

## บทความพิเศษ

### สมรสแท้ สมรสเทียม สมรสปลอม

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

Cicero : “True law is right reason, harmonious with nature” กฎหมายที่แท้จริง คือเหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ<sup>1</sup> กฎหมายหรือกฎเกณฑ์นี้ไม่ได้ถูกคิดค้นโดยมนุษย์หรือบัญญัติขึ้นโดยเจตจำนงร่วมกันของประชาชน แต่ดำรงอยู่แล้วและจะดำรงต่อไปชั่ววันรันดร์<sup>2</sup> เป็นต้นกำเนิดของกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด

การสมรสระหว่างชายและหญิงเพื่อให้มนุษย์ได้สืบเผ่าพันธุ์ จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติสอดคล้องกับธรรมชาติและเหตุผลไม่อาจปฏิเสธได้ เพราะหากไม่ใช่ชายและหญิงแล้ว การสืบเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ย่อมสิ้นสุดลง

เพศหญิงตามธรรมชาติเป็นเพศที่กำเนิดลูกได้ กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ผู้ที่ไม่ใช่หญิงให้ออกลูกได้ และศาลก็ไม่อาจมีคำสั่งให้ชายเป็นหญิงหรือหญิงเป็นชายนอกเหนือจากเพศตามธรรมชาติ<sup>3</sup> ได้

ในทางวิทยาศาสตร์ เพศตามธรรมชาติของมนุษย์พิจารณาจาก<sup>4</sup>

1. โครโมโซม (Chromosome)
2. ต่อมบ่งเพศ (gonad) กล่าวคือ เพศชาย ได้แก่ อัณฑะ (testis) ส่วนเพศหญิง ได้แก่ รังไข่ (ovary)
3. อวัยวะสืบพันธุ์ (genital organs)

ผู้ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจึงไม่อาจเปลี่ยนเพศโดยกำเนิดได้ แต่อาจมีกฎหมายกำหนดให้เทียบเคียงกันได้<sup>5</sup> เหมือนกับกำหนดให้ทองคำขาวมีค่าเท่ากับทองคำ ทั้ง ๆ ที่ทองคำขาวกับทองคำมีคุณสมบัติที่แตกต่างกัน

หญิงเท่านั้น โดยธรรมชาติเป็นเพศที่ออกลูกได้เพราะมีฮอร์โมน สภาพร่างกายและรังไข่ที่สามารถรองรับการกำเนิดของทารกที่สืบเนื่องมาจากอสุจิของฝ่ายชาย ดังนั้น ชายกับหญิงเท่านั้นจึงจะทำให้เกิดทารกสืบเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ตามธรรมชาติ ใครอื่นที่ไม่ใช่เพศหญิงย่อมไม่อาจมีลูกได้ การมีลูกด้วยการผสมเทียมก็ดี หรือการรับเด็กมาเลี้ยงก็ดีเป็นเพียงการ “เทียบให้ทัดเทียม” ซึ่งย่อมจะไม่มีคุณภาพเหมือนกับผู้ที่ตั้งครรภ์ ทะนุถนอมครรภ์ และคลอดออกมาจากครรภ์ของตนเอง เพราะความผูกพันดังกล่าวต้องเกิดจาก อสุจิของชายอันเป็น “เลือดเนื้อเชื้อไข” ผสมกับไข่และอาศัยอยู่ในรังไข่ของหญิง ดังนั้นจึงเรื่องของกฎธรรมชาติที่หญิง และหญิงเท่านั้น เพศที่ออกลูกได้ การกระทำอย่างอื่นเป็นเพียงแต่ “เทียบเคียง” เท่านั้นเพราะแม้การผสมเทียมหรือการขอเด็กมาเลี้ยง ก็ต้องมาจากชายและหญิงเท่านั้น

<sup>1</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สัมคมกับกฎหมาย, ฉบับที่ 9, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566, น.278.

<sup>2</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย, 2565, น. 98.

<sup>3</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

<sup>4</sup> Corbett v. Corbett, 2ALL E.R.33 (Divorce Ct.) at 48.

<sup>5</sup> See, The Gender Recognition Act 2004.

