

รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ Thai Constitution and Sexual Diversity

อารยา สุขสม

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา 160 หมู่ 4 ถนนกาญจนวนิช
ตำบลเขารูปช้าง อำเภอเมือง จังหวัดสงขลา 90000

Araya Sooksom

Faculty of Humanities and Social Sciences, Songkhla Rajabhat University, 160, Moo 4,
Tambon Khoa-Roob-Chang, Muang District, Songkhla 90000

e-mail : arayasooksom2524@gmail.com

Received 10 July 2018, Revised 5 December 2018, Accepted 10 December 2018

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษา 1) เหตุผลและความจำเป็นของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และ 2) การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในองค์การสหประชาชาติ รวมถึงแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศและประเทศไทย โดยเป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพในลักษณะการทบทวนวรรณกรรมและการวิเคราะห์เอกสาร ทั้งนี้เพื่อแสวงหาแนวทางการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ผลจากการศึกษาพบว่า แนวคิดเรื่องความหลากหลายทางเพศเกิดจากการยอมรับว่าเพศของมนุษย์มิได้ยึดโยงกับเพศสรีระอีกต่อไป หากแต่มีความเชื่อมโยงกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งมีความหลากหลายแตกต่างกัน ต่อมาองค์การสหประชาชาติได้นำเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมาใช้เป็นศูนย์กลางในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ในบางประเทศจึงได้กำหนดให้วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนหนึ่งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ประเทศส่วนใหญ่รวมถึงประเทศไทยอาศัยการตีความหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศให้ครอบคลุมถึง

วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งการคุ้มครองจะมีประสิทธิภาพเพียงใดขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายทางเพศของผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: ความหลากหลายทางเพศ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ รัฐธรรมนูญ

Abstract

This article aimed to study 1) the reason and need to protect the human rights of LGBTI and 2) the implementation of non-discrimination principle to protect the human rights of LGBTI in international law, including foreign and Thai law. This article applies the qualitative research method by reviewing literatures and analyzing relating materials. This is to enhance efficiency in the interpretation of constitution for protect the human rights of LGBTI. The study revealed that sexual diversity is not linked to the sex of human, but linked to the sexual orientation and gender identity, which based on the diversity. It has become the center of protection to human rights of LGBTI in United Nations under the principle of non-discrimination based on sexual orientation and gender identity. They also require the member states to compliance to legal obligations according to the international human rights principles. In some member states, the sexual orientation and gender identity were determined as a part of the provision in the constitution. Meanwhile, mostly member states including Thailand implement the provision in the constitution, the non-discrimination principle based on sex, to protect the human rights of LGBTI. Therefore, the efficiency in the interpretation of constitution for protect the human rights of LGBTI depends on the knowledge about sexual diversity of the law enforcement officer

Key words: Sexual diversity, Sexual orientation, Gender identity, Constitution

1. บทนำ

ปัจจุบันการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ¹ เป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและแพร่หลายไปทั่วโลก สาเหตุสำคัญของการละเมิดสิทธิมนุษยชนส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการตีตราสถานะทางสุขภาพของบุคคลเหล่านี้² ทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องประสบปัญหาการใช้ความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติจากสังคมอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ ในแง่ของการใช้ความรุนแรงซึ่งนำมาสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น โดยทั่วไปมักเป็นการใช้ความรุนแรงเพราะเหตุแห่งความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเกลียดชังต่อบุคคลรักเพศเดียวกันและบุคคลข้ามเพศ (Homophobic and transphobic violence) และเป็นเหตุสำคัญที่นำไปสู่ “การก่ออาชญากรรมเพราะเหตุแห่งความ

¹ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อันได้แก่ กลุ่มบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันหรือมีอัตลักษณ์หรือความสัมพันธ์แบบบุคคลรักเพศเดียวกัน (Same-sex behaviour, Identities or Relations) ได้แก่ หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) และบุคคลรักสองเพศ (Bisexual) กลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสภาพตามกำเนิด (Non-binary gender identities) ได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบางครั้งยังรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความซับซ้อนในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex person) ในทางระหว่างประเทศจึงรู้จักกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในอีกชื่อหนึ่งว่า “กลุ่ม LGBTI” รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูใน Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, A/HRC/19/41, 17 November 2011, para.5.

² การกำหนดสถานะทางสุขภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นไปตามบัญชีจำแนกทางสถิติระหว่างประเทศของโรคและปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องขององค์การอนามัยโลก ครั้งที่ 10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, Tenth Revision : ICD-10) โดยในปีค.ศ. 1990 องค์การอนามัยโลกได้ถอดการเป็นบุคคลรักเพศเดียวกันและบุคคลรักสองเพศออกจากการเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรมแล้วโดยเห็นว่าเป็นแต่เพียงความแตกต่างของวิถีทางเพศเท่านั้น ในขณะที่การเป็นบุคคลข้ามเพศและการเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็กยังถือว่าเป็นความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มของความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม อย่างไรก็ตาม การบัญชีจำแนกทางสถิติระหว่างประเทศของโรคและปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องครั้งที่ 11 (ICD-11) ซึ่งกำลังจะเกิดขึ้นในปีค.ศ. 2017-2018 มีแนวโน้มว่าองค์การอนามัยโลกจะดำเนินการถอดเรื่องความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศออกจากการเป็นโรคหรือความเจ็บป่วยทางจิตโดยการใช้คำว่า “ภาวะของการมีเพศสภาพไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิดในวัยรุ่นและวัยเจริญพันธุ์ (Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood (GIAA))” ภายใต้วัดใหม่ที่มีชื่อว่า “เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ (Conditions Related to Sexual Health)” ใน ICD-11 แทนการใช้คำว่าความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (GID) ซึ่งการระบุเช่นนี้จะทำให้บุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กสามารถเข้าถึงสิทธิด้านสุขภาพได้โดยไม่ต้องถูกตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอีกต่อไป รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูได้ใน Health Policy Project, Asia Pacific Transgender Network, United Nations Development Programme. *Blueprint for the Provision of Comprehensive Care for Trans People and Trans Communities*, (Washington, DC: Future Group, 2015), 33.

เกลียดชัง (Hate crime)” เช่น การฆาตกรรม การลักพาตัว การข่มขืน การล่วงเกินทางเพศ การลิดรอนเสรีภาพของบุคคลโดยอำเภอใจ ฯลฯ รวมถึง “การใช้คำพูดเพื่อสร้างความเกลียดชัง (Hate speech)” ต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการใช้ความรุนแรงดังกล่าวอาจเกิดขึ้นภายในครอบครัวหรือจากสังคมของบุคคลเหล่านั้น³ ในแง่ของการใช้ความรุนแรงเฉพาะตัวบุคคลจะพบว่าในกรณีหญิงรักหญิงหรือหญิงรักสองเพศ มักเกิดขึ้นในรูปแบบของการข่มขืนเพื่อแก้ไขให้บุคคลเหล่านั้นกลับมามีวิถีทางเพศที่ถูกต้อง (Corrective rape of lesbians) กรณีชายรักชายหรือชายรักสองเพศมักถูกบังคับให้มึเพศสัมพันธ์ทางทวาร (Non-consensual anal examinations) เพื่อพิสูจน์ถึงการเป็นบุคคลรักเพศเดียวกัน ส่วนการใช้ความรุนแรงกรณีบุคคลข้ามเพศมักถูกบังคับให้เข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์โดยการผ่าตัดแปลงเพศ (Gender reassignment surgery) หรือทำหมัน (Sterilization) โดยไม่สมัครใจ ทั้งนี้เพื่อให้มีสิทธิได้รับการรับรองทางกฎหมาย สำหรับกรณีบุคคลอินเตอร์เซ็ก ต้องถูกบังคับให้ต้องทำการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศโดยที่ไม่มีความจำเป็น (Unnecessary medical or surgical treatment) โดยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นกับเด็กที่เป็นอินเตอร์เซ็ก ซึ่งไม่อาจให้ความยินยอมแก่การกระทำดังกล่าวได้⁴

นอกจากนั้น การละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังเกิดจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากสังคมและระบบกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการตีตราว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นผู้มีความผิดปกติ ทำให้บุคคลกลุ่มนี้ต้องถูกเลือกปฏิบัติอย่างกว้างขวางจากสังคมอย่างเป็นระบบ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการอธิบายถึงสถานะทางสุขภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในตำราเรียนหรือหลักสูตรการศึกษาว่าเป็นผู้ที่มีความเปราะบางหรือมีความผิดปกติทางจิต ส่งผลทำให้สังคมเกิดความเข้าใจผิดและมีการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเกิดขึ้นทั้งในสถาบันการศึกษาและสถานที่ทำงาน รวมถึงสถานพยาบาลที่ให้บริการด้านการแพทย์ซึ่งบ่อยครั้งพบว่าบุคคลกลุ่มนี้ได้รับการปฏิบัติตลอดจนได้รับบริการทางการแพทย์ที่ไม่เป็นมิตรและไม่สอดคล้องกับตามความต้องการอันมีลักษณะเฉพาะของบุคคลเหล่านั้น นอกจากนี้ยังมีการนำกฎหมายบางเรื่องมาใช้บังคับเพื่อจับกุมหรือควบคุมตัวกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้กลุ่มบุคคลที่ได้ผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติจากสังคมมากที่สุดนั่นก็คือบุคคลข้ามเพศเนื่องจากเป็นบุคคลที่มีการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศชัดเจนมาก

³ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*, (New York and Geneva: United Nation, 2012), 14-15.

⁴ Human Rights Council, *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, Vitit Muntarbhorn, A/HRC/35/36, 19 April 2017, para.14.

