

จากระบบกฎหมายแบบทวิเพศ สู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล¹

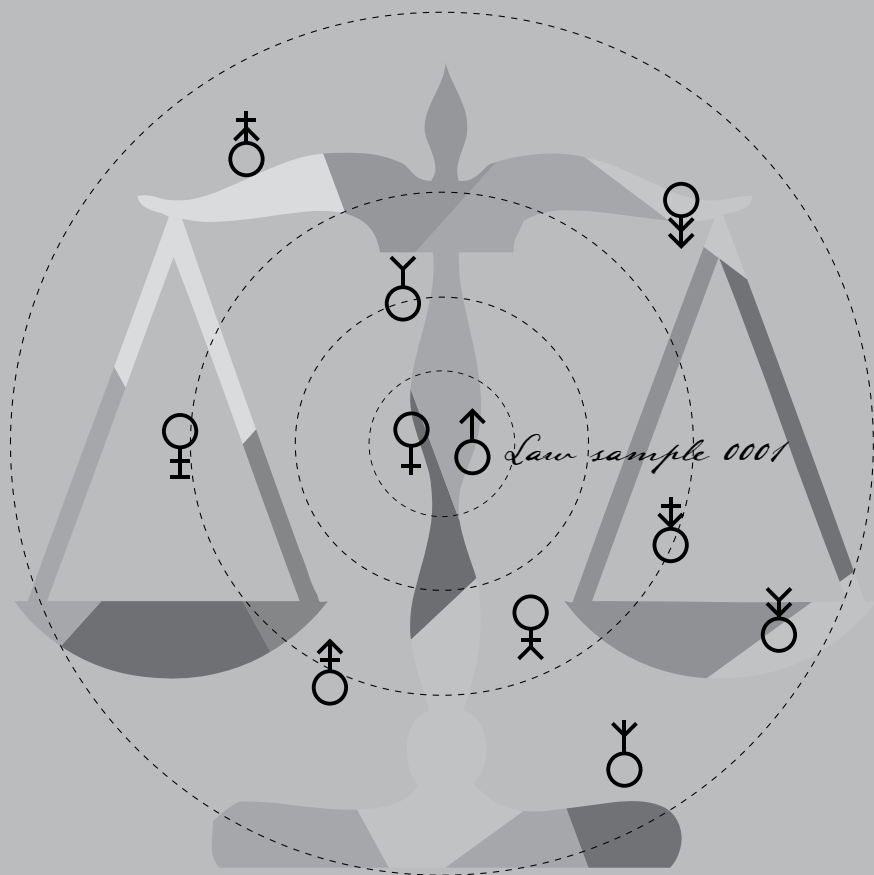


Illustration by: Nabwong Chuaychuwong

บทคัดย่อ

ในอดีตแนวความคิดแบบทวิเพศมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อระบบกฎหมายในเรื่องของการจำแนกเพศและการก่อตั้งสถาบันครอบครัว แต่นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 ได้เกิดความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายเพื่อรองรับสถานะของบุคคลเพศหลากหลายทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยในกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับตัวตนของบุคคลเพศหลากหลายมากขึ้นบนหลักของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างระหว่างเพศ ขณะที่กฎหมายภายในได้มีความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญใน 2 ด้าน คือ การยอมรับการเปลี่ยนเพศในทางกฎหมาย และการยอมรับการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศหลากหลาย

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ซึ่งความเปลี่ยนแปลงนี้ส่งผลให้ระบบกฎหมายคลี่คลายไปสู่ระบบกฎหมายแบบ พหุเพศมากขึ้น

Abstract

In the past, Gender Dualism approach had a strong influence on legal system in terms of gender classification and marital establishment of family. Since the late twentieth century, significant changes have been occurred, both in international and domestic law, in order to legalize the LGBT's identity according to the equality and anti-discrimination principle. Two movements on legal issue have been mobilized: legal recognition of trans-gender person; and legalization of same-sex marriage. As a result, this movement has driven legal system toward gender pluralism.

บทนำ

นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ได้ปรากฏความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายอย่างกว้างขวางต่อการรับรองถึงสถานะของบุคคลเพศหลากหลาย และดูราวกับว่าจะมีแนวโน้มในทิศทางที่ขยายตัวออกกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ดังจะพิจารณาได้จากความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศที่ได้มีการรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในมิติต่างๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการรับรองสถานะของบุคคลในการเปลี่ยนแปลงเพศ ตามกฎหมายที่ไม่จำเป็นต้องถูกยึดไว้กับเพศกำเนิด การยอมรับเสรีภาพในเพศวิถีที่แตกต่าง การยอมรับสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน เป็นต้น

ส่วนในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ในช่วงกลางของศตวรรษที่ 20 บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้มีการรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการให้คำอธิบายว่ามี การคุ้มครองบุคคลเพศหลากหลายจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุของความแตกต่างทาง

เพศ² โดยถือว่าบุคคลเพศหลากหลายอยู่ภายใต้การคุ้มครองของหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ก็ได้ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองต่อสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายเกิดขึ้น และก็ได้ปรากฏการยอมรับความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจนปรากฏอยู่ในหลักการยอกยาการ์ตา (The Yogyakarta Principles) ค.ศ. 2006 ซึ่งได้กลายเป็นหลักการสำคัญในการอ้างอิงถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในอันที่จะได้รับการปกป้องและคุ้มครองวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจากกฎหมายของรัฐ

จากที่กล่าวมาจึงอาจทำให้ดูราวกับว่าระบบกฎหมายในโลกปัจจุบัน มีทิศทางที่มุ่งไปสู่การยอมรับสถานะและเพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทั้งในระดับระหว่างประเทศหรือบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ก็ล้วนมีแนวโน้มต่อการเปิดกว้างและปรับเปลี่ยนกฎหมายที่ทำให้บุคคลเพศหลากหลายมีตัวตนในทางกฎหมาย แตกต่างไปจากในอดีต ซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายจำนวนมาก ได้กำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นการกระทำที่มีความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษ

