

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ในสังคมไทยปัจจุบันเพศของบุคคลที่ได้รับการยอมรับคือเพศตามกำเนิดของตน ซึ่งมีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น การใช้ชีวิตทางเพศที่แตกต่างออกไปจากกรอบแนวคิดดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับในระดับเดียวกับบุคคลที่ใช้ชีวิตตามเพศกำเนิด โดยเฉพาะเรื่องสิทธิในการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น งานวิจัยฉบับนี้จึงได้ศึกษาถึง แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเพศและเพศสภาพ แนวคิดเกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส และงานวิจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการยอมรับสิทธิในการสมรสของผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเพศและเพศสภาพ

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ฉบับพุทธศักราช 2542 ให้ความหมายของคำว่า เพศ ไว้ว่า เป็นคำนาม หมายถึง “รูปที่แสดงให้เห็นว่าเป็นหญิงหรือชาย ,(ไว) ประเภทคำในบาลีและสันสกฤต เป็นต้น, ตรงกับ ลิงค์ หรือลิงค์; เครื่องแต่งกาย ; การประพฤติปฏิบัติตน เช่น สมณเพศ” นั่นคือการแสดงออกด้วยลักษณะทางกายภาพให้ทราบว่า เป็นเพศหญิงหรือเพศชาย

สุไลพร ชลวิไล กล่าวว่า คำศัพท์ในภาษาอังกฤษที่ถูกนำมาใช้อธิบายเรื่องเพศมีอยู่หลายคำ เช่น คำว่า sex หมายถึงความแตกต่างทางสรีระร่างกาย ระหว่างชาย (เพศผู้) และหญิง (เพศเมีย) หรือหมายถึงการมีกิจกรรมทางเพศก็ได้ ขณะเดียวกัน คำว่า sexual เป็นคำขยายมีนัยยะเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ อาจหมายถึง กิจกรรมที่เกิดขึ้นเพราะความแตกต่างระหว่างชาย-หญิง เช่น การแบ่งงานกันทำตามเพศ หรือหมายถึงกิจกรรมเกี่ยวกับกามารมณ์ เช่น จินตนาการทางเพศ ส่วนคำว่า gender เป็นคำที่ถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายคุณลักษณะของความเป็นหญิงหรือความเป็นชาย ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการสร้างทางสังคมและวัฒนธรรม (เพศสภาพ หรือ เพศทางสังคม) เพื่อแสดงถึงความหมายที่ตรงกันข้ามกับคำว่า เซ็กส์ (sex) หรือเพศที่ถูกกำหนดโดยปัจจัยทางด้านชีววิทยา

ขณะที่คำว่า sexuality หมายถึงระบบความคิด ความเชื่อ และความหมายเรื่องเพศ หรือการแสดงออกทางความคิดและพฤติกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศของคน¹

กฤตยา อาชวนิจกุล กล่าวว่า ปัจจุบันนักวิชาการยอมรับกันทั่วไปว่า เพศภาวะเป็นสิ่งประกอบสร้างทางสังคม (social construction) ดังนั้นภาวะของความเป็นหญิง ความเป็นชาย และความเป็นเพศที่สาม เพศที่สี่ หรือจะเรียกว่าเป็นภาวะที่เป็นกะเทย เป็นแตัว เป็นตุ๊ด เป็นแต๊บ เป็นทอม เป็นดี้ เหล่านี้ต่างก็เป็น “เพศภาวะ” แบบหนึ่งทั้งสิ้น ความรู้เรื่องเพศวิถีในปัจจุบันยืนยันกับเราว่า เพศภาวะไม่มีลักษณะตายตัว หมายถึงว่าสามารถเลื่อนไหลได้ หรือจริงๆ แล้วเลื่อนไหลได้ ที่เรียกว่า ความลื่นไหลทางเพศ (sexual fluidity) ตัวอย่างเชิงรูปธรรมที่ชัดเจนคือ การแปลงเพศแต่ความลื่นไหลทางเพศ ยังหมายความรวมถึงวิถีความสัมพันธ์ทางเพศที่แปรเปลี่ยนไป เช่น วันนี้เป็นผู้หญิงรักผู้ชาย แล้วอีกวันเป็นผู้หญิงรักผู้หญิง เป็นต้น²

จากรายงานการประชุมประจำปีเพศวิถีศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ : วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีในสังคมไทย ได้สรุปเกี่ยวกับ เพศวิถี เพศภาวะ และเพศสรีระ ดังนี้

เพศวิถี (sexuality) หมายถึงเพศในมิติต่างๆ ทั้งด้านอารมณ์ ความปรารถนา ความสัมพันธ์ ความดึงดูดทางเพศ การร่วมเพศ การประพฤติปฏิบัติ กิริยา มารยาท การให้ความหมายและแสดงตัวตนทางเพศ เป็นต้น ซึ่ง “เพศวิถี” ในมิติและรูปแบบต่างๆ ถูกให้ความหมายว่า “ปกติ” หรือ “ผิดปกติ” “เหมาะสม” หรือ “ไม่เหมาะสม” แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม วัฒนธรรม ชนชั้น ชาติพันธุ์ และเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย เช่น การแต่งกายของผู้หญิงไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นที่นิยมห่มสไบผืนเล็กปกปิดร่างกายส่วนบนไม่ถือว้าโป๊ หรือเป็นผู้หญิงใจแตกแต่อย่างใด หรือเพศสัมพันธ์ของคนรักเพศเดียวกันถือเป็นสิ่งผิดปกติและไม่ใช่เพศวิถีที่สังคมยอมรับ เป็นต้น

เพศภาวะ (gender) หมายถึง ภาวะความเป็นเพศ ที่ไม่ได้ถูกกำหนดโดยระบบชีววิทยา แต่กำหนดโดยปัจจัยทางสังคม วัฒนธรรม และอื่นๆ ซึ่งมักเป็นการกำหนดตายตัวว่าคนที่เกิดมามีอวัยวะเพศหญิงจะต้องปฏิบัติตัวอย่างไร เมื่อมีอวัยวะเพศชายก็ต้องปฏิบัติตัวอีกแบบหนึ่ง นอกจากนี้ การที่สังคมยึดติดอยู่ในระบบสองเพศภาวะ คือ “ความ

¹ สุไลพร ช่างวิไล, “ตัวตนในเรื่องเล่า : การต่อรองทางอัตลักษณ์ของผู้รักหญิง”, วิทยานิพนธ์สังคมศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545.

² กฤตยา อาชวนิจกุล, วิเคราะห์วิถีคิดวิทยาเพศภาวะและเพศวิถีในแอดส์ศึกษา, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิสร้างสุขภาวะ, 2550), หน้า 81.

เป็นหญิง” และ “ความเป็นชาย” เท่านั้น ทำให้มนุษย์ต้องแสดงบทบาทของเพศใดเพศหนึ่งอย่างเคร่งครัด การประพฤติปฏิบัติข้ามเพศภาวะจึงสร้างความอึดอัด สับสน ให้แก่สังคมและคนที่ต้องการข้ามเพศ ยิ่งกว่านั้น ในหลายๆ สังคมยังให้คุณค่า “เพศภาวะชาย” เหนือกว่าหรือดีกว่า “เพศภาวะหญิง” โดยใช้ความต้องการของ “ชาย” เป็นตัวกำหนดว่า “หญิง” ควรประพฤติปฏิบัติอย่างไร กรอบของ “ความเป็นหญิง” “ความเป็นชาย” นี้ไม่ใช่สิ่งที่หยุดนิ่ง แต่แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม วัฒนธรรม ชนชั้น ชาติพันธุ์ ยุคสมัย อีกด้วย

เพศสรีระ (sex) หมายถึง เพศที่จำแนกตามระบบชีววิทยา โดยใช้อวัยวะเพศภายนอกเป็นเกณฑ์ในการแยกแยะเพศของมนุษย์ นอกจากอวัยวะเพศแต่กำเนิดแล้วยังรวมถึงการเปลี่ยนแปลงระบบเพศภายหลังด้วย ได้แก่ ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศ (transgender)³

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.2.1 ประวัติศาสตร์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการศึกษาของนักมานุษยวิทยาพบว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเกิดขึ้นมานานแล้ว นับตั้งแต่ยุคดึกดำบรรพ์ โดยในอดีต เช่น สมัยกรีกโบราณ การที่ผู้ชายรักผู้ชายถือเป็นเรื่องปกติ เป็นเรื่องของชนชั้นสูง และต้องห้ามสำหรับพวกทาสถึงขนาดมีกฎหมายห้ามทาสผู้ชายสมสู่กัน ส่วนในยุคโรมันเชื่อว่ารักร่วมเพศเป็นเรื่องของพิธีกรรมทางศาสนา พฤติกรรมรักร่วมเพศในสมัยดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ผู้คนยอมรับและยกย่อง ต่อมาในภายหลังพฤติกรรมดังกล่าวจึงถูกมองว่าเป็นบาป ทำลายศีลธรรมอันดีและเป็นเรื่องต้องห้าม⁴ นอกจากนี้ยังพบพฤติกรรมดังกล่าวในผู้ชายชาวอินเดียแดง ที่เรียกว่า “เบอร์ดาเช” ซึ่งเป็นผู้ชายที่ต้องแต่งกายและปฏิบัติตนเป็นผู้หญิงไปตลอดชีวิต โดยมีหน้าที่ในการประกอบพิธีกรรมทางจิตวิญญาณและการติดต่อกับพระเจ้า ดังนั้น จึงได้รับเกียรติจากชนเผ่า และยังพบพฤติกรรมดังกล่าวทั้งในแอฟริกา ออสเตรเลีย และเอเชีย เช่น การแต่งงานระหว่างเพศหญิงในชนเผ่าแอฟริกัน หรือการที่ทหารมีภรรยาเป็นเด็กผู้ชาย เช่น ซามูไรในประเทศญี่ปุ่น จากที่กล่าวมาแสดงให้เห็นว่าการเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศปรากฏให้เห็นอยู่ในประวัติศาสตร์จริง โดยมีบทบาทและการยอมรับที่แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม⁵

สำหรับประวัติศาสตร์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยนั้น พบพฤติกรรม ชายรักชาย ตามหลักฐานพระราชพงสาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ ฉบับพระเจ้าพระยาทิพ

³ คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, รายงานการประชุมประจำปีเพชวิศึกษาในสังคมไทย ครั้งที่ 1 หัวข้อ :

วิพากษ์องค์ความรู้และธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องเพศวิถีในสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : เจริญดีการพิมพ์, 2551), หน้า 291.

⁴ ลลิตา ชีระศิริ, เลี้ยงลูกอย่างไรไม่ให้เป็นเกย์, (กรุงเทพฯ : สารมวลชน, 2530).

⁵ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข, GENDER ความหลากหลายทางเพศ, (กรุงเทพฯ : ออลอินวัน พรินติ้ง, 2551), หน้า 50-51.