ที่สุด ในขณะที่บุคคลกลุ่มอื่นๆ ได้จะรับผลกระทบก็ต่อเมื่อตนเองเปิดเผยวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของตนออกมาให้สังคมได้รับรู้เสียก่อน

หากพิจารณาปัญหาการเลือกปฏิบัติตามลักษณะเฉพาะของบุคคล จะพบว่าการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันและรักสองเพศมักเป็นการเลือกปฏิบัติจากกฎหมาย โดยปัจจุบันมีประเทศต่างๆ อย่างน้อย 76 ประเทศกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญาซึ่งการกำหนดความผิดดังกล่าวได้นำไปสู่การจับกุมบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเพื่อดำเนินคดีและลงโทษตามกฎหมาย และมีประเทศอย่างน้อย 7 ประเทศที่กำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดดังกล่าวได้แก่ อิหร่าน (Iran) มอริเตเนีย (Mauritania) ซูดาน (Sudan) ซาอุดีอาระเบีย (Saudi Arabia) สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ (United Arab Emirates) เยเมน (Yemen) และไนจีเรีย (Nigeria)⁵ นอกจากนั้น กลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกันยังถูกการกีดกันหรือปฏิเสธในการรับรองความสัมพันธ์ทางกฎหมายส่งผลทำให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันไม่อาจใช้สิทธิในการสมรสและการก่อตั้งครอบครัว และนำไปสู่การกีดกันหรือไม่ได้รับสิทธิอื่นๆ ตามมา เช่น สิทธิในการรับผลประโยชน์จากเงินบำนาญหรือเงินชดเชยจากกองทุนประกันสังคมของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในกรณีที่คู่รักฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต เป็นต้น ส่วนการเลือกปฏิบัติกลุ่มบุคคลข้ามเพศ พบว่าในบางประเทศกำหนดให้การแต่งกายข้ามเพศเป็นความผิดทางอาญา บ่อยครั้งที่บุคคลเหล่านี้ต้องถูกบังคับให้ทำการรักษาทางการแพทย์ก่อนการได้รับรองสถานภาพทางกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างยิ่ง นอกจากนี้การกีดกันหรือปฏิเสธการรับรองสถานภาพทางกฎหมายยังส่งผลทำให้บุคคลเหล่านี้ต้องเผชิญกับปัญหาและอุปสรรคในการใช้ชีวิตประจำวัน รวมถึงการสมัครงาน ที่อยู่อาศัย การขอเครดิต กู้ธนาคารหรือการได้รับผลประโยชน์จากรัฐ หรือเมื่อต้องเดินทางเพื่อการท่องเที่ยวในต่างประเทศ ส่วนการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอินเตอร์เซ็กพบว่าในหลายประเทศมีการบังคับให้บุคคลเหล่านี้ต้องถูกบังคับให้ทำการรักษาทางการแพทย์ โดย “การเลือกเพศ” ตั้งแต่แรกเกิดก่อน ทั้งนี้เพื่อให้ได้รับการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย ซึ่งอาจนำไปสู่การทำหมันรวมถึงการผ่าตัดอวัยวะเพศเพื่อให้มีเพศตามปกติเหมือนคนทั่วไป จะเห็นได้ว่าการกระทำเหล่านี้ทำให้บุคคลอินเตอร์เซ็กไม่สามารถมีบุตรได้และส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตอย่างร้ายแรง

ลักษณะของการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังที่ได้กล่าวมานี้ ล้วนเป็นผลมาจากทัศนคติและความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องของบุคคลภายนอกที่มีต่อกลุ่มบุคคล

⁵ Michael O’Flaherty and John Fisher, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles,” *Human Rights Law Review* 8, no.2 (2008): 210, 208.

ที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้อาจเป็นผลมาจากความไม่ใส่ใจ การขาดความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริง รวมถึงความเข้าใจที่ผิดต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงทำให้คนส่วนใหญ่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการใช้ความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น⁶ ด้วยเหตุนี้ ปัญหาการเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงทวีความรุนแรงและต่อเนื่องเรื่อยมาจนกระทั่งกลายมาเป็นประเด็นสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องการสหประชาชาติให้ความสนใจและเรียกร้องให้รัฐสมาชิกทั้งหลายดำเนินการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคนรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในองค์การสหประชาชาติ เกิดขึ้นจากนำหลักความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน (Principle of universality)⁷ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Principle of non-discrimination)⁸ ที่มีอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การวางแนวทางดังกล่าวได้ก่อให้เกิดเป็นพันธกรณีของรัฐสมาชิกที่จะต้องกำหนดมาตรการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศเหล่านั้นเข้าเป็นภาคี⁹ โดยพันธกรณีที่สำคัญประการหนึ่งคือ รัฐสมาชิกทั้งหลายมี

⁶ Human Rights Council, *Report of the Independent Expert*, para.35.

⁷ มาตรา 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมเกิดมามีอิสรภาพและมีความเท่าเทียมกันทั้งในศักดิ์ศรีและสิทธิ...” (all human being are born free and equal in dignity and rights...) โดยคำว่า “บุคคลทุกคน (all human being)” ในที่นี้หมายความว่ารวมถึง หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) บุคคลรักสองเพศ (Bisexual) และบุคคลข้ามเพศ (Transgender) และรวมถึงบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex person) ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

⁸ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Principle of Non-discrimination) ตั้งอยู่บนแนวคิดว่าด้วยเรื่องความเสมอภาค (Equality) ซึ่งมีรากฐานมาจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและหลักปัจเจกชนนิยมโดยมีสาระสำคัญว่า ภายใต้กฎหมายธรรมชาติบุคคลทุกคนเกิดมามีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน รัฐจึงถูกจำกัดอำนาจโดยไม่สามารถออกกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งกับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้

มาตรา 2 และมาตรา 7 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติว่า “มาตรา 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยก...” และ “มาตรา 7 บุคคลทุกคนต่างมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย และชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ...”

⁹ แนวทางดังกล่าวได้ถูกรวบรวมไว้ในเอกสารที่ชื่อว่า “หลักการ Yogyakarta ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ค.ศ.2007) The Principle on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity : Yogyakarta Principles) ที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติโดยยืนยันถึงหน้าที่ของรัฐในการใช้หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่มิอยู่ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่อยู่ภายในเขตอำนาจรัฐ

หน้าที่สร้างหลักประกันความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติในรูปแบบต่างๆ ในหลายประเทศจึงได้พยายามปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ บทความนี้จึงมุ่งศึกษาเหตุผลและความจำเป็นของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในองค์การสหประชาชาติและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศรวมถึงประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อแสวงหาแนวทางการตีความรัฐธรรมนูญไทยในการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

2. เหตุผลและความจำเป็นของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นผลพวงของการโต้แย้งความจริงเกี่ยวกับเรื่องเพศของมนุษย์ว่า แท้จริงแล้วความเป็นเพศของมนุษย์นั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร และมีเพียงแค่ว่าชายกับหญิงเท่านั้นหรือไม่ ซึ่งข้อค้นพบจากการถกเถียงดังกล่าวได้กลายมาเป็นข้อมูลหรือหลักฐานสำคัญที่ยืนยันถึงความชอบธรรมในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเวลาต่อมา การอธิบายดังกล่าวเกิดขึ้นบนพื้นฐานของแนวคิดทฤษฎีสำคัญอยู่ 2 แนวทางคือ แนวทางแรกเป็นการอธิบายว่าเพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ และแนวทางที่สองเป็นการอธิบายว่าเพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่กำหนดและให้ความหมายจากสังคม ซึ่งที่จะได้กล่าวตามลำดับดังนี้

2.1 เพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ

การอธิบายว่าเพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติเป็นไปตามแนวคิดสารัตถนิยม (Essentialism) โดยนักเพศศาสตร์ (Sexologist) ได้นำความรู้ทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์สาขาต่างๆ เช่น ชีววิทยา จิตเวชศาสตร์ ประสาทวิทยา ฯลฯ มาใช้อธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ในทางกายภาพ (Physical sex) จนกระทั่งได้ข้อสรุปว่าเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ และมีความสัมพันธ์กับ “สรีระ” อันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญ คือการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็น

ผู้ที่มีความความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษาและจัดว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่อันตรายต่อสังคม¹⁰

จากแนวคิดดังกล่าวทำให้เมื่อกล่าวถึงคำว่า “เพศ (Sex)” ในปัจจุบัน จึงมีความหมายสองประการ คือ Sex ในความหมายเพศสรีระทางชีววิทยา และ Sex ในความหมายของการร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์ ด้วยเหตุนี้ ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายและหญิงจึงเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่เป็นไปตามกฎแห่งธรรมชาติของมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากคำอธิบายของผู้พิพากษาในคดี Bower v. Hardwick (1986) ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคดีนี้ นาย Michael Hardwick ซึ่งเปิดเผยตนว่าเป็นชายรักชายได้ถูกจับและดำเนินคดีในข้อหา มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกันในห้องนอนของตนเองซึ่งถือเป็นความผิดตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (Sodomy statute) ในขณะนั้น จากการลงคะแนนตัดสินของผู้พิพากษาจำนวน 4 ใน 5 ของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้เห็นว่า แม้ผู้ร้องจะอ้างถึงความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวภายใต้ขอบเขต “สิทธิส่วนตัว (Privacy rights)” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งมุ่งคุ้มครองการกระทำทางเพศของบุคคลในที่รโหฐานก็ตาม แต่ความคุ้มครองดังกล่าวเป็นสิทธิที่มอบให้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศชายและหญิงเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันเนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดธรรมชาตินั้นเอง¹¹

จากความเห็นดังกล่าว มีนักเพศศาสตร์บางส่วนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเสมอไปทั้งนี้เพราะบุคคลอาจมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติ และการแสดงออกทางเพศที่ต่างไปจากเพศสรีระก็ได้ และไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่มีความผิดหรือเป็นความเจ็บป่วยทางจิต แต่เป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติเช่นกัน ตัวอย่างเช่น Karl Heinrich Ulrichs (1860) และ Alfred Kinsey (1984) เห็นว่าพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์มีความซับซ้อนหลากหลาย การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (Naturalness) และเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด (Innateness)¹² ในขณะที่ Magnus Hirschfeld

¹⁰ Edward Stein, “Law, Sexual Orientation, and Gender,” in Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, ed. Jules Coleman and Scott Shapiro (New York: Oxford University Press, 2002), 998. และ นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ, “ทบทวนวิธีการสร้างความรู้/ความจริงเรื่องเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2556, <http://www.sac.or.th>.

¹¹ Supreme Court of the United States, Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) in Ruthann Robson, “Sexual Democracy,” in *Sexuality and Law Volume III : Sexual Freedom*, ed. Ruthann Robson, (Great Britain: Ashgate, 2011), 144., and Stein, “Law, Sexual Orientation, and Gender,” 1009.

¹² International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*, Geneva: International Commission of Jurists, (2009), 9.