การแสวงหาหรือสมมุติเพศอื่น ๆ ขึ้นมา (โดยเฉพาะผู้ที่ไม่อาจมีลูกได้) เอา “รสนิยมทางเพศของตนมานิยามเป็นอัตตลักษณ์” ก็เพื่อกลบเกลื่อนให้เห็นว่ามีได้มีอคติต่อเพศชายเท่านั้น จึงจำต้องบดบังความสำคัญของหญิงที่ออกลูกได้นั้นเสีย ความคิดเช่นนี้ นอกจะไม่สอดคล้องกับธรรมชาติอย่างชัดเจนแล้ว ยังเป็นการลดคุณค่าต่อเพศที่ออกลูกได้ (เพศแม่ที่ให้อำนาจทุกคนบนโลกนี้) ขัดสิทธิที่หญิงควรจะได้รับควมใส่ใจให้ความเป็นธรรมตามธรรมชาติอย่างแท้จริง (ได้แก่การตั้งครรรค์และธรรมชาติอื่นๆด้วย) เป็นเหตุให้มีการปฏิบัติต่อเพศที่ออกลูกได้อย่างไม่เป็นธรรม (ไม่ให้นะสิ่งที่เขาควรจะได้) ผู้ที่เรียกร้องสิ่งที่ผิดต่อธรรมชาติเหล่านี้ “ส่วนใหญ่” ก็ไม่สามารถออกลูกได้ทั้งสิ้น หากความคิดที่ผิดธรรมชาติเหล่านี้ขยายผลต่อไปจริงๆ (ซึ่งดีที่ไม่มีทางเป็นไปได้) มนุษย์ยอมจะสูญเสียพันธุ์ทำนองเดียวกันกับนักสิทธิมนุษยชนจากประเทศที่ส่งเสริมการพัฒนาหุ่นยนต์ (AI) ให้มาแทนที่มนุษย์ ใช้เครื่องจักรแทนคนงานเพื่อจะได้ไม่ต้องดูแลสิทธิของมนุษย์ต่อไปนั่นเอง

หลักการข้างต้นจึงเป็นพื้นฐานของ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 และความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนดังต่อไปนี้

ผู้ร้อง (ซึ่งเป็นบุคคลเพศเดียวกัน) ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดให้การสมรสให้กระทำไ้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เพราะบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 25<sup>6</sup> มาตรา 26<sup>7</sup> และมาตรา 27<sup>8</sup> เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งมีความมุ่งหมายให้เปิดกว้างสอดคล้องกับหลักสากล เพื่อให้ประชาชนมี

<sup>6</sup> มาตรา 25 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีการตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>7</sup> มาตรา 26 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

สิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันในระบอบประชาธิปไตย ให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการมาใช้บังคับก่อน ทั้งนี้ ถ้าไม่ได้มีการกำหนดห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรณัั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่กระทบต่อความมั่นคงของชาติ ต้องไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มีความมุ่งหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง มาตรานี้ประกอบด้วยสองส่วนหลักที่สำคัญ กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่ง รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าประชาชนแต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ และในส่วนที่สอง กำหนดกรอบการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าต้องไม่ใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชน หรือไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นและเป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ให้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 26 เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล 4 ประการ ดังนี้

- (1) ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม
- (2) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ
- (3) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้
- (4) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

<sup>8</sup> มาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

ในส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติอันเป็นหลักสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในนานาชาติ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายกำหนดหลักความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ บัญญัติให้บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐโดยเท่าเทียมกัน และบุคคลจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุคใหม่ ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันปรับปรุงโดย “พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519” ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” หมายถึง ผู้ที่จะจดทะเบียนสมรสกันได้ต้องเป็นเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้นเป็นบทบัญญัติในลักษณะ 1 การสมรสหมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส ตลอดจนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 5 ครอบครัวยุคใหม่ ลักษณะ 1 การสมรส หมวด 2 เงื่อนไขแห่งการสมรส ในมาตราอื่น ๆ เช่น มาตรา 1449<sup>9</sup> มาตรา 1450<sup>10</sup> มาตรา 1452<sup>11</sup> มาตรา 1453<sup>12</sup> มาตรา 1458<sup>13</sup> และมาตรา 1460<sup>14</sup> หรือในหมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา หรือในหมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เป็นต้น

<sup>9</sup> มาตรา 1449 บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำได้ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ”

<sup>10</sup> มาตรา 1450 บัญญัติว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดีเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่”

<sup>11</sup> มาตรา 1452 บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้”

<sup>12</sup> มาตรา 1453 บัญญัติว่า “หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่นจะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่

- (1) คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น
- (2) สมรสกับคู่สมรสเดิม
- (3) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่า มิได้มีครรภ์ หรือ
- (4) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้”