กรวงศ์ รัชกาลที่ 3 ในกรณีของกรมหลวงรักษัณเรศ เสนาบดีผู้ใหญ่ว่าเป็นบุคคลรักสองเพศ แต่นิยมเพศชายด้วยกันมากกว่า และยังพบหลักฐานจิตรกรรมฝาผนังแสดงเรื่องราวเกี่ยวกับรักร่วมเพศในวัดคงคาราม จังหวัดราชบุรี โดยมีการใช้คำศัพท์ เช่นคำว่า “เกย์” ครั้งแรกในสังคมตามหนังสือพิมพ์ไทย เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2508 แต่ในด้านความหมายที่อธิบายถึงพฤติกรรมชายรักชายนั้น ปรากฏครั้งแรกในปี พ.ศ. 2516 โดยเป็นคำที่รู้จักในกลุ่มของคนฐานะระดับกลางและมีการศึกษาดี โดยในระยะแรกยังมีความเข้าใจสับสนระหว่างคำว่า เกย์ กับ กะเทย เนื่องจากสังคมยังไม่มี ความเข้าใจต่อพฤติกรรมของบุคคลที่ลักษณะภายนอกเป็นชายแต่มีความสัมพันธ์กับผู้ชายด้วยกัน จึงถือว่าเกย์อยู่ในกลุ่มเดียวกับกะเทย ต่อมาในช่วงพ.ศ. 2523-2532 จึงมีการใช้คำว่าเกย์มากขึ้นในสังคม⁶

สำหรับประวัติศาสตร์ “หญิงรักหญิง” ในประเทศไทยนั้น มีมาช้านานแล้ว ดังเช่นที่ปรากฏเป็นหลักฐานต่างๆ ทั้งในกฎหมายโบราณมาตรา 124 ตั้งแต่สมัยสมเด็จพระเจ้าอยู่ทอง ที่ระบุถึงความผิดนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า “อนึ่งสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชขายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที่สีกอประจานรอบพระราชวัง ที่หนึ่งให้เอาเป็นชาวสตึง ที่หนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ” หรือในภาพจิตรกรรมฝาผนังอายุกว่าร้อยปีที่วัดคงคาราม จังหวัดราชบุรี ซึ่งเป็นภาพผู้หญิงสองคนถูกจับใส่กระเช้าแขวนประจาน ซึ่งสันนิษฐานว่ามาจากการทำความผิดโทษฐานที่มีพฤติกรรมเล่นเพื่อนตลอดจนในวรรณคดีสมัยรัตนโกสินทร์ นอกจากนี้ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก็มีกฎหมายที่ระบุถึงโทษของผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมชาติโลกย์ด้วย ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ.2411)โดยผู้กระทำชำเราผิดธรรมชาติโลกย์ ให้จำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา และต่อมาภายหลังเมื่อได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญาในปี พ.ศ. 2452 ความผิดดังกล่าวก็ได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษให้เหลือเพียงจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทไปจนถึงห้าร้อยบาท และภายหลังเมื่อมีการตรวจชำระประมวลกฎหมายลักษณะอาญาใหม่ในปี พ.ศ. 2499 จึงได้มีการยกเลิกความผิดดังกล่าวไป หลังจากนั้นมารักร่วมเพศก็ไม่เป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป⁷

2.2.2 สาเหตุแห่งพฤติกรรมรักร่วมเพศ

ในปัจจุบันยังไม่มีการสรุปอย่างแน่ชัดว่าสาเหตุของการเกิดพฤติกรรมรักร่วมเพศนั้นมาจากสาเหตุใด แต่ได้มีการแบ่งสาเหตุหลัก ๆ ไว้ 3 สาเหตุ คือ

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

⁷ ปรีติดา เกลิมเผ่า กอนันต์กุล, ชีวิตชายขอบตัวตนที่ไร้ความหมาย, (กรุงเทพฯ : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 106-112.

สาเหตุที่ 1 สาเหตุด้านกรรมพันธุ์ โดยที่สหรัฐอเมริกาเคยมีการศึกษาพฤติกรรมของคู่แฝดและพบว่าในคู่แฝดที่เกิดจากไข่ใบเดียวกัน ถ้าคนใดคนหนึ่งมีพฤติกรรมรักร่วมเพศ อีกคนก็จะมีโอกาสเป็นด้วยเสมอ แต่ในคู่แฝดที่เกิดจากไข่คนละใบ ถ้าคนหนึ่งเป็น อีกคนจะมีโอกาสเป็นเพียงร้อยละ 11.5 นอกจากนั้นยังมีการวิจัยอื่น ๆ ที่ให้การสนับสนุนอีกว่า ลักษณะดังกล่าวจะต้องเป็นสิ่งที่ติดตัวคน ๆ นั้นมาตั้งแต่เกิด หรือเป็นลักษณะประจำตัวของเขาเอง ไม่ใช่มาเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมในภายหลัง

สาเหตุที่ 2 ด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะครอบครัว เกิดจากความสัมพันธ์ที่ไม่ดีระหว่างเด็กกับบิดาหรือมารดาที่เป็นเพศเดียวกันกับเด็ก ทำให้เด็กไม่สามารถลอกเลียนลักษณะ และบทบาททางเพศที่ถูกต้องได้ หรือการที่บิดามารดาทะเลาะวิวาทกันเป็นประจำก็อาจทำให้เด็กเกิดความเกลียดกลัวชีวิตรักต่างเพศที่เขาเห็น จึงหันไปหาความสุขทางเพศกับเพศเดียวกัน หรือแม้แต่การเลี้ยงดูผิดเพศเนื่องจากบิดามารดาไม่ต้องการเพศที่แท้จริงของเด็ก ก็อาจทำให้เกิดปัญหาการรักร่วมเพศได้ หรือการเข้าใจผิดในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา เช่น การที่เด็กมีโอกาสดูเห็นบิดามารดาทำรักกันแล้วเข้าใจผิดว่าบิดากำลังทำร้ายมารดา อาจทำให้เด็กหญิงเกลียดกลัวบิดาตลอดจนผู้ชายอื่นทุกคนและหันไปหาความรักจากเพศเดียวกันซึ่งมีความนุ่มนวลกว่า

สาเหตุที่ 3 ด้านสังคม ซึ่งการกระทบกระเทือนใจอย่างรุนแรงจากความสัมพันธ์ระหว่างวัยรุ่นชายกับหญิง ก็อาจเป็นสาเหตุของรักร่วมเพศได้ เช่น วัยรุ่นชายที่ผิดหวังความรักครั้งแรกจากหญิง อาจเศร้าโศกเสียใจมากและมองเห็นชีวิตรักต่างเพศเป็นความปวดร้าวใจ เลยหันเข้าหาเพศเดียวกันเพื่อหลีกเลี่ยงความผิดหวังครั้งที่สอง หรือวัยรุ่นหญิงที่อารมณ์อ่อนไหวง่าย ถ้าไม่ได้รับความสนใจหรือถูกเยาะเย้ยจากชายที่เธอรัก เธอก็อาจหันไปหาเพศหญิงด้วยกันแทน⁸

2.2.3 การจัดแบ่งกลุ่มความหลากหลายทางเพศ

ตามกฎหมายไทย ได้แบ่งคนออกเป็นเพียงแค่เพศหญิงและเพศชายเท่านั้น โดยมองจากลักษณะเพศตามกายภาพ (Sex) แต่ในขณะที่ความเป็นจริงการศึกษาทางสังคมพบว่าหากมีการแบ่งเพศตามเพศวิถีหรือวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ซึ่งหมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจลึกซึ้ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่ และทางเพศ และในสัมพันธ์ภาพที่มีลักษณะความใกล้ชิด

⁸ กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข, “เปิดใจมองเพศที่ 3 ความเป็นจริงที่มีอยู่ในสังคมโลก”, [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา http://www.dmh.go.th/sty_libnews/news/view.asp?id=384 (20 เมษายน 2555).

กันทางเพศสัมพันธ์ และในทางเพศ ที่มีต่อปัจเจกบุคคล ซึ่งมีเพศสภาพที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกัน หรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ⁹ โดยเพศวิถีของมนุษย์นั้น แบ่งได้ถึง 3 ประเภท

1. รักต่างเพศ (Heterosexuality) ถือเป็นประชากรส่วนใหญ่ ได้แก่ ชายรักชาย หญิงรักหญิง

2. รักสองเพศ (Bisexuality) หมายถึงพวกสองใจ มีความสุขทางเพศได้ทั้งกับผู้ชายและผู้หญิง คือ ชายที่รักชายก็ได้ รักหญิงก็ได้ เช่นเดียวกับ หญิงที่รักชายก็ได้ รักหญิงก็ได้เช่นกัน

3. รักร่วมเพศ (Homosexuality) หมายถึงผู้ที่มีความสุขกับเพศเดียวกัน คือ ชายรักชาย และหญิงรักหญิง¹⁰ โดยแยกอธิบายได้ ดังนี้

ชายรักชาย แยกเป็น เกย์คิง (Gay King) คือผู้ที่แสดงบทบาทเป็นเพศชาย, เกย์ควีน (Gay Queen) คือผู้ที่แสดงบทบาทเป็นเพศหญิง และ โบท ได้แก่ผู้ที่แสดงบทบาทได้ทั้งสองหน้าที่

หญิงรักหญิง แยกเป็น ทอม (Tom) ฝ่ายที่แสดงบทบาทเป็นเพศชาย และ เลดี้ (Lady) คือฝ่ายที่แสดงบทบาทเป็นเพศหญิง¹¹

จากผลการศึกษาของ Dr. Alfred Kinsey นักชีววิทยาอเมริกัน และคณะของเขา ในพ.ศ. 2491 ได้แบ่งพฤติกรรมของมนุษย์ออกเป็น 7 ระดับ ซึ่งเรียกกันต่อมาว่า “Kinsey Heterosexual-Homosexual Rating Scale” หรือเรียกสั้นๆ ว่า “Kinsey Scale” ดังนี้

0 รักต่างเพศอย่างเดียว (Exclusive heterosexual with no homosexual)

1 รักต่างเพศเป็นส่วนใหญ่ รักร่วมเพศเป็นส่วนน้อยเพียงเมื่อมีเหตุการณ์ชักจูงหรือประจวบเหมาะ (Predominantly heterosexual, only incidentally homosexual)

2 รักต่างเพศเป็นส่วนใหญ่ รักร่วมเพศมากกว่าในระดับ 1 (Predominantly heterosexual, more than incidentally homosexual)

3 รักต่างเพศและรักร่วมเพศในสัดส่วนใกล้เคียงกัน (Equally heterosexual and homosexual)

4 รักร่วมเพศเป็นส่วนใหญ่ รักต่างเพศเป็นส่วนน้อยแต่ยังมากกว่าในระดับ 5 (Predominantly homosexual, more than incidentally heterosexual)

⁹ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, หลักการออกยาคาร์ตา ว่าด้วยการใช้สิทธิกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพ : เอส.เอ็ม.เซอร์คิตเพรส , 2551), หน้า 11.

¹⁰ สะพาน กลุ่มสร้างสื่อทางเลือกเพื่อความเข้าใจเรื่องคนรักเพศเดียวกัน, “วิถีทางเพศกับคำถามและคำตอบเกี่ยวกับการรักเพศเดียวกัน”, [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา <http://www.sapaan.org/article/38.html> (20 เมษายน 2555).

¹¹ สุกมล วิภาวิพลกุล, “แนโจนะ...ว่าคุณรู้จักกระเทย”, [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา http://www.elib-online.com/doctors2/sexed_bisexual03.html (20 เมษายน 2555).