(1919) เองก็เห็นว่าการที่บุคคลมีพฤติกรรมและจิตใจที่ตรงข้ามกับเพศสรีระหรือที่เรียกว่า “บุคคลข้ามเพศ” ล้วนเป็นผลมาจากความผิดปกติจากการทำงานของเซลล์ที่ผลิตอวัยวะเพศในช่วงที่มีการปฏิสนธิของตัวอ่อนในครรภ์มารดา และเมื่อคลอดออกมาจึงทำให้บุคคลนั้นแสดงพฤติกรรมทางเพศที่ตรงข้ามกับเพศสรีระ¹³ ท้ายที่สุด Anne Fausto-Sterling (1993) ได้ค้นพบว่ามนุษย์อาจเกิดมาโดยมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบหรือที่เรียกว่า “อินเตอร์เซ็ก (Intersex)” โดยความซับซ้อนของเพศสรีระที่เกิดขึ้นกับมนุษย์จะส่งผลทำให้พฤติกรรม วิธีปฏิบัติ และการแสดงออกทางเพศของบุคคลมีความซับซ้อนและหลากหลายตามไปด้วย ซึ่งกล่าวได้ว่าการเป็นอินเตอร์เซ็กนั้นได้แสดงให้เห็นถึงความหลากหลายทางเพศของมนุษย์อย่างแท้จริง¹⁴

ข้อโต้แย้งในข้างต้นจึงได้สร้างความรู้เรื่องเพศขึ้นมาใหม่ว่าเมื่อเพศของมนุษย์เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ความหลากหลายทางเพศของมนุษย์ก็เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติเช่นเดียวกัน ในบางประเทศจึงให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเห็นว่าความหลากหลายทางเพศเป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (Naturalness) และเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด (Innateness) เช่นเดียวกับเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิด ดังนั้นบุคคลจึงไม่ควรถูกละทิ้งหรือเลือกปฏิบัติเพราะเหตุผลดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดสหรัฐเคนตักกีในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักในคดี *Commonwealth v. Wasson* (1992) ไว้ว่าบุคคลรักเพศเดียวกัน เป็นบุคคลที่มีอัตลักษณ์เป็นของตนเองและสามารถแบ่งแยกออกจากบุคคลทั่วไป โดยบุคคลกลุ่มนี้สมควรได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากวิถีทางเพศที่เขาเลือก กล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน หากบุคคลใดมีลักษณะเฉพาะซึ่งนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปกรณีก็ต้องเป็นเช่นนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติให้ต่างต่างนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลหรือไม่ คดีนี้ศาลจึงสร้างข้อความคิดทางกฎหมายว่าเรื่อง “เพราะเกิดมาเป็นเช่นนั้น (Born that way)” มาใช้เป็นเหตุผลสำคัญในการคุ้มครองลักษณะตามกำเนิดของบุคคล ซึ่งเป็นแนวคิดที่อธิบายว่า บุคคลไม่ควรต้องถูกละทิ้งหรือถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เขาเกิดมามีบุคลิกลักษณะเช่นนั้นเอง¹⁵ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้มี

¹³ นฤพนธ์ ตัววิเศษ, “แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2556, <http://www.sac.or.th>.

¹⁴ Anne Fausto-Sterling, “The Five Sexes : Why Male and Female Are Not Enough,” in *Questions of Gender : Perspectives and Paradoxes*, ed. Dina L. Anselmi and Anne L. Law, (United States of America: McGraw-Hill, 1998), 24.

¹⁵ The Supreme Court of Kentucky, *Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487(1992), in Jeffrey M. Shaman, *Equality*

อิทธิพลอย่างยิ่งต่อการวางแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศแอฟริกาใต้ในเวลาต่อมา ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยคดี National Coalition of Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice (1998) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้มีคำพิพากษายกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากศาลเห็นว่าบุคคลรักเพศเดียวกันเป็นกลุ่มคนส่วนน้อยซึ่งมีการรวมกลุ่มกันในลักษณะถาวร (Permanent minority) ที่มีความเป็นอยู่แยกออกมาอย่างเห็นได้ชัดในสังคมโดยมีอัตลักษณ์เฉพาะซึ่งเกิดจากการมีเพศวิถีเป็นของตนเอง¹⁶ การตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ในคดีนี้จึงเป็นการนำแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์เฉพาะของเพศวิถีของคนส่วนน้อย (Identifying characteristics of sexual minority) มาใช้เป็นเหตุผลสำหรับการตัดสินคดีเพื่ออธิบายว่าบุคคลไม่ควรต้องถูกโทษหรือถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เขาเกิดมามีบุคลิกลักษณะเช่นนั้นซึ่งมีลักษณะคล้ายกับแนวคิดเรื่อง “เพราะเกิดมาเป็นเช่นนั้น” ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา นั่นเอง

2.2 เพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่กำหนดและให้ความหมายจากสังคม

เพศของมนุษย์อาจพิจารณาได้จากมุมมองทางสังคม ซึ่งเป็นการอธิบายเรื่องเพศตามแนวคิดผลิตสร้างทางสังคม (Social constructionism) ที่เกิดขึ้นเพื่อโต้แย้งความรู้เรื่องเพศตามแนวคิดแบบสารัตถะนิยม โดยเห็นว่าเพศของมนุษย์เป็นผลผลิตทางสังคมมิใช่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ดังจะเห็นได้จากในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1960-1970 แนวคิดสตรีนิยม (Feminism) ได้อธิบายว่า เพศของบุคคลเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นจากสังคมภายใต้แนวคิดด้วยเรื่อง “เพศสภาพ (Gender)” หมายความว่า ความเป็นชาย (Masculinity) และ “ความเป็นหญิง (Femininity)” ของบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการกำหนดและให้ความหมายโดยสังคม ในแง่นี้ เพศสภาพ จึงหมายถึง “ความเป็นชาย” และ “ความเป็นหญิง” ที่เกิดขึ้นจากการกำหนดและให้ความหมายโดยสังคม ความเป็นชายและความเป็นหญิงนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังจากเพศสรีระของบุคคล และสามารถเปลี่ยนแปลงได้เนื่องจากเป็นสิ่งที่ถูกสร้างและให้คุณค่าโดยสังคม ในขณะที่เพศสรีระของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิดและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้¹⁷ อย่างไรก็ตาม การอธิบายเรื่องเพศตามแนวคิดนี้ในช่วงแรกยังคงยึดโยงกับสรีระซึ่ง

and Liberty in the golden age of state constitutional law, (New York: Oxford University Press, 2008), 61-63.

¹⁶ Constitutional Court of South Africa, National Coalition of Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others, Case CCT11/98, Judgment of 9 October 1998 in International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*, 60.

¹⁷ Simone De Beauvoir, *The Second Sex*, (Harmondsworth : Penquin, 1972), 295.

เป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยาของมนุษย์ จึงทำให้การอธิบายเรื่องเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์ในช่วงนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของระบบสองเพศซึ่งจำแนกแบ่งออกเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น¹⁸

ต่อมา นักวิชาการสายสังคมศาสตร์ได้นำแนวคิดแบบพหุลักษณะมาใช้ทำการศึกษาพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์ในวัฒนธรรมอื่นๆ นอกเหนือไปจากสังคมตะวันตก ซึ่งผลของการศึกษาของนักสังคมศาสตร์นี้เองได้พบถึงความหลากหลายของพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศของบุคคลในสังคมและชี้ให้เห็นว่าวิถีชีวิตในเรื่องเพศของมนุษย์แต่ละคนล้วนมีความแตกต่างกันไปตามประสบการณ์ที่สร้างขึ้นในแต่ละช่วงเวลาและสถานการณ์ของแต่ละบุคคลนั้นๆ เพศของมนุษย์จึงเป็นผลผลิตทางสังคมมิใช่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ซึ่งการอธิบายดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดทฤษฎีที่สำคัญอย่างน้อย 3 ทฤษฎีดังนี้

ตามทฤษฎีทางสังคมและวัฒนธรรม ได้อธิบายว่าความหลากหลายทางเพศของมนุษย์มีความเชื่อมโยงกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมสามารถปรับเปลี่ยนไปตามเวลาและตามบริบทของสังคมในแต่ละวัฒนธรรม¹⁹ ตัวอย่างเช่น ในปีค.ศ. 1980 Michel Foucault ได้นำแนวคิดผลิตสร้างทางสังคมมาใช้ในการศึกษาวิถีชีวิตของบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งการศึกษานี้รู้จักกันในนาม “เลสเบี้ยนและเกย์ศึกษา (Lesbian and Gay Studies)” โดย Foucault ได้เขียนหนังสือเรื่อง *The History of Sexuality : An Introduction* ซึ่งงานเขียนชิ้นนี้ได้ชี้ให้เห็นว่าประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรม วิธีปฏิบัติ และการแสดงออกทางเพศของบุคคล ดังนั้น เพศของบุคคลจึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยสังคมและเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ในสังคมอย่างต่อเนื่องไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลรักต่างเพศหรือบุคคลรักเพศเดียวกันก็ตาม²⁰แนวคิดดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในคำพิพากษาของศาลปกครองเบลเยียม (Belgian conseil d'etat) ซึ่งได้ให้ความเห็นต่อการตรากฎหมายรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเบลเยียมว่า มิได้เป็นการรับรองภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศมิได้รับรองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไว้เช่นเดียวกับบุคคลรักต่างเพศ แต่การรับรองเรื่องดังกล่าวถือเป็น “วิวัฒนาการของสังคมชาวเบลเยียม (Evolution of Belgian society)”

ในขณะที่ทฤษฎีของนักสตรีนิยมรุ่นที่สาม ได้อธิบายว่าความเป็นชายและความเป็นหญิงล้วนมีความหลากหลายซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเพศวิถี (Sexuality) ของแต่ละ

¹⁸ Joan Wallach Scott, *Gender and the Politics of History*, (New York: Columbia University Press, 1998), 2.

¹⁹ Diane Richardson and Steven Seidman, *Handbook of Lesbian and Gay Studies*, (Great Britain : Cromwell Press, 2002), 2.

²⁰ Stein, “Law, Sexual Orientation, and Gender,” 998.

บุคคลซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมและอารมณ์ทางเพศที่มีอยู่ภายในจิตใจของบุคคล โดยสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ไม่สามารถกำหนดได้ ในแง่นี้ “เพศวิถี” จึงหมายถึง วิธีปฏิบัติที่เกี่ยวกับความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศและการแสดงออกทางเพศ รวมถึงอัตลักษณ์ของบุคคล โดยไม่ยึดติดอยู่กับเพศสรีระหรือเพศสภาพแต่มีเชื่อมโยงสัมพันธ์กับความหลากหลาย (Diversity)²¹

ต่อมาแนวคิดของนักสตรีนิยมรุ่นที่สามได้รับการพัฒนาโดยทฤษฎีของนักคิดแบบควีเยอร์ (Queer theory) ซึ่งได้อธิบายว่าเพศวิถีของมนุษย์เป็นเรื่องที่เปลี่ยนแปลงง่าย ไม่มีขอบเขต ไม่คงที่แน่นอน เพราะการแสดงออกซึ่งเพศวิถีของมนุษย์นั้นมีความหลากหลาย เพศของมนุษย์จึงไม่สามารถนำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาใช้ในการอธิบายได้²² นักวิชาการที่มีแนวคิดแบบควีเยอร์จึงได้นำเสนอเรื่องสิทธิในความเสมอภาคและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลรักเพศเดียวกันมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อต่อสู้และเคลื่อนไหวในทางสังคม รวมถึงสนับสนุนให้มีการบัญญัติคำว่า “ความหลากหลายทางเพศ” หรือ “เพศวิถี” ไว้ในรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลรักเพศเดียวกัน²³ ตัวอย่างเช่น ประเทศแอฟริกาใต้ มีการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานของวิถีทางเพศในรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งถือเป็นประเทศแรกของโลกที่มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจน

กล่าวโดยสรุปแล้ว เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์ไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติเท่านั้น หากแต่ยังเป็นผลผลิตทางสังคมด้วย เนื่องจากการแสดงพฤติกรรมและอารมณ์ทางเพศของบุคคลสามารถปรับเปลี่ยนไปตามเวลาและตามบริบทของสังคมในแต่ละวัฒนธรรม และมีความหลากหลายแตกต่างกันไปทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเพศวิถีซึ่งเป็นเรื่องวิธีปฏิบัติ ที่เกี่ยวกับความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศ และการแสดงออกทางเพศ รวมถึงอัตลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ยึดติดอยู่กับเพศสรีระหรือเพศสภาพ เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์จึงมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับความหลากหลายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการเรียนรู้และมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

²¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *นิติปรัชญาทางเลือก*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), 70-72.

²² Jackson Stevi, “Heterosexuality, Heteronormativity and Gender Hierachy: Some Reflections on Recent Debates,” in *Sexualities and Society*, ed. Jeffrey Weeks, Janet Holland, and Matthew Waites, (Cambridge, Polity Press, 2003), 72.

²³ นฤพนธ์ ดังวิเศษ, “ขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์ในสังคมไทยภาคปฏิบัติและกระบวนการทัศน์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 21.

3. การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ปัจจุบัน องค์การสหประชาชาตินับว่าเป็นองค์การที่มีบทบาทสำคัญต่อการวางแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้รัฐสมาชิกนำไปปฏิบัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่มิได้อยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ในหัวข้อนี้จึงแบ่งขอบเขตเนื้อหาออกเป็น 2 ประเด็นคือ การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในองค์การสหประชาชาติ และการปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกซึ่งรวมถึงประเทศไทย ดังนี้

3.1 การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

3.1.1 ความหมายและสาระสำคัญของความหลากหลายทางเพศ

เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้มีการนิยามความหมายและสาระสำคัญของความหลากหลายทางเพศ (Sexual diversity) ไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางวิชาการนั้นมีการอธิบายว่า ความหลากหลายทางเพศ ในที่นี้ หมายถึง ความหลากหลายของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล (Sexual and gender diversity) ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึง การกระทำและอัตลักษณ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศสรีระของบุคคล รวมถึงสถานะของบุคคลอินเตอร์เซ็ก เพศสภาพ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และการแสดงออกทางเพศ ซึ่งเกิดขึ้นจากปัจจัยต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยทางสังคม วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์²⁴

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงแนวคิด ความเป็นมาและแนวทางของคุ้มครองความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นในองค์การสหประชาชาติก็จะพบว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่อง “เพศวิถี” ของบุคคลที่มีอยู่อย่างหลากหลายในสังคม ดังจะเห็นได้จากการจัดทำหลักการยกย่องการเท่าเทียมการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่เกิดขึ้นในปีค.ศ. 2007 ซึ่งกำหนดนิยามคำว่า “วิถีทางเพศ” และ “อัตลักษณ์ทางเพศ” ไว้ในส่วนบทนำอย่างชัดเจน กล่าวคือ

วิถีทางเพศ (Sexual orientation) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจลึกซึ้งทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่และทางเพศ และในสัมพันธ์ภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทาง

²⁴ Jena McGill, “SOGL...So What?: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations,” *Canadian Journal of Human Rights*, 3, no.1 (2014) : 6.

เพศสัมพันธ์และในทางเพศ ที่มีต่อปัจเจกบุคคลซึ่งมีเพศสภาพที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกัน หรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ²⁵ วิธีทางเพศของบุคคลจึงเป็นสิ่งที่กำหนดแรงดึงดูดหรือความสนใจทางเพศของบุคคลนั้นๆ โดยทั่วไปอาจแบ่งวิธีทางเพศของบุคคลออกเป็น 3 กลุ่มคือ 1) รักต่างเพศ (Heterosexual) 2) รักเพศเดียวกัน (Homosexual) และ 3) รักสองเพศ (Bisexual)²⁶

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender identity) หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิธีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งที่โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ และการแสดงออกต่างๆ ทางเพศสภาพ รวมถึงการแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่างๆ²⁷ ได้แก่ การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักสองเพศ (Bisexuality) และการมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลข้ามเพศ (Transgender) ซึ่งในกลุ่มนี้อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อยได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual)²⁸

จากที่ได้กล่าวมาจึงสรุปได้ว่า ความหลากหลายทางเพศ หมายถึง ความหลากหลายในวิธีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยวิธีทางเพศเป็นเรื่องเกี่ยวกับความพึงพอใจในทางเลือกเรื่องเพศของบุคคลที่มีต่อบุคคลอื่นซึ่งอาจเกิดขึ้นกับบุคคลที่มีเพศต่างกันกับตน หรือกับบุคคลเพศเดียวกันกับตนหรือได้ทั้งสองเพศ ในขณะที่อัตลักษณ์ทางเพศเป็นเรื่องของการแสดงออกซึ่งความเป็นเพศของบุคคลในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกในทางร่างกายหรือรสนิยมทางเพศโดยไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระของบุคคลนั้น ซึ่งความหลากหลายในวิธีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเหล่านี้นำไปสู่เพศวิถีทางเลือกของบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องตามบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ของสังคม²⁹

²⁵ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, ผู้แปล, หลักการยกย่องการดำรงชีวิตด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551), 11.

²⁶ International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*, 20.

²⁷ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, ผู้แปล, หลักการยกย่องการดำรงชีวิต, 11.

²⁸ Johanna Westeson, *Sexual Health and Human Rights in The European Region*, (Geneva: The International Council of Human Rights Policy (ICHRP), 2012), 87.

²⁹ อารยา สุขสม “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), 549.

3.1.2 การห้ามเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติ เกิดขึ้นจากการยอมรับว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด องค์การสหประชาชาติให้ความสำคัญคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะของการเป็น “เพศวิถีของคนส่วนน้อย (Sexual minorities)” โดยถือเป็น “กลุ่มทางสังคมที่มีลักษณะเฉพาะ (Particular social group)” ซึ่งเกิดจากการรวมตัวของสมาชิกที่มีวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศซึ่งเป็นคุณลักษณะตามธรรมชาติร่วมกันบางอย่าง โดยอยู่รวมกันเป็นกลุ่มแยกออกจากสังคมขนาดใหญ่ซึ่งการดำรงอยู่ของกลุ่มบุคคลเหล่านี้เป็นที่รับรู้ได้จากสังคมและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติภายใต้ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน³⁰

สำหรับประเด็นปัญหาว่า การเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความหมายเช่นไรนั้น ในเรื่องนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้อธิบายว่า “การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)” หมายถึง การกระทำใดๆ อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน จำกัด การให้สิทธิพิเศษ หรือการปฏิบัติใดๆ ที่ก่อให้เกิดความแตกต่างทั้งทางตรงหรือทางอ้อมบนพื้นฐานของข้อห้ามว่าด้วยการเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีความประสงค์ที่จะทำให้เสื่อมเสียหรือลดคุณค่าซึ่งการรับรอง และการบังคับใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมถึงความเท่าเทียมของบุคคลในการได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ให้”³¹

จากการศึกษาพบว่า องค์การสหประชาชาติ ได้นำหลักความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศ” และเหตุแห่ง “สถานะอื่น” ที่มีอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศหรือที่รู้จักภายใต้ชื่อว่า “SOGI” ซึ่งในบางครั้ง องค์การสหประชาชาติได้นำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมาใช้คุ้มครองกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กด้วย อย่างไรก็ตาม จะเห็นว่า บุคคลอินเตอร์เซ็ก คือ บุคคลที่เกิดมาโดยมีมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบซึ่งจะเห็นว่าเป็นคุณลักษณะทางเพศของมนุษย์อีกรูปแบบหนึ่งที่

³⁰ Human Rights Committee, *General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994, para. 4.

³¹ Human Rights Committee, *General Comment No. 18 : Non-discrimination*, HRI/GEN/1/Rev.10, November 1989, para.7.

แบ่งแยกออกจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอย่างชัดเจน³² ด้วยเหตุนี้ องค์การสหประชาชาติจึงใช้คำเพื่อสื่อถึงการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเวลาต่อมาว่า “SOGII”³³

สำหรับแนวทางการนำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น พบว่าแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก คณะกรรมการสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ได้ยืนยันว่ารัฐสมาชิกมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยถือว่า “เพศ” มีความหมายรวมถึง “วิถีทางเพศ” และ “อัตลักษณ์ทางเพศ”³⁴ โดยการตีความดังกล่าว เป็นแนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee : HRC) ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง ค.ศ. 1966 (ICCPR) เท่านั้น ตัวอย่างของการตีความดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในคดี Toonen v. Australia (1994) ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นว่าการที่มลรัฐ แทสมาเนียแห่งประเทศออสเตรเลีย ได้ตรากฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่เป็นเพศชาย รวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นจากความยินยอมระหว่างชายที่เป็นบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งบรรลุนิติภาวะและได้กระทำในที่สาธารณะเป็นความผิดทางอาญา ถือว่าเป็นมาตรการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยอำเภอใจ ซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 17 วรรค 1 ของกติกาฯ และยังเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศซึ่งอยู่ในกลุ่มเดียวกับ “เพศ” ตามมาตรา 2 วรรค 1 และมาตรา 26 ของกติกาฯ อีกด้วย จึงเห็นได้ว่าในเรื่องนี้ คณะกรรมการฯ ได้นำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศ” ที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 2

³² Human Rights Council, *Report of the Independent Expert*, para.7.

