฉัยว่า อำนาจของ ฝ่ายบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉินภายใต้สภาวะการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นดังกล่าว

<sup>83</sup> มาตรา 19 (7) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

ประกาศกฎอัยการศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉินอาจเปลี่ยนแปลงสภาวะการณ์ตามปกติ แห่งรัฐธรรมนูญได้ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น แต่ประกาศกฎอัยการ ศึกหรือสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ และความรับผิดชอบแก่หน่วยงานในการใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจและความรับผิดชอบ ของรัฐบาลของเขตการปกครองตนเอง ตลอดจนถึงสิทธิและความคุ้มครองของผู้มีเอกสิทธิ์

มิใช่การดำเนินการโดยพลการ ในทางหนึ่ง การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนและภายใต้การตรวจสอบความชอบของกฎหมาย โดยในขณะที่ฝ่ายบริหารต้องกระทำภายใต้ความรับผิดชอบทางการเมือง ต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา ตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญฯ และฝ่ายนิติบัญญัติก็มีหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการบังคับใช้ประกาศกฤษฎีกาการศึกและสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามมาตรา 162 แห่งรัฐธรรมนูญฯ อีกด้วย

#### 4) คำวินิจฉัยที่ 500/2021

เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2021 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสได้มีคำวินิจฉัย ที่ 500/2021 วินิจฉัยประเด็นคำฟ้องอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์กรุงลิสบอน โดยในคำพิพากษานั้น ศาลอุทธรณ์ฯ ได้พิจารณาว่า กรณีการดำเนินการทางปกครองที่ได้ฟ้องต่อผู้อุทธรณ์โดยสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งโปรตุเกส (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários: CMVM) ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการนับอายุความ

ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักคำวินิจฉัยตามมาตรา 7(3)(4) แห่งกฎหมายฉบับที่ 1-A/2020<sup>84</sup> ประกาศใช้ ณ วันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งกำหนดให้ระงับเงื่อนไขการนับอายุความที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาและทางปกครองเป็นการชั่วคราว เพื่อเป็นมาตรการตอบสนองต่อการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)

<sup>84</sup> มาตรา 7(3)(4) แห่งกฎหมายฉบับที่ 1-A/2020

(3) สถานการณ์พิเศษถือเป็นสาเหตุหนึ่งของการระงับการใช้บทบัญญัติซึ่งกำหนดข้อจำกัดและวันสิ้นสุดอายุความที่เกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการทุกประเภท

(4) บทบัญญัติแห่งอนุมาตราข้างต้นให้มีผลเหนือกว่าวิธีการในการกำหนดวันสิ้นสุดอายุความ

ศาลรัฐธรรมนูญฯ ได้ตระหนักดีว่า บทบัญญัติที่เป็นปัญหาพิพาทดังกล่าว ไม่ได้ตราขึ้นท่ามกลางการใช้อำนาจฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงเริ่มการพิจารณาโดยการชี้ให้เห็นว่าความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติดังกล่าว มีอาจประเมินโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 19(6) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส<sup>85</sup> ได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึก หรือการประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเป็นอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

ประเด็นคำถามสำคัญที่ถูกยกขึ้นมาในคำฟ้องอุทธรณ์ คือ การพิจารณา ว่ามาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจะถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดทางอาญามีได้ เว้นแต่กฎหมายที่มีผล บังคับใช้กำหนดให้การกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดต้องระวางโทษ” หรือ “การลงโทษหรือมาตรการความปลอดภัยใดมีอาจใช้บังคับได้ เว้นแต่ กฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง” (วรรคสาม) หรือ “ผู้ใดจะถูกพิพากษาให้รับโทษที่มีอัตราโทษสูงกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับ ณ เวลาที่กระทำความผิดหรือ ณ เวลาที่พิสูจน์ได้ว่ามีความผิด มีได้” (วรรคสี่) นั้น เพื่อป้องกันมิให้นำการระงับการนับอายุความเป็นการ ชั่วคราวตามมาตรา 7(3)(4) ของกฎหมาย ฉบับที่ 1-A/2020 มาใช้บังคับ ในระหว่างการพิจารณา

ศาลรัฐธรรมนูญฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส จะมีได้นำมาพิจารณาโดยตรง โดยหลักการแล้ว บทบัญญัติที่กำหนดเหตุแห่งการระงับการนับอายุความ

<sup>85</sup> มาตรา 19(6) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส

การจะประกาศกฎอัยการศึกหรือภาวะฉุกเฉิน ไม่ว่าจะภายใต้สถานการณ์ใด ต้องไม่กระทบ ต่อสิทธิในชีวิต บุรณภาพ อัตลักษณ์ของบุคคล สถานะความเป็นพลเมือง หลักการ มิให้กฎหมายอาญามีผลย้อนหลัง สิทธิในการแก้ต่างของจำเลย และเสรีภาพในการนับถือ ศาสนาและความเชื่อ



เป็นการชั่วคราวล้วนอยู่ภายใต้หลักที่มีให้บังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในกรณีที่เป็นโทษ รวมถึงหลักการพื้นฐานแห่งความชอบทางอาญา

ข้อสรุปดังกล่าวเป็นผลจากแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก การรับรองหลักการของบทกฎหมายที่มีให้บังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในกรณีที่เป็นโทษ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลจากการใช้อำนาจในทางที่ผิด และอาจถูกนำมาใช้บังคับโดยสมบูรณ์ เมื่อรัฐต้องการลดผลกระทบของความล่าช้าในการอำนวยความยุติธรรม ผ่านการเพิ่มเหตุแห่งการระงับการนับอายุความเป็นการชั่วคราว

ประการที่สอง การรับรองหลักการของบทกฎหมายข้างต้น มีวัตถุประสงค์เพื่อยืนยันว่า บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวสามารถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผลถึงผลกระทบที่ตนต้องเผชิญจากการละเมิดกฎหมายอาญา ตลอดจนการคาดการณ์ถึงผลลัพธ์จากการที่เงื่อนไขของการกระทำความผิดอันมีบทลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุดังกล่าวประกอบกับลักษณะเฉพาะของกฎหมายข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสจึงได้พิจารณาว่าเหตุแห่งการระงับการนับอายุความเป็นการชั่วคราวของการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 7(3)(4) ของกฎหมาย ฉบับที่ 1-A/2020 อยู่นอกขอบเขตของเหตุผลทั้ง 2 ประการที่กล่าวข้างต้น การห้ามมิให้นับเงื่อนไขเวลาย้อนหลังจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการชั่วคราวซึ่งมีเจตนารมณ์ให้บังคับเฉพาะช่วงเวลาที่กระบวนการทางศาลอยู่ในสภาวะการณ์พิเศษด้านสุขภาพ ข้อจำกัดดังกล่าวจึงมีความจำเป็นสำหรับรัฐในการดำเนินการคุ้มครองชีวิตและร่างกายของพลเมืองทุกคนที่เกี่ยวข้องกับระบบการอำนวยความยุติธรรม ซึ่งหมายรวมถึงจำเลยด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าความจำเป็นอันเกิดจากหลักความชอบทางอาญามีได้กำหนดอัตรา

ความร้ายแรงในระดับเดียวกันฉันใด การให้เหตุผลเช่นนั้นสำหรับการรอพิจารณาคดีทางปกครองก็ย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉันนั้น ด้วยเหตุนี้จึงยกคำฟ้องอุทธรณ์

อนึ่ง คำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 660/2021 และที่ 798/2021

### 5) สรุปคำวินิจฉัยที่ 738/2021

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสได้รับคำร้องเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ข้อ 7 ของกฎหมาย ฉบับที่ 1-A/2020 เมื่อวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย ฉบับที่ 6 เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2020 โดยพิจารณาวินิจฉัยว่าการชก้านพยานหรือผู้แถลงการณ์ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีเป็นการรับฟังพยานหลักฐานผ่านระบบสื่อสารทางไกล เมื่อคู่ความฝ่ายหนึ่งถูกชก้านโดยคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วยตนเองในชั้นพิจารณาก่อนหน้านั้น โดยกฎหมายดังกล่าวนำมาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในการพิจารณาลับหลัง เนื่องด้วยข้อจำกัดจากการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสมีคำสั่งไม่รับฟังเหตุผลที่ผู้อุทธรณ์กล่าวอ้างว่ามาตรการตามกฎหมายข้างต้นละเมิดต่อหลักการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองและหลักแห่งความเสมอภาค ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า หน่วยงานของรัฐต้องเผชิญกับสถานการณ์อันไม่ปกติในการอำนวยความสะดวก จำเป็นต้องบังคับตามสิทธิของคู่ความในคดีไปพร้อมกับข้อกำหนดตามรัฐธรรมนูญที่ต้องผูกพัน กล่าวคือ ความยุติธรรมในเชิงคุณภาพกับประโยชน์สาธารณะภายใต้กระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพเพื่อบรรลุข้อพิพาททางกฎหมายในเวลาที่เหมาะสม ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ความแตกต่างในการปฏิบัติต่อคู่ความ

ทั้ง 2 ฝ่าย หาได้กระทบต่อสถานะของผู้อุทธรณ์อันจะส่งผลต่อความไม่เท่าเทียมในกระบวนการพิจารณา และไม่ถือเป็นการพิจารณาคดีโดยพลการ เนื่องจากขอด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

## 6) คำวินิจฉัยที่ 921/2021

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสได้รับคำร้องเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 348 วรรค 1-a และกฤษฎีกาของประธานาธิบดี ฉบับที่ 2-B/2020 มาตรา 3 วรรค 1-b และวรรคสอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ลงโทษผู้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการกักตัว ฐานความผิดไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า บุคคลซึ่งติดต่อกับผู้ติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) และหน่วยงานด้านสาธารณสุขลงความเห็นให้กักตัว ณ เคหสถาน เป็นเวลา 14 วัน แต่บุคคลนั้นกลับออกนอกเคหสถานในช่วงระยะเวลาดังกล่าว โดยได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและมีผลใช้บังคับ อันเนื่องมาจากการระบาดของโรคดังกล่าวในสาธารณรัฐโปรตุเกส ประธานาธิบดีจะเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อผ่านการพิจารณาจากรัฐบาล และรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ โดยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบังคับใช้ผ่านการตราเป็นรัฐกำหนด ในกรณีนี้ ฝ่ายบริหารจะพิสูจน์กรณีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการกักตัว ซึ่งลงความเห็นโดยหน่วยงานด้านสาธารณสุขว่าเป็นการกระทำ ความผิดทางอาญา บุคคลดังกล่าวข้างต้นจะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ศาลอาญากลับปฏิเสธที่จะนำกฤษฎีกาดังกล่าวมาปรับใช้ โดยเห็นว่า รัฐบาลไม่มีอำนาจในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรม ดังนั้น จึงพิพากษาปล่อยตัวจำเลยไป ต่อมาพนักงานอัยการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสเริ่มต้นโดยหยิบยกบริบทต่าง ๆ อาทิ การบรรยายเกี่ยวกับการอุบัติของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) และมาตรการต่าง ๆ ที่นำมาใช้โดยองค์การตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ต่อจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญประเมินว่าบทบัญญัติความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามกฤษฎีกาเป็นประเด็นใหม่ที่ไม่เคยบัญญัติมาก่อนหรือไม่ อย่างไร การประกาศกฤษฎีกาการศึกษาและสถานการณ์ฉุกเฉิน (Law of the State of Siege and State of Emergency: LSSSE) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (การละเมิดบทบัญญัติของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือกฎหมาย) ดังนั้น จึงมีเพียงฝ่ายบริหารเท่านั้นที่สามารถออกกฎหมายดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความเห็นว่า สมาชิกสภานิติบัญญัติมิได้เจตนาจะจำกัดความผิดทางอาญาเฉพาะในกฎหมายดังกล่าว ความผิดทางอาญาสามารถกระทำโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดและรวมถึงการกระทำอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งออกโดยรัฐบาลในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสได้พิจารณาถึงความสอดคล้องกันระหว่างกฤษฎีกากับหลักการกำหนดกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าความผิดอาญาที่บัญญัติไว้ใน LSSSE มีขอบเขตกว้าง แต่ก็มี ความกระจำงัดเจเน นอกจากนี้ ยังมีความต่อเนื่องทางกฎหมายและตรรกศาสตร์ระหว่าง LSSSE กับหลักการการมอบอำนาจโดยรัฐสภา หลักการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินโดยประธานาธิบดี ตลอดจนรัฐกำหนดที่บังคับใช้หลักการดังกล่าว ประเด็นหลักของการพิจารณา คือ ความต่อเนื่องนั้นอนุญาตให้บุคคลทั่วไปสถาปนาความสัมพันธ์ระหว่างความประพฤติที่ถูกห้ามปราม (คือ การออกนอกที่พักอาศัย) และกฎหมายที่ห้ามการกระทำดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าความต่อเนื่องทางกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อใดก็ตามที่ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายยังคงเป็นประเด็น ความผิดทางอาญาในเรื่องนี้

ยังคงขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นยังดำเนินอยู่ และการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าวได้แสดงถึงเวลาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ช่วงเวลาปกติ (คือ ช่วงเวลาที่บทบัญญัติที่กำหนดให้พฤติกรรมบางอย่างเป็นการกระทำ ความผิดทางอาญา ฐานที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย) และช่วงเวลาลำดับถัดไป เมื่อมีการกระทำของบุคคลเกิดขึ้นแล้ว (คือ ช่วงเวลาที่บุคคลไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือคำสั่ง) ศาลรัฐธรรมนูญเน้นย้ำว่าบุคคลใดที่ต้องถูกบังคับตาม มาตรา 7 ของกฎหมาย LSSSE จะต้องทราบถึงการระงับสิทธิในการเคลื่อนย้ายที่กำหนดโดยรัฐสภาและประกาศโดยประธานาธิบดี ซึ่งเกี่ยวข้องกับหน้าที่การกักตัวตามที่บัญญัติไว้ในกฤษฎีกา ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีลักษณะแน่นอน ลำดับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะทำให้บุคคลสามารถเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส จึงวินิจฉัยว่า รัฐบาลมิได้กำหนดให้การฝ่าฝืนหน้าที่ในการกักตัวเป็นความผิดทางอาญาขึ้นใหม่แต่ประการใด ดังนั้น จึงไม่เป็นการใช้อำนาจเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยให้กลับคำพิพากษาศาลอาญา