5 รักร่วมเพศเป็นส่วนใหญ่ รักต่างเพศเป็นส่วนน้อยเพียงเมื่อมีเหตุการณ์ชักจูงหรือประจวบเหมาะ (Predominantly homosexual, only incidentally heterosexual)

6 รักร่วมเพศอย่างเดียว (Exclusively homosexual)¹²

ตามหลักดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามีการยอมรับความแตกต่างทางเพศวิถีที่ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแค่ความเป็นหญิงหรือความเป็นชายที่เป็นบุคคลรักต่างเพศเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามในภายหลังได้มีการศึกษาที่แสดงให้เห็นว่าในวิถีทางเพศที่แตกต่างกันนั้น ก็ไม่สามารถกำหนดเป็นระดับตายตัวตามที่คิดนี้ได้เสนอไว้ เช่น การศึกษาของปีเตอร์ แจ็คสัน ในเรื่อง “การระเบิดขึ้นของอัตลักษณ์ทางเพศในสังคมไทย” ซึ่งมีผลการศึกษาว่านับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 เป็นต้นมา ได้มีการจำแนกเพศๆ ใหม่ขึ้นในสังคมไทย และมีการสร้างคำศัพท์ใหม่เพื่อเรียกผู้มีเพศวิถีทางเลือกนั้นๆ โดยคำบางคำก็ไม่ได้มีการใช้ต่อมา แต่หลายคำก็ยังใช้อยู่จนกระทั่งปัจจุบัน และยังมีการใช้คำศัพท์ใหม่ๆ เพิ่มขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงความหลากหลายของเพศวิถี¹³

สำหรับคำว่า “ความหลากหลายทางเพศ” เดิมหมายถึงผู้มีเพศวิถีทุกรูปแบบ เช่น ชายรักชาย หญิงรักหญิง เกย์ ทอม ดี เกเทย สาวประเภทสอง คนข้ามเพศ รวมถึงผู้ที่รักต่างเพศด้วย แต่ภายหลังได้มีการใช้คำศัพท์ดังกล่าวเป็นการเฉพาะกลุ่ม¹⁴ โดยตามความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต่อร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ได้ให้ความหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หมายถึง บุคคลดังนี้

1. บุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Homosexual) เช่น หญิงรักหญิง ชายรักชาย หรือบุคคลที่รักสองเพศ
2. บุคคลที่มีสองเพศแต่กำเนิด (Hermaphrodites) หมายถึงบุคคลที่มีสองเพศแต่กำเนิดไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นชายหรือหญิง
3. บุคคลที่มีบทบาททางสังคมเป็นหญิงหรือชายแตกต่างไปจากเพศกำเนิดของตน (Transgendered people) เช่น เกเทย สาวประเภทสอง
4. บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศหรือบุคคลข้ามเพศ (Transsexuals)¹⁵

¹² สุพร เกิดสว่าง, ชายรักชาย หนังสือสำหรับคนที่อยากรู้จัก เกย์ กระเทย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สมาคมอนามัยการเจริญพันธุ์ เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตแห่งประเทศไทย, 2546), หน้า 12-13.

¹³ ปีเตอร์ แจ็คสัน อ้างในกฤตยา อาชวนิจกุล, เพศวิถีทางเลือกที่เปลี่ยนไปในความหลากหลายทางเพศ, ปาจารย์สาร ฉบับที่ 1 ปีที่ 36 มีนาคม – พฤษภาคม 2555, หน้า 116-117.

¹⁴ กฤตยา อาชวนิจกุล, เพศวิถีทางเลือกที่เปลี่ยนไปในความหลากหลายทางเพศ, ปาจารย์สาร ฉบับที่ 1 ปีที่ 36 มีนาคม – พฤษภาคม 2555, หน้า 116.

¹⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2550), หน้า 125.

ปัจจุบันได้มีการใช้คำว่า LGBT ซึ่งย่อมาจากคำว่า Lesbian Gay Bisexual and Transgender แปลโดยรวมในภาษาไทย หมายถึง กลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ (gender diversity) หรือ กลุ่มเพศที่สาม LGBT เป็นคำศัพท์และแนวคิดที่พัฒนาในประเทศตะวันตกช่วงพ.ศ. 2444-2543 โดยอธิบายถึงผู้ที่มีความชอบและการแสดงออกทางเพศอีกกลุ่มหนึ่งนอกเหนือจากกลุ่มคนที่รักต่างเพศ (heterosexual) นอกจากนั้น ยังมีคำศัพท์อื่นที่ใช้เรียกกลุ่ม LGBT เช่น Queer ซึ่งเป็นคำศัพท์ที่พัฒนาขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีผู้นิยมใช้อย่างแพร่หลายเช่นเดียวกับ LGBT¹⁶

2.2.4 แนวคิดทางสังคมศาสตร์เกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการศึกษาทางด้านสังคมศาสตร์ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวไว้ว่าในสังคมปัจจุบันนอกจากความเป็นเพศชายและเพศหญิงที่สังคมทั่วไปให้การยอมรับนั้น ยังมีลักษณะทางเพศที่แตกต่างออกไป ดังนี้

สุรศักดิ์ มณีสร กล่าวว่า ในสังคมยังมีกลุ่มความหลากหลายทางเพศที่อยู่นอกเหนือจากความเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง ซึ่งคนกลุ่มนี้ ในสายตาของสังคมปิตาธิปไตยมองว่าเป็นกลุ่มที่เป็นข้อบกพร่องจากความเป็นเพศชาย ไม่สามารถพิสูจน์ความเป็นชายของตนได้จึงถูกกันออกมาเป็นคนชายขอบ จึงไม่ได้รับความยอมรับจากสังคม และไม่มีการรับรองสถานะทางกฎหมาย โดยในอดีตพ่อแม่คิดว่าการรักร่วมเพศเป็นอาการป่วยทางจิตใจ จึงพาลูกไปพบจิตแพทย์ พยายามรักษาให้หาย แต่จากประสบการณ์ของจิตแพทย์พบว่า ไม่เคยมีพวกรักร่วมเพศคนใดเปลี่ยนแปลงจิตใจหรือพฤติกรรมของตนให้กลับไปตรงกับเพศทางธรรมชาติของตนที่พ่อแม่ได้ให้ไว้เลย ในที่สุดแพทย์สมาคมของอเมริกาได้มีมติว่าอาการรักร่วมเพศไม่ใช่อาการป่วยทางร่างกายและจิตใจ แต่เป็นเพียงรสนิยมของบุคคลเท่านั้น และหลังจากนั้นไม่นานองค์กรอนามัยโลกของสหประชาชาติได้ลบชื่อโรครักร่วมเพศออกจากสารบบโรคของโลก ถือว่าไม่ใช่อาการป่วยอีกต่อไป¹⁷

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ กล่าวว่า การเลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ แม้จะมีการบัญญัติว่า “ชายและหญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน” แต่ก็เป็นการแสดงถึงความไม่เท่าเทียม โดย Simone de Beauvoir ภริยาของนักปรัชญาเสรีภาพ (Existentialism) ผู้ยิ่งใหญ่ของฝรั่งเศส Jean Paul Sartre ได้ให้ข้อคิดไว้ว่า “On ne naît pas femme : on le devient” หมายความว่า “เราไม่ได้เป็นหญิงโดยกำเนิดเรามาเป็นเอาภายหลัง” ดังนั้น จึงควรใช้ถ้อยคำว่า “ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน” และเมื่อชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันจริงแล้ว การเลือกเพศให้แก่ตัวของเขาเองก็น่าจะทำให้¹⁸

¹⁶ พีรดา ภูมิสวัสดิ์, “LGBT สิทธิมนุษยชนและการดำเนินงานด้านสตรีและครอบครัว”, [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://www.gender.go.th/article/Data/1266811565.pdf> (20 เมษายน 2555).

¹⁷ สุรศักดิ์ มณีสร, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (2537), หน้า 191-194.

¹⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, “การเลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 27 ฉบับที่ 2 (2540), หน้า 630-631.

ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์ ได้กล่าวถึงประเด็นของกลุ่มรักเพศเดียวกันไว้ว่า รูปแบบของเรื่องเพศที่สังคมเห็นว่าถูกต้องชอบธรรมจำกัดอยู่เฉพาะการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศชายกับเพศหญิงในสถาบันการแต่งงานในระบบคู่เดียว ความสัมพันธ์ทางเพศในลักษณะนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นเรื่องธรรมชาติและปกติ อิทธิพลของกรอบเรื่องเพศนี้ทำให้เรื่องเพศหลากหลายรูปแบบที่อยู่นอกการแต่งงานถูกมองว่าเป็นปัญหาสังคมที่ต้องมีการแก้ไข และความสัมพันธ์ทางเพศที่ไม่ได้เป็นเรื่องของชายหญิงและการเจริญพันธุ์ เช่นการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคนที่ไม่มีเพศสภาพเดียวกันถูกจัดว่าเป็นความเบี่ยงเบน ผิดศีลธรรมและ/หรือผิดธรรมชาติ¹⁹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.3.1 หลักสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) ข้อ 2 ระบุว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั่วปวง ตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่นๆ นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”²⁰

ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” มีผู้ให้คำนิยามไว้หลายความหมาย ดังนี้

1. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งปกป้อง “ปัจเจกบุคคล (Individual) หรือ “กลุ่มบุคคล” (Group) จากการกระทำที่ต้องห้ามของสมาชิกอื่นหรือรัฐ โดยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น สิทธิมนุษยชน คือสิทธิที่ครอบคลุมการดำรงอยู่ของมนุษย์ เพื่อชีวิตที่ดีในสังคมที่ดี โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 เรื่อง คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในการยอมรับนับถือ และสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ชอบธรรม²¹

¹⁹ ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด : การต่อสู้ “ความจริง” ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คบไฟ, 2549), หน้า 29.

²⁰ อธิพร บุญประครองและคณะ ผู้แปล, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ : กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551).

²¹ อุดม รัฐอมฤต, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า 40.

2. สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนได้รับอย่างเสมอภาคกันเพื่อให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างสันติสุข มีศักดิ์ศรี มีเสรีภาพ มีไมตรีจิต และมีความเมตตาต่อกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สถานภาพทางกาย หรือสุขภาพ²²

3. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามกฎหมายไทยหรือสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี²³

4. สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เกิดมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิ เพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา และสถานภาพทางกายและสุขภาพรวมทั้งความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆ ที่ขึ้นกับพื้นฐานทางสังคม สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายทอดหรือโอนให้แก่ผู้อื่นได้²⁴

ตามบทนำ ของหลักการขอกายการ์ดา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ได้กล่าวไว้ว่า “มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาโดยอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ บรรดาสิทธิมนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความยึดโยงซึ่งกันและกัน ไม่สามารถแบ่งแยกจากกันได้ และมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน “วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity)” เป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล และจัดต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรม”²⁵

2.3.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Human Dignity” ซึ่งเป็นศัพท์ที่นักวิชาการได้บัญญัติขึ้นในยุคที่มีการเรียกร้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และได้ปรากฏสู่วงการกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และยังคงสืบเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

²² วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, “สิทธิมนุษยชน”, [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา <http://th.wikipedia.org/wiki/สิทธิมนุษยชน> (20 เมษายน 2555).

