

นิติสังคมศาสตร์

วารสารวิชาการทางกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ปีที่ 6 ฉบับที่ 1/2556
มกราคม – มิถุนายน

เพศหลากหลาย คู่หลายร่าง

จากระบบกฎหมายแบบทวีเพศสู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ
สมชาย วิชาศิลป์กุล

RECOGNIZING SAME-SEX RELATIONSHIPS IN THAILAND
Douglas Sanders

มองการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันผ่านกฎหมาย
สหภาพยุโรป
ปิติเทพ อยู่ยืนยง

ว่าด้วย เพศสภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ
คำนวร เขื่อนทา

สภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลาย
ทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรอง
การสมรสในประเทศไทย
ภาณพ มีชำนานู

ตัวตน อัตลักษณ์ และบุคคลในทางกฎหมาย: การเปลี่ยนผ่าน
จากรัฐสมัยใหม่สู่โลกหลังสมัยใหม่
ทศพล วรรณกุลพันธ์

นิตยสารสังคมศาสตร์

วารสารนิตยสารสังคมศาสตร์

ปีที่ 6 ฉบับที่ 1/2556 มกราคม - มิถุนายน

เพศหลากหลาย คู่หลายร่าง



สถานที่ติดต่อ

ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
เชียงใหม่ 239 ถ.ห้วยแก้ว ต.สุเทพ อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50200
โทร 0 5394 2921 โทรสาร 0 5394 2914

E-mail

lawcmu.research@hotmail.com

ออกแบบปก / รูปเล่ม

นักร้อง ชัยวงค์ > nabw@me.com

ISSN : 1685-9723

ราคา ๑๑๒ บาท

กองบรรณาธิการ

ที่ปรึกษา	Advisory Board
คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชาตรี เรืองเดชณรงค์	Dean, Faculty of Law, Chiang Mai University Assistant Professor Chatree Rueangdetnarong
รองคณบดีฝ่ายวิชาการ วิจัย และวิเทศสัมพันธ์ ดร.นัทมน คงเจริญ	Vice Dean for Academic Research and International Affairs, Faculty of Law, Chiang Mai University Dr.Nuthamon Kongcharoen
บรรณาธิการ	Editor
หัวหน้าศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล	Head of Legal Research and Development Center, Faculty of Law, Chiang Mai University Associate Professor Somchai Preechasinlapakun
บรรณาธิการผู้ทรงคุณวุฒิ	Peer review
ชำนาญ จันทร์เรือง รองประธานแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ประเทศไทย	Chamnan Chanruang Vice Chair, Amnesty International Thailand
รองศาสตราจารย์ ดร.ประภาส ปิ่นตบแต่ง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	Associate Professor Dr.Prapas Pintobtang Faculty of Political Science, Chulalongkorn University
ดร.มณฑิลา ภักดิ์คง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง	Dr. Monticha Pakdeekong Faculty of Law, Ramkhamhaeng University
วรดุลย์ ดุลารักษ์ นักวิจัยด้านแรงงาน	Woradul Tularak Labour Rights Researcher
ศาสตราจารย์ ดร.อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ สาขาวิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่	Professor Dr. Attachak Sattayanurak Department of History, Faculty of Humanities, Chiang Mai University
กองบรรณาธิการ	Editorial Board
ดร.นัทมน คงเจริญ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่	Dr.Nuthamon Kongcharoen Faculty of Law, Chiang Mai University
อาจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่	Boonchoo Na pomphet Faculty of Law, Chiang Mai University
ดร.อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่	Dr.Usanee Aimsiranun Faculty of Law, Chiang Mai University
นางสาวนัฐินี ทองแท้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่	Nithinee Tongtae Faculty of Law, Chiang Mai University