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย\*

คำวินิจฉัยที่ 36/PUU-XVIII/2020 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2563

เรื่อง หน้าทีของรัฐในการให้รางวัลและจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการกักตัวสำหรับเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างสถานการณ์โรคระบาด

### บทสรุปแห่งคดี

ผู้ร้องซึ่งเป็นนิติบุคคลและพลเมืองอินโดนีเซียเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยโรคระบาดและกฎหมายว่าด้วยการกักตัวทางสาธารณสุขละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้องเนื่องจากเปิดช่องให้รัฐบาลใช้ดุลพินิจในการให้รางวัลแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคหรือไม่ก็ได้ และรัฐไม่จำเป็นต้องจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการกักตัวที่ผู้ร้องจำเป็นต้องใช้ในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 โดยผู้ร้องยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวมาด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าคำขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้องเป็นคำขอที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้เนื่องจากข้อโต้แย้งของผู้ร้องและคำขอคุ้มครองชั่วคราวไม่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างมีนัยสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มี

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ

อำนาจที่จะสั่งการให้รัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับและบังคับใช้นโยบายโดยทันทีตามที่ผู้ร้องขอในคำขอคุ้มครองชั่วคราวได้

สำหรับประเด็นเนื้อหาแห่งคดี ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำร้องของผู้ร้องที่ 1 (สมาคมกฎหมายสาธารณสุขอินโดนีเซีย) เป็นคำร้องที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ เนื่องจากไม่มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอย่างแท้จริงจึงไม่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องของผู้ร้องที่เหลือเอาไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นบุคลากรทางการแพทย์ จึงมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ในที่สุดศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ยกคำร้องเนื่องจากเป็นคำร้องที่ไม่มีมูล

### ความเป็นมาแห่งคดี

ผู้ร้องประกอบไปด้วยนิติบุคคลและพลเมืองอินโดนีเซีย<sup>86</sup> โดยที่นิติบุคคลดังกล่าวคือสมาคมที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวม ดูแล และผลักดันกฎหมายสุขภาพในอินโดนีเซีย โดยวิธีการศึกษา วิจัย ฝึกอบรม เป็นสื่อกลาง สนับสนุน และอภิปรายเกี่ยวกับกฎหมายสุขภาพเพื่อประโยชน์แห่งมนุษยชาติและสิทธิมนุษยชน ในขณะที่พลเมืองอินโดนีเซียซึ่งเป็นผู้ร้องนั้น คือ แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเคยขาดแคลนอุปกรณ์ป้องกันส่วนบุคคลในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 โดยผู้ร้องโต้แย้งในคำร้องว่า คำว่า “อาจ” ที่ปรากฏอยู่ในรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 4 ว่าด้วยโรคระบาด ค.ศ. 1984 (ต่อไปนี้จะเรียกว่ารัฐบัญญัติที่ 4/1984) มาตรา 9 วรรค (1) ให้อำนาจรัฐบาลที่จะใช้ดุลพินิจให้รางวัลแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่

<sup>86</sup> ผู้ร้องในคดีนี้ได้แก่ สมาคมกฎหมายสาธารณสุขอินโดนีเซีย (The Indonesia Health Law Society: MHKI) ผู้ร้องที่ 1 Eva Sri Diana ผู้ร้องที่ 2 กับพวก [รวมจำนวน 5 คน – ผู้แปล]

ในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ หลักการตามรัฐธรรมนูญตีความเลข 6 ว่าด้วยการกักตัวทางสาธารณสุข ค.ศ. 2018 (ต่อไปนี้จะเรียกว่ารัฐธรรมนูญที่ 6/2018) มาตรา 6 อนุญาตให้รัฐไม่จำเป็นต้องจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการกักตัวที่ผู้ร้องจำเป็นต้องใช้ในระหว่างการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ซึ่งตามคำร้อง ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวละเมิดต่อสิทธิของผู้ร้องทั้งหลาย โดยเฉพาะสิทธิในการทำกิจกรรมต่าง ๆ และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ดังนั้น บทบัญญัติข้างต้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า UUD 1945) มาตรา 27 วรรค (2) มาตรา 28D วรรค (1) และมาตรา 34 วรรค (3)

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 (UUD 1945)

#### มาตรา 27 วรรค (2)

“พลเมืองทุกคนมีสิทธิในการทำงานและการดำรงชีวิตที่ดีงามเพื่อมนุษยชาติ”

#### มาตรา 28D วรรค (1)

“บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับ รับประกัน ค้ำครอง และความเสมอภาคทางกฎหมายอย่างแน่นอนเช่นเดียวกับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย”

#### มาตรา 34 วรรค (3)

“รัฐต้องรับผิดชอบในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการดูแลสุขภาพที่ดีและสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับบริการสาธารณะ”



## เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยในคดีนี้ คือ รัฐบัญญัติที่ 4/1984 และรัฐบัญญัติที่ 6/2018 ซึ่งเกี่ยวข้องกับ UUD 1945 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีนี้ได้ จึงมีคำวินิจฉัยโดยอาศัยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประเด็นเรื่องอำนาจในการยื่นคำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาสิทธิ ในทางกฎหมายและพยานหลักฐานทั้งปวงของผู้ร้องที่ 1 (สมาคมกฎหมาย สาธารณสุขอินโดนีเซีย) แล้ว เห็นว่า ผู้ร้องที่ 1 ไม่สามารถยื่นยื่นหรือแสดง พยานหลักฐานให้เห็นได้ว่า ผู้ร้องที่ 1 มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอย่างแท้จริงตามที่ได้กล่าวมาในคำร้อง ดังนั้น ผู้ร้องที่ 1 จึงไม่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 3 ผู้ร้องที่ 4 และผู้ร้องที่ 5 ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ผู้ร้องทั้งสี่มีประโยชน์ร่วมกันในฐานะที่เป็นบุคลากรทางการแพทย์ตามที่ได้ โต้แย้ง เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดและการกักตัวทางสาธารณสุข นั้น มีความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและหน้าที่ของบรรดาผู้ร้องซึ่งประกอบ วิชาชีพแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ กับอุปกรณ์อำนวยความสะดวก ทางสุขภาพ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเสี่ยงที่เป็นผลมาจากปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้โต้แย้ง อีกทั้ง วิชาชีพและหน้าที่ของผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 3 ผู้ร้องที่ 4 และผู้ร้องที่ 5 ยังมีความเป็นเหตุเป็นผลกันระหว่างภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น การที่ผู้ร้องทั้งสี่ไม่ได้รับการสนับสนุนในการปฏิบัติ หน้าที่เท่าที่ควร กับประเด็นปัญหาที่โต้แย้งมาเป็นคดีนี้ กล่าวโดยสรุป ผู้ร้องที่ 1 ไม่มีอำนาจในการยื่นคำร้อง แต่ผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 3 ผู้ร้องที่ 4 และผู้ร้องที่ 5 มีอำนาจยื่นคำร้อง

ประเด็นเรื่องคำขอคุ้มครองชั่วคราว ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณา โดยรอบคอบแล้วเห็นว่า ไม่อาจมีคำสั่งตามคำขอได้ ตามแนวคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 133/PUU-VII/2009 เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ข้อโต้แย้งของผู้ร้องและคำขอคุ้มครองชั่วคราวไม่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างมีนัยสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีอำนาจที่จะสั่งการให้รัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น กำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับและบังคับใช้นโยบายโดยทันทีตามที่ผู้ร้องขอมา ในคำขอคุ้มครองชั่วคราวได้ ดังนั้น คำขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้อง จึงไม่มีมูล และศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจรับคำขอคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ไว้พิจารณาได้

ประเด็นเรื่องรัฐบัญญัติที่ 4/1984 รัฐบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ตราขึ้นมา เป็นพิเศษเพื่อโรคชนิดใดชนิดหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ตามข้อกำหนดหลักเกณฑ์ (term of reference) ที่ใช้ในการจัดการโรคระบาดต่าง ๆ ภายใต้ขอบเขต แห่งเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 a โดยขอบเขตของการจัดการ โรคระบาดได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติที่ 4/1984 มาตรา 5 วรรค (1) ได้แก่ a. การสอบสวนทางระบาดวิทยา b. การสอบสวน การบำบัด การรักษาโรค และการแยกตัวผู้ติดเชื้อ รวมถึงการกักตัว c. มาตรการเชิงป้องกันและการฉีดวัคซีน d. การกำจัด e. การจัดการหลังคลอด f. การจัดการศพ ในระหว่างการแพร่ระบาดของโรค f. โครงการสร้างการรับรู้แก่สาธารณชน และ g. มาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็น ซึ่งข้อความว่า “มาตรการอื่น ๆ ที่จำเป็น” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติที่ 4/1984 มาตรา 5 วรรค (1) g อันเป็น บทบัญญัติที่ถูกต้องในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าการจัดการโรคระบาดนั้นได้รวม เอาส่วนต่าง ๆ เข้าไว้ด้วยกันโดยปราศจากข้อจำกัดซึ่งรวมถึงการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ด้วย

สืบเนื่องจากการจัดการโรคระบาดซึ่งส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบ รัฐบัญญัติที่ 4/1984 มาตรา 9 จึงมุ่งหมายที่จะให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้รับรางวัลตอบแทนสำหรับความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นต้องเผชิญ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น หมายถึง บุคคลใด ๆ ทั้งข้าราชการหรือบุคลากรประเภทอื่นซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรของรัฐและ/หรือฝ่ายที่มีอำนาจในการจัดการโรคระบาด ในขณะที่ประเภทของรางวัลนั้นอาจเป็นตัวเงินหรือประเภทอื่น ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติที่ 4/1984 อันเป็นบทบัญญัติที่ถูกต้องในคดีนี้ไม่ได้บัญญัติความหมายของรางวัลดังกล่าวให้ชัดเจนลงไปในเรื่องละเอียดเชิงเทคนิคเนื่องจากตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วรัฐบาลจะต้องไปตราข้อบังคับต่อไป ดังนั้น จึงกลายเป็นข้อกำหนดหลักเกณฑ์ (term of reference) สำหรับรัฐบาลที่จะนำไปตราข้อบังคับเพื่อนำไปบังคับใช้ในการจัดการโรคระบาด

ตามรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 ได้บัญญัติให้ตราข้อบังคับจึงได้มีการตราข้อบังคับของรัฐบาลที่ 40 ว่าด้วยการจัดการโรคระบาด ค.ศ. 1991 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “PP 40/1991”) ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งเนื้อหาของ PP 40/1991 นั้น มีเพียงการสนับสนุนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นแม่บทและมอบอำนาจให้ตรากฎหมายลำดับรองตามที่รัฐมนตรีกำหนด การมอบอำนาจดังกล่าวนี้มีความจำเป็นตามขอบเขตของรัฐบัญญัติที่ 4/1984 ดังนั้น ผู้กำหนดนโยบายย่อมได้รับความเป็นอิสระหรือความยืดหยุ่นที่จะตราข้อบังคับที่เหมาะสมตามลักษณะและผลกระทบของการแพร่ระบาดของโรค

การใช้รัฐธรรมนูญที่ 4/1984 ในฐานะข้อกำหนดหลักเกณฑ์ (term of reference) นั้น รัฐบาลได้ตราข้อบังคับโดยเฉพาะสำหรับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ 4/1984 เพื่อกำหนดรายละเอียดการจัดการที่ชัดเจนเกี่ยวกับการสร้างแรงจูงใจสำหรับบุคลากรทางการแพทย์ที่รับผิดชอบจัดการกับการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

นอกจากนี้ยังมีข้อบังคับอื่นตามมาอีก คือ คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่ 15/KM.7/2020 ว่าด้วยแนวปฏิบัติและรายละเอียดของการจัดสรรทุนสำรองสำหรับช่วยเหลือการปฏิบัติงานด้านสุขภาพ (BOK) วาระที่ 3 สำหรับปีงบประมาณ ค.ศ. 2020 การจัดสรรงบประมาณในขั้นตอนนี้เป็นไปเพื่อเสริมสร้างแรงจูงใจให้กับบุคลากรทางการแพทย์ในระดับท้องถิ่น ในระหว่างเดือนมีนาคมจนถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2020 ค่าตอบแทนเพื่อสร้างแรงจูงใจในส่วนนี้รัฐมอบให้เพื่อเป็นรางวัลตอบแทนความเสี่ยงที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องประสบในการจัดการกับการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ซึ่งโรคโควิด 19 ถือว่าเป็นโรคระบาด ส่วนบุคลากรทางการแพทย์ประเภทใดบ้างที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเพื่อสร้างแรงจูงใจดังกล่าว จะต้องเป็นไปตามรัฐบัญญัติที่ 4/1984 มาตรา 9 ในส่วนนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในฐานะรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดการโรคระบาด ยังได้จัดกลุ่มบุคลากรทางการแพทย์ที่มีสิทธิได้รับเงินรางวัลไว้ด้วย ได้แก่ แพทย์เฉพาะทาง แพทย์ ทันตแพทย์ ผู้ผดุงครรภ์ พยาบาล และบุคลากรทางการแพทย์อื่น ๆ ซึ่งรวมถึงแพทย์ซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นแพทย์ประจำบ้าน แพทย์ในโครงการแพทย์ฝึกหัดของอินโดนีเซีย แพทย์ผู้เข้าร่วมฝึกอบรมเป็นแพทย์เฉพาะทาง บุคลากรทางการแพทย์ที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติงานพิเศษซึ่งสนับสนุนโครงการสาธารณสุขของเมืองนูซันตารา และอาสาสมัครตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด ในการบริหารจัดการโรคโควิด 19 และได้รับการเสนอชื่อโดยหัวหน้าสถานบริการสุขภาพของผู้ที่ได้รับการมอบหมายนั้น