³³ ดังจะเห็นได้จากในปีค.ศ. 2013 ประเทศออสเตรเลียได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ (Sex Discrimination Act 1984 (SDA)) ที่ตราขึ้นตั้งแต่ปีค.ศ.1984 โดยการกำหนดให้วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และสถานะของการเป็นอินเตอร์เซ็กเป็นเหตุสำคัญอย่างหนึ่งของการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย (The Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013 (SDA Amendment Act)) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายฉบับปีค.ศ. 1984 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2014 โดยมาตรา 4 ของกฎหมายฉบับนี้ได้นิยามสถานะของการเป็นอินเตอร์เซ็กว่าหมายถึง สถานะของบุคคลซึ่งมีร่างกาย ฮอโมนหรือลักษณะทางพันธุกรรม ซึ่งไม่อาจจะระบุว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงได้อย่างสมบูรณ์ หรือมีส่วนผสมระหว่างเพศชายและเพศหญิง หรือไม่เป็นทั้งเพศชายหรือเพศหญิง สถานะของการเป็นอินเตอร์เซ็ก จึงเป็นการแสดงถึงความหลากหลายทางชีววิทยาของมนุษย์บุคคลอินเตอร์เซ็กจึงมีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว

³⁴ บทบัญญัติมาตรา 2 วรรคหนึ่งและมาตรา 26 ของ ICCPR บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า “รัฐมีหน้าที่ในการเคารพและคุ้มครองสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกาฉบับนี้แก่บุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

วรรคหนึ่งและมาตรา 26 ของกติกาฯ มาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองแก่วิถีทางเพศของบุคคล³⁵ นอกจากนั้น ยังมีกรณีของประเทศคูเวตซึ่งมีการกำหนดฐานความผิดใหม่ที่เรียกว่า “การเลียนแบบบุคคลซึ่งมีเพศตรงข้าม (imitating members of the opposite sex)” โดยคณะกรรมการฯ เห็นว่าการกำหนดฐานความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติใน ICCPR เนื่องจากเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศของบุคคล คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงได้เรียกร้องให้ประเทศคูเวตดำเนินการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้กฎหมายฉบับนี้มีความสอดคล้องกับกติกาฯ³⁶

แนวทางที่สอง คณะกรรมการสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นๆ ได้นำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “สถานะอื่น” มาใช้ในการคุ้มครองวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลแทนคำว่า “เพศ” ที่ปรากฏอยู่ในมาตราเดียวกัน การตีความดังกล่าวเริ่มโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Committee on Economic, Social and Cultural Rights : CESCR) ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (ICESCR) โดยนำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “สถานะอื่น (Other status)” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสองของกติกาฯ³⁷ มาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองแก่วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเป็นครั้งแรก และเป็นแนวทางให้คณะกรรมการชุดอื่นๆ ในเวลาต่อมา โดยในปีค.ศ. 2009 คณะกรรมการฯ ได้จัดทำความเห็นทั่วไปฉบับที่ 20 (General Comment No. 20) เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ “สถานะอื่น (other status)” ตามที่ปรากฏในมาตรา 2 วรรคสองของกติกาฯ ว่าให้หมายความรวมถึง วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยรัฐสมาชิกต้องสร้างหลักประกันว่าวิถีทางเพศของบุคคลจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิเสรีภาพภายใต้กติกาฯ ตัวอย่างเช่น การรับรองสิทธิในการรับเงินชดเชยของบุคคลรักเพศเดียวกันกรณีที่คู่รักฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต (Survivor’s pension rights) รวมทั้งสร้างหลักประกันว่าอัตลักษณ์ทางเพศจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิภายใต้กติกาฯ เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ บุคคลแปลงเพศ หรือบุคคลอินเตอร์เซ็ก

³⁵ Human Rights Committee, *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 April 1994, paras 8.6 and 8.7.

³⁶ Human Rights Committee, *Concluding observations on Kuwait*, CCPR/C/KWT /CO/2, 18 November 2011, para. 30.

³⁷ มาตรา 2 วรรคสองของ CESCR ได้บัญญัติว่า “รัฐสมาชิกมีหน้าที่สร้างหลักประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกานี้จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติ หรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือ สถานะอื่น”

ซึ่งเป็นกลุ่มที่ต้องเผชิญปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนและการล่วงเกินทางเพศ (Harassment) ในโรงเรียนและสถานที่ทำงานอยู่ในปัจจุบัน³⁸

กล่าวได้ว่า องค์การสหประชาชาติไว้วางแนวทางให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการสร้างหลักประกันความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติ³⁹ โดยรัฐสมาชิกต้องทำการทบทวนกฎหมายของรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ด้วยการกำหนดให้วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเหตุสำคัญอย่างหนึ่งของการห้ามเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย⁴⁰ จึงทำให้รัฐสมาชิกหลายประเทศได้ให้รับรองหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศไว้ในกฎหมายของรัฐทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติในเวลาต่อมา

3.2 การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

3.2.1 การคุ้มครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศเกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ในที่นี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ และการตีความบทบัญญัติที่มีอยู่ให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะได้พิจารณาตามลำดับ ดังนี้

3.2.1.1 การเพิ่มบทบัญญัติโดยระบุให้ “วิถีทางเพศ” และ/หรือ “อัตลักษณ์ทางเพศ” เป็นส่วนหนึ่งในรัฐธรรมนูญ

ในบางประเทศให้การคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศโดยการระบุให้วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเหตุสำคัญอย่างหนึ่งของการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 9 วรคสามของรัฐธรรมนูญประเทศแอฟริกาใต้ ได้วางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศของบุคคลมา

³⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights* (art. 2, para. 2), E/C.12/GC/20, 2 July 2009, paras.32-33.

³⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on Peru*, E/C.12/PER/CO/2-4, 30 May 2012, para. 5.

⁴⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20*, paras.32-33; and Human Rights Committee, *Concluding observations on Belize*, CCPR/C/BZ/CO/1, 26 March 2013, para.13.

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966⁴¹ และถือเป็นประเทศแรกของโลกที่มีการรับรองหลักการเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴²หรือตามมาตรา 11 วรคสองแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศเอกวาดอร์⁴³ และมาตรา 14 แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศโบลิเวีย⁴⁴ ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศไว้โดยตรง และบัญญัติแยกออกจากกันอย่างชัดเจนเป็นต้น

3.2.1.2 การตีความบทบัญญัติที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ

ในบางประเทศที่มีได้ระบุให้วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเหตุสำคัญอย่างหนึ่งของการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง การให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอาจเกิดขึ้นจากการตีความคำว่า “เพศ” หรือเหตุสำคัญแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติในเรื่องอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับให้ครอบคลุมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศด้วยตัวอย่างเช่น ในปีค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญประเทศสโลวาเนียได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดกของคู่รักที่มีเพศเดียวกันไว้ว่า การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิในการรับมรดกของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตามกฎหมายให้แตกต่างไปจากการรับมรดกของคู่รักต่างเพศ เป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของวิถีทางเพศซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนก็ตามเนื่องจากศาลเห็นว่า วิถีทางเพศเป็นคุณลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งในการกำหนดตัวตนของบุคคลและมีอิทธิพลอย่างมากต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลเหล่านั้น โดยวิถีทางเพศจะเป็นสิ่งที่ติดตัวไปกับบุคคลนั้นไปตลอดชีวิต เช่นเดียวกับเพศ เชื้อชาติ หรือถิ่นกำเนิดของบุคคล ดังนั้น การห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุ

⁴¹ Article 9 of Constitution of the Republic of South Africa 1966

3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

⁴² Lotta Samelius and Erik Wågberg, *A Study of Policy and Administration : Sexual Orientation and Gender Identity Issues in Development*, (Sweden : Sida, 2005), 36.

⁴³ Article 11 of Constitution of The Republic of Ecuador 2008

“2. All persons are equal and shall enjoy the same rights, duties and opportunities.

No one shall be discriminated against for reasons of ethnic belonging, place of birth, age, sex, **gender identity**, cultural identity, civil status, language, religion, ideology, political affiliation, legal record, socio-economic condition, migratory status, **sexual orientation**, health status,”....

⁴⁴ Article 14 of Bolivia (Plurinational State of)'s Constitution of 2009

“II. The State prohibits and punishes all forms of discrimination based on sex, color, age, sexual orientation, gender identity, origin, culture,....”

แห่งเพศตามบทบัญญัติในมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญจึงหมายความว่ารวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศของบุคคลด้วย⁴⁵ จะเห็นว่าการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้สอดคล้องกับการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติในคดี Toonen v. Australia (1994) ที่เห็นว่าการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศมีความหมายครอบคลุมถึงวิถีทางเพศ แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะมีได้บัญญัติรับรองถึงวิถีทางเพศไว้อย่างชัดเจนก็ตาม

นอกจากนั้นในบางกรณีการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอาจเกิดขึ้นจากการนำเหตุสำคัญแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติในเรื่องอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ เช่น การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามรัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์เป็นไปตามมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 8 จะมีได้ระบุให้วิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศเป็นข้อห้ามอย่างหนึ่งของการเลือกปฏิบัติไว้โดยตรงก็ตาม⁴⁶ แต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้ใช้กฎหมายจะนำคำว่า “วิถีแห่งชีวิต (way of life)” มาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองแก่วิถีทางเพศของบุคคล และนำคำว่า “เพศสภาพ (gender)” มาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองแก่อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล⁴⁷ เป็นต้น

4. พัฒนาการและแนวทางการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

แต่เดิมความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศในสังคมไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดว่าด้วยเรื่องระบบสองเพศ (Binary Sexes) ที่มุ่งเน้นจำแนกเพศแบ่งออกเป็นเพียงเพศชายและหญิงเท่านั้น ต่อมาผลพวงของความก้าวหน้าทางวิชาการตลอดจนการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างกว้างขวางทำให้มุมมองเรื่องเพศถูกขยายขอบเขตให้ครอบคลุมถึงวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ซึ่งนำมาสู่การยอมรับสิทธิมนุษยชนของกลุ่ม

⁴⁵ Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Blažič and Kern v. Slovenia, U-I-425/06-10, Decision of 2 July 2009 in Westeson, *Sexual Health and Human Rights*, 63.