²³ วิทิต มั่นตากรณ์, “ถึงเวลาเคารพ สิทธิมนุษยชน”. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://nationjobs.com/content/interview/template.php?conno=237> (20 เมษายน 2555).

²⁴ ชะวัชชัย ภาคณัฐ, กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการด้านสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์, 2548), หน้า 29.

²⁵ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, หลักการขอกายการ์ดา ว่าด้วยการใช้สิทธิกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพฯ : เอส.เอ็ม.เชอร์คิตเพรส, 2551), หน้า 11.

ไว้ถึงสามมาตราคือมาตรา 4 ในส่วนของบททั่วไป มาตรา 26 และมาตรา 28 ในส่วนของหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย²⁶

ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้น ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) สิทธิในร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามจะทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมาย สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์และแสดงว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์

(2) สิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค เป็นการแสดงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม เพราะถึงแม้ว่ามนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกาย แต่หากขาดหลักประกันเรื่องความเสมอภาคแล้ว ก็อาจเกิดการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติที่ทำให้มนุษย์ไม่สามารถดำรงตนอย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้²⁷

2.3.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากสิทธิในชีวิตและร่างกายที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน อันมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลและกับสังคม แม้รัฐธรรมนูญจะให้การรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ย่อมไร้ความหมายหากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ด้วย และความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญของไทยสามารถแบ่งได้ ดังนี้

1. หลักความเสมอภาคทั่วไป

หมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน สถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านั้น ดังนั้น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้รัฐปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน

²⁶ ชำนาญ จันทร์เรือง, “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มความหลากหลายทางเพศในมุมมองของนักกฎหมาย”, เชียงใหม่เกย์ไพรด์, (2552) : 12-13.

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 88-89.

2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หมายความว่าถึง กฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น ความเสมอภาคในการกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เป็นต้น²⁸

2.3.4 การรับรองสิทธิทางกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในประเทศที่มีการปกครองระบบเสรีประชาธิปไตยนั้น นักคิดลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เห็นว่า มนุษย์เกิดมามีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) อยู่ในตัวทุกคน มีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความสามารถของตนอย่างอิสระ ภายใน “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty) หากผู้ปกครองได้ตระหนักถึงสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์พึงมีไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลหรือสิทธิเสรีภาพทางสังคม มนุษย์ที่อยู่ร่วมกันในสังคมย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักนิติรัฐ จึงได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคลไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย โดยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรนี้ ย่อมเรียกกันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights) หรือ “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) แต่สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการยอมรับว่าเป็น “แก่น” (Cores) ของสิทธิและเสรีภาพที่เป็นฐาน ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายและสิทธิในทรัพย์สิน²⁹

การคุ้มครองความสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และการป้องกันการเลือกปฏิบัติดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

มาตรา 5 “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 154-161.

²⁹ สุกัลยณัฏ์ พินิจภูวน, หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 80-81.

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอนุโลม”

มาตรา 30 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

และแม้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 จะไม่ได้บัญญัติคำว่า ความหลากหลายทางเพศ ไว้ก็ตาม แต่จากบันทึกเจตนารมณ์ เพื่อกำหนดหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติแก่บุคคลที่มีความแตกต่างกัน ได้กำหนดว่า “รัฐมีหน้าที่ในการจัดอุปสรรคและส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นหลักการสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และกำหนดว่า “ความแตกต่างเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังหมายถึงความรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย จึงไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 30 เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ”³⁰

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หากบทบัญญัติใดของกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น การตีความรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายมหาชน จึงมีหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความดังนี้

³⁰ คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 22-23.

1. การตีความตามตัวอักษรหรือการตีความตามไวยากรณ์ โดยถือว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายย่อมแสดงออกโดยตัวอักษรที่เขียนไว้ ดังนั้น ในการตีความหากบทบัญญัติมีความชัดเจนก็ต้องตีความตามตัวอักษร แต่หากมีความคลุมเครือให้ตีความตามบริบทของกฎหมายนั้นๆ โดยต้องตีความไปในทางที่สมเหตุสมผล

2. การตีความโดยอาศัยประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจตัวบทบัญญัติได้ดียิ่งขึ้น

3. การตีความโดยหลักตรรกวิทยา การตีความนี้มีลักษณะคล้ายการตีความตามตัวอักษร แต่จะพิจารณากว้างออกไปถึงโครงสร้างกฎหมาย เพื่อให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

4. การตีความโดยพิจารณาผลที่มุ่งหมาย เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถใช้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความทันสมัย จำเป็นต้องตีความโดยพิจารณาวัตถุประสงค์ที่เป็นความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมิใช่เพียงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเท่านั้น การตีความดังกล่าวนี้จะทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนาไปตามสภาวะของสังคมที่แปรเปลี่ยนได้

ทั้งนี้ นอกจากหลักทั่วไปในการตีความดังกล่าวแล้ว ได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาประกอบในการตีความรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ โดยต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้มีสอดคล้องไม่ขัดแย้งกัน

2. หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติในทุกบทบัญญัติ หากมีบทบัญญัติขัดแย้งกัน จะต้องตีความให้บทบัญญัติทั้งสองมีผลใช้บังคับได้ทั้งคู่

3. หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การตีความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

4. หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความไปในทางส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

5. หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จะต้องตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้มีผลบังคับใช้มากที่สุด ไม่ใช่เป็นเพียงนโยบายเท่านั้น

แต่หลักเกณฑ์ในการตีความดังกล่าวไม่ใช่หลักตายตัว สิ่งสำคัญที่สุดคือผลของการตีความจะต้องสมเหตุสมผล เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเป็นสำคัญ³¹

เห็นได้ว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความไว้ทั้งหลักทั่วไปและหลักเฉพาะ โดยให้ความสำคัญทั้งตัวบทบัญญัติและการเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

³¹ อภิวัฒน์ สุดสาว, “หลักการตีความรัฐธรรมนูญ”, จุลนิติ, ปีที่ 7 ฉบับที่ 4 กรกฎาคม – สิงหาคม พ.ศ. 2553, หน้า 135-142.

ทั้งนี้เพื่อให้การตีความเกิดความเป็นธรรมที่สุด ดังนั้น ในการตีความเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งเพศนั้น จำต้องหมายความรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ด้วย

โดยในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ดังกล่าว สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ร่วมอภิปรายมีทั้งผู้เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยต่อการบัญญัติรับรองสิทธิและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ

ฝ่ายที่เห็นควรบัญญัติรับรองสิทธิและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้ให้ความเห็น ดังนี้

รองศาสตราจารย์เจียมศักดิ์ ปิ่นทอง กล่าวว่า “...มาตรานี้เป็นมาตราที่เกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลที่ไม่ใช่เป็นเพียงแค่วัยหรือเพศ แต่ว่ากลุ่มนี้มีจำนวนนับหมื่น นับแสน คือ ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่เดิมที่เราเคยเชื่อกันว่า มนุษย์มีเพศหญิงกับเพศชาย แต่ปัจจุบันนี้ทางวิทยาศาสตร์ ได้มีการพิสูจน์แล้วว่า บุคคลที่มีกายเป็นอย่างหนึ่ง แต่ใจและฮอร์โมน (Hormone) เป็นอีกอย่างหนึ่ง โครโมโซม (Chromosome) เป็นอีกอย่างหนึ่ง แล้วก็ไม่ใช่ว่าความผิดปกติทางเพศ...สิ่งที่เขาเรียกร้องให้เรานี้แก้ไขเพิ่มเติมในร่างรัฐธรรมนูญ เขาไม่ได้เรียกร้องสิทธิให้เหนือคนอื่น เขาไม่ได้เรียกร้องสิทธิให้แตกต่างอะไรกับคนอื่น...แต่เรียกร้องสิทธิให้ดูแลเขา ไม่ให้เลือกปฏิบัติต่อเขาเท่านั้นเอง ...”³²

นายสวิง ตันอุด กล่าวว่า “...คนเหล่านี้ในทางสถิติ ตอนนี้ชัดเจนว่า ในสังคมอื่นๆ อยู่ที่ 10 เปอร์เซ็นต์...ที่ผ่านมา ข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับการตีความหมายเรื่องเพศเราแคบเกินไป เราดูเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับสรีระ ว่าเขาเป็นเพศอะไร...ความเป็นจริงนี้เกิดขึ้นแล้วในเรื่องนี้ แต่ยังไม่มีความหมายใดที่รับรองเรื่องต่างๆ เหล่านี้... ประเด็นมันอยู่ที่ว่า เรายอมรับความเป็นจริงของเขาอยู่จริง หรือเปล่าว่าเขาเป็นคน ว่าเขาเป็นพลเมืองที่มีอยู่ในสังคมของเราอยู่จริง ถ้าเรายอมรับแบบนั้น สิ่งที่ต้องทำ สิ่งที่ต้องทำในทางกฎหมายก็ต้องยอมรับเขาด้วย...แต่กฎหมายไม่เปิดโอกาส มีการเปิดโอกาสเฉพาะทางด้านสังคม ดังนั้น ถ้าเป็นอย่างนี้เสีย ผมคิดว่า ถ้ากฎหมายเราเปิดโอกาสเสียก็จะสมบูรณ์ เขาบอกว่า ก็จะสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นทั้งทางด้านกฎหมายและทางสังคม จะทำให้เขามีที่อยู่ที่ยืนในทางสังคมมากยิ่งขึ้น...”³³

นายคมสัน โพธิ์คง กล่าวว่า “...มาตรา 30 เป็นหลักการของการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สำคัญ และเป็นหลักการสากล...วางในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นะครับ วางหลักการว่า การที่บุคคลเกิดมา ไม่ว่าจะเป็นใคร จะเพศใดก็แล้วแต่ ย่อมได้รับการคุ้มครองจาก

³² สำนักกรรมการประชุมและชวเลข สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน 2550, หน้า 180-183.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 180-183.

รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย...ในการที่จะบัญญัติเรื่องของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในวรรคสองนั้น อาจจะก่อให้เกิดปัญหาบางประการ เพราะฉะนั้นผมจึงมีความเห็นว่า ไม่ว่าเขาจะเป็นเพศใดก็ตาม ในบทบัญญัติในมาตรา 30 ซึ่งวางหลักการในเรื่องของการได้รับสิทธิและเสรีภาพ ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนี้ ควรจะมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นๆ ดังนั้น การที่จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแตกต่างในเรื่องต่างๆ อันได้แก่ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ...หรือเพศที่แตกต่างกัน ซึ่งรวมถึงเรื่องของความที่มีความหลากหลายทางเพศของบุคคล ซึ่งอาจจะมีเพศที่ 3 ก็ยังต้องควรที่จะได้รับการคุ้มครองในเรื่องของการคุ้มครอง...ฉะนั้น ผมจึงมีความเห็นในเชิงที่ควรจะต้องบัญญัติเรื่องของการห้ามการเลือกปฏิบัติในเรื่องของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในวรรคสามนะครับ...”³⁴

ฝ่ายที่ไม่เห็นควรบัญญัติรับรองสิทธิและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้ให้ความเห็น ดังนี้

นายสุพจน์ ไข่มุกด์ กล่าวว่า “...ความเห็นใจนั้น คงจะมาเปลี่ยนแปลงหลักการคงไม่ได้ นะครับ หลักการที่ว่า คือ หลักการของเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เกิดมาชายก็คือชาย หญิงก็คือหญิง ...ประเด็นทางด้านกฎหมาย ในวรรคที่ 2 ของมาตรา 30 บอกว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน... มาตรา 30 ระบุไว้มี 2 เพศ เท่านั้นเอง คือ ชายและหญิง...ปัญหาถ้าว่ามีเพศเพิ่มขึ้นจากชายและหญิง เป็นเพศที่ 3 กฎหมายต่างๆ คงจะอลวนกันหมดเลย เพราะว่าจะต้องมีการแก้กฎหมาย...มันจะเกิดความโกลาหลแค่ไหน ในเรื่องของกฎหมายแพ่ง กฎหมายครอบครัวต่างๆ...”³⁵

นางสดศรี สัตยธรรม กล่าวว่า “...พระเจ้าสร้างโลกมานะคะ มี 2 เพศเท่านั้น ก็คือผู้หญิงและผู้ชาย...ตอนนี้เมื่อบ้านเมืองพัฒนา โลกพัฒนากันขึ้นมานะคะ เพศที่ 3 ได้เกิดขึ้นมา...สิทธิที่ทางสังคมให้กับเพศที่ 3 ดิฉันว่า ให้มากกว่าที่จะเป็นไปด้วย...การที่ร่างกฎหมายออกมา แล้วก็มีเพศที่ 3 ออกมาในลักษณะที่เป็นการประจานของเพศที่ 3 ดิฉันว่าไม่ถูกต้อง”³⁶

2.3.5 การรับรองสิทธิทางกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศ

ปัจจุบันหลักสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับและใช้เพื่อสร้างความเสมอภาคสำหรับบุคคลอย่างทั่วถึงทุกกลุ่ม รวมถึงผู้มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้มีการพัฒนาหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับผู้มีความหลากหลายทางเพศขึ้นมาทั้งในระดับสากล เช่น ปฏิญญาสากลว่า

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195-196.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193-195.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208-209.

ด้วยเรื่องสิทธิทางเพศ, หลักการขอยกยกรรดา และในระดับประเทศ ซึ่งในหลายประเทศได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามที่จะอธิบายได้ ดังนี้

(1) คำประกาศสิทธิทางเพศ

ปัญญาสาทกลวเลนเซียวด้วยเรื่องสิทธิทางเพศ เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานที่ได้รับการประกาศไว้ในปี ค.ศ. 1994 ที่กรุงวเลนเซีย ประเทศสเปน³⁷ มีเนื้อหา ดังนี้

เพศเป็นมิติหนึ่งของมนุษย์และเป็นปกติที่มีการปรับตัวและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพศเกิดจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างภายในของสังคมเองและของแต่ละบุคคลในเวลาเดียวกัน ปรากฏให้เห็นทางวงจรชีวิตของบุคคลที่ประสานความเป็นตัวของตัวเอง และสร้างหรือเสริมความผูกพัน ซึ่งกันและกันให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

ความสุขในเพศ ซึ่งรวมถึงความสุขที่เกิดจากการกระทำแก่ตนเอง เป็นที่มาแห่งความผ่องแผ้วทางร่างกายและจิตใจ รวมทั้งทางสติปัญญาและอารมณ์ ความสุขที่ว่ายนี้ย่อมได้มาจากประสบการณ์ทางเพศที่ปราศจากปัญหาขัดแย้งและความวิตกกังวล จึงเป็นที่มาของการพัฒนาการของสังคมและบุคคลด้วย

โดยนัยดังกล่าวข้างต้น สังคมจะต้องเป็นผู้สร้างเงื่อนไขที่จะกำหนดความพอใจของบุคคล เพื่อให้บรรลุถึงพัฒนาการสูงสุด และจะต้องเคารพในสิทธิทางเพศ ซึ่งได้แก่สิทธิดังต่อไปนี้

สิทธิที่จะมีเสรีภาพ จะต้องจัดการบังคับข่มขู่ทางเพศ การแสวงหาผลประโยชน์ และการล่วงเกินทางเพศทุกรูปแบบ ไม่ว่าในเวลาหรือสถานการณ์ใดๆ การต่อสู้เพื่อต่อต้านความรุนแรงทางเพศ เป็นสิ่งที่สังคมควรให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก

สิทธิที่จะมีความเป็นอิสระ ความเป็นตัวของตัวเองและความปลอดภัยในร่างกาย รวมถึงการควบคุม และการแสวงหาความสุขจากร่างกายของตนเอง โดยปราศจากการทารุณกรรมและความรุนแรงในทุกรูปแบบ

สิทธิเท่าเทียมทางเพศ มีเสรีภาพที่ปราศจากการกีดกัน แบ่งแยกในทุกรูปแบบ รวมทั้งการให้ความเคารพในความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง และไม่ว่าจะมีอายุ เชื้อชาติ ศาสนา ชนชั้น หรือมีรสนิยมทางเพศแบบใด

สิทธิที่จะมีสุขอนามัยทางเพศที่ดี รวมทั้งได้รับทรัพยากรสำหรับการวิจัย และการวินิจฉัยโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และการรักษาพยาบาลมากขึ้น

³⁷ พันธศักดิ์ ศุกระฤกษ์, “เรียนรู้...เรื่องเพศ”, เนชั่นสุดสัปดาห์, ปีที่ 12 ฉบับที่ 592 (6-12 ตุลาคม 2546).

สิทธิที่จะได้รับความรู้เรื่องเพศที่กว้างขวางและเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เบี่ยงเบน เพื่อช่วยให้การตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตทางเพศกระทำได้ดีขึ้น

สิทธิที่จะได้รับความรู้ด้านเพศศึกษาที่กว้างขวางและครอบคลุมตั้งแต่เกิดไปจนตลอดชีวิต สถาบันทางสังคมทุกสถาบันควรมีส่วนร่วมในขบวนการที่ว่านี้

สิทธิที่จะดำเนินชีวิตร่วมอย่างอิสระ จะแต่งงานหรือไม่ก็ได้ จะหย่าร้างหรือไม่ก็ได้ หรือจะมีรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมทางเพศอื่นๆ ที่ตนเองประสงค์

สิทธิที่จะตัดสินใจโดยเสรีและรับผิดชอบในการเจริญพันธุ์ สามารถเลือกจำนวนบุตร ระยะห่างระหว่างการมีบุตรแต่ละคน และ โอกาสได้รับความช่วยเหลือให้ตั้งครรภ์ได้ โดยที่เด็กทุกคนควรเป็นที่รักและต้องการของพ่อแม่

สิทธิในความเป็นส่วนตัว สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตทางเพศโดยอิสระ ภายใต้เนื้อหาของจริยธรรมทางสังคมและบุคคล ประสบการณ์ทางเพศ ที่ให้ความพึงพอใจ และมีเหตุผลเท่านั้นที่จะสนับสนุนพัฒนาการของมนุษย์ได้

สุขภาพทางเพศเป็นสิทธิมูลฐานและรากฐานของมนุษยชนเรื่องเพศเป็นต้นกำเนิดของความผูกพัน ที่ลึกซึ้งที่สุดของมนุษย์ เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับความสุขในชีวิตของบุคคล คู่สมรส ครอบครัว และสังคม ดังนั้นการเคารพในสิทธิทางเพศ เป็นสิ่งที่ควรสนับสนุนในทุกวิถีทาง

(2) หลักการยกยอการเท่า

ในด้านมาตรฐานระหว่างประเทศ แม้จะไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะเรื่องสิทธิด้านความหลากหลายทางเพศ แต่ได้มีการรับรองเรื่องความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติบนฐานเรื่องเพศ สตรีระ (Sex) เพศภาวะ (Gender) และเพศวิถี (Sexuality) ไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ แต่เนื่องจากปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีเพศวิถีที่แตกต่างจากกระแสหลักยังเป็นที่พบได้ทั่วไป นักสิทธิมนุษยชน นักเคลื่อนไหว รวมถึงผู้เชี่ยวชาญต่างๆ จึงได้ร่วมกันร่างหลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ (Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity) หรือที่เรียกกันว่า หลักการยอร์กยาคาตา ขึ้น³⁸

หลักการนี้เป็นผลจากการประชุมเชิงปฏิบัติการของผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน นักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศเพื่อพัฒนาหลักการต่างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิ

³⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชน ปี 2547-2550 ในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552), หน้า 130-131 .

มนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ณ มหาวิทยาลัย Gadjah Mada เมืองยอร์กยาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อวันที่ 6-8 พฤศจิกายน ค.ศ. 2006 โดยการประชุมดังกล่าวศาสตราจารย์จิต มันทากรณ์ จากประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองหลักการยอร์กยาการ์ตา ในฐานะประธานร่วมของการประชุม โดยหลักการยอร์กยาการ์ตา ได้ยืนยันมาตรฐานกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาคเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การเคารพสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีข้อเสนอแนะที่เป็นรายละเอียดในทางปฏิบัติสำหรับรัฐภาคีสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ สื่อมวลชน องค์กรพัฒนาเอกชนให้ดำเนินการเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีประสิทธิภาพปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยได้กำหนดหลักการไว้ทั้งสิ้น จำนวน 29 ข้อ ดังนี้

- หลักการข้อ 1. สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล
- หลักการข้อ 2. สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ
- หลักการข้อ 3. สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย
- หลักการข้อ 4. สิทธิในชีวิต
- หลักการข้อ 5. สิทธิในหลักประกันของบุคคล
- หลักการข้อ 6. สิทธิในความเป็นส่วนบุคคล
- หลักการข้อ 7. สิทธิในความเป็นอิสระจากการถูกเพิกถอนเสรีภาพโดยพลการ
- หลักการข้อ 8. สิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม
- หลักการข้อ 9. สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูก

ควบคุมตัว

- หลักการข้อ 10. สิทธิในความเป็นอิสระจากการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษในลักษณะทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

- หลักการข้อ 11. สิทธิในความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์การค้า และการลักพาตัวในทุกรูปแบบ

- หลักการข้อ 12. สิทธิในการทำงาน

- หลักการข้อ 13. สิทธิในประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่นๆ

- หลักการข้อ 14. สิทธิในมาตรฐานการครองชีพตามสมควร

- หลักการข้อ 15. สิทธิในการมีที่อยู่อาศัยตามสมควร

หลักการข้อ 16. สิทธิในการศึกษา

หลักการข้อ 17. สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ

หลักการข้อ 18. ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์

หลักการข้อ 19. สิทธิในความเห็นและการแสดงความคิดเห็น

หลักการข้อ 20. สิทธิในอิสระด้านการชุมนุมโดยสงบและสมาคม

หลักการข้อ 21. สิทธิในอิสระด้านความคิด ความเชื่อ และศาสนา

หลักการข้อ 22. สิทธิในอิสระด้านการย้ายถิ่นฐาน

หลักการข้อ 23. สิทธิในการแสวงหาที่พักพิง

หลักการข้อ 24. สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว

หลักการข้อ 25. สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางปกครอง

หลักการข้อ 26. สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางวัฒนธรรม

หลักการข้อ 27. สิทธิในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน

หลักการข้อ 28. สิทธิในการเยียวยาแก้ไขและการชดใช้ในลักษณะเกิดผลใช้บังคับได้

หลักการข้อ 29. ภาระความรับผิดชอบ³⁹

ซึ่งไพศาล ลิขิตปรีชากุล ได้แปลหลักเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มความหลากหลายทางเพศ ในหลักการข้อ 24. สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ไว้ว่า

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ครอบครัวมีหลายรูปแบบ ห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว ซึ่งรัฐจัก:

1. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัว รวมทั้งโดยให้มีโอกาสในการอุปการะบุตรบุญธรรมหรือการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วย (รวมถึงการผสมเทียม) โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

2. ให้กฎหมายและนโยบายต่างๆ ให้การยอมรับความหลากหลายของรูปแบบครอบครัว รวมทั้งที่ไม่ได้มาจากสายเลือดหรือการสมรส และต้องใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือก

³⁹ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, หลักการยกย่องการเคารพว่าด้วยการใช้สิทธิกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551), หน้า 81-85.

ปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว รวมทั้งด้านสวัสดิการสังคมในครอบครัวและสิทธิประโยชน์จากรัฐ การจ้างงานหรือการเข้าประเทศ

3. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อให้การกระทำหรือการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กไม่ว่ากระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล อำนาจปกครองหรือนิติบัญญัติ ต้องถือเอาประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และต้องไม่ถือว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งคนใดขัดกับประโยชน์ดังกล่าว

4. ให้เด็กที่มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นดังกล่าวตามสมควร แก้วและวุฒิภาวะของเด็ก ในการกระทำหรือการตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับเด็ก

5. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อรับรองสิทธิสิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใดๆ แก่การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน เท่าเทียมกับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างต่างเพศ ในรัฐที่ยอมรับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน

6. ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อรับรองสิทธิสิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์หรือหน้าที่ใดๆ ต่อคู่ไม่ได้สมรสระหว่างเพศเดียวกันเท่าเทียมกันกับคู่ไม่ได้สมรสระหว่างต่างเพศ

7. ให้การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลก็ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์

(3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ถือเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากได้เข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบัน และในข้อ 26 ของกติกาดังกล่าวได้บัญญัติว่า

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ศิพ พศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”⁴⁰

มาตราข้างต้นได้วางหลักการไว้แบบปลายเปิด กล่าวคือ ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติได้ถูกจำกัดอยู่แต่ในคำของตัวบทเพียงเท่านั้น โดยในประโยคแรกได้วางหลักคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทุกประการโดยปราศจากเงื่อนไข ส่วนในประโยคที่สองได้กำหนดหลักการตัวอย่างเงื่อนไขที่ไม่สามารถเลือกปฏิบัติได้ ในปี พ.ศ. 2537 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Human Rights Committee) ได้ปรับบทตามกติกาในข้อ 26 ในคดี Toonen v Australia³ (คดีนี้องค์การเกย์ในประเทศออสเตรเลียฟ้องรัฐบาลออสเตรเลียให้ยกเลิกกฎหมายที่ลงโทษบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลเพศเดียวกัน ปัจจุบันรัฐบาลออสเตรเลียได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้ว) โดยกำหนดคำว่า “เพศ” ในข้อ 26 นั้น รวมไปถึง ความหลากหลายทางเพศ (Sexual Orientation) อีกด้วย⁴¹

(4) ถ้อยแถลงของประเทศฝรั่งเศส

ถ้อยแถลงของประเทศฝรั่งเศส มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประณามการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่อาศัยเหตุวิถีทางเพศ หรืออัตลักษณ์ทางเพศไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้โทษประหารชีวิต วิสามัญฆาตกรรม การฆ่าอย่างรวบรัด หรือตามอำเภอใจ การทรมาน การลงโทษ หรือการปฏิบัติอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม” โดยมีเนื้อหา ดังนี้

1- เราขอยืนยันหลักการความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน ดังที่ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีอายุครบ 60 ปีในปีนี้ โดยข้อ 1 ของปฏิญญาประกาศว่า “มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาโดยอิสระและเสมอภาคกันด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ”

2- เราขอยืนยันว่า มนุษย์ทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยไม่ขึ้นกับข้อแตกต่างใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นๆ ประเทศหรือสังคมกำเนิด ทรัพย์สินสมบัติ สถานะ การเกิดหรือสถานะอื่นๆ ดังที่ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 2 และข้อ 2 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและกติกา

⁴⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 56.

⁴¹ (ร่าง) รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนปี 2547-2549 ด้านความหลากหลายทางเพศ. [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา <http://www.tncathai.org/data/MonMarch2008-16-32-6-Reportsexualdiversity.pdf> (20 เมษายน 2555).

ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนข้อ 26 ของ
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

3- เราขอยืนยันหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งกำหนดให้สิทธิมนุษยชนมีผลโดยเสมอ
ภาคต่อมนุษยทุกคน โดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ

4- เรามีความกังวลอย่างลึกซึ้งต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐาน
โดยมีสาเหตุจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ

5- เรายังรู้สึกวิตกที่ยังมีการพุ่งเป้าความรุนแรง การรังควาญ การเลือกปฏิบัติ การ
กีดกัน การตีตรา และการมีอคติต่อผู้คนในทุกประเทศทั่วโลก โดยมีสาเหตุจากวิถีทาง
เพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ และการปฏิบัติเหล่านี้เป็นการบั่นทอนเกียรติและศักดิ์ศรีของ
ผู้ที่ถูกระงับการกระทำทารุณกรรมเหล่านี้

6- เราขอประณามการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีสาเหตุจากวิถีทางเพศหรืออัต
ลักษณ์ทางเพศไม่ว่าเกิดขึ้นที่ใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้โทษประหารด้วยสาเหตุนี้ การ
วิสามัญฆาตกรรม การประหารชีวิตโดยรวบรัดหรือโดยพลการ การทรมาน และการ
ปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายเกียรติ การจับกุมหรือกักขัง
หน่วงเหนี่ยวหรือการลดทอนสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยพลการ
รวมถึงสิทธิในการมีสุขภาพ

7- เรายะลึกถึงถ้อยแถลงในปี ค.ศ. 2006 ต่อหน้าสภาสิทธิมนุษยชน โดยประเทศ
54 ประเทศ ที่ขอให้ประธานสภาสิทธิมนุษยชนให้โอกาสในการอภิปรายเกี่ยวกับการ
ละเมิดสิทธิเหล่านี้ ในสมัยประชุมของสภาสิทธิมนุษยชนในอนาคต

8- เราขอแสดงความชื่นชมต่อผู้แทนสภาสิทธิมนุษยชนและองค์กรสนธิสัญญา
ต่างๆ ที่ให้ความสนใจต่อเรื่องนี้ และสนับสนุนให้ทำการบูรณาการข้อพิจารณาเกี่ยวกับ
การละเมิดสิทธิมนุษยชนจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศเข้าในการปฏิบัติ
หน้าที่ ตามอำนาจของตน

9- เราขอแสดงความยินดีต่อการรับรองมติ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) เรื่อง
“สิทธิมนุษยชน วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ” ของสมัชชาใหญ่องค์การรัฐแห่งทวีป
อเมริกา ในสมัยประชุมที่ 38 เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 2008

10- เราขอเรียกร้องให้รัฐทุกรัฐ และกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่
เกี่ยวข้องทุ่มเทให้กับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของมนุษยทุกคนโดยไม่
ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

11- เราขอกระตุ้นให้รัฐทั้งหลายใช้มาตรการทั้งหมดที่จำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางนิติบัญญัติหรือทางการปกครอง เพื่อมิให้วิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศถูกใช้เป็นสาเหตุในการลงโทษทางอาญาไม่ว่าในกรณีใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประหารชีวิต การจับกุม หรือการกักขังหน่วยงาน

12- เราขอกระตุ้นให้รัฐทั้งหลายสอบสวนการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีสาเหตุจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศและให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบ ต่อความผิดและถูกนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

13- เราขอกระตุ้นให้รัฐทั้งหลายให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอต่อผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน และทำลายอุปสรรคที่ขัดขวางการทำงานของพวกเขานี้ในประเด็น ด้านสิทธิมนุษยชนและวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ⁴²

ดังนั้น ถ้อยแถลงดังกล่าวจึงเป็นการรับรองหลักความเป็นสากลและการไม่เลือกปฏิบัติของสิทธิมนุษยชน โดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ประเด็นความหลากหลายทางเพศถูกยกขึ้นกล่าว⁴³ นอกจากนี้ยังมีการแถลงการณ์ร่วมเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ดังนี้

- เนื่องจากในปีนี้เป็นปีครบรอบ 60 ปีของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงยังมีความสำคัญในการรับรองหลักความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชนว่า มนุษย์ทุกคนสมควรได้รับศักดิ์ศรีและความเคารพอย่างเท่าเทียมกัน

- อย่างไรก็ดี กลไกพิเศษต่างๆ ด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ได้ชี้ให้เห็นถึง การละเมิดสิทธิมนุษยชนของหญิงรักหญิง ชายรักชาย คนรักสองเพศ และคนข้ามเพศ ในทุกภูมิภาคของโลก รวมถึง การปฏิบัติอย่างไม่ชอบธรรมต่างๆ ทั้ง การฆาตกรรม ทรมาณ ข่มขืน การใช้ความรุนแรง การทำให้สาบสูญ และการเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงการรักษาพยาบาล และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอื่นๆ

- เมื่อได้รับรู้ถึงความร้ายแรงของการละเมิดสิทธิเหล่านี้และเพื่อยืนยันหลักความเป็นสากลและการไม่เลือกปฏิบัติ รัฐต่างๆ จากทุกภูมิภาค จึงรวมตัวกันเพื่อกล่าวแถลงการณ์สั้นด้วยวาจา ในสมัยประชุมสมัชชาใหญ่ในเดือนธันวาคม

- แถลงการณ์ร่วมนี้ มิใช่การตัดสินใจหรือมติอย่างเป็นทางการ และจะไม่มีผลกระทบลงคะแนนเสียง นอกจากนี้ยังมิได้เป็นการบัญญัติสิทธิใดๆ ขึ้นใหม่ หากแต่เป็นการ

⁴² โครงการจัดตั้งมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ, “ถ้อยแถลงของฝรั่งเศสต่อประเด็น SOGI”, [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา <http://www.forsogi.org/index.php/article/45-article/80-sogi> (20 เมษายน 2555).

⁴³ เรื่องเดียวกัน.