อย่างไรก็ตาม พึงตระหนักว่าท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศหลากหลายนั้น ยังปรากฏข้อเท็จจริงจำนวนไม่น้อยเช่นกันซึ่งอาจทำให้มองเห็นภาพที่ขัดแย้งกับทิศทางของระบบกฎหมายซึ่งเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าเปิดกว้างมากขึ้นต่อบุคคลเพศหลากหลาย มีอีกหลายประเทศซึ่งยังคงมีบทลงโทษต่อพฤติกรรมรักร่วมเพศอย่างรุนแรง อย่างน้อย 5 ประเทศที่มีบทลงโทษต่อผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศด้วยโทษประหาร

² วราภรณ์ อินทนนท์, การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2552, หน้า 106

ชีวิต (และบางส่วนของไนจีเรียกับโซมาเลีย)³ และในอีกหลายประเทศก็มีบทลงโทษแม้ว่าจะไม่ได้เป็นโทษรุนแรงถึงชีวิตก็ตาม ความแตกต่างของระบบกฎหมายในการพิจารณาถึงบุคคลเพศหลากหลาย จึงทำให้ไม่อาจมองข้ามความเป็นจริงประการหนึ่งก็คือยังคงปรากฏความไม่ลงรอยในการยอมรับถึงสถานะและสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายอยู่ ซึ่งอาจสืบเนื่องมาจากเหตุผลทางวัฒนธรรม ความเชื่อ จารีตประเพณี หรือเงื่อนไขปัจจัยอื่นที่มีความแตกต่างกันและมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าว

สถานะของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย

สถานะของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายอาจจัดแบ่งได้ออกเป็นใน 3 ลักษณะด้วยกัน คือ ประการแรก การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายเป็นความผิด ประการที่สอง การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายไม่เป็นความผิด และประการที่สาม การยอมรับความชอบด้วยกฎหมายในเพศวิถีของเพศหลากหลาย ดังนี้

ประการแรก การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นความผิด (Criminalization of LGBT's Sexuality)

เมื่อพิจารณากฎหมายในอดีตโดยเฉพาะดินแดนในยุโรปหลายแห่ง จะพบว่า การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นความผิดทางกฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่สามารถพบได้อย่างกว้างขวางในกฎหมายของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง หรือที่เรียกกันว่ารักร่วมเพศ (Homosexual) และบทลงโทษต่อการกระทำดังกล่าวนี้ ก็มักจะปรากฏในรูปแบบที่รุนแรงไม่ว่าจะเป็นการประหารชีวิต การฝังหรือเผาบุคคลซึ่งกระทำความผิด

³ Lucas Paoli Itaborahy, *State-sponsored Homophobia A world survey of laws criminalizing same-sex sexual acts between consenting adults*, [Online], Available: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf (August 1, 2012), P. 13

แนวความคิดพื้นฐานที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการทำให้กฎหมายกำหนดบทลงโทษแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศนั้นเป็นผลมาจากคำอธิบายทางศาสนาคริสต์ ซึ่งให้คำอธิบายต่อการกระทำดังกล่าวว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้า ในตำนานการสร้างโลก (The Old Testament) ตามคัมภีร์ ความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศเป็นการกระทำที่ถือเป็นการผิดอันรุนแรงและเป็นเหตุให้พระเจ้าผู้เป็นเจ้าทรงบันดาลให้เกิดไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญเมือง Sodom และ Gomorrah เนื่องจากผู้คนในเมืองแห่งนี้นิยมการรักร่วมเพศ⁴ ซึ่งต่อมา Sodomy ได้กลายเป็นคำที่อธิบายซึ่งการมีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันหรือเป็นการมีเพศสัมพันธ์ทางทวาร (anal intercourse)⁵ และเป็นการกระทำที่เป็นความผิดประเภทหนึ่งในทางกฎหมาย

คำอธิบายของศาสนาคริสต์ที่มีต่อพฤติกรรมรักร่วมเพศดังกล่าว จึงเป็นผลให้รัฐในยุโรปหรือที่ได้รับอิทธิพลของศาสนาคริสต์ต่างบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษและในห้วงเวลาดังกล่าวก็เป็นการลงโทษอย่างรุนแรง เช่น ในสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 (Edward I) ผู้กระทำความผิดฐานรักร่วมเพศจะถูกฝังทั้งเป็น ใน ค.ศ. 1533 สมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (Henry VIII) ได้มีการตรากฎหมายให้การกระทำดังกล่าวต้องได้รับโทษประหารชีวิต ซึ่งมีการคาดการณ์ว่ามีผู้ถูกประหารชีวิตตามกฎหมายนี้ 72,000 คน⁶

นอกจากนี้ยังมีอิทธิพลต่อการมองว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิ่งที่ขัดกับศีลธรรมและเป็นความผิด พฤติกรรมทางเพศนอกสถาบันการสมรสและที่ไม่สามารถก่อให้เกิดบุตรก็เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมด้วยเช่นเดียวกัน แนวความคิดในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ยอมรับว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิ่งที่

⁴ กิตติศักดิ์ ปภคิต, "ตำนานรักร่วมเพศของไทย" *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 หน้า 86 [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.tulawcenter.org/knowledge/content/182>

⁵ รองพล เจริญพันธ์, ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการฆ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์, *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 10 (2521) หน้า 426

⁶ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, อ่างแก้ว, *สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2543, หน้า 40

ธรรมชาติ หากเป็นความผิดปกติที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาหรือเป็นความเจ็บป่วยทางจิต (illness) ประเภทหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ซึ่งสอดคล้องกับมุมมองจากทางด้านการศึกษาที่มีต่อบุคคลรักร่วมเพศที่ดำเนินไปในทิศทางเดียวกัน โดยเห็นว่าบุคคลรักร่วมเพศเป็นบุคคลที่มีลักษณะเบี่ยงเบนจากธรรมชาติ ซึ่งควรต้องได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกันกับโรคภัยอื่นๆ ที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ แม้จนกระทั่งในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 ความเห็นในทางแพทย์และทางจิตวิทยาก็ยังถือว่าบุคคลที่มีพฤติกรรมสนใจในเพศเดียวกันถือเป็นบุคคลที่มีกามวิปริตที่ต้องได้รับการรักษา