ส่วนข้อโต้แย้งของผู้ร้องว่ามีความสับสนในการคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ที่รับผิดชอบการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ตามกฎหมายเนื่องจากถ้อยคำของรัฐบัญญัติที่ 4/1984 มาตรา 19 ไม่ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “ต้อง” ดังนั้น การที่จะตีความข้อความว่า “ต้องได้รับรางวัลเพื่อ

เป็นการตอบแทนสำหรับความเสี่ยงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีมูล เนื่องจากมีการระบอบอย่างชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 มาตรา 9 แล้ว แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะใช้คำว่า “อาจ” แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้โดยปรากฏในข้อบังคับฉบับต่าง ๆ ซึ่งมีการให้รางวัล เช่น ค่าตอบแทนเพื่อสร้างแรงจูงใจ และประโยชน์ตอบแทนกรณีการเสียชีวิต หรือแม้แต่เหรียญเชิดชูเกียรติ นอกจากนี้ ตามหลักการของการเลือกใช้คำแล้ว คำว่า “อาจ” ในทางกฎหมายนั้นถือเป็นคำสามัญ เนื่องจากผู้บัญญัติกฎหมายไม่จำเป็นจะต้องบัญญัติโดยใช้คำว่า “ต้อง” ในแง่ที่คำว่า “ต้อง” เกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ โดยการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องได้รับการลงโทษ ในขณะที่คำว่า “อาจ” นั้น มีนัยในทางที่ต้องใช้ดุลพินิจสืบเนื่องจากนัยดังกล่าว คำว่า “อาจ” ในแง่การบังคับใช้กฎหมายก็ย่อมเป็นที่เข้าใจได้เพราะมีปัจจัยที่สำคัญมากพอ ซึ่งในคดีนี้ก็คือความเสี่ยงที่บุคลากรทางการแพทย์ต้องประสบในระหว่างสถานการณ์โรคระบาดนั่นเอง โดยการพิจารณาอย่างรอบคอบในขอบเขตที่กว้างขวางของรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการแพร่ระบาดของโรคอันได้แก่ ผลกระทบของโรคระบาดประเภทของกิจกรรมที่อาจรวมอยู่ในการจัดการโรคระบาด การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในระหว่างสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค และรางวัลที่จะมอบให้เจ้าหน้าที่ ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมหากจะเลือกใช้คำว่า “อาจ” การแปลงคำว่า “อาจ” โดยตีความให้เป็นคำว่า “ต้อง” ในการบังคับใช้กฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ และสำหรับรัฐธรรมนูญที่มีขอบเขตกว้างดังเช่นรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 การบังคับใช้ข้อบังคับ เช่น ข้อบังคับเฉพาะเรื่องของรัฐบาลในบางกรณีก็มีเหตุผลที่เพียงพอว่าเมื่อใดและส่วนใดบ้างที่จะตีความคำว่า “อาจ” เป็นคำว่า “ต้อง” อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับนี้ผูกพันรัฐบาลและบุคลากรของรัฐบาลที่จะต้องนำไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติ อันเป็นการให้รางวัลโดยอัตโนมัติแก่เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของ

โรคโควิด 19 และกลับเป็นเรื่องที่มีความสำคัญตามข้อบังคับภายใต้รัฐธรรมนูญที่ 4/1984 ดังนั้น ในกรณีของผู้ร้องซึ่งโต้แย้งประเด็นเรื่องความแน่นอนของสิทธิของผู้ร้องในการได้รับรางวัลในฐานะเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องเผชิญกับความเสี่ยงในระหว่างการจัดการการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ในเชิงเนื้อหาแล้ว ขึ้นอยู่กับการตีความถ้อยคำ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้นำรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 เข้าสู่โครงการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแห่งชาติ ในปี ค.ศ. 2020-2024 เนื่องจากมีความจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้ครอบคลุมเป็นรัฐธรรมนูญในการจัดการโรคระบาด ดังนั้น ข้อโต้แย้งของผู้ร้องเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของถ้อยคำในรัฐธรรมนูญที่ 4/1984 มาตรา 9 จึงไม่มีมูลแต่อย่างใดสำหรับข้อโต้แย้งของผู้ร้องที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ 6/2018 มาตรา 6 นั้น หากพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว จะเห็นได้ว่าความมีอยู่ของบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นอิสระ เนื่องจากเมื่อได้ตีความมาตรา 6 รวมถึงวลีที่ผู้ร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ให้กว้างขวางขึ้นตามหมวด 9 ของกฎหมายข้างต้นซึ่งมีชื่อหมวดว่า “ทรัพยากรในการกักตัวทางสาธารณสุข” อันเป็นบทบัญญัติที่ถูกร่างถึงในมาตรา 71 ถึงมาตรา 78 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีของผู้ร้องซึ่งร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความวลี “ทรัพยากรที่จำเป็น” ตามรัฐธรรมนูญที่ 6/2018 มาตรา 6 ว่าควรหมายถึง “อุปกรณ์ป้องกันส่วนบุคคลซึ่งจัดหาให้บุคลากรทางการแพทย์” อันเห็นได้ว่าเป็นการอำนวยความสะดวกตามรัฐธรรมนูญที่ 6/2018 มาตรา 72 วรรค (3) เพราะอุปกรณ์ป้องกันส่วนบุคคลที่กล่าวถึงนี้เป็นส่วนหนึ่งของอุปกรณ์ทางแพทย์ซึ่งประกอบกันเป็นสิ่งที่ใช้ในการกักตัวทางสาธารณสุขซึ่งไม่ใช่ส่วนหนึ่งของสิ่งอำนวยความสะดวกทางสุขภาพตามที่ผู้ร้องโต้แย้ง ดังนั้น หากคำร้องของผู้ร้องได้รับการพิจารณาโดยตีความวลี “ทรัพยากรที่จำเป็น” ตามรัฐธรรมนูญที่ 6/2018 มาตรา 6 ให้หมายถึงการจัดหาอุปกรณ์

ป้องกันส่วนบุคคล ค่าตอบแทนเพื่อสร้างแรงจูงใจสำหรับบุคลากรทางการแพทย์ สิทธิประโยชน์สำหรับบุคลากรทางการแพทย์ ผู้ติดตามและทรัพยากร สำหรับการสอบสวนโรค และ/หรือปัจจัยความเสี่ยงทางสาธารณสุข การตีความในลักษณะนั้นจะเป็นการเพิ่มข้อจำกัดและก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เหมาะสม ไม่เป็นไปตามที่ UUD 1945 มาตรา 28D วรรค (1) รับรองไว้ เนื่องจากจะเข้าซ้อนกับบทบัญญัติ มาตรา 71 ถึงมาตรา 78 โดยเฉพาะมาตรา 72 วรรค (3) แห่งรัฐธรรมนูญที่ 6/2018 ยิ่งไปกว่านั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ตามคำร้องของผู้ร้องจะเป็นการสร้าง ความเสียหายแก่สาธารณะในวงกว้าง เพราะจะส่งผลกระทบต่อศักยภาพ ในการป้องกันและขัดขวางอย่างสูงสุดแก่การสิ้นสุดและการเข้ามาของโรค และ/หรือปัจจัยความเสี่ยงทางสาธารณสุขเนื่องจากรัฐบาลสามารถปฏิเสธ หน้าที่ของตนในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการกักตัวทางสาธารณสุข เช่น โรงพยาบาล เกสท์เฮนจ์ เช่น ยา และเวชภัณฑ์อย่างอื่น ในขณะที่ UUD 1945 มาตรา 34 วรรค (3) บัญญัติหน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐเอาไว้

ข้อโต้แย้งของผู้ร้องที่อ้างถึงความขาดแคลนอุปกรณ์ป้องกันส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นแก่บุคลากรทางการแพทย์ ผู้ปฏิบัติงานทางสาธารณสุข และผู้ปฏิบัติงานในสถานบริการสุขภาพท่ามกลางการแพร่ระบาดของ โรคโควิด 19 นั้นแสดงให้เห็นถึงความห่วงใยและความกังวลของผู้ร้อง และผู้ใดก็ตามที่ต้องการส่งข้อสังเกตเป็นพิเศษถึงรัฐบาล อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ ที่ 6/2018 มาตรา 6 ดังที่ได้โต้แย้ง ดังนั้น ข้อโต้แย้งของผู้ร้องดังกล่าว จึงไม่มีมูลแต่อย่างใด

## สรุปคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

### 1. ในประเด็นคำขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้อง

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้องเป็นคำขอที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

### 2. ในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี

1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำร้องของผู้ร้องที่ 1 (สมาคมกฎหมายสาธารณสุขอินโดนีเซีย) เป็นคำร้องที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

2) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยกคำร้องของผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 3 ผู้ร้องที่ 4 และผู้ร้องที่ 5



## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศอังกฤษ ที่มีประเด็นสำคัญ พ.ศ. 2564\*

---

### 1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 23/2021 (VII. 13.) เอบี

#### - การห้ามการชุมนุมในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ผู้ร้องร่ำว่า บทบัญญัติในรัฐกำหนดที่กำหนดมาตรการห้ามการชุมนุมในที่สาธารณะ การจัดหรือเข้าร่วมกิจกรรมหรือการประชุม ในระหว่างสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นกฎหมายที่จำกัดและละเมิดสิทธิในการชุมนุมเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน

ศาลรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษพิจารณาเห็นว่า สิทธิในการชุมนุมเป็นสิทธิทางการเมืองขั้นพื้นฐานที่สำคัญ ซึ่งเป็นรากฐานของสังคมประชาธิปไตย ในขณะเดียวกัน การป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อไวรัสโคโรนา และการจำกัดความเสี่ยงให้อยู่ในวงกว้างน้อยที่สุดก็เป็นเป้าหมายที่สำคัญอย่างยิ่งในการดำเนินการของภาครัฐ ซึ่งสมเหตุสมผลตามรัฐธรรมนูญ แม้ว่าไม่อาจยืนยันได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งปวงจะต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรค แต่ข้อจำกัดชั่วคราวต่อสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบมากที่สุดจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค ย่อมถือได้ว่าเป็นมาตรการบังคับที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังได้เน้นย้ำในคำวินิจฉัยฉบับนี้ด้วยว่า การกำหนดมาตรการนี้ชั่วคราวตามหลักความได้สัดส่วนเป็นมาตรการที่สำคัญ เพราะยิ่งหากปล่อย

---

\* นายพิทักษ์สิน สีวรุจน์ นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ กองวิเทศสัมพันธ์ และการต่างประเทศ กลุ่มงานล่ามและการแปล  
นายก้องเกียรติ สุระกา นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ กองวิเทศสัมพันธ์ และการต่างประเทศ กลุ่มงานความร่วมมือระหว่างประเทศ

ให้ระยะเวลาการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเนิ่นนานเท่าใด การหาเหตุผลสนับสนุนการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นก็จะมีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างสมบูรณ์มีอาจพิเคราะห์จากเหตุปัจจัยด้านภัยอันตรายได้เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องคำนึงถึงบริบทที่ว่าสถานการณ์ในลักษณะดังกล่าวสมเหตุสมผลต่อการระงับสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ หรือไม่ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าว แต่มีความเห็นตามความจำเป็นทางรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายที่เป็นประเด็นข้างต้น อันเป็นกฎหมายที่ผู้มีอำนาจตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิการชุมนุมในช่วงเวลาหนึ่งและภายใต้ขอบเขตที่จำเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ฉุกเฉิน ต้องได้รับการพิจารณาตรวจทานในคราวต่อ ๆ ไปด้วยว่าสถานการณ์ยังจำเป็นต่อการระงับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวอยู่หรือไม่ อย่างไร

## 2) คำฟ้องตรงต่อระเบียบที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ที่ได้รับหนังสือคุ้มกัน

ผู้ร้องยื่นคำร้องจำนวนประมาณ 800 คำร้อง อ้างว่ารัฐกำหนดละเมิดต่อการห้ามเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ รัฐบาลได้กำหนดข้อบังคับในการรักษาระยะห่างทางสังคมและลดจำนวนการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อลดการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส กล่าวคือ การกำหนดมาตรการการจำกัดพื้นที่ในเวลา กลางคืน การห้ามการรวมกลุ่ม การห้ามรับประทานอาหารในภัตตาคาร และร้านอาหาร การกำหนดเวลาเปิด-ปิดของร้านค้า การห้ามจัดกิจกรรม และการแข่งขันกีฬาในพื้นที่ปิด การปิดสถานที่สนทนา การกำหนดให้โรงเรียนระดับมัธยมศึกษาจัดการเรียนการสอนผ่านระบบดิจิทัล และการจำกัดจำนวนของผู้ร่วมกิจกรรมทางครอบครัว เช่น งานฌาปนกิจ และงานมงคลสมรส เป็นต้น

ผู้ร้องอ้างว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงบริการระหว่างบุคคลธรรมดาที่มีและไม่มีหนังสือเอกสิทธิ์คุ้มกัน

เนื่องจากบุคคลที่ไม่มีหนังสือค้ำกันไม่ได้รับประโยชน์จากบริการต่าง ๆ ระเบียบดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อพวกเขาตน ซึ่งก็คือผู้ที่ยังไม่รับวัคซีนและไม่ มีหนังสือค้ำกันใด ๆ