รับรองการใช้มาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่แล้วต่อผู้ที่เป็นหญิงรักหญิง ชายรักชาย คนรักสองเพศ และคนข้ามเพศ

- แลงการณนี้เป็นการต่อยอด ความริเริ่มคล้ายกันในอดีต รวมถึงแลงการณร่วมในนาม 32 ประเทศต่ออดีตกณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 2004 และแลงการณร่วมในนาม 54 ประเทศ ต่อคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 2006 และในปีนี้อเอง ประเทศสมาชิกทั้งหมด 34 ประเทศขององค์การแห่งรัฐทวีปอเมริกา มีมติเอกฉันท์รับรองปฏิญญาว่าด้วยวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และสิทธิมนุษยชน

- องค์การสนธิสัญญาต่างๆ ต่างให้การรับรองอย่างต่อเนื่องเสมือนต้นแบบภายใต้ทั้งในการสื่อสารได้ตอบ ข้อสังเกต และความคิดเห็นทั่วไปว่าหลักรับรองความเสมอภาคระหว่างประเทศระบุห้ามการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุต่างๆ ซึ่งรวมถึงวิถีทางเพศ

- อดีตข้าหลวงใหญ่ขององค์การสหประชาชาติด้านสิทธิมนุษยชน กล่าวไว้ว่า “ การครบรอบ 60 ปี ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน...เป็นโอกาสอันดีในการระลึกถึงหัวใจหลักของสิทธิมนุษยชน ทั้งความเสมอภาค ความเป็นสากล และการไม่เลือกปฏิบัติ หลักสิทธิมนุษยชนทั้งหมดนี้โดยนิยามแล้วมีผลต่อพวกเราทุกคนที่เกิดเป็นมนุษย์ ดังเช่นเป็นเรื่องเป็นไปไม่ได้ที่จะกีดกันยกเว้นคนบางคนจากความคุ้มครองนี้ด้วยสาเหตุด้านเชื้อชาติ ศาสนา หรือฐานะทางสังคมในทำนองเดียวกันเราจึงต้องปฏิเสธความพยายามใดๆ ที่จะยกเว้นความคุ้มครองนี้ด้วยสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ... การกีดกันหญิงรักหญิง ชายรักชาย คนรักสองเพศ และคนข้ามเพศจากความคุ้มครองอย่างเสมอภาค เป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตลอดจน มาตรฐานร่วมด้านมนุษยธรรมที่นิยามพวกเราทั้งหมดทุกคน”

- ผู้รายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านสุขภาพ ยังได้เน้นย้ำถึงความสำคัญในการกล่าวถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากสาเหตุวิถีทางเพศ ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามในการป้องกันและให้ความรู้เกี่ยวกับเชื้อเอชไอวี

- แลงการณนี้ ได้รับการผลักดันจากกลุ่มรัฐหลักที่รวมตัวแทนจากทั้ง 5 ภูมิภาคขององค์การสหประชาชาติ (อาร์เจนตินา บราซิล โครเอเชีย ฝรั่งเศส กาบอง ญี่ปุ่น เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และยูเครน) และมีประเทศร่วมลงนามแล้วทั้งหมดกว่า 50 ประเทศ เมื่อคำนึงถึงการละเมิดสิทธิอย่างกว้างขวางตามที่ถูกระบุโดยกลไกพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านสิทธิมนุษยชน และความสำคัญของการรับรองหลักความเป็นสากลและการไม่เลือกปฏิบัติ เราจึงขอกระตุ้นให้รัฐต่างๆ ร่วมลงชื่อกับประเทศอื่นๆ ที่

ทวีจำนวนขึ้น ในการแสดงความสนับสนุนประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญ
นี้⁴⁴

(5) รัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในประเด็น สิทธิมนุษยชนของ
บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พบว่าในหลายประเทศได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้มี
ความหลากหลายทางเพศโดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) ประเทศแอฟริกาใต้

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวปี 1994 ของแอฟริกาใต้ได้รวม “ความหลากหลายทาง
เพศ” ไว้ในบทบัญญัติเรื่องความเท่าเทียมกัน โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกเพิ่มเติมใน
รัฐธรรมนูญปี 1997 ซึ่งเป็นฉบับล่าสุด และในปัจจุบันมีข้อความดังต่อไปนี้

9 (3) รัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ต่อบุคคล
ใดเพราะเหตุแห่งความแตกต่างเหตุใดเหตุหนึ่งหรือหลายเหตุ ทั้งในเรื่องเชื้อชาติ เพศ
การตั้งครรภ์ สถานภาพการสมรส กำเนิดชาติพันธุ์หรือพื้นฐานทางสังคม สีผิว ความ
หลากหลายทางเพศ อายุ ความพิการ ศาสนา ความรู้สึทางศีลธรรม ความเชื่อ ภาษาและ
ชาติกำเนิด

9 (4) ห้ามผู้ใดเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อบุคคลใด
เพราะเหตุแห่งความแตกต่างเหตุหนึ่งเหตุใดหรือหลายเหตุซึ่งได้ระบุไว้ในอนุมาตรา (3)
และ การตรากฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันหรือห้ามการเลือกปฏิบัติเช่นว่า

9 (5) การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างเหตุหนึ่งเหตุใดหรือหลายเหตุ
ซึ่งได้ระบุไว้ใน (3) ให้ถือว่าไม่เป็นธรรม เว้นแต่มีการระบุนว่าการเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้น
เป็นธรรม

2) ประเทศฟีจี

รัฐธรรมนูญของประเทศฟีจี ออกเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 1997 และมีผลใช้บังคับ
ตั้งแต่วันที่ 28 กรกฎาคม 1998 (จนกระทั่งการรัฐประหารในปี 2006)

มาตรา 38 ความเท่าเทียม/ความเสมอภาค

(1) บุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดย
เท่าเทียมกัน

⁴⁴ สะพาน กลุ่มสร้างสื่อเพื่อความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศ, “ถ้อยแถลงของประเทศฝรั่งเศส”. [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา
<http://www.sapaan.org/article/79.html> (20 เมษายน 2555).

(2) บุคคลต้องไม่ได้รับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างของตนในเรื่อง

(2.1) ลักษณะเฉพาะบุคคลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นจริงหรือถูกสมมติ ทั้งรวมถึงเชื้อชาติ กำเนิดชาติพันธุ์ สีผิว ถิ่นกำเนิด เพศ ความหลากหลายทางเพศ ชาติกำเนิด ภาษา สถานะทางเศรษฐกิจ อายุหรือความบกพร่องด้านความสามารถ หรือ

(2.2) ความคิดเห็นหรือความเชื่อ เว้นเสียแต่ว่าความคิดเห็นหรือความเชื่อเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับอันตรายต่อผู้อื่นหรือการลดทอนสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น หรือเพราะเหตุแห่งความแตกต่างอื่นใดตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามไว้

(3) ดังนั้น กฎหมายหรือการกระทำทางปกครองใดๆ ที่กระทำภายใต้กฎหมายต้องไม่ก่อให้เกิดความบกพร่องทางความสามารถหรือข้อจำกัดแก่บุคคลใดเพราะเหตุแห่งความแตกต่างที่ต้องห้ามนั้น

(4) บุคคลใดๆ มีสิทธิที่จะเข้าถึงบริการของร้านค้า โรงแรม บ้านเช่า ร้านอาหาร สาธารณะ สถานที่อื่นเป็นสถานบันเทิงสาธารณะ บริการขนส่งสาธารณะ รถแท็กซี่ และสถานที่สาธารณะโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างที่ต้องห้าม

(5) เจ้าของสถานที่หรือบริการที่ได้กล่าวอ้างถึงในมาตรา (4) ต้องช่วยเหลือผู้บกพร่องด้านความสามารถในการเข้าถึงบริการต่างๆ ตามสมควรตามที่กฎหมายกำหนด

3) ประเทศเอกวาดอร์

รัฐธรรมนูญของประเทศเอกวาดอร์ ปี 1998 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปที่ร่างโดยสมัชชารัฐธรรมนูญแห่งชาติ (National Constituent Assembly) ซึ่งมีสมาชิก 70 คน โดยเรื่องที่พิจารณาเป็นพิเศษคือ เรื่องสิทธิของชนพื้นเมืองต่อดินแดนและภาษา และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติของชนผิวดำ

มาตรา 23(3) ความเสมอภาคในกฎหมาย บุคคลทุกคนต้องได้รับการพิจารณาว่าเท่าเทียมและมีสิทธิ เสรีภาพและโอกาสเหมือนกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติพื้นฐานของชาติกำเนิด อายุ เพศ ชาติพันธุ์ สีผิว พื้นฐานทางสังคม ภาษา ศาสนา ความเชื่อทางการเมือง สถานะทางเศรษฐกิจ ความหลากหลายทางเพศ สุขภาพ ความบกพร่องด้านความสามารถ หรือความแตกต่างอื่นใด

4) สาธารณรัฐเกาหลี

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ปี 2001 กฎหมายฉบับนี้ก่อตั้งคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจสืบสวน “การกระทำที่เลือกปฏิบัติใดๆ ของนิติบุคคล องค์กร หรือบุคคลธรรมดา ที่เป็นการละเมิดสิทธิในความเสมอภาค” ตามมาตรา 30 (1)2

มาตรา 30 (2) คำว่า “การกระทำที่เลือกปฏิบัติที่เป็นละเมิดสิทธิในความเสมอภาค” หมายถึง การกระทำใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันสมควรเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ศาสนา ความบกพร่องด้านความสามารถ อายุ สถานะทางสังคม ภูมิภาค กำเนิดชาติพันธุ์ สภาพทางกายภาพ เช่น อวัยวะ สถานภาพการสมรส การท้องหรือการคลอดบุตร สถานภาพครอบครัว เชื้อชาติ สีผิว ความคิดหรือความคิดเห็นทางการเมือง บันทึบอาชญากรรมซึ่งระยะเวลาที่การลงโทษมีผลได้ล่วงพ้นไปแล้ว บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือ ประวัติการเป็นโรค (ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน การเข้าถึงสินค้า บริการ การขนส่ง สิ่งอำนวยความสะดวกเชิงพาณิชย์ ที่ดิน สิ่งอำนวยความสะดวกด้านที่อยู่อาศัย และสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการศึกษา)

5) ประเทศสวีตเซอร์แลนด์

รัฐธรรมนูญซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ปี 2000 ได้ปกป้องปัจเจกบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติในเรื่อง “การดำเนินชีวิต” (Way of Life) ซึ่งคำนี้ได้มีความหมายครอบคลุมถึง ความหลากหลายทางเพศ ด้วย

6) ประเทศสวีเดน

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในปี 2003 ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2003 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญของสวีเดน ได้กำหนดให้ภาครัฐต้องกำจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง เพศ ชาติพันธุ์ ศาสนาและความเชื่อ ความบกพร่องด้านความสามารถ และความหลากหลายทางเพศ ข้อกฎหมายดังกล่าวไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการดำเนินคดีของเอกชนในศาลได้โดยตรง ข้อกฎหมายที่มีผลทางกฎหมายปรากฏอยู่ในกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ ปี 1999 ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานด้วยเหตุแห่ง ความหลากหลายทางเพศ

7) ประเทศโปรตุเกส

การแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี 2004 ได้เพิ่มคำว่า “ความหลากหลายทางเพศ” ในมาตรา 13

มาตรา 13 (หลักแห่งความเสมอภาค)

1. พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมเหมือนกันและต้องเสมอภาคกันทางกฎหมาย