⁴⁶ Article 8 of Federal Constitution of the Swiss Confederation 1999

2“. No person may be discriminated against, in particular on grounds of origin, race, gender, age, language, social position, *way of life*, religious, ideological, or political convictions, or because of a physical, mental or psychological disability...”

⁴⁷ Alecs Recher, “Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity Legal Report: Switzerland,” accessed December 25, 2015, http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/SwitzerlandLegal_E.pdf.

บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากยิ่งขึ้น หากพิจารณาการคุ้มครองและรับรองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศภายใต้กรอบของกฎหมายไทย จะเห็นว่าผลจากการที่องค์การสหประชาชาติได้วางแนวทางคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ได้ทำให้ประเทศไทยในฐานะเป็นรัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องปรับปรุงระบบกฎหมายเพื่อรองรับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพันธกรณีที่ประเทศไทยเป็นภาคีตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน⁴⁸

สำหรับการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้เริ่มเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนในห้วงระยะเวลาของการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในปีพ.ศ. 2550 หลังจากนั้นได้มีความพยายามในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหลายฉบับเพื่อรับรองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างเช่น การเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมโอกาสและสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศ และร่างกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลเข้าสู่การพิจารณาในรัฐสภา แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าการพิจารณาร่างกฎหมายเหล่านี้ได้ถูกยกเลิกไป⁴⁹ ทั้งนี้มีสาเหตุสำคัญมาจากการขาดมุมมองและความรู้ความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศของผู้ร่างกฎหมายเอง รวมถึงการยุบสภาในช่วงเวลาดังกล่าวทำให้ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการพิจารณา ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการพบว่าศาลปกครองเคยนำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความ

⁴⁸ เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้วางแนวทางคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศโดยครอบคลุมถึงสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคมและสิทธิทางวัฒนธรรมซึ่งเป็นสิทธิที่มีอยู่แล้วตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอันประกอบด้วยสนธิสัญญาจำนวน 9 ฉบับ ทั้งนี้ประเทศไทยได้ลงนามรับรองสนธิสัญญาดังกล่าวจำนวน 7 ฉบับ ได้แก่ ICCPR, ICESCR, CRC, CAT, ICERD, CEDAW และ CRPD ส่วนอีก 2 ฉบับคือ ICRMW และ ICPPED นั้นประเทศไทยยังไม่ได้ลงนามรับรอง ต่อมาแนวทางการคุ้มครองดังกล่าวได้ถูกยกระดับความสำคัญผ่านการยืนยันอย่างเป็นทางการอีกครั้งภายใต้ “หลักการ Yogyakarta Principles” ซึ่งเป็นการออกแถลงการณ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (The Principle on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity : Yogyakarta Principles)” ซึ่งเป็นเอกสารที่ยืนยันถึงมาตรฐานทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีรวมถึงประเทศไทยให้มีหน้าที่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิได้อยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

⁴⁹ ยกเว้นในส่วนของการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมโอกาสและสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศ ซึ่งได้มีการนำร่างฉบับของรัฐบาลมาพิจารณาและประกาศใช้ภายใต้ชื่อ “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558” มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2558

หลากหลายทางเพศ⁵⁰ แต่จะเห็นได้ว่าศาลปกครองมิได้อธิบายถึงเหตุผลและความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจน ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อมส่งผลโดยตรงต่อการพัฒนาและสร้างองค์ความรู้เรื่องความหลากหลายทางเพศต่อไปในอนาคต ในหัวข้อนี้จึงเป็นการนำเสนอพัฒนาการและแนวทางการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักวิชาการและพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

4.1 พัฒนาการเรื่องการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศ

การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งเพศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติได้รับการแก้ไขให้เกิดความชัดเจนขึ้นในปีพ.ศ. 2557 และท้ายที่สุดก็ได้ถูกยกเลิกไปในคราวที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2560 จึงทำให้พัฒนาการเรื่องการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญไทยแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงเวลาดังต่อไปนี้

4.1.1 ช่วงที่หนึ่ง: หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศ”

ในคราวที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปีพ.ศ. 2550 เครือข่ายความหลากหลายทางเพศซึ่งมีองค์กรร่วม 12 องค์กร ได้ยื่นข้อเสนอต่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ใช้ภาษาที่ระบุชัดเจนถึงการให้ความคุ้มครองต่อ “ความหลากหลายทางเพศ” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยการเพิ่มความในมาตรา 30 บรรทัดสองของรัฐธรรมนูญจากเดิมที่ระบุว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” เป็น “ชาย หญิง และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ทั้งนี้ ในข้อเสนอร่างรัฐธรรมนูญยังมีการจำแนกความหลากหลายทางเพศของบุคคลโดยแบ่งออกเป็นสี่ประเภท ได้แก่ *ประเภทแรก* บุคคลรักเพศเดียวกัน เช่น กลุ่มหญิงรักหญิง กลุ่มชายรักชาย และบุคคลรักสองเพศ *ประเภทที่สอง* บุคคลที่มีสองเพศแต่กำเนิด ได้แก่ บุคคลที่มีสภาพร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ที่มีมาแต่กำเนิดซึ่งไม่อาจกำหนดได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิง *ประเภทที่สาม* บุคคลที่มีบทบาทเป็นหญิงชายทางสังคมแตกต่างจากเพศสรีระตามกำเนิด เช่น กะเทย สาวประเภทสอง เป็นต้น

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่คดีหมายเลขดำที่ 283/2553 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554

ประเภทที่สี่ บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ⁵¹ แต่ข้อเสนอดังกล่าวกลับไม่ผ่านการเห็นชอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ดังกล่าวมีความหมายคลุมเครือและยากต่อการทำความเข้าใจ ทั้งยังอาจทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาโดยจะต้องแก้ไขกฎหมายอื่นๆ อีกหลายฉบับ นอกจากนั้นการยอมรับเรื่องเพศวิถีในสังคมไทยอาจเกิดขึ้นได้เฉพาะในทางพฤตินัยแต่ไม่อาจยอมรับได้ในทางนิตินัย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยอมรับในหลักการดังกล่าวจึงได้มีบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญโดยระบุอย่างชัดเจนว่า กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหล่านี้ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเสมอภาคและมีความเท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั่วไปผ่านการตีความคำว่า “เพศ” ในบทบัญญัติมาตรา 30 วรคสามของรัฐธรรมนูญ⁵² กล่าวคือ “ความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย ผู้ร่างจึงไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 30 เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงถ้อยคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ⁵³ จึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” เป็นวิธีการที่สอดคล้องกับแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง ค.ศ. 1966

4.1.2 ช่วงที่สอง: หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศสภาพ”

เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปีพ.ศ. 2550 ได้ถูกยกเลิกไปโดยผลของการทำรัฐประหารในปีพ.ศ. 2557 และต่อมาได้มีประกาศสภาปฏิรูปแห่งชาติ เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยมีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานในการยกร่างรัฐธรรมนูญ⁵⁴ ผลของการร่างรัฐธรรมนูญในการ

⁵¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รัฐธรรมนูญฉบับเจตนารมณ์ประชาชน, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2550), 9.

⁵² มาตรา 30 วรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้...”

⁵³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชน ปี 2547-2551, (กรุงเทพมหานคร: มิราเคิล ครีเอชั่น อินเตอร์พริ้นท์, 2552), 131.

⁵⁴ สภาปฏิรูปแห่งชาติ “ประกาศสภาปฏิรูปเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ,” 4 พฤศจิกายน 2557.

ครั้งนี้ได้วางหลักการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศใหม่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศสภาพ” ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในร่างรัฐธรรมนูญหมวด 2 ว่าด้วยประชาชน ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตอนที่ 2 สิทธิมนุษยชน มาตรา (1/2/2) 7 โดยบัญญัติว่า “.....ก ร เลื อ ก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ **เพศสภาพ** อายุ ฯลฯ จะกระทำมิได้”⁵⁵ ทั้งนี้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์ให้หลักการดังกล่าวมีความหมายครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลทุกคนโดยไม่เจาะจงเฉพาะเพศกำเนิดเท่านั้น⁵⁶และถือว่าเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญของไทย อย่างไรก็ดี ในวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ได้ยื่นเอกสารแสดงความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยเสนอให้ตัดข้อความคำว่า “เพศสภาพ” ออกไปจากบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญ ดังความในข้อที่ 23 ได้ระบุว่า “การกำหนดว่า “เพศสภาพ” ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าควรตัดคำดังกล่าวออกไป เนื่องจากการกำหนดในเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ อายุ เป็นต้นนั้น ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 สามารถตีความในเชิงคุ้มครองสิทธิได้อย่างกว้างขวางอยู่แล้ว” ท้ายที่สุดต่อมาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ (สปช.) ส่งผลให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ตกไปโดยผลของมติการประชุมดังกล่าว

4.1.3 ช่วงที่สาม: หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “เพศ”

ภายหลังจากการมีมติไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับปีพ.ศ. 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁵⁷ และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 โดยในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ได้ตัดข้อความเรื่องเพศสภาพออกไปคงเหลือไว้แต่การห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศเท่านั้น ดังจะ

⁵⁵ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, “แถลงข่าวผลการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 28 (14 มกราคม 2558),” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2558,

http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/download/article/article_20150114145222.pdf

⁵⁶ สถานีวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ของรัฐบาล, “ข่าวรัฐสภา: กมธ.ยกร่าง รธน. บัญญัติคำใหม่ “เพศสภาพ” หวังครอบคลุมสิทธิเสรีภาพไม่เฉพาะเพศกำเนิดเท่านั้น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2558,

http://www.radioparliament.net/parliament/viewNews.php?nid=3532#VQDQn_mG9ic.

⁵⁷ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ “ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ,” 5 ตุลาคม 2558.