ประการที่สอง การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายไม่ เป็นความผิด (Decriminalization of LGBT's Sexuality)

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลหลากหลายทางเพศปรากฏขึ้นอย่างกว้างขวางในช่วงปลายของศตวรรษที่ 20 โดยปรากฏความเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยจากเดิมซึ่งกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นการกระทำอันเป็นความผิด มาสู่การยกเลิกให้การกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษ สามารถกล่าวได้ว่าความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นนี้ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในกฎหมายภายในของหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับพฤติกรรมรักร่วมเพศซึ่งมักถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมายที่มีมาแต่เดิม แต่ต่อมาได้รับการแก้ไขให้เป็นการกระทำที่ไม่ใช่ความผิด

ช่วงปลายศตวรรษที่ 20 นับเป็นช่วงเวลาที่เป็นจุดเปลี่ยนอันสำคัญต่อการให้คำอธิบาย/มุมมองที่มีต่อเพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเกิดขึ้น โดยความเห็นในทางการแพทย์ต่อพฤติกรรมรักร่วมเพศแปรเปลี่ยนจากความวิปริตของบุคคลมาเป็นความพึงพอใจของแต่ละบุคคล สมาคมจิตวิทยาแห่งสหรัฐอเมริกา (American Psychiatric Association) ได้ถอนคำว่ารักร่วมเพศออกจากรายการความผิดปกติทางจิตใน ค.ศ. 1973 โดยให้คำอธิบายว่า

“รักร่วมเพศไม่มีความหมายถึงความเลวทรามตามที่คิดและเชื่อ

กันมานานในสังคมทั่วไปหรือเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดมาจากพระเจ้า ซึ่งปัจจุบันจิตแพทย์ได้ให้ความเห็นอย่างรอบคอบว่ารักร่วมเพศไม่ได้ทำให้เกิดรูปแบบของความผิดปกติทางเพศใดๆ”⁷

และองค์การอนามัยโลกก็ได้มีความเห็นว่ารักร่วมเพศมิใช่อาการเจ็บป่วยทางจิตหรือเป็นความผิดปกติ โดยมีงานวิจัยยืนยันว่าความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศไม่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทางจิตแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ความเห็นในทางแพทย์ในทิศทางดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สามารถบังเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่อิทธิพลของศาสนาคริสต์ได้มีบทบาทน้อยลงในการเมือง โดยแตกต่างไปจากช่วงระยะเวลาก่อนกลางศตวรรษที่ 19 ซึ่งศาสนาคริสต์ยังมีอิทธิพลอยู่อย่างมากและส่งผลต่อการดำเนินนโยบายและการบัญญัติกฎหมายของแต่ละรัฐที่มีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ ทั้งอังกฤษ ฝรั่งเศส และประเทศเจ้าอาณานิคมต่างๆ จึงอยู่ภายใต้การกำกับของแนวความคิดของศาสนาคริสต์⁸ แนวความคิดเรื่องรักร่วมเพศในมุมมองของศาสนาคริสต์จึงถูกถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ จนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 ซึ่งอิทธิพลของศาสนาคริสต์ในการเมืองได้ลดความสำคัญลงประกอบกับการขยายตัวของวิชาความรู้ในแบบวิทยาศาสตร์ที่ได้โต้แย้งกับคำอธิบายในแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นการใช้ความรู้ในแบบที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นด้วยวิธีการแบบเชิงประจักษ์บนพื้นฐานของเหตุผลในแบบสมัยใหม่ ความเข้าใจว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นเสมือนโรคที่ต้องได้รับการรักษา ถูกให้คำอธิบายใหม่ว่ามีได้เป็นเรื่องของความผิดปกติทางจิตดังที่เคยเข้าใจมาแต่อย่างใด

บทบาทของศาสนาคริสต์ที่ลดน้อยลงในการเมืองเปิดทางในแนวความ

⁷ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, อ้างแล้ว, หน้า 13

⁸ การจำแนกโรคสากล (International Classification of Diseases) ครั้งที่ 10 ค.ศ. 1992 องค์การอนามัยโลกได้ถอนรายชื่อของการรักร่วมเพศออกจากการเป็นโรคทางจิต (mental disease) ชนิดหนึ่ง ดูรายละเอียดใน http://www.sasop.co.za/C_DC_PState_009.asp

⁹ ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, อ้างแล้ว, หน้า 20

คิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) ได้เข้ามามีอิทธิพลเพิ่มมากขึ้น แนวความคิดแบบเสรีนิยมเห็นว่าบทบาทของรัฐควรมีอย่างจำกัดโดยเฉพาะในเรื่องการรักษาความปลอดภัยในชีวิตของผู้คน กฎหมายควรบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องความสุขของประชาชนในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกัน สำหรับการกระทำใดที่เป็นเรื่องของศีลธรรมและมีได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นโดยตรง ก็ไม่ใช่หน้าที่ของกฎหมายหรืออำนาจรัฐที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับลักษณะของการใช้อำนาจบังคับ บุคคลควรมีอำนาจในการตัดสินใจที่จะเลือกในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์กับตนเองมากที่สุด หลักการพื้นฐานแบบเสรีนิยมจึงแยกเอาการกระทำที่เป็นหลักศีลธรรมในทางศาสนาโดยถือว่าเป็นสิ่งที่บุคคลแต่ละคนสามารถเลือกได้ด้วยตนเอง แม้ว่าการกระทำนั้นๆ อาจจะไม่สอดคล้องต่อคำสอนของศาสนาก็ตาม ดังนั้น การกำหนดให้พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดตามกฎหมายย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเข้ามาก้าวภายในอาณาบริเวณซึ่งเป็นพื้นที่ทางโลกซึ่งปัจเจกบุคคลควรมีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเอง

ประการที่สาม การรับรองให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายชอบด้วยกฎหมาย (Legalization of LGBT's Sexuality)

ความเปลี่ยนแปลงในการรับรองให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายชอบด้วยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ โดยการรับรองถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายเกิดขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายภายในของหลายประเทศรวมทั้งมีการวินิจฉัยจากองค์กรระหว่างประเทศในการสนับสนุนสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายให้ได้รับการคุ้มครองจากระบบกฎหมาย

การอ้างอิงถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายในห้วงเวลาปัจจุบันจะเป็นการยืนยันถึงสิทธิของตนว่าได้รับการคุ้มครองไว้ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่สืบเนื่องต่อมา ดังนั้น รัฐแต่ละรัฐจึงควรให้ความตระหนักถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย

แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights) ได้มีการประกาศโดยองค์การสหประชาชาติเมื่อ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ปฏิญญาฉบับนี้เป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในอันที่จะปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยได้ร่วมกันจัดทำปฏิญญาสากลฯ ขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นถึงความสำคัญและความปรารถนาในอันที่จะร่วมกันส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

แต่หากพิจารณาตามบทบัญญัติที่ปรากฏในปฏิญญาสากลฯ จะพบว่า เป็นบทบัญญัติที่ต้องการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนในลักษณะทั่วไปโดยคำที่ใช้จึงเป็นการใช้ในลักษณะที่สามารถครอบคลุมบุคคลได้อย่างกว้างขวาง ดังคำว่าทั้งหมด (All) มนุษย์ทุกคน (All human beings) ทุกคน (Everyone) โดยไม่ได้มีการจำแนกแยกแยะออกมาเป็นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น คนทุกคนมีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตน, คนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายทุกแห่งหน, ทุกคนเสมอกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน เป็นต้น กรณีของบุคคลที่เป็นเพศหลากหลายจึงยังไม่มีการบัญญัติถึงไว้เป็นพิเศษ

ภายหลังจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการเคารพสิทธิมนุษยชนพื้นฐานของทุกชาติในโลก ก็มีความพยายามในการทำให้การปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้ปฏิญญาสากลนั้นชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในค.ศ.1966 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงได้รับรองกติการะหว่างประเทศขึ้นมาอีก 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International on Economic, Social and Cultural Rights) เพื่อสร้างกลไกในการผลักดันให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนมากขึ้น

แม้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง จะได้มีการรับรองถึงการต่อต้านการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างเรื่องเพศ¹⁰ แต่ก็พบว่าไม่ได้มีการบัญญัติถึงบุคคลเพศหลากหลายไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกันกับที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลฯ

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องเพศวิถีของเพศหลากหลายได้เป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา โดยในคดี Nicholas Toonen v. Australia 1994¹¹ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่ากฎหมายของออสเตรเลียซึ่งมีบทลงโทษต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่กระทำด้วยความสมัครใจของบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะในสถานที่รโหฐาน ถือว่าเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในเรื่องการห้ามปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างทางเพศ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่าความหลากหลายของรสนิยมทางเพศของบุคคลควรจะรวมอยู่ในเหตุผลของการไม่อาจนำมาเลือกปฏิบัติในทางเพศบุคคล และสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีของการห้ามหรือขัดขวางเพื่อไม่ให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน โดยต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อกติการะหว่างประเทศฉบับนี้เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศเช่นเดียวกัน การให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าวเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเนื่องจากเป็นการพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค โดยถือว่าบุคคลเพศหลากหลายต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุว่าเป็นบุคคลเพศหลากหลาย

¹⁰ ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใดโดยจะดำเนินการให้เกิดในทางปฏิบัติขึ้นภายในประเทศเพื่อเป็นการประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ

¹¹ Nicholas Toonen v. Australia, Human Rights Committee, *Communication no. 488/1992*, Un doc.CCPR/C/50/D/488/1992

ซึ่งได้กลายเป็นหลักการสำคัญต่อการพัฒนาสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย

การรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายได้ปรากฏขึ้นในหลักการयोगยาคาร์ตา (The Yogyakarta Principles) ค.ศ. 2006 โดยในคำปรารภได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการถูกละเมิดสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายอันเนื่องมาจากวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีความแตกต่างดังนี้

“มีความวิตกว่าได้มีการมุ่งใช้ความรุนแรง การก่อกวน การเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยกกีดกัน การประทับตราบาป หรืออคติต่อบุคคลในทั่วทุกภูมิภาคของโลก เนื่องจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น... ซึ่งอาจก่อให้เกิดการบ่อนทำลายคุณค่าของตนเองและความเป็นเจ้าของในชุมชนของตน และอาจนำไปสู่การปกปิดหรืออำพรางอัตลักษณ์ของตนลงและมีชีวิตอยู่อย่างหวาดกลัวและซ่อนเร้น”

“ตระหนักว่าในระยะเวลาที่ผ่านมาผู้นั้นผู้คนซึ่งมีประสบการณ์จากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ก็เพราะว่าตนเองเป็นหรือผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นหญิงรักหญิง ชายรักชาย หรือบุคคลที่รักสองเพศ เนื่องเพราะการมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะยินยอมพร้อมใจกับบุคคลดังกล่าว หรือเพราะว่าพวกตนเป็นหรือผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นบุคคลผู้แปลงเพศ บุคคลข้ามเพศ หรือบุคคลที่มีอวัยวะทั้งสองเพศ หรือการเป็นกลุ่มทางสังคมต่างๆ ที่บ่งชี้โดยเฉพาะว่ามีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ”¹²

ในหลักการयोगยาคาร์ตาได้ระบุถึงวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศว่า

¹² ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), *หลักการयोगยาคาร์ตา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และกองทุนสนับสนุนและปกป้องสิทธิที่มีความหลากหลายทางเพศ, 2552) หน้า 16 - 18