หน่วยงานทางด้านสาธารณสุขของประเทศยังพิจารณาแล้วเห็นว่าการรับวัคซีนมีความเหมาะสมในขณะที่หลักเอกสิทธิ์ค้ำกันยังสามารถปฏิบัติ ให้บรรลุผลได้ อีกทั้งภายใต้ระเบียบปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญประเทศยังการี หากบุคคลสามารถยืนยันสถานะว่าตนมีตำแหน่งในหน่วยงานภาครัฐของ ต่างประเทศได้ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะยอมรับหลักความค้ำกันดังกล่าว ทั้งนี้ การปฏิเสธหลักเอกสิทธิ์ค้ำกันบุคคลไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ผู้ซึ่งถือหนังสือเอกสิทธิ์ค้ำกันไม่จำเป็นต้องเป็นกลุ่มบุคคล ประเภทเดียวกับผู้ที่ไม่เข้าเงื่อนไขการไม่รับวัคซีน ประกอบกับผู้ที่มีหนังสือ เอกสิทธิ์ค้ำกันภายใต้รัฐกำหนดนี้ถือได้ว่าเป็นบุคคลกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่ำ และมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการแพร่ระบาดของเชื้อโรคหรือเป็นสาเหตุ ของโรคที่ไม่แสดงอาการน้อยกว่ากลุ่มบุคคลทั่วไป การแบ่งแยกกลุ่มบุคคล ประเภทดังกล่าวนี้จึงไม่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นการละเมิดต่อการห้ามการเลือก ปฏิบัติแต่อย่างใด

อนึ่ง กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดให้การรับวัคซีนเป็นสภาพบังคับ ฉะนั้น การปฏิเสธไม่รับวัคซีนจึงมิใช่เป็นเหตุที่แท้จริงสำหรับคำร้องข้างต้น ประเด็นที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานถูกจำกัดและเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั้น จึงเป็นอันตกไป ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา

### 3) คำร้องที่ IV/3010/2021

- การบังคับฉีดวัคซีนสำหรับบุคลากรทางการแพทย์

ผู้ร้องโต้แย้งว่ารัฐกำหนด ซึ่งบังคับให้บุคลากรทางการแพทย์ต้องได้ รับการฉีดวัคซีน หากไม่เข้ารับการฉีดวัคซีน การจ้างงานจะสิ้นสุดลงทันที

โดยลูกจ้างจะไม่ได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าหรือได้รับเงินชดเชย จึงเป็น บทบัญญัติที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะตัดสินใจด้วยตนเอง และสิทธิที่จะทำงานภายในสภาพแวดล้อมที่เคารพต่อสุขภาพ ความปลอดภัย ตลอดจนถึงศักดิ์ศรีของมนุษย์

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากรัฐ กำหนดดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อประกันการทำหน้าที่ของระบบประกัน สุขภาพ ความปลอดภัยของผู้ป่วย สิทธิในชีวิตและสุขภาพของสมาชิกในสังคม และผู้ป่วย ซึ่งรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบต่อสิทธิดังกล่าว นอกจากนี้วัตถุประสงค์ ทางกฎหมายของการบังคับให้เข้ารับการวัคซีนมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิต และสุขภาพ ลดการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อที่จะส่งผลกระทบต่อสุขภาพ สังคม และเศรษฐกิจ ตลอดจนการประกันการทำหน้าที่ของระบบประกัน สุขภาพที่มุ่งดูแลความปลอดภัยของผู้ป่วย และเพื่อให้มีการฉีดวัคซีน ครอบคลุมทุกภาคส่วนเพื่อหยุดการแพร่ระบาด จึงมีข้อจำกัดบางประการ เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ข้อจำกัดดังกล่าวจะเป็นหลักประกันได้ว่าระบบดูแลผู้ป่วยจะมีความปลอดภัย ต่อเนื่อง และเข้าถึงได้ โดยมีบุคลากรทางการแพทย์ที่เพียงพอ ที่จะทำงานดังกล่าวได้ หากมีการละเลยไม่ฉีดวัคซีนอาจนำมาซึ่งการล่มสลาย ของระบบประกันสุขภาพได้ ดังนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานในสุขภาพและชีวิต ของกลุ่มบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองโดยการจำกัดสิทธิที่เป็นปัญหานั้น ย่อมกว้างขวางกว่าสิทธิของกลุ่มผู้ถูกจ้างงานข้างต้น (บุคลากรทางการแพทย์ : ผู้แปล) และสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะขยายไปยังสังคมในวงกว้างต่อไป

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี\*

คำร้องที่ E. 2020/91

วันที่ 13 ตุลาคม 2564

เรื่อง ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้เพิ่มโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์

### บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญในการประชุมเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2021 (พ.ศ. 2564) วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้เพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่งสำหรับคดีทำร้ายร่างกายโดยเจตนาและดูหมิ่นที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่ดำรงตำแหน่งในสถาบันด้านสาธารณสุขของรัฐและไม่ให้นำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 51 ว่าด้วยการรอกการลงโทษมาใช้บังคับกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา คุกคาม และดูหมิ่นที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพข้างต้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและให้ยกคำร้องที่ขอให้เพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว

### ความเป็นมาแห่งคดี

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งในคดีนี้ คือ บทบัญญัติที่ให้เพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่งสำหรับคดีทำร้ายร่างกายโดยเจตนาและดูหมิ่นที่ได้กระทำ “โดยเกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่” ต่อผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่ดำรงตำแหน่งในสถาบันด้านสาธารณสุขของรัฐ และไม่ให้นำประมวล

\* นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ สำนักมาตรฐานคดีรัฐธรรมนูญ กลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี

กฎหมายอาญา มาตรา 51 ว่าด้วยการรอกการลงโทษมาใช้บังคับกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา คุกคาม และดูหมิ่นที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพข้างต้น โดยผู้ร้องอ้างในคำร้องว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากบัญญัติให้เป็นบทลงโทษ แม้ว่าการเพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่งเป็นการลงโทษซ้ำซ้อนและเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการขัดขวางการรอกการลงโทษซึ่งเป็นการเพิ่มความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์กับข้าราชการอื่นที่มีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกันให้มากขึ้นไปอีก

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี<sup>87</sup>

#### มาตรา 10 ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

“บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าจะด้วยเหตุทางภาษา เชื้อชาติ สีผิว เพศ ความคิดเห็น

<sup>87</sup> Constitution of the Republic of Turkey

Article 10 Equality before the law

Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds.

Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality.

Measures to be taken for children, the elderly, disabled people, widows and orphans of martyrs as well as for the invalid and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality.

No privilege shall be granted to any individual, family, group or class.

State organs and administrative authorities are obliged to act in compliance with the principle of equality before the law in all their proceedings.

ทางการเมือง ความเชื่อทางปรัชญา ศาสนาและนิกาย หรือเหตุผลอื่นใด

ชายและหญิงมีสิทธิโดยเสมอกัน รัฐมีหน้าที่ในการประกันให้สิทธิดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ มาตรการใดที่ได้กระทำเพื่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ถือเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

มาตรการที่ใช้บังคับกับเด็ก คนชรา คนพิการ ภริยาหม้ายและบุตรกำพร้าของผู้พลีชีพในสงครามและในการปฏิบัติหน้าที่ ตลอดจนจนผู้ทุพพลภาพ และทหารผ่านศึก ย่อมไม่ถือเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

ไม่มีการให้สิทธิพิเศษต่อบุคคล ครอบครัว กลุ่ม หรือชนชั้นใด ๆ

หน่วยงานของรัฐและหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในทุก ๆ การปฏิบัติงาน”

### ประมวลกฎหมายอาญา<sup>88</sup>

มาตรา 51 (1) การรอการลงโทษสำหรับโทษจำคุก

“เมื่อศาลพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยเป็นระยะเวลาสองปีหรือน้อยกว่านั้น ศาลอาจพิพากษาให้รอการลงโทษได้ กรณีจำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี หรือมีอายุเกินหกสิบห้าปีในขณะที่กระทำความผิด ศาลอาจพิพากษาให้รอการลงโทษได้สำหรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี อย่างไรก็ตาม ในการพิพากษา

<sup>88</sup> Penal Code of Turkey

Article 51 Suspending Sentences of Imprisonment

(1) A sentence of imprisonment for a term of two years or less may be suspended. The upper limit of this term is three years for those under eighteen of age or above sixty five years old at the time of the commission of the offence. However, in order to decide to suspend the sentence,

a) the person should not have been sentenced to a penalty for a term of more than three-month imprisonment for an intentional offence,

b) the Court should be convinced, as a result of hearing the remorse he expressed during trial, that the offender will not commit further offences in the future.

ให้รอกการลงโทษจะต้องปรากฏว่า

เอ) จำเลยต้องเป็นบุคคลที่ไม่ถูกพิพากษาลงโทษจำคุกเกินกว่าสามเดือน ในการกระทำความผิดโดยเจตนา

บี) ศาลเห็นว่าจำเลยจะไม่กระทำความผิดอีกในอนาคตเนื่องจาก จำเลยแสดงความสำนึกผิดในระหว่างการพิจารณาคดี ...”

### เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

การนำหลักการพิเศษมาใช้กับอาชญากรรมและวิธีพิจารณาความอาญา ในกฎหมายอาญาด้วยความมุ่งหมายที่จะปราบปรามอาชญากรรม และความผิดทางอาญานั้นมีความเกี่ยวข้องกับแนวนโยบายทางอาญาของรัฐ ดังนี้ ด้วยเงื่อนไขแห่งความผูกพันตามรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจ ใช้ดุลพินิจในการวางกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา เช่น การตัดสินใจ เลือกวิธีการที่จะนำมาใช้กับการสอบสวนและกระบวนการฟ้องคดี หรือ ตัดสินใจว่าการกระทำใดควรถือว่าเป็นอาชญากรรมในสังคม และหากถือ การกระทำใดเป็นอาชญากรรมแล้ว ทศนคดีและพฤติกรรมเช่นใดจะถือเป็น ปัจจัยแห่งความหนักเบาของอาชญากรรมนั้น อย่างไรก็ตาม ในการใช้ดุลพินิจ ดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนด้วย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งบัญญัติให้ลงโทษบุคคลที่ทำร้าย ร่างกาย และดูหมิ่นผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์หนักกว่ากรณีกระทำ ต่อข้าราชการอื่น ทั้งยังบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวรวมถึงการคุกคาม เป็นความผิดที่ไม่อาจรอกการลงโทษได้ ในขอบเขตนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้างต้น มีความมุ่งหมายในการป้องกันการกระทำความผิดฐานที่กำหนด ต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ในลักษณะที่เป็นการป้องปราม การกำหนดโทษสถานหนักและการไม่นำมาตรการรอกการลงโทษจำคุกมาใช้ ย่อมสมเหตุผลผลและเป็นวิธีการที่จำเป็นเพื่อให้สมตามความมุ่งหมายที่ตั้งไว้



การทำร้ายร่างกายและดูหมิ่นผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านั้นเป็นความผิดฉกรรจ์ที่จะต้องลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดให้หนักขึ้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งไม่ได้สร้างความแตกต่างระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในสถาบันด้านการสาธารณสุขของเอกชนกับของรัฐ ตามที่ปรากฏในวรรคสามของมาตราหนึ่งในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นปัญหาว่าผู้ที่ปฏิบัติงานในสถาบันด้านการสาธารณสุขของเอกชนจะถือเป็นข้าราชการในกรณีที่ถูกกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ของตน ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ในการพิจารณาลงโทษบุคคลที่ทำร้ายร่างกายและข่มขู่ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะต้องคำนึงถึงปัจจัยแห่งความฉกรรจ์ของความผิดจำนวน 2 ปัจจัยด้วยกัน

ประเภทและขอบเขตของบทลงโทษสำหรับความผิดต่าง ๆ นั้น มีความหลากหลายตามสภาพปกติ กล่าวคือ รูปแบบของความร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงของความผิดนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติหมายเลข 5237 เมื่อคำนึงถึงความร้ายแรงและความหนักเบาของบทลงโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดและความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว การเพิ่มโทษย่อมจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การรอกการลงโทษจำคุกเป็นหนึ่งในกระบวนการพิพากษาและลงโทษให้เหมาะสมเป็นรายบุคคล เช่น การรอกการประกาศคำพิพากษาและการลงโทษทางเลือกแทนการจำคุกระยะสั้น การรอกการลงโทษจำคุกไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดที่จะต้องให้แก่จำเลยทุกคนในทุกคดี ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้มีอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจกำหนดว่าจะใช้การรอกการลงโทษจำคุกในกรณีใดบ้าง ด้วยเหตุนี้ เงื่อนไขเหล่านี้จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การสร้างภาระให้แก่บุคคลที่กระทำความผิดโดยการห้ามรอกาลงโทษจำคุกซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติเมื่อเทียบกับความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นปัญหาจึงถือว่าได้สัดส่วนแล้ว

นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 นำมาใช้บังคับกับบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายอย่างเดียวกัน โดยกรณีเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งเป็นข้าราชการและข้าราชการอื่นมีสถานะที่คล้ายคลึงกันอันสามารถเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เป็นการมอบสิทธิพิเศษแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์โดยการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แตกต่างกัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่สมเหตุสมผลรวมทั้งต้องได้สัดส่วนด้วย