เห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 27 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในปัจจุบันจึงอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศโดยมีความหมายรวมถึงความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะเห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้การตีความรัฐธรรมนูญกลับไปมีลักษณะเช่นเดิมดังที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2550

4.2 แนวทางการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทาง

เพศ

ความพยายามในการผลักดันประเด็นเรื่องความหลากหลายทางเพศให้กลายมาเป็นประเด็นสาธารณะทั้งในทางสังคมและระบบกฎหมายไทยได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด ซึ่งแม้ว่าจะสะท้อนให้เห็นถึงแนวโน้มพัฒนาการความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องความหลากหลายทางเพศในสังคมไทยที่ดีขึ้นตามลำดับ แต่ก็เห็นได้ว่าความเข้าใจดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่องซึ่งต้องรอการเติมเต็มในทางวิชาการอยู่ไม่น้อย หากพิจารณาถึงการเคลื่อนไหวในภาคสังคม จะพบว่าได้มีการผลักดันให้ประเด็นเรื่องความหลากหลายทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทย ดังจะเห็นได้จากความพยายามในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญในปีพ.ศ. 2550 โดยการแก้ไขระบุให้เพิ่มคำว่า “ชาย หญิง และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งจะเห็นว่าการบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองความหลากหลายทางเพศโดยการจำแนกบุคคลเป็นประเภทมากกว่ามุ่งคุ้มครองวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือสถานะของการเป็นอินเตอร์เซ็กส์อันเป็นคุณลักษณะทางเพศตามกำเนิดของบุคคล และการบัญญัติเช่นนี้สุดท้ายก็ไม่ได้มีความแตกต่างจากการจัดกลองหรือจำแนกเพศของบุคคลโดยแบ่งออกเป็นชายและหญิงตามระบบสองเพศ นั้นหมายความว่าการศึกษาเรื่องความหลากหลายทางเพศควรพิจารณาจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสำคัญยิ่งกว่าการจำแนกบุคคลเป็นกลุ่มก้อน แม้ต่อมาในปีพ.ศ. 2557 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เพิ่มบทบัญญัติเรื่อง “เพศสภาพ” เข้ามาในรัฐธรรมนูญก็จะเห็นว่าเป็นผลพวงของความพยายามสร้างหลักประกันความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทุกคน อย่างไรก็ตามการใช้คำว่า “เพศสภาพ” ไม่อาจนำมาใช้ได้กับการอธิบายถึงความหลากหลายในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระหรือเพศตามกำเนิดได้ ทั้งการใช้คำว่า “เพศสภาพ” ยังเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิ

มนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งมุ่งคุ้มครอง “เพศวิถีของคนส่วนน้อย” จากการเลือกปฏิบัติเป็นสำคัญ นอกจากนั้น กรณียังมีปัญหาว่าคำว่า “เพศสภาพ” จะมีความหมายครอบคลุมถึงวิถีทางเพศของบุคคลด้วยหรือไม่ เนื่องจากเพศสภาพเป็นเรื่องของการแสดงออกถึงบทบาททางเพศของบุคคลซึ่งก่อให้เกิดเป็น อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ในขณะที่วิถีทางเพศเป็นเรื่องเกี่ยวกับความพึงพอใจหรือรสนิยมในทางเลือกเรื่องเพศของบุคคล วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นคนละเรื่องกัน ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาอาจเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้คณะทำงานการสนับสนุนส่งเสริมและปกป้องมนุษยชนด้านความหลากหลายทางเพศได้เดินทางมามอบกระเช้าดอกไม้และมอบเอกสารสำคัญแก่กรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปหาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่าเพศสภาพและเพศวิถี พร้อมกับเสนอแนะว่าให้มีการเพิ่มเพศวิถีในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย⁵⁸ ท้ายที่สุดเมื่อมีการยกเลิกร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไปจึงทำให้การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในปัจจุบันอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเข้าใจว่าการที่ผู้ร่างเลือกใช้คำว่า “เพศ” ก็เพื่อไม่ต้องการให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความรู้สึกแปลกแยกจากการใช้ถ้อยคำอื่นๆ เพื่อให้ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ทั้งยังเป็นการตีความสอดคล้องกับแนวทางที่องค์การสหประชาชาติกำหนดไว้อีกด้วย ถึงกระนั้นวิธีการปรับใช้ในเรื่องดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพเพียงใดส่วนหนึ่งยังคงขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ

เมื่อศึกษาทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรตุลาการไทย จะพบว่าการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยมิได้เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตัวบทกฎหมาย หากแต่เกิดจากผู้บังคับใช้กฎหมายมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่อง “เพศ” มากขึ้น กล่าวคือ แต่เดิมนั้นผู้บังคับใช้กฎหมายยังคงเข้าใจว่า “เพศ” เป็นเรื่องที่มีความยึดโยงกับเพศสรีระซึ่งแบ่งออกเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น การมีเพศสภาพที่ไม่สอดคล้องกับเพศชายและหญิงจึงไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมและระบบกฎหมายไทย⁵⁹ ในเวลาต่อมาการจำแนกเพศใน

⁵⁸ ผู้จัดการออนไลน์, “กลุ่มหลากหลายทางเพศชม กม.ยกร่างฯ บัญญัติ ‘เพศสภาพ’ ไว้ใน รธน. ลงวันที่ 19 มกราคม 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2558, <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=958000006792>.

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 คดีนี้ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายไทยให้การรับรองเพศของบุคคลโดยถือเอาตามเพศสรีระที่ถือกำเนิดมา อีกทั้งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้หมายความคำว่า “หญิง” ว่าหมายถึงบุคคลที่สามารถคลอดลูกได้ เมื่อผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นเพศชายแม้จะผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตามแต่ผู้ร้องก็รับรองอยู่แล้วว่าตนเองนั้นไม่สามารถมีบุตรได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงยังคงเป็นเพศชายในทางกฎหมาย และกฎหมายไทยก็ไม่ให้การรับรองสิทธิแก่ผู้ร้องที่จะขอ

สังคมไทยได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงและนำไปสู่การจำแนกเพศใหม่ตามรูปแบบของเพศวิถีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในสังคม ส่งผลทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีการรับรู้ความเปลี่ยนแปลงทางสังคมเหล่านี้ อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากแนวทางการตีความคำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญเริ่มเปลี่ยนแปลงและมีขอบเขตความหมายรวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ”⁶⁰ นอกจากนั้น การกระทำใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความหลากหลายทางเพศย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁶¹ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลเหล่านี้มิได้กล่าวถึงรายละเอียดของเหตุผลในการยอมรับสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้อย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใดเพศจึงหมายความว่าความรวมถึงความหลากหลายทางเพศ และเหตุใดจึงมีความเชื่อมโยงกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งภาวการณ์เช่นนี้ย่อมสูญเสียโอกาสในการวางรากฐานทางวิชาการเพื่อเพิ่มพูนองค์ความรู้ในเรื่องเพศให้เกิดความชัดเจนขึ้นอย่างน่าเสียดาย การขาดรากแก้วในเรื่องที่สำคัญดังกล่าวย่อมทำให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศขาดความชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจของผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นรายกรณีไปอันเป็นเรื่องที่ไม่ควรเกิดขึ้นในระบอบนิติรัฐ

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาจากแนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นในองค์การระดับระหว่างประเทศรวมถึงศาลภายในของบางประเทศ จะพบว่าข้อพิสูจน์สิทธิในทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศล้วนตั้งอยู่บนแนวคิดสารัตถะนิยมและแนวคิดผลิตสร้างทางสังคม กล่าวคือ การยอมรับว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ดังนั้น บุคคลจึงไม่ควรต้อง

เปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดได้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่สามารถขอแก้ไขเพศสภาพในทะเบียนบ้าน บัตรประจำประชาชนและทะเบียนทหารจากเดิมที่ระบุว่าผู้ร้องเป็นเพศชายโดยเปลี่ยนมาเป็นเพศหญิงได้

⁶⁰ คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขดำที่ 283/2553 คดีนี้ศาลปกครองเห็นว่า ประกาศของเทศบาลนครเชียงใหม่ที่กำหนดระเบียบและหลักเกณฑ์การประกวดกระทงใหญ่ซึ่งข้อความตอนหนึ่งระบุว่า “...ผู้หนึ่งประกอบกระทงตามเนื้อเรื่องที่นำเสนอ (เฉพาะสุภาพสตรีหรือสุภาพบุรุษเท่านั้น)” เป็นข้อความที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 30 วรรคสามที่กำหนดว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศจะกระทำมิได้ ซึ่งคำว่า “เพศ” ในที่นี้หมายความว่ารวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ”

⁶¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 คดีนี้ศาลปกครองเห็นว่า คดีนี้เป็นเรื่องของผู้ฟ้องคดีอาศัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกายและบุคลิกดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีที่เป็นผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดแล้วนำมาวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นโรคจิตถาวร ศาลจึงได้มีคำพิพากษา ให้กระทรวงกลาโหมเพิกถอนคำว่า “เป็นโรคจิตถาวร” ในใบรับรองการตรวจเลือกทหารกองเกิน (สด.43) รวมถึงใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 (สด.5) และใบสำคัญให้รับราชการทหาร (สด.9) ของบุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศแต่มีการเสริมหน้าอก โดยเห็นว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดี

ถูกเลือกปฏิบัติเพราะลักษณะธรรมชาติที่มีมาแต่กำเนิด แต่ในขณะเดียวกันบางประเทศกลับให้การยอมรับสิทธิในทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศบางเรื่องแม้ว่ารัฐจะไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิในเรื่องดังกล่าวไว้เลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น การยอมรับสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวของบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งการยอมรับสิทธิต่างๆ เหล่านี้เป็นผลมาจากวิวัฒนาการของสังคมภายในรัฐมากกว่าจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จากที่ได้กล่าวมาจึงเห็นได้ว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลล้วนเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นทั้งผลผลิตทางสังคมด้วยเช่นกัน

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางการตีความเรื่อง “เพศ” ขององค์กรตุลาการไทยจะพบว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปมากจากเดิมซึ่งยึดโยงความเป็นเพศไว้กับ “เพศสรีระ” มาเป็นการยึดโยงกับ “วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ” เป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ในแง่นี้วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความสำคัญต่อการกำหนดความเป็นตัวตนของบุคคล ซึ่งการที่บุคคลจะมีความเป็นตัวของตัวเองได้บุคคลนั้นต้องมีอำนาจหรือความสามารถในการกำหนดตนเองหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ในขณะเดียวกันวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของมนุษย์ยังมีความหลากหลายแตกต่างกันซึ่งนำไปสู่เพศวิถีทางเลือกของบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องตามบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ของสังคมก็ได้ ดังนั้น การยอมรับความหลากหลายทางเพศจึงเท่ากับเป็นการยอมรับว่าบุคคลทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การกระทำใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิด้วยเหตุผลอันเกิดจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นก็ดี หรือการกระทำอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลก็ดี ย่อมถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น การตีความเช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่าสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าเพศและความหลากหลายทางเพศเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติตามแนวคิดสารัตถะนิยม และยังเป็นผลผลิตทางสังคมเนื่องจากการแสดงพฤติกรรมและอารมณ์ทางเพศของบุคคลมีลักษณะเป็นพลวัตรสามารถปรับเปลี่ยนไปตามเวลาและบริบทของสังคมในแต่ละวัฒนธรรมตามแนวคิดผลิตสร้างทางสังคมอีกด้วย