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

ข้อโต้แย้งของผู้ร้องทั้งสองที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 กำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญ จะได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดให้บุคคลย่อมเสมอกันตามกฎหมาย ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ มีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตภายใต้หลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญ ความเสมอภาคดังกล่าว

ต้องสอดคล้องกับกฎธรรมชาติคือเพศโดยกำเนิดซึ่งกฎหมายไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ กล่าวคือกฎหมายหรือศาลไม่อาจบัญญัติ หรือมีคำวินิจฉัยให้ชายเป็นหญิง หรือหญิงเป็นชายได้ แต่อาจมีกฎหมายบัญญัติรับรองสถานะของผู้ที่แปลงเพศโดยสมบูรณ์แล้วได้ เพื่อให้ปฏิบัติต่อเขาอย่างถูกต้องตามสภาพของเขา

<sup>13</sup> มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย ”

<sup>14</sup> มาตรา 1460 บัญญัติว่า “เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษซึ่งไม่อาจทำการจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนได้เพราะชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตายหรืออยู่ในภาวะการรบหรือสงคราม ถ้าชายและหญิงนั้นได้แสดงเจตนาจะสมรสกันต่อหน้าบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่ ณ ที่นั้น แล้วให้บุคคลดังกล่าวแจ้งการแสดงเจตนาขอทำการสมรสของชายและหญิงนั้นไว้เป็นหลักฐาน และต่อมาชายหญิงได้จดทะเบียนสมรสกันภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่อาจทำการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนได้โดยแสดงหลักฐานต่อนายทะเบียนและให้นายทะเบียนแจ้งวัน เดือน ปี สถานที่ที่แสดงเจตนาขอทำการสมรส และพฤติการณ์พิเศษนั้นไว้ในทะเบียนสมรส ให้ถือว่าวันแสดงเจตนาขอทำการสมรสต่อบุคคลดังกล่าวเป็นวันจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนแล้ว

ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับถ้าหากจะมีการสมรสในวันแสดงเจตนาขอทำการสมรส การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 5 เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (คือการกำหนดตนเองได้) ของชายและหญิงได้รับความคุ้มครองตามเพศสภาพที่มีมาแต่กำเนิดให้ได้สมรสกันเพื่อสืบเผ่าพันธุ์เป็นปกติธรรมดา เฉกเช่นสัตว์โลกอื่น ๆ ทั้งหลาย ที่มี 2 เพศ (เพศผู้และเพศเมีย) เป็นหลัก มนุษย์ก็เป็นสัตว์โลกชนิดหนึ่งไม่อาจฝืนธรรมชาติเช่นนี้ได้ แต่หากวิทยาการก้าวหน้าจนมีการค้นพบรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่าสัตว์โลกบางประเภทมีพฤติกรรม หรือลักษณะทางชีวะแปลกแยกออกไป ก็จัดให้เป็นกลุ่มต่างหากเพื่อแยกศึกษาต่อไป เหมือนรัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายพบกลุ่มบุคคลที่มีวิถีทางเพศแตกต่างออกไป และถูกเบียดเบียนด้วยอคติ รัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายก็สามารถกำหนดการคุ้มครองได้เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะกลุ่ม มิใช่ยกเลิกการแยกเพศผู้เพศเมียอันเป็นหลักใหญ่ที่กำหนดโดยธรรมชาติแล้วเอาความแตกต่างนั้นมารวมด้วยกลายเป็นไม่กำหนดเพศเพื่อรับรองความต้องการทางเพศซึ่งเป็นของกลุ่มเฉพาะ อันเป็นกรณียกเว้น (the exceptional case) จำนวนหนึ่ง ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์หลักของการสมรสคือการที่ชายและหญิงอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตรหลานและดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติเหมือนสัตว์โลกทั่วไป รวมทั้งกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาต้องเลี้ยงดูบุตร