โดยธรรมชาติของบริการด้านสาธารณสุขแล้วเป็นบริการที่ขาดไม่ได้ในการให้หลักประกันด้านสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของปัจเจกบุคคลและสังคมซึ่งควรจัดระเบียบให้แน่นอน วัตถุประสงค์อันเป็นรากฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นปัญหาก็คือการเพิ่มจำนวนขึ้นของความผิดที่กระทำต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา กรณีจึงเป็นที่ชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวตราขึ้นมาเพื่อป้องกันการกระทำความผิดในลักษณะที่ได้กล่าวมาแล้วต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ ดังนั้น บทบัญญัติที่เป็นการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างบุคคลที่มีสถานะคล้ายคลึงกันนี้จึงมีวัตถุประสงค์และเหตุผลที่สมเหตุสมผลเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าการเพิ่มโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิดต่อผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์จึงได้สัดส่วนและสามารถสรุปได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่โต้แย้งกันในคดีนี้ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายแต่อย่างใด

## ผลคำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้เพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่งสำหรับคดีทำร้ายร่างกายโดยเจตนาและดูหมิ่นที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่ดำรงตำแหน่งในสถาบันด้านสาธารณสุขของรัฐ และไม่ให้นำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 51 ว่าด้วยการรอกการลงโทษมาใช้บังคับกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา คุกคาม และดูหมิ่นที่ได้กระทำต่อผู้ประกอบวิชาชีพข้างต้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ยกคำร้องที่ขอให้เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

## หมวดที่ 5

สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล



## คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา\*

คดี Roe v. Wade (1973)

วันที่ 20 มกราคม 2516

เรื่อง กฎหมายห้ามยุติการตั้งครรภ์ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

---

### สรุปข้อเท็จจริง

เจน โร (Jane Roe) หรือชื่อจริงคือ นอร์มา แมคคอร์เวีย (Norma McCorvey) หญิงโสด ชาวเมืองดัลลัส รัฐเท็กซัส ซึ่งตั้งครรรภ์บุตรคนที่สาม ได้ฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class action) ว่ากฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำแท้งของรัฐเท็กซัสซึ่งห้ามการจัดให้มี หรือการพยายามทำแท้ง เว้นแต่จะมีคำแนะนำทางการแพทย์ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาชีวิตของมารดา ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว เนื่องจากเธอต้องการที่จะยุติการตั้งครรภ์โดยแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาต โดยปลอดภัย ภายในสถานพยาบาล ซึ่งเธอไม่อาจทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐเท็กซัสได้ เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเธอจะได้รับอันตรายต่อชีวิตอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ และเธอก็ไม่อาจเดินทางไปยังเขตอำนาจทางกฎหมายอื่น (Another jurisdiction) ซึ่งสามารถทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยปลอดภัยได้ เธออ้างว่ากฎหมายของรัฐเท็กซัสนั้นคลุมเครือไม่ชัดเจน และลดทอนสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเธอ ซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ฉบับที่สี่ ฉบับที่ห้า ฉบับที่เก้า และฉบับที่สิบสี่ เธอจึงฟ้องคดีนี้ในนามของตนเอง

---

\* นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการกลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5 นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

และสตรีทุกคน

กฎหมายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ก็คือ ประมวลกฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัส (The State's Penal Code) มาตรา 1191 ถึงมาตรา 1194 และมาตรา 1196 โดยมลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ ส่วนคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องก็คือ เฮนรี เวด (Henry Wade) ซึ่งดำรงตำแหน่งอัยการเขต (District Attorney) ในขณะนั้น

นอกจากเจน โร แล้ว เจมส์ ฮูเบิร์ต ฮัลฟอร์ด แพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาต ก็ได้รับอนุญาตให้ร้องสอดเข้ามาในคดี โดยในคำร้องสอดของเขา เขาได้ระบุว่าก่อนหน้านี้อาถูกจับกุมเนื่องจากละเมิดกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำแท้งของรัฐเท็กซัส และถูกฟ้องเป็นคดี 2 คดี ซึ่งยังอยู่ในระหว่างพิจารณา เขากล่าวว่ามีหลายครั้งที่ในฐานะแพทย์แล้ว เขาไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่ากรณีนั้น ๆ ต้องด้วยข้อยกเว้นของกฎหมายที่สามารถจะทำแท้งให้แก่คนไข้ ตามมาตรา 1196 ได้หรือไม่ กฎหมายดังกล่าวคลุมเครือไม่ชัดเจน อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่สิบสี่ และเป็นการละเมิดสิทธิของเขาและของคนไข้ในความเป็นส่วนตัว ในความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับคนไข้และสิทธิของเขาเองในการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ฉบับที่สี่ ฉบับที่ห้า ฉบับที่เก้า และฉบับที่สิบสี่

จอห์น และแมรี โด (John and Mary Doe หรือ The Does) คู่สมรสซึ่งฟ้องคดีรวมมากับโร โดยใช้นามสมมติ เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยอ้างว่าพวกเขายังไม่มีบุตร และแมรีได้รับความทุกข์ทรมานจากอาการผิดปกติของสารเคมีในระบบประสาท (Neural-chemical disorder) ซึ่งแพทย์ได้ให้คำแนะนำว่าควรหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์จนกว่าอาการจะดีขึ้น (ถึงแม้ว่าการตั้งครรภ์ ณ ขณะนั้นจะไม่แสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงอย่างมากต่อชีวิตของแมรีเลยก็ตาม) สืบเนื่องจากคำแนะนำ

ทางการแพทย์ดังกล่าว แมรีที่ได้เลิกใช้ยาคุมกำเนิดไปแล้ว หากเธอตั้งครรภ์ เธอก็จะต้องการยุติการตั้งครรภ์โดยการทำแท้งซึ่งกระทำโดยแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาต ด้วยความปลอดภัย ภายในสถานพยาบาล โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามคำฟ้อง คู่สมรสคู่นี้ฟ้องคดีนี้ในนามของพวกเขาเองและในนามของคู่สมรสคู่อื่น ๆ ซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน

### สรุปคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

คดีนี้ศาลสูงสุดเห็นว่าสิทธิในการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนบุคคล หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกากฎหมายใดที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวย่อมต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (Strict Scrutiny)<sup>89</sup>

กฎหมายของรัฐเท็กซัสที่ห้ามการทำแท้งเว้นแต่เพื่อรักษาชีวิตของมารดา โดยมีได้คำนึงถึงช่วงระยะเวลาในการตั้งครรภ์จึงเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยหลักศุภนิติกระบวนการ<sup>90</sup> (Due Process of law) ตามรัฐธรรมนูญ

<sup>89</sup> Strict scrutiny คือมาตรฐานที่เคร่งครัดที่สุดในการพิจารณาคดีโดยศาลของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของลำดับขั้น ของมาตรฐานที่ศาลใช้เพื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญกับหลักการทางรัฐธรรมนูญ หรือประโยชน์ของรัฐกับการปฏิบัติตาม หลักการทางรัฐธรรมนูญ

<sup>90</sup> หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่สิบสี่บัญญัติห้ามมิให้มลรัฐกระทำการใดอันเป็นการเพิกถอนหรือ ลิดรอนสิทธิในชีวิตเสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่เป็นธรรม โดยแบ่งออกเป็นหลักศุภนิติกระบวนการในเชิงกระบวนการ (Procedural Due Process) ที่ มลรัฐ และเจ้าหน้าที่ของมลรัฐจะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่เป็นธรรม ทั้งกระบวนการทางแพ่งและทางอาญา เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองสิทธิของประชาชน จากการใช้อำนาจรัฐ และหลักศุภนิติกระบวนการในเชิงเนื้อหา (Substantive Due Process) ซึ่งกฎหมายที่รัฐตราขึ้นมาเพื่อกำหนดความประพฤติของประชาชนนั้น ต้องเป็นกฎหมาย ที่มีเนื้อหาไม่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้



แห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่สิบสี่ โดยศาลสูงสุดได้วินิจฉัยตามกรอบ ช่วงระยะเวลาการตั้งครุฑเป็น 3 ไตรมาส (Trimester Framework) เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำแท้งของบุคคลกับประโยชน์ สาธารณะที่รัฐต้องคุ้มครอง

ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยวางหลักไว้เป็นรายประเด็น ดังนี้

1. โดยที่จำเลยมิได้ยื่นอุทธรณ์คำขอรับรองสิทธิโดยคำพิพากษา (Declaratory relief)<sup>91</sup> แต่อย่างไรก็ดี ศาลจึงมิได้บังคับตามคำร้องอุทธรณ์ เพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive relief) และคำรับรองสิทธิ ตามคำพิพากษา เนื่องจากคำขอเพื่อการเยียวยาสิทธิทั้งสองประเภทนี้ มีลักษณะเหมือนกัน และศาลได้ปฏิเสธการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไปแล้ว

2. โรมีอำนาจฟ้อง (Standing to sue)<sup>92</sup> แต่ The Does (จอห์น และแมรี) และฮัลฟอร์ด ไม่มีอำนาจฟ้องคดีนี้

2.1 ศาลสูงสุดเห็นตรงข้ามกับข้ออ้างของฝ่ายจำเลย (เฮนรี เวด อัยการเขต) ที่อ้างว่าการที่ไรได้คลอดบุตรแล้ว ซึ่งเป็นการยุติการตั้งครุฑ โดยธรรมชาติ ทำให้โรมีอำนาจฟ้อง ศาลเห็นว่า การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง กับตั้งครุฑเช่นนี้สามารถเกิดขึ้นได้อีก และหากศาลไม่พิจารณาจะเป็นการ หลีกเลี่ยงทำให้คดีเช่นนี้ไม่ได้รับการพิจารณา ซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากหลักการ ของสหรัฐอเมริกาที่จะต้องมีการโต้แย้งสิทธิอย่างแท้จริง (Actual

<sup>91</sup> ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม สามารถดำเนินคดีเพื่อเยียวยาสิทธิในลักษณะการเรียกร้อง ค่าเสียหาย (Monetary Relief) การกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยคำสั่งศาล (Injunctive Relief) หรือการรับรองสิทธิโดยคำพิพากษาของศาล (Declaratory Relief)

<sup>92</sup> หลัก Standing to sue นี้เป็นหลักกฎหมายที่คู่ความซึ่งต้องการให้ศาลพิจารณาตาม ข้อเรียกร้องของตน จะต้องปรากฏว่าเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ 1. มีความเสียหาย (Injury) 2. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) 3. มีความสามารถในการเยียวยาความเสียหาย (Redressability) โดยหลักการนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจ พิจารณาคดีของศาล

controversy) ปรากฏขึ้นในระหว่างการพิจารณาด้วย ไม่ใช่แค่มีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นในขณะที่เริ่มต้นฟ้องคดีเท่านั้น

2.2 ศาลสูงสุดเห็นว่ากรณีที่ศาลเขต (ศาลชั้นต้น) ปฏิเสธไม่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive relief) นั้นชอบแล้ว แต่กรณีที่ศาลชั้นต้นอนุญาตตามคำขอรับรองสิทธิของฮัลฟอร์ดนั้นไม่ชอบ ซึ่งฮัลฟอร์ดเห็นว่าไม่มีการคุ้มครองสิทธิใดในสหรัฐอเมริกาที่จะให้หลักประกันได้ดีไปกว่าการคุ้มครองสิทธิ โดยหลักสุจริตในการดำเนินคดีของรัฐที่กำลังพิจารณาคดีของเขาอยู่

2.3 คำฟ้องของ The Does (จอห์นและแมรี) ตั้งอยู่บนพื้นฐานของภาระผูกพันที่อาจจะไม่เกิดขึ้นก็ได้ ซึ่งดูเป็นการคาดการณ์มากเกินไปที่จะแสดงให้ศาลเห็นว่ามิชอบพิพาทหรือการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นจริง (ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่มีอำนาจฟ้อง และปฏิเสธไม่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้)

3. กฎหมายห้ามทำแท้งของรัฐเท็กซัสที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ ที่ยกเว้นความผิดอาญาเฉพาะกรณีเพื่อช่วยเหลือชีวิตของมารดาโดยไม่คำนึงถึงขั้นตอนหรือช่วงเวลาในการตั้งครรภ์และประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอันเป็นการละเมิดต่อหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process Clause) ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่สิบสี่ ซึ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) ของบุคคลจากการกระทำของรัฐซึ่งรวมถึงสิทธิของสตรีที่จะยุติการตั้งครรภ์ของเธอเอง ถึงแม้ว่ารัฐจะไม่อาจละเมิดสิทธินี้ได้แต่รัฐก็อาจตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ทั้งสุขภาพของมารดาและความสามารถในการมีชีวิตของมนุษย์ (ทารกในครรภ์) ได้ โดยประโยชน์ทั้งสองจะมากขึ้นตามช่วงเวลาในการตั้งครรภ์ที่นานขึ้น

3.1 ในช่วงก่อนสิ้นสุดไตรมาสแรกของการตั้งครรภ์ (First trimester) การตัดสินใจทำแท้ง และผลที่เกิดขึ้นนั้น ล้วนขึ้นอยู่กับควินิจัยทางการแพทย์ของแพทย์ผู้ดูแลหญิงซึ่งตั้งครรภ์นั้น (รัฐไม่อาจแทรกแซงได้)

3.2 ในช่วงเวลาต่อมาหลังสิ้นสุดไตรมาสแรกของการตั้งครรภ์ (ไตรมาสที่สอง หรือ Second trimester) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ต่อสุขภาพของมารดา รัฐอาจตรากฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนในการทำแท้ง โดยพอสมควรแก่เหตุเพื่อคุ้มครองสุขภาพของมารดาได้

3.3 ในช่วงเวลาต่อมา จนถึงช่วงที่ทารกสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง<sup>93</sup> (Viability) เพื่อคุ้มครองความสามารถในการมีชีวิตของมนุษย์ (ทารกในครรภ์) รัฐอาจตรากฎหมายห้ามทำแท้งได้ เว้นแต่เมื่อมีคำวินิจฉัยทางการแพทย์ที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมารดา

4. รัฐอาจนิยามความหมายของ “แพทย์” ให้หมายถึงเฉพาะแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาตจากรัฐและอาจห้ามการทำแท้งโดยบุคคลใดก็ตามที่ไม่มีใบแพทย์ตามความที่ได้นิยามไว้