เป็นลักษณะสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาโดยอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ บรรดาสิทธิมนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความยึดโยงซึ่งกันและกัน ไม่สามารถแบ่งแยกจากกันได้ และมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน “วิถีทางเพศ” (Sexual Orientation) และ “อัตลักษณ์ทางเพศ” (Gender Identity) เป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล และจำต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรม¹³

“รัฐและสังคมจำนวนมากได้วางบรรทัดฐานในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศให้กับบุคคลโดยใช้จารีตประเพณีกฎหมายและความรุนแรงเป็นเครื่องมือและยังหาทางควบคุมการที่บุคคลต่างๆ ดังกล่าวมีประสบการณ์ในความสัมพันธ์ของบุคคลและการระบุอัตลักษณ์ของตน การตรวจตราทางเพศวิถีเช่นนี้ยังเป็นแรงผลักดันให้เกิดการใช้ความรุนแรงทางเพศและความเหลื่อมล้ำทางเพศอย่างต่อเนื่อง”¹⁴

หลักการยกย่องการเท่าเทียมกันสามารถถือได้ว่าเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรบนฐานคิดที่ไม่ได้จำกัดความหมายเอาไว้เพียงเฉพาะชายหญิงหากยังรวมถึงเพศหลากหลาย อันเป็นสิ่งที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่กว้างขวางมากขึ้นในสังคมระหว่างประเทศซึ่งแต่เดิมจะตระหนักถึงเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น

โดยสรุปการจำแนกสถานะของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายออกเป็น 3 ลักษณะ นับตั้งแต่การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลาย

¹³ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), เฟิ่งอ๋าง, หน้า 8

¹⁴ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), เฟิ่งอ๋าง, หน้า 10

เป็นสิ่งที่เป็นการผิด การยกเลิกเพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายไม่ให้เป็นความผิด และการรับรองให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายชอบด้วยกฎหมายเป็นการจัดแบ่งเพื่อทำความเข้าใจต่อสถานะของบุคคลเพศหลากหลายที่มีอยู่ในกฎหมาย โดยแสดงให้เห็นถึงปัจจัยและแนวความคิดที่มีอิทธิพลที่ส่งผลต่อการกำหนดและทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในแต่ละรูปแบบขึ้น แต่ทั้งนี้ความเปลี่ยนแปลงที่บังเกิดขึ้นมิได้มีลักษณะที่จะเป็นพัฒนาการในรูปแบบที่เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย แล้วเคลื่อนมาสู่การยกเลิกให้ไม่ถือว่าเป็นความผิด ก่อนที่จะจบลงด้วยการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศหลากหลาย เนื่องจากในห้วงเวลาของต้นศตวรรษที่ 21 ก็ยังสามารถพบเห็นสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศหลากหลายทั้ง 3 รูปแบบดำรงอยู่ควบคู่กันไป แม้อาจพอมองเห็นแนวโน้มในหลายประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางเดียวกันด้วยการยอมรับถึงสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายเพิ่มมากขึ้น แต่ในหลายประเทศ สถานะของบุคคลเพศหลากหลายก็อาจยังเป็นความผิดต่อกฎหมายที่มีบทลงโทษอย่างรุนแรง ดังนั้น การจัดแบ่งสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศหลากหลายจึงเพียงการทำให้เห็นภาพรวมของบุคคลเพศหลากหลายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายว่าถูกจัดวางอยู่ในลักษณะแบบใดบ้างในรัฐต่างๆ ในแต่ละห้วงเวลา

การยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายภายใน

บุคคลเพศหลากหลายต้องเผชิญกับข้อจำกัดอย่างกว้างขวางและปรากฏขึ้นเป็นปัญหาอุปสรรคในด้านต่างๆ จำนวนมาก ไม่ว่าจะสิทธิในการเข้าทำงาน การใช้บริการในพื้นที่สาธารณะที่มีการจำแนกเพศชายหญิง การระบุถึงตัวตน/เพศในทางกฎหมาย การแต่งกาย การบริจาคอวัยวะให้กับบุคคลที่ใช้ชีวิตร่วมกันเพื่อรักษาโรคภัยเฉพาะบางอย่าง เป็นต้น ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าในท่ามกลางปัญหาที่บุคคลเพศหลากหลายต้องเผชิญในทางกฎหมายนั้น มาจากปัญหาพื้นฐานที่สำคัญ 2 เรื่อง คือ ประการแรก การจำแนกเพศเป็นชาย

และหญิงอย่างตายตัว และประการที่สอง ระบบครอบครัวซึ่งยอมรับเฉพาะ การสมรสของบุคคลต่างเพศเท่านั้นที่จะเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ซึ่งก็ได้มีความเคลื่อนไหวที่นำมาสู่ความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมาย ภายในของหลายประเทศ โดยเป็นการแก้ไขในประเด็นสำคัญทั้งประเด็นนี้ กล่าวคือมีการบัญญัติกฎหมายที่รับรองการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคล ให้สามารถกระทำได้ บุคคลไม่จำเป็นต้องถูกผูกติดกับเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตร่วมกันของ บุคคลเพศหลากหลายในทางกฎหมาย แม้ว่าในหลายแห่งอาจไม่ได้อยู่ใน ระดับเดียวกันกับการสมรสของบุคคลต่างเพศก็ตาม แต่ก็ได้มีการขยายและ ยอมรับให้การสมรสของบุคคลเพศหลากหลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการลดทอนปัญหา และความยุ่งยากจำนวนมากของบุคคลเพศหลากหลายให้น้อยลง