2. ไม่มีใครพึงได้รับอภิสิทธิ์ ความลำเอียง หรือถูกพรากไปซึ่งสิทธิใดๆ หรือได้รับยกเว้นจากหน้าที่ใดๆ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างเรื่องชาติกำเนิด เพศ ชาติพันธุ์ ภาษา ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเชื่อทางการเมืองและอุดมคติ การศึกษา สถานการณ์ทางเศรษฐกิจ ปัจจัยทางสังคม หรือ ความหลากหลายทางเพศ

8) รัฐ แคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

พระราชบัญญัติสิทธิในบ้านของพลเรือน แคลิฟอร์เนีย ปี 2006 (Civil Rights Housing Act, California, 2006) ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในด้านที่อยู่อาศัยเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา พื้นฐานหรือกำเนิดเชื้อชาติ ความบกพร่องด้านความสามารถ แห้งเงินได้ และเพศ (ซึ่งรวมถึงเพศที่แสดงออกไป) สถานภาพการสมรส ความหลากหลายทางเพศ และสถานะทางครอบครัว⁴⁵

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ฉบับพุทธศักราช 2542 การสมรส หมายถึง “ก. แต่งงาน เช่น นาย ก. สมรสกับนางสาว ข. ว. ที่เกี่ยวกับการแต่งงาน เช่น พิธีมงคลสมรส” ส่วนในทางกฎหมาย การสมรส หมายถึง การที่ชายหญิงเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ เทียบ เกริกมธุกร ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสไว้ต่างๆ กัน โดยสรุปถือว่าการแต่งงานเป็นการผูกพันทางกฎหมาย กล่าวคือ การสมรสเป็นเรื่องที่มนุษย์จัดทำขึ้น มนุษย์เป็นผู้กำหนดด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสขึ้นมาเพื่อช่วยกระชับความสัมพันธ์ของกลุ่มสมรสให้มั่นคงตลอดไป นอกจากนี้ การแต่งงานยังเป็นการร่วมหุ้นชีวิต เป็นการเพิ่มภาระรับผิดชอบ และการร่วมทุกข์ร่วมสุขกันด้วย⁴⁶

ส่วน นิยพวรรณ วรรณศิริ ได้อธิบายว่า การแต่งงานเป็นการเริ่มต้นของการตั้งครอบครัว และการสร้างรูปแบบครัวเรือนในชุมชน ซึ่งการแต่งงานนั้น แม้จะประกอบด้วยความสัมพันธ์ทางเพศเป็นหลัก แต่การแต่งงานก็ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางเพศ (Sexual Intercourse) ทั้งนี้การแต่งงานเป็นเรื่องของชีวภาพ (Biological Phenomenon) วัฒนธรรม (Cultural Phenomenon) และสังคม (Sociological Phenomenon) รวมกัน โดยการแต่งงานมีเป้าหมายและวัตถุประสงค์ ดังนี้

1) เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ และเพื่อการผูกขาดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน

⁴⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, (กรุงเทพฯ : ศรีเมืองการพิมพ์, 2550), หน้า 143-149.

⁴⁶ เทียบ เกริกมธุกร, การสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัว, (เชียงใหม่ : ภาควิชามนุษยสัมพันธ์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2530), หน้า 94-97.

- 2) เพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตร
- 3) เพื่อความร่วมมือในทุกทาง เช่น การเศรษฐกิจ การปกครอง ความร่วมมือในหมู่
วงศาคณาญาติ เป็นต้น
- 4) เพื่อสร้างครอบครัว
- 5) เพื่อสืบทอดสมบัติ
- 6) เพื่อให้เด็กรู้จักตนเองและวางตนได้อย่างถูกต้อง เพื่อการมีจุดยืนที่ดีในสังคม
- 7) เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายสังคม หรือเพื่อสืบทอดสกุล⁴⁷

2.5 งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.5.1 งานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับความต้องการทางสังคมของบุคคลที่มีความหลากหลายทาง

เพศ

สิริลักษณ์ อังกูรพิริยะ ได้สรุปผลการวิจัยไว้ว่า ปัจจัยที่ส่งผลต่อการเปิดเผยตัวของหญิงรักหญิงที่สำคัญ ได้แก่ ปัจจัยด้านการยอมรับในความเป็นหญิงรักเพศเดียวกันของตนเอง ปัจจัยด้านสถานการณ์หรือสถานะแวดล้อมที่หญิงรักหญิงต้องเผชิญ ปัจจัยด้านการยอมรับจากบุคคลอื่น และปัจจัยด้านผลกระทบที่มีต่อการดำเนินชีวิตประจำวัน ทั้งนี้ผลกระทบที่หญิงรักหญิงได้รับหลังการเปิดเผยตัวส่วนใหญ่เป็นผลกระทบอันเนื่องมาจากบุคคลแวดล้อม เช่น ผลกระทบต่อหน้าที่การงาน ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวและเพื่อน เป็นต้น โดยสาเหตุหลักที่ทำให้หญิงรักหญิงไม่ค่อยเปิดเผยตัวคือ ความกังวลใจที่ต้องเสี่ยงต่อการไม่ยอมรับของบุคคลใกล้ชิด⁴⁸

สอดคล้องกับจิรภัทร วงศ์อ้าย ซึ่งผลการศึกษาพบว่า หญิงรักร่วมเพศส่วนใหญ่มักดำเนินชีวิตอย่างเรียบง่ายเพื่อป้องกันการกลายเป็นจุดสนใจของกลุ่มคนทั้งในสังคมและสถานที่ทำงาน ซึ่งอาจถูกมองว่าเป็นคนที่มีความผิดปกติได้ เช่นเดียวกับเรื่องการทำงานของหญิงรักร่วมเพศมักเป็นผู้มีความรับผิดชอบในการทำงานสูง เพราะหากทำงานไม่สำเร็จก็เกรงว่าอาจถูกคนอื่นมองในทางที่ไม่ดีและส่งผลลบต่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงานได้⁴⁹

จิรเดช วิชัยคำ ได้สรุปผลการศึกษาของเขาว่า เงื่อนไขการสร้างพื้นที่ทางสังคมของชายรักร่วมเพศนั้น ประกอบด้วยเงื่อนไขหลัก 2 ประการ ได้แก่ เงื่อนไขที่ 1 คือ ความต้องการทางด้านต่างๆ คือ

⁴⁷ นิยพรรณ วรรณศิริ, มานุษยวิทยาว่าด้วยระบบครอบครัว การแต่งงาน และเครือญาติ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แพรวพิตยา, 2528), หน้า 59-60.

⁴⁸ สิริลักษณ์ อังกูรพิริยะ, “ผลกระทบที่หญิงรักร่วมเพศได้รับจากการเปิดเผยตัวในสังคมไทย”, วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2553.

⁴⁹ จิรภัทร วงศ์อ้าย, “กระบวนการพัฒนาเอกลักษณ์ของหญิงรักร่วมเพศ”, วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2550.

ความต้องการทางด้านร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ ความต้องการด้านสิทธิและการยอมรับในสังคม และความต้องการทางด้านข่าวสารและการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ เงื่อนไขที่ 2 คือ ความต้องการด้านเศรษฐกิจและสังคม คือความต้องการด้านรายได้ การประกอบอาชีพ และการมีเครือข่ายทางสังคม ทั้งนี้การเปิดพื้นที่เฉพาะของกลุ่มชายรักร่วมเพศคือยุทธศาสตร์หนึ่งเพื่อให้สังคมเห็นกระบวนการเปลี่ยนผ่านจากอัตลักษณ์ทางเพศไปสู่อัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมย่อยของพวกเขา เพื่อสนองตอบต่อความต้องการของตนเองและเพื่อเรียกร้องให้สังคมเข้าใจและยอมรับบุคคลที่มีพฤติกรรมชายรักร่วมเพศมากขึ้น⁵⁰

2.5.2 งานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์ ศึกษาพบว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่รับรองสิทธิและเสรีภาพแห่งความพึงพอใจทางเพศของบุคคลรักร่วมเพศ กฎหมายลำดับรองจึงไม่สามารถบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรักร่วมเพศชายได้ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกัน การให้สิทธิได้รับสวัสดิการที่จำเป็นจากภาครัฐและเอกชน สิทธิในการเป็นผู้อุปการะบุตรโดยสายเลือด สิทธิได้รับการลดหย่อนภาษี สิทธิในการรับมรดกจากคู่รักในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิได้รับความคุ้มครองในทางแพ่งในชีวิตความเป็นส่วนตัวและทรัพย์สินจากการถูกละเมิดของบุคคลภายนอก รวมถึงการได้รับความคุ้มครองในชีวิตและร่างกายตามกฎหมายอาญา ทั้งนี้ จึงมีข้อเสนอแนะว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยควรบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพความพึงพอใจทางเพศของบุคคลและทำการแก้ไขกฎหมายลำดับรองให้เกิดความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย⁵¹

ณนุช คำทอง ได้ศึกษาพบว่ากฎหมายในเรื่องการสมรสทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศจำกัดสิทธิให้การสมรสกระทำได้เฉพาะหญิงและชายเท่านั้น พวกรักร่วมเพศถึงแม้จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ก็ไม่มีสิทธิสมรสกันตามกฎหมาย พวกรักร่วมเพศจึงไม่มีสิทธิ หน้าที่และผลประโยชน์ที่คู่สมรสพึงมีระหว่างกัน ทั้งนี้ในต่างประเทศบางประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อรับรองสิทธิของพวกรักร่วมเพศโดยเฉพาะสิทธิในการอยู่ร่วมกันให้ได้รับความคุ้มครองเหมือนคู่สมรสพึงมีพึงได้ จึงมีข้อเสนอแนะให้ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ โดยมีหลักการสำคัญคือ ให้สิทธิพวกรักร่วมเพศที่ต้องกันอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา ได้รับการรับรองตาม

⁵⁰ จิเรศ วิเชียรคำ, “การสร้างพื้นที่ทางสังคมของชายรักร่วมเพศเขตอำเภอเมืองเชียงใหม่”, วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2551.

⁵¹ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, “สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ:วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543.

กฎหมายเสมือนกันคู่สมรส โดยนำหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับกฎหมายดังกล่าว⁵²

วรารักษ์ อินทนนท์ ได้ศึกษาพบว่าเพศของบุคคลนั้น ไม่ได้มีเพียงการแบ่งเพศตามเพศสภาพ จากลักษณะทางกายภาพตามเพศกำเนิดที่มีเพียงเพศชาย หรือเพศหญิงเท่านั้น ปัจจุบันแนวทางการวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้มีการวินิจฉัยตีความคุ้มครองปัจเจกชนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุของความแตกต่างในเรื่องเพศที่ครอบคลุมไปถึงความแตกต่างในรสนิยมทางเพศของบุคคล โดยกลุ่มบุคคลที่เรียกว่า ผู้มีความหลากหลายทางเพศได้เรียกร้องให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อให้เกิดความเสมอภาค เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ ได้นำเสนอแนวทางรับรองและการตีความตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว และได้เสนอแนะการออกกฎหมายใหม่เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศไทยและกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁵³

⁵² อนุช คำทอง, “การสมรสของพวกร่วมเพศ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546.

⁵³ วรารักษ์ อินทนนท์, “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ”, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552.