5. ไม่มีความจำเป็นที่ศาลสูงสุดจะต้องวินิจฉัยปัญหาเรื่องคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive relief) ในเมื่อรัฐเท็กซัสมีอำนาจเต็มโดยปราศจากข้อสงสัยที่จะวินิจฉัยวางหลักโดยศาลของรัฐเท็กซัสเองว่ากฎหมายห้ามทำแท้งของรัฐเท็กซัสนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

กล่าวโดยสรุป ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยคดีนี้ว่า บุคคลอาจเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้จนกว่าทารกในครรภ์จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่ถูกบัญญัติเอาไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยศุภนิติกระบวนตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14

<sup>93</sup> ความสามารถในการดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเองนี้ หมายถึงความสามารถที่จะมีชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดาซึ่งโดยปกติแล้วจะเกิดขึ้นในระหว่าง 24 ถึง 28 สัปดาห์หลังจากการตั้งครรภ์

## เหตุผลในการพิจารณาพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

คดีนี้ศาลสูงสุดเห็นว่าสิทธิในการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนบุคคล (Right of Privacy) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา กฎหมายใดที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวย่อมต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (Strict Scrutiny)<sup>94</sup>

โดยเหตุที่กฎหมายของรัฐเท็กซัสที่ห้ามการทำแท้งเว้นแต่เพื่อรักษาชีวิตของมารดา โดยมีได้คำนึงถึงช่วงระยะเวลาในการตั้งครรภ์เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยหลักศุนีนิติกระบวนการ (Due Process of law) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ขณะที่การตระหนักถึงสิทธิในการทำแท้ง มิได้ถูกจำกัดเพียงสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดา แต่ต้องตระหนักถึงสิทธิส่วนบุคคลของหญิงซึ่งเป็นมารดาด้วย คดีนี้ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยตามกรอบช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์เป็น 3 ไตรมาส (Trimester Framework) เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำแท้งของบุคคลกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐต้องคุ้มครองด้วยกัน กล่าวคือ คุ้มครองสุขภาพของมารดา และการคุ้มครองอีกชีวิตหนึ่งที่จะถือกำเนิดขึ้นมา **ในช่วงไตรมาสแรก**หญิงมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการทำแท้ง โดยปราศจากการแทรกแซงจากภาครัฐ ซึ่งในไตรมาสแรกนี้ กระบวนการทำแท้งมีความปลอดภัยกว่าการให้กำเนิดเด็ก ศาลจะให้สิทธิแก่หญิงมีครรภ์และแพทย์โดยสมบูรณ์ในการยุติการตั้งครรภ์ **สำหรับไตรมาสที่สอง**ซึ่งเป็นช่วงทารกในครรภ์กำลังเริ่มเจริญเติบโต (Fetal Viability) รัฐสามารถจำกัดการทำแท้งเพื่อคุ้มครองสุขภาพของมารดา โดยรัฐสามารถออกกฎหมายกำกับกระบวนการทำแท้งเพื่อมิให้

<sup>94</sup> Strict scrutiny is the most stringent standard of judicial review used by United States courts. It is part of the hierarchy of standards that courts use to determine which is weightier, a constitutional right or principle or the government's interest against observance of the principle.

กระทบต่อสุขภาพของมารดา เช่น คุณสมบัติของบุคลากรทางแพทย์ ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ สถานที่ในการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย **ต่อมาช่วงไตรมาสที่สาม**เป็นช่วงความอยู่รอดของทารกในครรภ์ (The point of fetal viability) สิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดาเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับรอง และคุ้มครอง โดยรัฐสามารถออกกฎหมายคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาและจำกัดกระบวนการทำแท้งได้ แต่การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำเพื่อรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมารดา

แม้ว่า “สิทธิส่วนบุคคล” (Right of Privacy) จะมีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง แต่สิทธิส่วนบุคคลนี้ก็มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ฉบับที่ 4 ฉบับที่ 5 ฉบับที่ 9 และฉบับที่ 14 โดยเห็นว่า หลักประกันของสิทธิส่วนบุคคลนั้นปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือเสรีภาพส่วนบุคคล และสิทธิส่วนบุคคลนี้รวมความไปถึงกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการสมรสความสัมพันธ์ในครอบครัว การให้กำเนิด ตลอดจนการคุมกำเนิด และบุตรด้วย อย่างไรก็ตามสิทธิส่วนบุคคลนี้ ไม่ว่าจะรับรองในฐานะเสรีภาพส่วนบุคคลและการจำกัดอำนาจรัฐในการแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าว ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ก็ดี หรือการสงวนสิทธิที่มีได้รับรองไว้แจ้งชัดในรัฐธรรมนูญให้เป็นสิทธิของประชาชน (Right of people) ดังที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 9 ก็ดี ก็ยังคงมีนัยที่กว้างเกินไปที่จะรวมไปถึงสิทธิของผู้หญิงในการยุติการตั้งครรภ์ เพราะสิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิโดยสมบูรณ์ของผู้หญิง แต่ย่อมถูกจำกัดโดยรัฐเพื่อรักษาไว้ซึ่งสุขภาพของมารดา มาตรฐานทางการแพทย์ และคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์โดยกฎหมายของมลรัฐที่จะควบคุมหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังเช่นสิทธิส่วนบุคคลนี้ จะใช้บังคับได้ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อ “ผลประโยชน์ของมลรัฐ” (Compelling state interest) และกฎหมายนั้นต้องจำกัดสิทธิอย่างแคบ

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจึงวินิจฉัยว่า บุคคลอาจเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ได้จนกว่าทารกในครรภ์จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตนเอง ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่ถูกบัญญัติเอาไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิกระบวนตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14

## คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส\*

คำวินิจฉัยที่ 2018-761 QPC

วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2562

เรื่อง กฎหมายที่ลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (QPC<sup>95</sup>) ของประมวลกฎหมายอาญาที่มีเนื้อหาเป็นการลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศ โดยทั่วไป<sup>96</sup> อันมีเจตนารมณ์เสริมสร้างการต่อต้านการค้าประเวณีและช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพโสเภณี

\* นายสกุลพงษ์ ตริสมพงษ์ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรฐานงานคดี 2 สำนักคดี 5

<sup>95</sup> QPC (La question prioritaire de constitutionnalité) คือระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลังมีผลใช้บังคับ ซึ่งได้รับการแก้ไขตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส แก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 มาตรา 61-1 ซึ่งมีหลักการใกล้เคียงกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ของไทย กล่าวคือ ในระหว่างกระบวนการพิจารณา คู่ความในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองสามารถร้องขอให้ศาลนั้นส่งความเห็นว่าจะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดีมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาเพื่อให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยคำร้องจะส่งผ่านไปยังศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี

<sup>96</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 8 ผู้ซื้อบริการทางเพศจะมีความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อซื้อบริการทางเพศจากบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ในสถานการณ์ค้าประเวณีเท่านั้น

## บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ร้องอ้างว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 131-16 อนุมาตรา 9 ทวิ ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม โดยรัฐบัญญัติหมายเลข 2016-444 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2016 กำหนดกฎหมายเกณฑ์การลงโทษในความผิดลหุโทษสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาเพิ่มเติม ดังนี้

“หากเป็นไปได้ ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่จะต้องเข้ารับการอบรมหลักสูตรที่ช่วยเพิ่มความตระหนักถึงการต่อต้านการซื้อบริการทางเพศ โดยผู้กระทำความผิดต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติหมายเลข 2016-444 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2016 บัญญัติว่า

“เมื่อมีการกระทำความผิดซ้ำตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 132-11 วรรคสอง การกระทำที่เป็นการชักชวน ยอมรับ หรือได้รับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะทางเพศ<sup>97</sup> จากบุคคลซึ่งประกอบอาชีพค้าประเวณี โดยมีการชำระค่าตอบแทน สัญญาว่าจะให้ค่าตอบแทน จัดหาผลประโยชน์ในลักษณะดังกล่าวหรือสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์เช่นว่านั้น แม้ว่าจะมีการตอบแทนกันเป็นครั้งคราว ต้องระวางโทษปรับ 3,750 ยูโร

การชักชวน ยอมรับ หรือได้รับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะทางเพศ จากบุคคลซึ่งประกอบอาชีพค้าประเวณี โดยมีการชำระค่าตอบแทน สัญญาว่าจะให้ค่าตอบแทน จัดหาผลประโยชน์ในลักษณะดังกล่าว หรือสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์เช่นนั้น แม้ว่าจะมีการตอบแทนกันเป็นครั้งคราว เมื่อได้

<sup>97</sup> ผู้แปลแปลมาจากข้อความว่า “obtaining relation of a sexual nature” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการมีเพศสัมพันธ์ (sexual intercourse) โดยอาจหมายถึงการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ โดยไม่มีการสอดใส่ด้วย



กระทำต่อบุคคลที่เป็นผู้เยาว์หรือบุคคลซึ่งมีความเปราะบางเป็นพิเศษอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วย ความพิการ ความบกพร่อง หรือการตั้งครรรภ์ โดยเห็นได้ชัดเจนหรือผู้กระทำความผิดรู้ถึงความอ่อนแอดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ 45,000 ยูโร”

**ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-20 วรรคหนึ่ง อนุมาตรา 9** ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติหมายเลข 2016-444 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2016 กำหนดให้บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในหมวดที่ 5 มาตรา 1 ทวิ มาตรา 2 มาตรา 2 ทวิ มาตรา 2 ตริ และมาตรา 2 จัตวา ซึ่งว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะต้องรับโทษเพิ่มเติมด้วยเช่นกัน ดังนี้

“หากเป็นไปได้ ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่จะต้องเข้ารับการอบรมหลักสูตรที่ช่วยเพิ่มความตระหนักถึงการต่อต้านการซื้อบริการทางเพศ โดยผู้กระทำความผิดต้องเสียค่าใช้จ่ายเอง”

**ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 611-1** ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติหมายเลข 2016-444 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2016 บัญญัติไว้ว่า

“การกระทำที่เป็นการชักชวน ยอมรับ หรือได้รับความสัมพันธ์ที่มีลักษณะทางเพศจากบุคคลซึ่งประกอบอาชีพค้าประเวณี โดยมีการชำระค่าตอบแทน สัญญาว่าจะให้ค่าตอบแทน จัดหาผลประโยชน์ในลักษณะดังกล่าว หรือสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์เช่นนั้น แม้ว่าจะมีการตอบแทนกันเป็นครั้งคราว ต้องระวางโทษปรับสำหรับความผิดลหุโทษชั้นที่ 5

บุคคลธรรมดาซึ่งได้รับการพิพากษาว่ามีความผิดลหุโทษตามมาตรา นี้ ยังต้องรับโทษอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างตามมาตรา 131-16 และมาตรา 131-17 วรรคสอง ด้วย”

## เนื้อหาของคำร้อง

ผู้ร้องในคดีนี้มีหลายราย รวมถึงผู้ที่ร้องสอดเข้ามาภายหลังด้วย โดยในคำร้องระบุดังนี้

ประการแรก ผู้ร้องกล่าวว่าบทบัญญัติข้างต้นซึ่งลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศทุกคน แม้ว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นอย่างอิสระด้วยความยินยอมของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะในพื้นที่ส่วนบุคคล บทบัญญัตินี้ เป็นการห้ามอย่างเด็ดขาดและสิ้นเชิงซึ่งอาจจะเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้ที่ประกอบอาชีพโสเภณีเช่นเดียวกับเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้ซื้อบริการทางเพศเช่นเดียวกัน การละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นการสนับสนุนการต่อต้านการค้ามนุษย์หรือเป็นการคุ้มครองบุคคลซึ่งประกอบอาชีพโสเภณี สิ่งนี้ส่งผลเป็นการละเมิดความเคารพในความเป็นส่วนตัว เช่นเดียวกับสิทธิในความเป็นอิสระส่วนบุคคลและสิทธิในเสรีภาพทางเพศอันมีที่มาจากการเคารพในความเป็นส่วนตัว

ประการที่สอง บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพโดยเสรีและเสรีภาพในการทำสัญญา

ประการสุดท้าย คำร้องระบุว่า การลงโทษการกระทำที่เป็นค้าประเวณีทั้งหมดนั้นอาจขัดต่อหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการลงโทษ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องขอให้มีการวินิจฉัยเบื้องต้นในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 611-1 วรรคหนึ่ง

นอกจากนั้น ผู้ร้องสอดบางคนระบุว่าบทบัญญัติที่ได้แย้งนั้นอาจเป็นผลมาจากการเพิ่มความแปลกแยก (Isolation) และความผิดกฎหมาย (Illegality) แก่บุคคลซึ่งประกอบอาชีพโสเภณี การกระทำเช่นนั้นทำให้โสเภณีมีความเสี่ยงต่อความรุนแรงที่เพิ่มมากขึ้นจากผู้ให้บริการทางเพศ และเป็นการ

บังคับให้โสเภณียอมรับเงื่อนไขด้านสุขภาพซึ่งเป็นอันตรายต่อสิทธิในการคุ้มครองสุขภาพของโสเภณีนั่นเองหากยังประสงค์จะทำงานต่อไป

## คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

### ประเด็นโต้แย้งคัดค้านว่าด้วยการละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคล

คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 2 กำหนดว่า “วัตถุประสงค์แห่งสังคมการเมือง ได้แก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งสิทธิทั้งหลาย (ที่กำเนิดขึ้นและมีมา) ตามธรรมชาติและ (เป็นสิทธิซึ่ง) มีอจยกเล็กเพิกถอนได้ของมนุษย์ สิทธิทั้งหลายเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ (ในทรัพย์สิน) ความปลอดภัย (ในชีวิตและร่างกาย) และ (สิทธิใน) การขัดขืนต่อการกดขี่ (ไม่ว่าในรูปแบบใด)” ข้อ 4 กำหนดว่า “เสรีภาพได้แก่ความสามารถ (ของบุคคล) ที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ก่ออันตรายเสียหายแก่ผู้อื่น ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนนั้นย่อมถูกจำกัดลงได้แต่เฉพาะที่จะให้การประกันแก่ผู้เป็นสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยบทกฎหมายเท่านั้น”<sup>98</sup>

ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่รับผิดชอบในการประนีประนอมระหว่างคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและป้องกันการกระทำผิด ด้วยการให้เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง ทั้งนี้ตามคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 2 และข้อ 4 ซึ่งคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 611-1 วรรคหนึ่ง กำหนดกฎเกณฑ์การลงโทษการกระทำที่เป็นการชักชวน ยอมรับ หรือได้รับความสัมพันธ์ที่มี

<sup>98</sup> สำนวนแปลของ ดร. ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ลักษณะทางเพศจากบุคคลซึ่งประกอบอาชีพค้าประเวณี โดยมีการชำระค่าตอบแทน สัญญาว่าจะให้ค่าตอบแทน จัดหาผลประโยชน์ในลักษณะดังกล่าวหรือสัญญาว่า จะให้ผลประโยชน์เช่นนั้น แม้ว่าจะมีการตอบแทนกันเป็นครั้งคราว และมาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้การกระทำเช่นเดียวกันนี้เป็นความผิดเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการพิพากษาว่ากระทำความผิดซ้ำ

ในแง่หนึ่ง บทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากการเตรียมการไว้แล้ว ในการเลือกใช้บทบัญญัติเหล่านี้ลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศ ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการกำจัดแหล่งที่มาของรายได้ย่อมเป็นการต่อต้านกิจกรรมการซื้อบริการทางเพศนี้และต่อต้านการค้ามนุษย์สำหรับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ รวมถึงอาชญากรรม ในการบังคับและเอาคนลงเป็นทาส ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้รับรองการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การคุ้มครองบุคคลจากการเอาคนลงเป็นทาส และคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน และการป้องกันการกระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ

กล่าวในอีกแง่หนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 61-1 ไม่ได้ให้อำนาจทั่วไปในการวินิจฉัยแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในลักษณะที่คล้ายกันกับรัฐสภา แต่รัฐธรรมนูญให้เพียงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการส่งมาให้พิจารณา หากฝ่ายนิติบัญญัติห้ามการใช้บริการทางเพศในทุกกรณี รวมถึงการกระทำทางเพศที่กระทำโดยอิสระด้วยความยินยอมของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะในพื้นที่ส่วนบุคคล ในกรณีส่วนใหญ่บุคคลที่ประกอบอาชีพค้าประเวณีมักตกเป็นเหยื่อในการล่อลวงและการแสวงหาผลประโยชน์ ความผิดเหล่านี้เกิดขึ้นได้เพราะมีอุปสรรคในการสนองความใคร่โดยมีค่าตอบแทน เมื่อมีการกำจัดอุปสรรคนี้โดยอาศัยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 61-1 วรรคหนึ่ง เห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้วิธีการที่เหมาะสม

แล้วในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สืบเนื่องจากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ประนีประนอมระหว่างความไม่สมดุลอย่างชัดเจนระหว่างเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกัน การกระทำความผิด และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับเสรีภาพส่วนบุคคล ข้อโต้แย้งคัดค้านว่าด้วยการละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลนี้จึงต้องตกไป

### ประเด็นโต้แย้งคัดค้านเรื่องอื่น ๆ

ประการแรก ตามคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 8 ซึ่งกำหนดว่า “กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใด ๆ ได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งและเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัดเท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นและประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น”<sup>99</sup> หากมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดใด ๆ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจในการตรากฎหมายกำหนดโทษ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการกำหนดโทษดังกล่าวได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 611-1 วรรคหนึ่ง กำหนดโทษสำหรับการใช้บริการทางเพศไว้ คือ โทษปรับ 1,500 ยูโร โดยจะเพิ่มเป็น 3,750 ยูโร สำหรับผู้กระทำความผิดซ้ำ อีกทั้งยังมีมาตรการลงโทษเพิ่มเติมอีกบางประการ การคำนึงถึงลักษณะของพฤติกรรมผู้ถูกลงโทษ โทษที่กำหนดไว้เช่นนี้จึงได้สัดส่วนกับความผิดแล้ว ด้วยเหตุผล

<sup>99</sup> สำนวนแปลของ ดร. ฐานันท์ นิพิฏฐกุล อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ดังกล่าว ประกอบกับเหตุผลในเรื่องการต่อต้านการซื้อบริการทางเพศและการค้ามนุษย์ รวมถึงอาชญากรรมในการบังคับและเอาคนลงเป็นทาสโดยวิธีการกำจัดแหล่งที่มาของรายได้ ค่าไต่แย้งคัดค้านของผู้ร้องว่ามีการละเมิดหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วนในการลงโทษจึงฟังไม่ขึ้น

ประการที่สอง ตามคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1946<sup>100</sup> วรรคสิบเอ็ด “ต้องมีการรับรองแก่บุคคลทุกคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่แรงงานเด็ก แรงงานที่เป็นมารดา และแรงงานที่เป็นผู้สูงอายุ ในการที่จะคุ้มครองสุขภาพของบุคคลดังกล่าว” คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่ใช่หน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยแทนฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องสุขภาพที่ตามมาของผู้ประกอบอาชีพโสเภณีในกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ร้องโต้แย้งว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 611-1 วรรคหนึ่ง) เมื่อปรากฏเป็นที่ชัดเจนแล้วว่า คำวินิจฉัยนี้ไม่อาจเป็นผลอย่างเพียงพอได้ [เนื่องจากไม่ใช่หน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัย – ผู้แปล] ข้อโต้แย้งคัดค้านกรณีการละเมิดสิทธิในอันที่จะได้รับการคุ้มครองสุขภาพจึงฟังไม่ขึ้น

ประการสุดท้าย ตามคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 4 ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระในการวางข้อจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องทางรัฐธรรมนูญหรือข้อเรียกร้องโดยชอบเพื่อประโยชน์สาธารณะในเงื่อนไขที่ว่าจะต้องไม่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพอย่างไม่ได้สัดส่วน

ด้วยเหตุผลในเรื่องการต่อต้านการซื้อบริการทางเพศและการค้ามนุษย์ รวมถึงอาชญากรรม ในการบังคับและเอาคนลงเป็นทาสโดยวิธีการกำจัด

<sup>100</sup> รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้ว 24 ครั้ง โดยแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อ ค.ศ. 2008

แหล่งที่มาของรายได้ซึ่งได้กล่าวไว้แล้ว ข้อโต้แย้งคัดค้านในเรื่องการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพโดยอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาต่อกันไป

สืบเนื่องจากที่กล่าวมาแล้วว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 611 - 1 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่ได้ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิและเสรีภาพอื่นใดที่รับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### **ผลแห่งคำวินิจฉัย**

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 225-12-1 วรรคหนึ่ง และมาตรา 611-1 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติหมายเลข 2016-444 ลงวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2016 ที่มีเจตนารมณ์เสริมสร้างการต่อต้านการค้าประเวณีและช่วยเหลือผู้ประกอบอาชีพโสเภณีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศยังการี

คำวินิจฉัยที่ 23/2019

วันที่ 9 กรกฎาคม 2562

เรื่อง คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐานอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

### บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศยังการีวินิจฉัยว่า คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งเมืองบูดาเปสต์ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 9 (1) และ (2) และมีคำสั่งเพิกถอนคำพิพากษาดังกล่าว

ผู้ร้องยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน และละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพของสื่อมวลชน คำร้องกล่าวอ้างว่า

การบันทึกภาพทางวิดีโอเป็นการนำเสนอข้อมูลเหตุการณ์ตามความเป็นจริง หรือเป็นการรายงานเหตุการณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเกี่ยวเนื่องกับกรณีการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งถูกบันทึกภาพดังกล่าว ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในคดีนี้เป็นกรณีที่ภาพการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในห้วงพิจารณาคดีสามารถเผยแพร่ได้อย่างเปิดเผยหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่เนื้อหาของสื่อแสดงภาพบุคคลที่เข้ารับฟังการพิจารณาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่สามารถเข้าถึงได้

\* นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ ผู้อำนวยการสำนักคดี 5



เป็นการนำเสนอข้อมูลที่เป็นไปตามเสรีภาพของสื่อมวลชน (the freedom of the press)

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่แล้ว มีภาพปรากฏแสดงตัวบุคคลคนนั้น การคุ้มครองสิทธิในภาพส่วนบุคคล จะต้องไม่จำกัดสิทธิของสื่อมวลชน อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิของสื่อมวลชนในการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลสามารถกระทำได้ หากการเปิดเผยภาพนั้นกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ (constitutional value) ดังนั้น โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่โดยตระหนักว่าการเปิดเผยภาพตนในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ แม้คำสั่งศาลและความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่สามารถจำกัดสิทธิของสื่อมวลชนได้ก็ตาม แต่มิได้หมายความว่ากิจกรรมต่าง ๆ ของสื่อมวลชนจะถูกจำกัด โดยกระบวนการพิจารณาคดีอย่างสิ้นเชิง หากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงจากคดีนี้มีได้โต้แย้งการรายงานภาพและเสียงของสื่อ ก็จะไม่ประเด็นโต้แย้งว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ละเมิดต่อเสรีภาพของสื่อมวลชน เมื่อคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยยกฟ้องคำพิพากษานั้น

### สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ผลิตรายการทางสื่อโทรทัศน์ (a media content provider) ผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโต้แย้งคำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งเมืองบูดาเปสต์<sup>101</sup> ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ผู้ร้องได้

<sup>101</sup> คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (The Act of CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary) มาตรา 26 และมาตรา 27

การมีผลบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญที่ด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2011 ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญสาระสำคัญของบัญญัติเรื่องการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ได้ให้สิทธิแก่บุคคลร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่เกิดข้อพิพาทศาลยุติธรรมละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกรณีพิพาทของศาลละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล หรือกรณีคดีมีประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ โดยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมีขอบเขต 3 ประการ ดังนี้

1) กรณีบุคคลหรือหน่วยงานได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับในกระบวนการพิจารณาของศาลขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (กล่าวอีกนัยหนึ่ง วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการตรวจสอบ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้น: โดยผู้แปล) ทั้งนี้ เงื่อนไขของการร้องทุกข์นี้ต้องเป็นกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลหรือหน่วยงานโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ และมีการดำเนินมาตรการเยียวยาต่าง ๆ มาก่อนยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญแล้ว (รัฐธรรมนูญที่ด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 (1))

ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญประเภทนี้ มีผลเป็นการเพิกถอนหรือระงับบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

2) กรณีบุคคลหรือหน่วยงานได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือบทบัญญัติของกฎหมายละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยตรงแม้จะยังไม่มีความพิพาทของศาลตามบทบัญญัติ ของกฎหมายดังกล่าวก็ตาม ทั้งนี้ เงื่อนไขของการร้องทุกข์เป็นกรณีไม่มีกระบวนการทางกฎหมายที่จะเยียวยาความเสียหาย หรือผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินมาตรการเยียวยาต่าง ๆ มาก่อนยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญแล้ว (รัฐธรรมนูญที่ด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 (2))

3) กรณีบุคคลหรือหน่วยงานได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งคำพิพากษาที่ได้แย้งนั้นเป็นประเด็นแห่งคดี หรือ คำสั่งอื่นที่ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีต้องสิ้นสุดลง ทั้งนี้ เงื่อนไขการร้องทุกข์ต้องเป็นกรณีที่คำพิพากษาละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีการดำเนินมาตรการเยียวยาต่าง ๆ มาก่อนยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญแล้ว หรือไม่ปรากฏมาตรการเยียวยาใด ๆ (รัฐธรรมนูญที่ด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 27)

การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญประเภทที่สามนี้เป็นผลมาจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญที่ด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2011 คำร้องเช่นนี้มิได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเพียงเท่านั้น แต่สามารถโต้แย้งคำพิพากษาของศาลว่าละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเช่นไร โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลเป็นการเพิกถอนคำพิพากษาที่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น

เผยแพร่วิดีโอการพิจารณาคดีซึ่งปรากฏภาพใบหน้าของผู้คุมนักโทษ ในขณะที่ภาพใบหน้าของจำเลยในคดีกลับมีการปิดบังใบหน้า ผู้คุมนักโทษ จึงเป็นโจทก์ฟ้องอุทธรณ์ผู้ร้องว่าการเผยแพร่ภาพวิดีโอที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเนื่องจากปราศจากคำยินยอมของผู้ปรากฏตนในภาพ ศาลอุทธรณ์ พิพากษาเป็นคุณแก่โจทก์ เห็นว่า ผู้ร้องสามารถทำหน้าที่สื่อมวลชนในการ เผยแพร่วิดีโอการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยภาพของโจทก์ ผู้ร้องจึงร้องเป็นคดีนี้ว่า คำพิพากษานี้ละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพของสื่อมวลชน เนื่องจากศาลอุทธรณ์มิได้นำคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วินิจฉัยแล้วมาประกอบการพิจารณา โดยคำวินิจฉัย ดังกล่าวระบุว่า ภาพเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเผยแพร่โดยมิต้องได้รับ คำยินยอมของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หากการเผยแพร่ดังกล่าวมิได้เป็นเรื่องเฉพาะ ตัวบุคคล self-serving กรณีนี้เป็นการนำเสนอเหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง หรือเป็นการรายงานข้อมูลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อประโยชน์ สาธารณะ

## หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

### 1. กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งประเทศไทย<sup>102</sup>

#### มาตรา 2

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจละเมิดได้ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หนึ่ง สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา

<sup>102</sup> กฎหมายพื้นฐาน (Fundamental Law) หรือรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ที่ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) และแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อ ค.ศ. 2019 (พ.ศ. 2562) แบ่งออกเป็นหลายส่วนด้วยกัน โดยแต่ละส่วนจะเรียงลำดับเลขมาตรา แยกต่างหากจากกัน เลขมาตราดังกล่าวต่อไปนี้หมายถึงเลขมาตราในส่วน “เสรีภาพ และความรับผิดชอบ (Freedom and Responsibility)” เท่านั้น

ย่อมได้รับการคุ้มครองตั้งแต่ขณะปฏิสนธิ

### มาตรา 6

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว ชีวิตครอบครัว บ้านเรือน การติดต่อสื่อสาร และชื่อเสียงที่ดีอันได้รับการเคารพ การใช้เสรีภาพในการแสดงออกและการชุมนุมจะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในความเป็นส่วนตัว ชีวิตครอบครัว และบ้านเรือนของผู้อื่น

(2) รัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อความเยียบสงบของบ้านเรือน

(3) บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และมีสิทธิในการเข้าถึงและเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นประโยชน์สาธารณะ

(4) การใช้สิทธิในการได้รับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และสิทธิในการเข้าถึงและเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นประโยชน์สาธารณะจะต้องอยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยงานอิสระที่ตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติพิเศษ<sup>103</sup>

### มาตรา 9

(1) บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น

(2) สาธารณรัฐยังการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพและความหลากหลายของสื่อมวลชน และรับประกันเงื่อนไขในการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นสำหรับการสร้างเสริมการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในระบอบประชาธิปไตยอย่างเสรี

(3) เพื่อประโยชน์ในการจัดให้ซึ่งข้อมูลที่เหมาะสมตามความจำเป็น

<sup>103</sup> คำว่า “รัฐบัญญัติพิเศษ” ผู้แปล แปลมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Cardinal Act” ซึ่งหมายถึงรัฐบัญญัติที่ในการตราหรือการแก้ไขต้องอาศัยเสียงสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่มีอยู่ในขณะนั้น ทั้งนี้ ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งประเทศฮังการี ส่วนการก่อตั้งสาธารณรัฐ (Foundation) มาตรา T (4)

ในช่วงการหาเสียงเลือกตั้งโดยสร้างเสริมการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ในระบอบประชาธิปไตย การโฆษณาในทางการเมืองสามารถเผยแพร่ใน บริการสื่อได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ภายใต้เงื่อนไขเพื่อประกันการให้โอกาส อย่างเสมอภาคตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

(4) เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นจะต้องไม่ใช่เพื่อ วัตถุประสงค์ในการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น

(5) เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นจะต้องไม่ใช่เพื่อ วัตถุประสงค์ในการละเมิดศักดิ์ศรีของชาติอสังการีหรือของชาติอื่น รวมถึง จริยธรรม เชื้อชาติ หรือชุมชนในทางศาสนา บุคคลซึ่งอยู่ในชุมชนที่ถูกละเมิด เช่นว่านั้น สามารถบังคับตามข้อเรียกร้องของตนได้โดยการใช้สิทธิทางศาล เพื่อคัดค้านการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่ละเมิดชุมชนหรือละเมิดศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ของตนดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

(6) กฎเกณฑ์อันเป็นรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพของสื่อมวลชน และองค์กรที่มีหน้าที่ดูแลบริการสื่อ ผลกระทบของสื่อมวลชน และตลาด การสื่อสาร ให้บัญญัติเป็นรัฐธรรมนูญพิเศษ

## มาตรา 28

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิเสนอคดีโต้แย้งการกระทำของบุคคลอื่น หรือโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่นให้ศาลพิจารณา และได้รับการ วินิจฉัยภายในระยะเวลาอันสมควร ด้วยกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมและ เปิดเผย โดยศาลที่เป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ

(2) ห้ามมิให้พิจารณาว่าบุคคลใดมีความผิด จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย ถึงที่สุดและผูกพันว่าบุคคลนั้นมีความผิดทางอาญา

(3) บุคคลที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางอาญาย่อมมีสิทธิในการต่อสู้ คดีในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา ที่ปรึกษาของจำเลยย่อมไม่มี ความผิดในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตน ขณะต่อสู้คดีให้จำเลย

(4) บุคคลย่อมไม่มีความผิดหรือไม่ถูกลงโทษสำหรับการกระทำซึ่งในขณะกระทำไม่มีการบัญญัติเป็นความผิดภายใต้กฎหมายของประเทศยังการี หรือภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น ภายในขอบเขตที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายของสหภาพยุโรป

(5) ความใน (4) ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการดำเนินคดีและการลงโทษบุคคลใด ๆ สำหรับการกระทำซึ่งในขณะกระทำเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ

(6) เว้นแต่คดีพิเศษที่บัญญัติมาตรการเยียวยาทางกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติ บุคคลย่อมไม่ถูกดำเนินคดีหรือลงโทษสำหรับกรณีสืบคดีที่บุคคลนั้นพ้นผิดหรือถูกลงโทษแล้วในประเทศยังการี หรือในรัฐอื่น ภายในขอบเขตที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายของสหภาพยุโรป

(7) บุคคลทุกคนมีสิทธิแสวงหาการเยียวยาทางกฎหมาย กรณีคำวินิจฉัยของศาล เจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานทางปกครองอื่น ละเมิดสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายของบุคคลนั้น

## 2. รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2011

### มาตรา 26

(1) ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 24 (2) c บุคคลหรือองค์กรซึ่งได้รับผลกระทบจากคดีที่เป็นรูปธรรม มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากมีการใช้บังคับข้อกำหนดทางกฎหมายขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ในกระบวนการพิจารณาทางศาล และเป็นกรณีดังต่อไปนี้

a) มีการละเมิดสิทธิที่บัญญัติเอาไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของบุคคลนั้น และ

b) หมดความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการเยียวยาทางกฎหมายแล้ว หรือไม่มีมาตรการเยียวยาทางกฎหมายที่จะสามารถเยียวยากรณีนี้ได้

(2) กรณีที่ไม่เป็นไปตาม (1) มีข้อยกเว้นที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจเริ่มต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 24 (2) c) ได้ หากปรากฏว่า

a) มีการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) หรือเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับ สิทธิของบุคคลผู้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะถูกละเมิดโดยตรง โดยไม่ต้องมีคำวินิจฉัยของศาล และ

b) ไม่มีกระบวนการในการเยียวยาทางกฎหมายสำหรับการเยียวยา ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธินั้น หรือผู้ร้องหมดความเป็นไปได้ ในการเยียวยาแล้ว ...

## มาตรา 27

(1) ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 24 (2) c) บุคคลหรือ องค์กรซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของศาลที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย พื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากคำวินิจฉัยนั้นได้วินิจฉัยตามรูปคดี หรือมีคำวินิจฉัยอื่นมายุติกระบวนการ พิจารณาของคดีนั้น และเป็นกรณีดังต่อไปนี้

a) คำวินิจฉัยดังกล่าวละเมิดสิทธิตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของบุคคลผู้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ และ

b) หมดความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการเยียวยาทางกฎหมายแล้ว หรือไม่มีมาตรการเยียวยาทางกฎหมายที่จะสามารถเยียวยาผู้ร้องทุกข์ ทางรัฐธรรมนูญได้

## คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหาในคดีนี้เป็นกรณีความขัดแย้งระหว่างสิทธิส่วนบุคคล (the personality rights) อันเนื่องมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (the right to human dignity) ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 2 และสิทธิความเป็นส่วนตัว (the right of privacy) ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 6 กับเสรีภาพของสื่อมวลชน ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 9 จึงเป็นประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเผยแพร่ภาพของบุคลากรผู้ปฏิบัติงานภาครัฐโดยมิได้รับความยินยอมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ผลิตรายการทางสื่อโทรทัศน์อาศัยสิทธิขั้นพื้นฐานในการถ่ายทอดเหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อเสรีภาพของสื่อมวลชนไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทอื่น ศาลจึงต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยชั่งน้ำหนักประโยชน์ของแต่ละฝ่ายที่ขัดแย้งกัน ทั้งนี้การจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนจะกระทำได้ต่อเมื่อการถ่ายทอดภาพและเสียงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นดังเช่นสิทธิส่วนบุคคลอันเกี่ยวเนื่องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐพึงตระหนักว่าการเปิดเผยภาพส่วนบุคคลนั้นมิได้กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไรตาม ประเด็นแห่งคดีนี้เป็นกรณีการนำเสนอภาพเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งทำหน้าที่ในห้องพิจารณาคดีโดยมิได้รับความยินยอมขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่

การพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยถือเป็นสาระสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (the right to fair trial) ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 28 ซึ่งเป็นเรื่องของการปฏิบัติตนอย่างเหมาะสมในห้องพิจารณาคดีและการปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาคดีของศาล จึงไม่ควรเป็นประเด็นปัญหาโต้แย้งในทางสาธารณะ การพิจารณาคดี



อย่างเป็นทางการให้สื่อมวลชนใช้สิทธิรายงานข่าวการพิจารณาคดีอย่าง  
ไม่จำกัด ความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีและกระบวนการที่ชอบด้วย  
กฎหมาย (due process of law: หลักสุภณัติกระบวนการ) สามารถจำกัดสิทธิ  
ของผู้ผลิตรายการโทรทัศน์กรณีการเผยแพร่ภาพของบุคคลในกระบวนการ  
พิจารณาคดีได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวมิได้มีคำสั่งให้  
ดำเนินพิจารณาคดีโดยลับ ฉะนั้น หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยจึงต้องนำมา  
ปรับใช้ คดีนี้มีการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยต่อสาธารณะนั้นย่อมหมายความว่า  
ผู้ผลิตรายการโทรทัศน์มีสิทธิในการกระทำตามสิทธิขั้นพื้นฐานของตน  
ศาลเห็นว่า การจำกัดสิทธิในการนำเสนอภาพผู้คุมนักโทษในฐานะเจ้าหน้าที่  
ของรัฐจะกระทำต่อเมื่อมีประโยชน์สาธารณะอื่นที่ต้องรักษาไว้ เมื่อไม่มี  
ประเด็นดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องปฏิบัติหน้าที่โดยตระหนักกว่า  
การเผยแพร่ภาพของตนนั้นกระทำในที่สาธารณะและในห้องพิจารณาคดี  
อันเป็นกรณีที่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลเห็นว่า ศาลอุทธรณ์แห่งเมือง  
บูดาเปสต์มิได้พิพากษาโดยนำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28/2014 มาใช้  
ประกอบการพิจารณา คำวินิจฉัยดังกล่าวได้วินิจฉัยว่า “ภาพที่ถูกบันทึก  
ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเปิดเผย  
โดยมิต้องได้รับความยินยอม แต่การเปิดเผยภาพที่ว่านั้นไม่อาจกระทำ  
โดยไม่มีขอบเขตซึ่งต้องพิจารณาว่าการรายงานข่าวผ่านวิดีโอกระทบ  
ต่อประโยชน์สาธารณะเช่นไร โดยพิเคราะห์สถานการณ์แวดล้อมในคดีว่า  
เป็นการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับเหตุการณ์ตามความเป็นจริง หรือเป็นการ  
รายงานเหตุการณ์อันเกี่ยวเนื่องกับประโยชน์สาธารณะจากการปฏิบัติหน้าที่  
ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามคำร้องนี้การบันทึกวิดีโอได้นำเสนอภาพเหตุการณ์  
การทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ และเป็นการรายงานเหตุการณ์เพื่อประโยชน์  
สาธารณะ จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมในการเผยแพร่ภาพการปฏิบัติ

หน้าที่ เนื่องจากการรายงานข่าวการพิจารณาคดีของศาลเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยเนื้อหาของการเผยแพร่ไม่มีประเด็นใด (กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้คนนักโทษ: โดยผู้แปล) เป็นเพียงการนำเสนอข้อมูลข่าวสารของเหตุการณ์ดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งเมืองบูดาเปสต์ ที่ 2.Pf.20.009/ 2018/4/II ละเมิดต่อเสรีภาพของสื่อมวลชน ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) มาตรา 9 (2) และมีคำสั่งเพิกถอนคำพิพากษาดังนั้น



# สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ เล่มที่ 1

## ที่ปรึกษา

1. นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
2. นายสุทธิรักษ์ ทรงศิริไล รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
3. นายบุญเสริม นาคสาร รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
4. ว่าที่เรือตรี ดิเรก สุขสว่าง ผู้เชี่ยวชาญด้านคดี

## คณะกรรมการตรวจทานต้นฉบับสรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ

1. นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ หัวหน้าคณะกรรมการ  
ผู้เชี่ยวชาญด้านวิชาการ
2. นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง คณะทำงาน  
ผู้อำนวยการกลุ่มงานพัฒนามาตรฐานงานคดี
3. นายสรรัชต์ เลี่ยมสุวรรณ คณะทำงาน  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ
4. นายสุนาถ คณิศโกคิน คณะทำงาน  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ
5. นายพิทักษ์สิน สีวรุจน์ คณะทำงาน  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ
6. นายศิววัฒน์ ลิปิพันธ์ คณะทำงาน  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ
7. นายศรศวัส มลสุวรรณ คณะทำงาน  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ
8. นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์ คณะทำงานและเลขานุการ  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
9. นายสาธิต โพธิ์รักษ์ คณะทำงานและผู้ช่วยเลขานุการ  
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
10. นายธนาวุฒิ ไตรโสภณ คณะทำงานและผู้ช่วยเลขานุการ  
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ



# สรุปคดีรัฐธรรมนูญของศาลต่างประเทศ