เมื่อประเทศไทยได้เลือกมาตรการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” ซึ่งประสิทธิภาพในการคุ้มครองยังขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้คงต้องยอมรับว่าประเด็นความหลากหลายทางเพศในสังคมไทยยังคงเป็นเรื่องที่ใหม่และยังต้องได้รับการพัฒนาอีกมากทั้งนี้เพื่อสร้างเป็นองค์ความรู้อย่างเป็นระบบต่อไปในอนาคต ด้วยเหตุนี้ การ

สร้างหลักประกันความคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยจึงควรควบคู่ไปกับการสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศแก่ผู้มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย โดยควรกำหนดขอบเขตของคำว่า “เพศ” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้หมายความรวมถึงความหลากหลายทางเพศซึ่งประกอบด้วย วิธีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศอื่นๆ เช่น การเป็นอินเตอร์เซ็ก ทั้งนี้โดยอาศัยเหตุผลในทางกฎหมายที่สำคัญว่า รัฐควรให้ความคุ้มครอง วิธีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และสถานะของการเป็นอินเตอร์เซ็ก ซึ่งถือว่าเป็นคุณลักษณะทางเพศตามธรรมชาติของบุคคลที่มีมาแต่กำเนิด และไม่ถือว่าเป็นเรื่องของ “ความผิดปกติ” แต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องของ “ความแตกต่าง” ในความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่อย่างหลากหลายและสามารถพบเห็นได้อย่างแท้จริงในสังคม บุคคลจึงไม่ควรต้องถูกละทิ้งหรือถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เขาเป็นเช่นนั้น โดยการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ มีสาระสำคัญรวมถึง การห้ามเลือกปฏิบัติโดยกฎหมายทั้งทางตรงและทางอ้อม และการห้ามเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริง รวมถึงการห้ามใช้ความรุนแรงซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ ซึ่งการตีความดังกล่าวนอกจากสอดคล้องกับหลักวิชาการแล้วยังสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอีกด้วย

5. บทสรุป

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กลายมาเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่องค์การสหประชาชาติให้ความสำคัญและได้เรียกร้องให้รัฐสมาชิกทั้งหลายสร้างหลักประกันความคุ้มครองรวมถึงกำหนดมาตรการเพื่อขจัดและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในหลายประเทศจึงนำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยปัจจุบันอยู่ภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” ซึ่งเป็นวิธีการที่สอดคล้องกับแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง ค.ศ. 1966 อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพเพียงใดนั้นส่วนหนึ่งยังคงขึ้นอยู่กับความรู้ความเข้าใจเรื่องความหลากหลายทางเพศขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญ โดยทางแก้ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการอธิบายความเป็น “เพศ” ของบุคคลผ่านมุมมองเรื่อง “วิธีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ” บนพื้นฐานของหลักวิชาการให้ปรากฏอย่างชัดเจนในคำพิพากษาขององค์กรตุลาการ ทั้งนี้เพราะการอธิบายดังกล่าวจะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวางรากฐานเพื่อรับรองสิทธิในทางกฎหมายเรื่องต่างๆ ของกลุ่มบุคคลที่มีความ

หลากหลายทางเพศอย่างครอบคลุมต่อไปในอนาคต และยังเป็นช่องทางสำคัญในการสร้างความเข้าใจ
แก่สังคมไทยว่าความหลากหลายทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นมนุษย์ที่บุคคลทุกคนรวมถึงรัฐ
ต้องให้ความเคารพด้วยความเข้าใจอย่างแท้จริงนั่นเอง

References

- “กลุ่มหลากหลายทางเพศชม กมธ.ยกร่างฯ บัญญัติ “เพศสภาพ” ไว้ใน รธน.” [Constitution Drafting Committee are admired by LGBTI because they prescribe “Gender” in addition to the Constitution]. MGRONLINE. January 19, 2015.” Accessed January 19, 2015.
<http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9580000006792>. (in Thai)
- Beauvoir, Simone De. *The Second Sex*. Harmondsworth: Penquin, 1972.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on Peru*. E/C.12/PER/CO/ 2-4, 30 May 2012.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2)*. E/C.12/GC/20, 2 July 2009.
- Constitution Drafting Committee. “แถลงข่าวผลการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 28 (14 มกราคม 2558)” [Announcement of Constitution Drafting Committee’s meeting No.28 (January 14, 2015)]. Thai Parliament. Accessed January 19, 2015.
http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/download/article/article_20150114145222.pdf. (in Thai)
- Duangwises, Narupon. “แนวคิดทฤษฎีเรื่องความหลากหลายทางเพศ” [Theory of Sexual Diversity]. Princess Maha Chakri Sirindhorn Anthropology Centre. Accessed November 15, 2013.
<http://www.sac.or.th>. (in Thai)
- Duangwises, Narupon. “ขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์ในสังคมไทยภาคปฏิบัติและกระบวนทัศน์” [Gay Movement in Thai Society : Practice and Paradigms]. Ph.D.diss., Thammasat University, Social Administration Faculty of Social Administration, 2010. (in Thai)
- Duangwises, Narupon. “ทบทวนวิธีการสร้างความรู้/ความจริงเรื่องเพศ” “[Review how to create the knowledge or the reality of sex]. Princess Maha Chakri Sirindhorn Anthropology Centre. Accessed November 15, 2013. <http://www.sac.or.th>. (in Thai)
- Fausto-Sterling, Anne. “The Five Sexes : Why Male and Female Are Not Enough.” In *Questions of Gender : Perspectives and Paradoxes*, edited by Dina L. Anselmi and Anne L. Law, 24. United States of America: McGraw-Hill, 1998.

- Health Policy Project. Asia Pacific Transgender Network, *United Nations Development Programme. Blueprint for the Provision of Comprehensive Care for Trans People and Trans Communities*. Washington, DC: Future Group, 2015.
- Human Rights Committee. *Concluding observations on Belize*. CCPR/C/BLZ/CO/1, 26 March 2013.
- Human Rights Committee. *Concluding observations on Kuwait*. CCPR/C/KWT /CO/2, 18 November 2011.
- Human Rights Committee. *General Comment No. 18 : Non-discrimination*. HRI/GEN/1/Rev.10, November 1989.
- Human Rights Committee. *General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.5, 8 April 1994.
- Human Rights Committee. *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992. CCPR/C/50/D/ 488/1992, 4 April 1994.
- Human Rights Council. *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*. Vitit Muntarbhorn. A/HRC/ 35/36, 19 April 2017.
- Human Rights Council. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. A/HRC/19/41, 17 November 2011.
- International Commission of Jurists. *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*. Geneva: International Commission of Jurists, 2009.
- Likhitpreechakul, Paisarn. trans. หลักการยกยอการดำรงตัวด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ [The Yogyakarta Principles: The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity]. Bangkok: Office of the National Human Rights Commission of Thailand, 2008. (in Thai)
- McGill, Jena. "SOGI....So What?: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations." *Canadian Journal of Human Rights*, 3, no.1 (2014): 6.

- National Human Rights Commission of Thailand. รัฐธรรมนูญฉบับเจตนารมณ์ประชาชน [The Constitution of the People's Intention]. Bangkok : Office of the National Human Rights Commission of Thailand, 2007. (in Thai)
- O'Flaherty, Michael and John Fisher. "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles." *Human Rights Law Review* 8, no.2 (2008): 210, 208.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*. New York and Geneva: United Nation, 2012.
- Office of the National Human Rights Commission of Thailand. รายงานประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชน ปี 2547-2551 [Human Rights Report 2004-2008]. Bangkok: Miracle Creation Interprint, 2009. (in Thai)
- Preechasinlapakun, Somchai. นิติปรัชญาทางเลือก [Alternative Philosophy Law]. Bangkok: Winyuchon, 2003. (in Thai)
- Recher, Alecs. "Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity Legal Report: Switzerland." Accessed December 25, 2015. http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/SwitzerlandLegal_E.pdf.
- Richardson, Diane, and Steven Seidman. *Handbook of Lesbian and Gay Studies*. Great Britain: Cromwell Press, 2002.
- Robson, Ruthann. "Sexual Democracy." In *Sexuality and Law Volume III : Sexual Freedom*, edited by Ruthann Robson,144. Great Britain: Ashgate, 2011.
- Samelius, Lotta and Erik Wågberg. *A Study of Policy and Administration : Sexual Orientation and Gender Identity Issues in Development*. Sweden : Sida, 2005.
- Scott, Joan Wallach. *Gender and the Politics of History*. New York: Columbia University Press, 1998.
- Shaman, Jeffrey M. *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Sooksom, Araya. "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย" [Human Rights to Sexual Orientation and Gender Identity in Thai Legal System]. Ph.D.diss. Thammasat University, Faculty of Law, 2016. (in Thai)

- Stein, Edward. "Law, Sexual Orientation, and Gender." In *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, edited by Jules Coleman and Scott Shapiro, 998. New York: Oxford University Press, 2002.
- Stevi, Jackson. "Heterosexuality, Heteronormativity and Gender Hierachy: Some Reflections on Recent Debates." In *Sexualities and Society*, edited by Jeffrey Weeks, Janet Holland, and Matthew Waites, 72. Cambridge, Polity Press, 2003.
- The National Assembly Radio and Television Broadcasting Station. "ข่าวรัฐสภา: กมธ.ยกร่าง รธน. บัญญัติคำใหม่ "เพศสภาพ" หวังครอบคลุมสิทธิเสรีภาพไม่เฉพาะเพศกำเนิดเท่านั้น"
[Parliamentary news : Constitution Drafting Committee prescribe "Gender" in addition to the Constitution for protection to everyone form discrimination based on sex]. Accessed January 19, 2015.
http://www.radioparlament.net/parliament/viewNews.php?nld=3532#.VQDQn_mG9ic.
(in Thai)
- Westeson, Johanna. *Sexual Health and Human Rights in The European Region*. Geneva: The International Council of Human Rights Policy (ICHRP), 2012.
- ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ [The Announcement of the National Council for Peace and Order Re: Appointment of Constitution Drafting Committee]. October 5, 2015. (in Thai)
- ประกาศสภาปฏิรูปเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ [The Announcement of the National Reform Council Re: Appointment of Constitution Drafting Committee]. November 4, 2014. (in Thai)