ประเด็นแรก การรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลแปลงเพศ

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้มีหลายประเทศที่ได้บัญญัติกฎหมายยอมรับ สถานะของผู้แปลงเพศและจำนวนของประเทศที่มีกฎหมายรับรองสถานะของ ผู้แปลงเพศก็ค่อยๆ เพิ่มมากขึ้น ในทวีปยุโรป ประเทศสวีเดนเป็นประเทศ แรกที่มีกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศ ค.ศ. 1972 เบลเยียมใน ค.ศ. 1979 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1980 อิตาลี ค.ศ. 1982 เนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1985 ลักแซมเบิร์ก ค.ศ. 1987 และประเทศต่างๆ ก็ได้มีการบัญญัติ กฎหมายรับรองสถานะของผู้แปลงเพศติดตามมา ซึ่งการบัญญัติกฎหมาย นี้ได้ปรากฏทั้งในลักษณะที่เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นการเฉพาะ บางประเทศได้บัญญัติรวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้นอกจากในทวีป ยุโรปแล้ว ประเทศในทวีปอื่นๆ ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายรองรับสถานะของ บุคคลผู้แปลงเพศเพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่น ปากีสถาน อียิปต์ แอฟริกาใต้ เป็นต้น

เนื่องจากได้มีความเปลี่ยนแปลงในการรับรองการแปลงเพศตามกฎหมาย เกิดขึ้นในหลายประเทศในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา แม้อาจมีเนื้อหา ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรายละเอียดของแต่ละ เรื่อง เช่น อายุขั้นต่ำ ประเภทของสิทธิที่จะได้รับ ระยะเวลาในการใช้ชีวิตอีก เพศหนึ่งที่เป็นเงื่อนไขเบื้องต้น เป็นต้น แต่กฎหมายซึ่งได้รับการแปลงเพศ ของบุคคลมีประเด็นสำคัญเบื้องต้นที่ร่วมกันดังต่อไปนี้

เงื่อนไขของผู้ประสงค์จะเปลี่ยนเพศตามกฎหมาย

ประการแรก บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เงื่อนไขประการแรกนั้นเพื่อให้การแปลงเพศตามกฎหมายเป็นผลมาจากการ แสดงเจตนาของบุคคล จึงได้มีการกำหนดเงื่อนไขของอายุขั้นต่ำเอาไว้ซึ่งส่วน ใหญ่จะถือเอาเกณฑ์ที่เป็นการบ่งบอกถึงการบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของ แต่ละประเทศ ทั้งนี้อาจมีความแตกต่างกันไปบ้างเนื่องจากแต่ละประเทศ กำหนดเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะไว้แตกต่างกัน บางประเทศอาจกำหนดไว้ ที่ 18 ปี บางประเทศอาจกำหนดไว้ที่ 20 ปี เป็นต้น

ประการที่สอง สามารถแสดงให้เห็นการใช้ชีวิตในอีกเพศหนึ่งมาเป็น ระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรที่ทำให้เห็นได้ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นมีความ ต้องการในการชีวิตในอีกเพศหนึ่งมากกว่าเป็นไปตามเพศกำเนิด

ประการที่สาม มีผลการประเมินพฤติกรรมทางเพศจากผู้เชี่ยวชาญหรือ ความเห็นในทางการแพทย์ว่าบุคคลดังกล่าวมีพฤติกรรมและการใช้ชีวิตใน อีกเพศหนึ่ง

ประการที่สี่ มีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ในการวินิจฉัยไม่ว่าจะเป็นศาล หรือหน่วยงานทางทะเบียนราษฎรเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเปลี่ยนแปลง ดังกล่าว

ประการที่ห้า สามารถกระทำได้ทั้งในกรณีที่ไม่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว หรือใน กรณีที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแม้ว่าโดยส่วนใหญ่ในหลายประเทศจะกำหนด

คุณสมบัติเบื้องต้นว่าบุคคลที่มีสิทธิขอเปลี่ยนเพศทางกฎหมายต้องผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศมาก่อน และภายหลังจากนั้นจึงมาขออนุญาตเปลี่ยนเพศในทางกฎหมาย แต่ในบางประเทศก็เปิดโอกาสให้บุคคลที่ยังไม่ได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศสามารถที่จะยื่นขอเปลี่ยนเพศตามกฎหมายได้¹⁵ โดยในการยื่นขอเปลี่ยนเพศทางกฎหมายอาจเป็นกระบวนการเดียวกันกับการขอผ่าตัดแปลงเพศก็ได้

สถานะทางกฎหมายภายหลังการแปลงเพศทางกฎหมาย

ประการแรก การยอมรับสถานะทางเพศใหม่ของผู้แปลงเพศในลักษณะเช่นเดียวกันกับบุคคลที่มีเพศดังกล่าว ดังเช่นการแก้ไขคำนำหน้านามในเอกสารต่างๆ ของทางราชการ บัตรประชาชน

ประการที่สอง การแปลงเพศทางกฎหมายไม่ส่งผลย้อนหลังไปถึงสถานะทางกฎหมายซึ่งเคยมีอยู่ก่อนหน้าการแปลงเพศทางกฎหมาย

ประการที่สาม สามารถเข้าถึงสิทธิต่างๆ ทั้งในทางแพ่ง ทางอาญา และการเข้าถึงบริการสาธารณะของรัฐในลักษณะเช่นเดียวกับบุคคลที่มีเพศดังกล่าว แต่ทั้งนี้อาจมีความแตกต่างในกรณีของการสมรส เนื่องจากบางประเทศไม่ยอมรับการสมรสของบุคคลแปลงเพศในแบบเดียวกันกับที่เป็นกรณีการสมรสแบบต่างเพศ