การสร้างครอบครัวเพื่อสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ย่อมเกิดขึ้นได้จากการผูกพันระหว่างชายและหญิงเท่านั้น โดยชายให้ “เชื้อสาย” ของตน และหญิงตั้งครรภ์และผูกพันกับทารกที่อยู่ในครรภ์ของตนตลอดเวลา 8 – 9 เดือน แม้กฎหมายไม่กำหนดหน้าที่ความผูกพันตามธรรมชาติของคนที่ตั้งครรภ์และคนที่มี “เชื้อสาย” ของตน คนที่ตั้งครรภ์ไม่ได้มีเชื้อสายของตนไม่ได้ มีเชื้อสายของตนไม่ได้ย่อมไม่มีความผูกพันได้ อย่างหญิงที่ตั้งครรภ์ที่ตั้งครรภ์และออกลูกจากร่างกายและเลือดเนื้อรังไข่ของชายผู้สามีหากเป็นได้แต่เทียมๆ เท่านั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 เพราะเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติ จารีตประเพณีที่มีมานานนับพัน ๆ ปีทั่วโลก ซึ่งมีการกำหนดการอยู่ร่วมกันตามธรรมชาติ หรือตามแบบของกฎหมาย การกำหนดการสมรสระหว่างชายและหญิงตามกฎหมายก็เพื่อให้เกิดบุตรหลานเครือญาติและการสืบทอดทรัพย์สินมรดก มีความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ ลูก หลาน พี่น้อง ลุง ป้า น้า อา เป็นครอบครัว ซึ่งหญิงและชายเท่านั้นที่จะทำได้ ส่วนการสมรสในระหว่างเพศที่มีความหลากหลายมิใช่หญิงที่ออกลูกไม่ได้และชายไม่สามารถสร้างเครือญาติและความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้ นอกจากนี้กฎหมายก็ได้บังคับให้ชายหญิงทั้งคู่ต้องสมรสตามกฎหมาย บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ทำตามแบบของกฎหมายก็ยังมีอยู่มากมาย เป็นเพราะเขาเหล่านั้นไม่ได้หวังผลประโยชน์ใดหรือไม่ต้องการข้อจำกัด หน้าที่หรือความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยนั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 คือหลักนิติธรรม เพราะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระและมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ (True law is right reason, harmonious (or in agreement) with nature) มิได้จำกัดสิทธิโดยธรรมชาติของผู้ใด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ที่ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิงหรือให้หญิงเป็นชายเพราะเพศนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (act of nature) ซึ่งผู้ที่ตั้งกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองต่างหากเป็นการเฉพาะ ดังนั้นการให้ความเสมอภาค

ระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของเขา ในการนี้ กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกแยะเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อนจึงจะให้ความเสมอภาคได้ เช่น หญิงมีประจำเดือนเป็นภาระแก่หญิง ชายไม่มี หญิงตั้งครรภ์ได้ ชายไม่ได้ หญิงมีสรีระที่อ่อนแออบบางกว่าชาย ในการแข่งขันกีฬาจึงต้องแบ่งประเภทเป็นกีฬาชายและหญิง หากให้แข่งรวมกันหญิงย่อมจะเสียเปรียบชายโดยธรรมชาติ หญิงเป็นมะเร็งปากมดลูก ส่วนชายเป็นโรคต่อมลูกหมาก สิ่งที่ไม่เหมือนกันจะปฏิบัติให้เหมือนกันไม่ได้ การปฏิบัติให้ถูกต้องสอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติจะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่เอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มารวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจนแล้ว การยอมรับสิ่งที่แตกต่างกันให้กลายเป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างจึงกระทำมิได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมองเห็นความแตกต่างแล้วก็ควรมีการปฏิบัติอย่างแตกต่างเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจึงจะสมควร เช่น ชายที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว จะถูกคุมขังอยู่ในแดนของนักโทษชายไม่ได้และหากจะให้ไปแข่งขันกีฬาในกลุ่มหญิงก็จะเห็นความได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างชัดเจน

การสมรสระหว่างหญิงชายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในด้านสวัสดิการของรัฐก็สามารถทำได้ง่าย เช่น หญิงลาคลอด ชายลาบวช หญิงเบิกค่ารักษาแม่เร้งปากมดลูก ชายเบิกค่ารักษาต่อมลูกหมาก ถ้าให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมารวมอยู่ด้วย หากเกิดกรณีสามีเบิกค่ารักษาแม่เร้งปากมดลูก ภริยาเบิกค่ารักษาต่อมลูกหมากก็ดี สามีเบิกค่าทำคลอดก็ดี ก็จะต้องมีการพิสูจน์ทั้งสภาพเพศและใบรับรองแพทย์ในทุกกรณี เป็นการเพิ่มภาระให้รัฐและทำให้สิทธิของสามีภริยาที่เป็นชายหญิงชัดเจนอยู่แล้วซึ่งเป็นมหาชนต้องถูกตรวจสอบไปด้วย ย่อมจะทำให้เกิดความล่าช้ามีอุปสรรคไม่ได้รับความเป็นธรรมไปโดยปริยาย หรืออาจมีกรณีสามีตั้งครรภ์ ภริยาก็ตั้งครรภ์ด้วยเพราะต่างก็ไปรับเชื้อจากชายอื่นมา ดังนั้นก็จะมีปัญหาสวัสดิการ การมีคู่และความสัมพันธ์ระหว่างพี่น้องของเด็กที่คลอดตามมา นอกจากนี้ การไม่กำหนดเพศในการสมรสอาจมีผู้ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มของผู้มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQI) มาจดทะเบียนสมรสกันเพื่อหวังผลประโยชน์ในสวัสดิการต่าง ๆ ของรัฐ หรือประโยชน์จากการลดหย่อนภาษี โดยใช้ทะเบียนสมรสที่เหมือนกัน ทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคตามความเป็นจริง จึงสมควรจะแยกการรับรองสิทธิเหล่านี้ต่างหากเพื่อกำหนดเงื่อนไขให้เหมาะสมไม่กระทบกับหลักธรรมชาติที่มีดุลยภาพตามปกติอยู่แล้ว

การสมรสระหว่างชายและหญิงกฎหมายได้กำหนดทั้งสิทธิและหน้าที่ระหว่างหญิงชายไว้ด้วยการจะแก้กฎหมายให้เป็นการสมรสระหว่างเพศเดียวกันเพื่อรับเอาสิทธิแต่ไม่รับหน้าที่ด้วย กลับจะเป็นการบังคับให้สิทธิและหน้าที่ของชายและหญิงที่สมรสกันตาม มาตรา 1440<sup>15</sup> มาตรา 1441<sup>16</sup>

<sup>15</sup> มาตรา 1440 บัญญัติว่า “ค่าทดแทนนั้นอาจเรียกได้ ดังต่อไปนี้

- (1) ทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงนั้น
- (2) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือบุคคลผู้กระทำการในฐานะเช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร
- (3) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

ในกรณีที่หญิงเป็นผู้มีสิทธิได้ค่าทดแทน ศาลอาจชี้ขาดว่า ของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นเป็นค่าทดแทนทั้งหมดหรือเป็นส่วนหนึ่งของค่าทดแทนที่หญิงพึงได้รับ หรือศาลอาจให้ค่าทดแทนโดยไม่คำนึงถึงของหมั้นที่ตกเป็นสิทธิแก่หญิงนั้นก็ได้”

มาตรา 1442<sup>17</sup> มาตรา 1443<sup>18</sup> มาตรา 1444<sup>19</sup> มาตรา 1445<sup>20</sup> มาตรา 1446<sup>21</sup> มาตรา 1453 มาตรา 1536<sup>22</sup> มาตรา 1537<sup>23</sup> มาตรา 1538<sup>24</sup> มาตรา 1546<sup>25</sup> เป็นต้นเหล่านี้ เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นหญิงมีความเสียหายที่แตกต่างกัน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการคุ้มครองฝ่ายหญิงโดยเฉพาะมิให้เสียเปรียบเพศชาย การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะทำให้ความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงเสียคุณภาพไปโดยไม่จำเป็น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ได้จำกัดเสรีภาพของบุคคลที่มี “รสนิยม” หลากหลายทางเพศในการอยู่ร่วมกัน และไม่ได้มีข้อความไปจำกัดสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายใน “รสนิยม” ทางเพศในการทำนิติกรรมใด ๆ ตามกฎหมาย ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคมและส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายในรสนิยมทางเพศแต่อย่างใด กรณีบุคคลผู้มีความหลากหลาย

<sup>16</sup> มาตรา 1441 บัญญัติว่า “ถ้าคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งตายก่อนสมรส อีกฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องค่าทดแทนมิได้ ส่วนของหมั้นหรือสินสอดนั้นไม่ว่าชายหรือหญิงตาย หญิงหรือฝ่ายหญิงไม่ต้องคืนให้แก่ฝ่ายชาย”

<sup>17</sup> มาตรา 1442 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่หญิงคู่หมั้นทำให้ชายไม่สมควรสมรสกับหญิงนั้น ชายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้และให้หญิงคืนของหมั้นแก่ชาย”

<sup>18</sup> มาตรา 1443 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุสำคัญอันเกิดแก่ชายคู่หมั้นทำให้หญิงไม่สมควรสมรสกับชายนั้น หญิงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นได้โดยมิต้องคืนของหมั้นแก่ชาย”