ประเด็นที่สอง การรับรองสถานะทางกฎหมายของรูปแบบการสมรสที่หลากหลาย

โดยทั่วไปเมื่อกล่าวถึงการสมรสก็มักจะเป็นที่เข้าใจกันว่าบุคคลที่จะสามารถทำการสมรสได้ต้องเป็นระหว่างเพศชายและหญิงเท่านั้น อันหมายถึงเป็นการสมรสในรูปแบบที่เรียกว่าเป็นการแต่งงานแบบต่างเพศ (Hetero-

sexual Marriage) และเป็นสิ่งที่สืบเนื่องมาถึงความเข้าใจถึงระบบครอบครัวว่าจะต้องประกอบด้วยบุคคลที่เป็นชายและหญิงในสถานะของพ่อและแม่ ดังนั้น จะสามารถพบได้ว่าในกฎหมายของประเทศต่างๆ ก็จะทำให้การรับรองต่อรูปแบบของการสมรสในแบบที่เป็นการสมรสของบุคคลต่างเพศเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม จากการเคลื่อนไหวและการเรียกร้องของกลุ่มเพศหลากหลายในหลายประเทศก็ได้นำมาสู่ความเปลี่ยนแปลงในสิทธิของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายซึ่งกฎหมายว่าด้วยการสมรสแบบเดิมมักจะไม่ได้ออกให้การรับรองไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเกิดขึ้นในหลายประเทศ อันเป็นการทำให้การสมรสไม่ได้จำกัดไว้เพียงระหว่างบุคคลต่างเพศเท่านั้น ซึ่งการรับรองการสมรสในทางกฎหมายระหว่างบุคคลเพศเดียวกันได้ขยายตัวกว้างขวางและนับเป็นความเปลี่ยนแปลงประการหนึ่งที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิของเพศหลากหลายที่เด่นชัดมากขึ้น ดังจะสามารถเห็นได้จากตัวอย่างบางประเทศที่มีการรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม รูปแบบการรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนั้นมิได้เป็นการรับรองในลักษณะที่เป็นรูปแบบเดียวกันทั้งหมด หากแต่มีลักษณะบางประการที่อาจมีความแตกต่างออกไป โดยในบางประเทศอาจให้การรับรองในลักษณะเช่นเดียวกันกับการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ โดยให้ได้สิทธิและผลสืบเนื่องในทางกฎหมายต่อการจดทะเบียนของบุคคลเพศเดียวกัน ในระดับที่เหมือนกันการสมรสของบุคคลต่างเพศ แต่ในบางประเทศอาจจำกัดสิทธิบางด้านให้มีความแตกต่างไปจากการสมรสของบุคคลต่างเพศ โดยอาจมีข้อจำกัดบางด้านซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อน ดังตัวอย่างที่จะกล่าวถึงต่อไป

สำหรับประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงกฎหมายในการรับรองการใช้ชีวิตคู่หรือการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันจะปรากฏอย่างกว้างขวางในยุโรปและบางส่วนของทวีปอเมริกาใต้ สำหรับประเทศในเอเชียแม้จะมีปรากฏข่าวของการ

¹⁵ <http://www.lgbt-ep.eu/wp-content/uploads/2010/07/NOTE-20100601-PE425.621-Transgender-Persons-Rights-in-the-EU-Member-States.pdf> หน้า 5 – 6

แต่งงานและจัดเลี้ยงฉลองการแต่งงานในทางพฤตินัยอย่างเปิดเผยระหว่าง คู่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นจำนวนมากในหลายประเทศตั้งแต่ ค.ศ. 2000 เป็นต้นมา ไม่ว่าจะเป็นฮ่องกง ไต้หวัน ฟิลิปปินส์ เวียดนาม กัมพูชา หรือสาธารณรัฐประชาชนจีนก็ตาม¹⁶ แต่จนกระทั่ง ค.ศ. 2012 ก็ยังไม่มีประเทศใดในเอเชียที่ให้การรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันบังเกิดขึ้น¹⁷

จากการศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการรับรองการใช้ชีวิต คู่ร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายของหลายประเทศ พบว่ารูปแบบในการการรับรองทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในหลายประเทศนั้นไม่ได้มีลักษณะที่เป็นรูปแบบเดียวหรือมีลักษณะที่เหมือนกันทั้งหมด แต่จะพบว่ามีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยมี 3 รูปแบบสำคัญ กล่าวคือ¹⁸

รูปแบบที่หนึ่ง การรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะที่ยอมรับประเด็นทางด้านการจัดการทรัพย์สิน การให้ความอุปการะและดูแลระหว่างกัน แต่สิทธิในด้านอื่นจะถูกจำกัดอย่างกว้างขวาง ลักษณะของการรับรองประเภทในลักษณะนี้จะเน้นหนักในแง่การยอมรับชีวิตคู่ร่วมกัน แต่ไม่ได้มีการรับรองสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นการสมรสหรือเป็นครอบครัวดังที่ปรากฏในการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ ทั้งการเรียกชื่อก็จะมีลักษณะที่แสดงให้

¹⁶ Douglas Sanders, *Remembering Jossie and Bonnie: Same-sex Marriage in Asia*, A paper presented in International Lesbian and Gay Association, Stockholm, Sweden, December 15, 2012 p. 30

¹⁷ Douglas Sanders, *Ibid.*, pp. 4-12

¹⁸ Douglas Sanders, *Remembering Jossie and Bonnie: Same-sex Marriage in Asia*, Op. cit., pp. 20-22 ในบทความนี้ Douglas Sanders ได้เสนอว่ามีแนวทางการรับรองการสมรสใน 3 รูปแบบ คือ รูปแบบที่หนึ่ง Ascription อันเป็นการยอมรับสิทธิในการที่มุ่งเน้นในการจัดการทรัพย์สินโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด รูปแบบที่สอง Registration ยอมรับให้มีการจดทะเบียนระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งมีความใกล้เคียงกับการยอมรับว่าเป็นการสมรสตามกฎหมาย แต่อาจมีสิทธิบางประการถูกจำกัดไว้ หรือไม่อนุญาตให้เรียกว่าเป็นการสมรส (everything but marriage) รูปแบบที่สาม Marriage เป็นการยอมรับการใช้ชีวิตคู่ของคนเพศเดียวกันในแบบเดียวกันกับการสมรสของบุคคลต่างเพศ