<sup>19</sup> มาตรา 1444 บัญญัติว่า “ถ้าเหตุอันทำให้คู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นเป็นเพราะการกระทำชั่วอย่างร้ายแรงของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้กระทำภายหลังการหมั้น คู่หมั้นผู้กระทำชั่วอย่างร้ายแรงนั้นต้องรับผิดชอบค่าทดแทนแก่คู่หมั้นผู้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหมั้นเสมือนเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น”

<sup>20</sup> มาตรา 1445 บัญญัติว่า “ชายคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ร่วมประเวณีกับหญิงคู่หมั้นโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงได้หมั้นกับชายคู่หมั้นนั้นแล้วได้ เมื่อชายคู่หมั้นได้บอกเลิกสัญญาหมั้นตามมาตรา 1442 แล้ว”

<sup>21</sup> มาตรา 1446 บัญญัติว่า “ชายคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงคู่หมั้นโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าหญิงได้หมั้นแล้วได้โดยไม่ต้องบอกเลิกสัญญาหมั้น”

<sup>22</sup> มาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น”

<sup>23</sup> มาตรา 1537 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ”

<sup>24</sup> มาตรา 1538 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ชายหรือหญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1452 เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรสที่ฝ่าฝืนนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง

ในกรณีที่หญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1452 ถ้ามีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง ให้สันนิษฐานในมาตรา 1536 มาใช้บังคับ

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่เด็กที่เกิดภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้การสมรสเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1452 ด้วย”

<sup>25</sup> มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น”

ในรสนิยมทางเพศประสงค์ให้รัฐคุ้มครองสิทธิในเรื่องใด รัฐสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการตรากฎหมายที่ส่งเสริมกิจกรรมของบุคคลผู้มีรสนิยมหลากหลายดังกล่าว ให้เสมอภาคเท่าเทียมกันได้ กล่าวคือ **เมื่อมีกรณีที่แตกต่างกันก็ต้องปฏิบัติแตกต่างตามความเหมาะสม** มิใช่จะร้องขอให้เอาความแตกต่างในรสนิยมทางเพศมารวมกับรสนิยมทางเพศของคนส่วนใหญ่ที่ชัดเจนทางเพศและไม่มีความหลากหลายโดยให้ยกเลิกการสมรสระหว่างชายหญิงที่เป็นรากฐานสำคัญของการก่อตั้งสถาบันครอบครัวตามธรรมชาติ

เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจำนวนหนึ่ง ที่จะสูญเสียไปจากการที่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การสมรสกระทำได้เฉพาะระหว่างชายและหญิงเท่านั้น กับผลประโยชน์ทางมหาชนที่คุ้มครองชายและหญิงในการก่อตั้งครอบครัวอันเป็นสถาบันสำคัญพื้นฐานของสังคมแล้ว จะเห็นได้ว่าประโยชน์ของกลุ่มแรกที่จะสูญเสียไปไม่อาจเทียบได้กับการทำลายกฎธรรมชาติและสถาบันครอบครัวอันเป็นหลักสำคัญในการสร้างสังคมและดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติ อย่างไรก็ตามแม้เป็น กลุ่มคนจำนวนน้อยแต่ก็มีมากพอที่รัฐจะจัดให้มีมาตรการขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลเหล่านี้สามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคสี่

สรุปได้ว่า

1. **สมรสแท้** คือการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งจะทำหน้าที่สืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ภายใต้การดูแลของกฎหมายและความผูกพันตามที่ธรรมชาติกำหนดไว้
2. **สมรสเทียม** คือ การสมรสที่ “เทียบเทียม” หรือเทียบเท่ากันแต่ไม่อาจสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ได้จึงไม่ใช่สิ่งเดียวกัน ทำนองเดียวกับเทียบทองคำขาวให้เท่าเทียมทองคำ
3. **สมรสปลอม** ไม่ใช่ทั้งสมรสเทียมและสมรสแท้ แต่ไม่ใช่การสมรสเลย

ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่กำหนดให้การสมรสทำได้ระหว่างชายและหญิงจึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่กระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 และมาตรา 26 อีกทั้งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและกำหนดหน้าที่ในการสมรสทั้งเพศชายและเพศหญิง ไม่ได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศแต่อย่างใด

**เสียดายที่ผู้เขียนไม่อาจอยู่จนได้เห็นว่ ประเทศในยุโรปเหนือ 2-3 ประเทศที่ส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ (ชัตกฎธรรมชาติ) อย่างเต็มรูปแบบ ภายใน 50 ปีต่อจากนี้ ประชากรของพวกเขาจะสูญเสียพันธุตามกฎธรรมชาติอันเป็นนิรันดร์หรือไม่?**