เห็นถึงความสัมพันธ์อันเป็นพิเศษระหว่างบุคคลสองคน เช่น Partnership, Co-habitation, Domestic Partnership, Same-sex Couple เป็นต้น แต่มีความหมายที่แตกต่างจากการสมรสแบบต่างเพศ ซึ่งหากพิจารณาจากหลายประเทศที่ปรับเปลี่ยนการรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันก็มักจะเริ่มด้วยการยอมรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะนี้ในเบื้องต้น อันเป็นการเปลี่ยนแปลงการรับรองการสมรสในรูปแบบที่มีได้เป็นไปแบบฉับพลัน ซึ่งจะทำให้สังคมค่อยๆ เรียนรู้และเข้าใจต่อการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันมากขึ้น และภายหลังจากนั้นก็อาจขยายรูปแบบการรับรองสิทธิให้ครอบคลุมกว้างขวางเพิ่มมากขึ้นต่อไป

รูปแบบที่สอง การรับรองรูปแบบการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะที่ใกล้เคียงกับการสมรสของบุคคลต่างเพศแต่เป็นการยอมรับโดยมีข้อจำกัดบางประการ โดยอาจเป็นประเด็นที่สังคมนั้นๆ เห็นว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนซึ่งควรจะต้องมีการจำกัดสิทธิดังกล่าวเอาไว้

สำหรับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ในลักษณะนี้จะเป็นการรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันที่ใกล้เคียงกับการสมรสของบุคคลต่างเพศด้วยการให้สิทธิต่างๆ เช่นเดียวกันกับสิทธิที่คู่สมรสต่างเพศจะได้รับ ทั้งสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิและหน้าที่ในฐานะของคู่สมรส สิทธิอื่นๆ ตามที่กฎหมายได้รับรองไว้ แต่ทั้งนี้จะมีข้อจำกัดในบางด้านซึ่งถูกจำกัด ทำให้มีความแตกต่างกันระหว่างการสมรสของทั้งสองประเภท

สิทธิที่ถูกจำกัดมี 2 ประเด็นสำคัญ คือ การทำพิธีตามศาสนาคริสต์ในโบสถ์และการรับบุตรบุญธรรมมาอยู่ภายใต้การดูแล โดยทั้งนี้รวมไปถึงการตั้งครรรค์ด้วยการผสมเทียมก็อาจถูกห้ามเนื่องจากมีความเห็นว่าลักษณะการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันมีความไม่เหมาะสมต่อการเลี้ยงดูเด็ก จึงทำให้จำเป็นต้องจำกัดสิทธิดังกล่าวนี้

รูปแบบที่สาม การรับรองรูปแบบการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะเดียวกันกับที่รับรองการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ

กรณีเช่นนี้ผลทางกฎหมายที่ติดตามมาจะทำให้บุคคลเพศเดียวกันที่ทำการสมรสสามารถได้รับสิทธิเช่นเดียวกันกับสามีภรรยาโดยทั่วไปในแทบทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในครอบครัว สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์อื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น แม้ว่าในอดีตอาจมีข้อจำกัดสิทธิบางประการเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของการมีบุตรซึ่งจะเกิดขึ้นได้เฉพาะกับการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศเท่านั้น แต่ในปัจจุบันด้วยความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีก็มีผลให้คู่สมรสเพศเดียวกันซึ่งเป็นหญิงสามารถตั้งครรภ์ด้วยการผสมเทียม

จากระบบกฎหมายแบบกวีเพศสู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ

ปรากฏการณ์ของบุคคลเพศหลากหลายได้นำมาสู่ความเข้าใจที่มีต่อเรื่องเพศที่ต่างไปจากเดิมอย่างสำคัญ และรวมถึงสถาบันซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเรื่องเพศดังเช่นครอบครัวก็ต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงนี้พร้อมกันไป

ความเปลี่ยนแปลงนี้ได้ทำให้ระบบกฎหมายที่เดิมเคยวางอยู่บนกรอบของความคิดแบบทวิเพศ ซึ่งเชื่อในการจำแนกเพศเป็นชาย/หญิงตามเพศกำเนิดแบบเคร่งครัดต้องเปลี่ยนไป แนวความคิดแบบพหุเพศได้มีบทบาทความสำคัญเพิ่มมากขึ้น ทำให้ระบบกฎหมายทั้งในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ได้ยอมรับแนวคิดความคิดเรื่องเพศที่หลากหลาย ทั้งในด้านของการยอมรับการเปลี่ยนเพศในทางกฎหมายให้เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ รวมทั้งการปรับเปลี่ยนสถาบันครอบครัวซึ่งได้ยอมรับความหลากหลายทางเพศที่เปิดกว้างมากขึ้น ครอบครัวมิใช่เป็นเพียงสถาบันที่ถูกจำกัดไว้เฉพาะเพศชาย/หญิงเท่านั้น หากยังมีการใช้ชีวิตคู่หรือการสร้างครอบครัวในรูปแบบอื่นที่สามารถเกิดขึ้นได้เช่นกัน ๕

บรรณานุกรม

Douglas Sanders. Remembering Jossie and Bonnie: Same-sex Marriage in Asia. A paper presented in International Lesbian and Gay Association. Stockholm,

Sweden. December 15. 2012

Lucas Paoli Itaborahy. “State-sponsored Homophobia A world survey of laws criminalizing same-sex sexual acts between consenting adults” [Online], Available: HYPERLINK “http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.%09pdf”http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf (August 1, 2012)

Nicholas Toonen v. Australia, Human Rights Committee, Communication no. 488/1992, Undoc.CCPR/C/50/D/488/1992

กิตติศักดิ์ ปกรติ. (2527, เมษายน-มิถุนายน). “ตำนานรักร่วมเพศของไทย”. วารสารนิติศาสตร์. 13 (2). หน้า 85-95

ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล). (2552). หลักการยกยกการตา ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์. (2543). สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตาม กฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รองพล เจริญพันธ์. (2524, กรกฎาคม-กันยายน). “ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์”. วารสารนิติศาสตร์ 10 (3). หน้า 57-82

วราภรณ์ อินทนนท์. (2552). การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.