บทบรรณาธิการ:	2
จากระบบกฎหมายแบบทวีเพศสู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ สมชาย ปรีชาศิลปกุล	5
RECOGNIZING SAME-SEX RELATIONSHIPS IN THAILAND Douglas Sanders	27
มองการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ผ่านกฎหมายสหภาพยุโรป ปิติเทพ อัยยีนยง	57
ว่าด้วย เพศสภาพ เสื่อมภาค ภราดรภาพ ค่านวร เชื้อนทา	85
สภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย ภาณพ มีชำนาญ	107
ตัวตน อัตลักษณ์ และบุคคลในทางกฎหมาย: การเปลี่ยนผ่านจากรัฐสมัยใหม่สู่โลกหลังสมัยใหม่ ทศพล วรรณกุลพันธ์	127

จากระบบกฎหมายแบบทวิเพศ สู่ระบบกฎหมายแบบพหุเพศ

สมชาย ปรีชาศิลปกุล¹

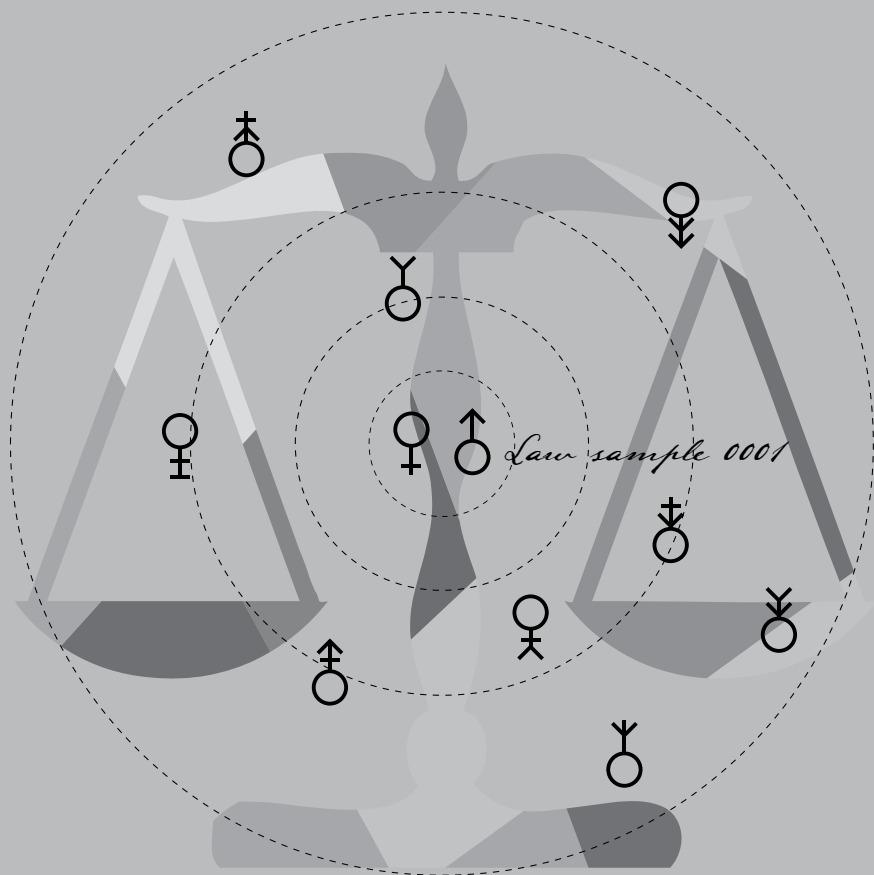


Illustration by: Nabwong Chuaychuwong

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 แต่ก็ได้มีการให้คำอธิบายว่ามีการคุ้มครองบุคคลเพศหลากหลายจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุของความแตกต่างทาง

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

จากที่กล่าวมาจึงอาจทำให้ดูราวกับว่าระบบกฎหมายในโลกปัจจุบัน มีทิศทางที่มุ่งไปสู่การยอมรับสถานะและเพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทั้งในระดับระหว่างประเทศหรือบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ก็ล้วนมีแนวโน้มต่อการเปิดกว้างและปรับเปลี่ยนกฎหมายที่ทำให้บุคคลเพศหลากหลายมีตัวตนในทางกฎหมาย แตกต่างไปจากในอดีตซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายจำนวนมาก 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

สถานะของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายอาจจัดแบ่งได้ออกเป็น 3 ลักษณะด้วยกัน คือ ประการแรก การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายเป็นความผิด ประการที่สอง การกำหนดให้เพศวิถีของเพศหลากหลายไม่เป็นความผิด และประการที่สาม การยอมรับความชอบด้วยกฎหมายในเพศวิถีของเพศหลากหลาย ดังนี้

ประการแรก การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นความผิด (Criminalization of LGBT's Sexuality)

เมื่อพิจารณากฎหมายในอดีตโดยเฉพาะดินแดนในยุโรปหลายแห่ง จะพบว่า การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นความผิดทางกฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่สามารถพบได้อย่างกว้างขวางในกฎหมายของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง หรือที่เรียกกันว่ารักร่วมเพศ (Homosexual) และบทลงโทษต่อการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ ก็มักจะปรากฏในรูปแบบที่รุนแรงไม่ว่าจะเป็นการประหารชีวิต การฝังหรือเฆมนุคคลซึ่งกระทำความผิด

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

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

นอกจากนี้ยังมีอิทธิพลต่อการมองว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิ่งที่ขัดกับศีลธรรมและเป็นความผิด พฤติกรรมทางเพศนอกสถาบันการสมรสและที่ไม่สามารถก่อให้เกิดบุตรก็เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมด้วยเช่นเดียวกัน แนวความคิดในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ยอมรับว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นสิ่งที่

⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "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, อ้างแล้ว, *สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2543, หน้า 40

ธรรมชาติ หากเป็นความผิดปกติที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาหรือเป็นความเจ็บป่วยทางจิต (illness) ประเภทหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ซึ่งสอดคล้องกับมุมมองจากทางด้านการแพทย์ที่มีต่อบุคคลรักร่วมเพศที่ดำเนินไปในทิศทางเดียวกัน โดยเห็นว่าบุคคลรักร่วมเพศเป็นบุคคลที่มีลักษณะเบี่ยงเบนจากธรรมชาติ ซึ่งควรต้องได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกันกับโรคภัยอื่นๆ ที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ แม้จนกระทั่งในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 ความเห็นในทางแพทย์และทางจิตวิทยาก็ยังถือว่าบุคคลที่มีพฤติกรรมสนใจในเพศเดียวกันถือเป็นบุคคลที่มีคามวิปริตที่ต้องได้รับการรักษา

ประการที่สอง การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายไม่ เป็นความผิด (Decriminalization of LGBT's Sexuality)

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลหลากหลายทางเพศปรากฏขึ้นอย่างกว้างขวางในช่วงปลายของศตวรรษที่ 20 โดยปรากฏความเปลี่ยนแปลงในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยจากเดิมซึ่งกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นการกระทำความผิด มาสู่การยกเลิกให้การกระทำความผิดดังกล่าวไม่มีความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษ สามารถกล่าวได้ว่าความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นนี้ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในกฎหมายภายในของหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับพฤติกรรมรักร่วมเพศซึ่งมักถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมายที่มีมาแต่เดิม แต่ต่อมาได้รับการแก้ไขให้เป็นการกระทำที่ไม่ใช่ความผิด

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

“รักร่วมเพศไม่มีความหมายถึงความเลวทรามตามที่คิดและเชื่อ

กันมานานในสังคมทั่วไปหรือเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดมาจากพระเจ้า ซึ่งปัจจุบันจิตแพทย์ได้ให้ความเห็นอย่างรอบคอบว่ารักร่วมเพศไม่ได้ทำให้เกิดรูปแบบของความผิดปกติทางเพศใดๆ”⁷

และองค์การอนามัยโลกก็ได้มีความเห็นว่ารักร่วมเพศมิใช่อาการเจ็บป่วยทางจิตหรือเป็นความผิดปกติ โดยมีงานวิจัยยืนยันว่าความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศไม่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทางจิตแต่อย่างใด⁸ อย่างไรก็ตาม ความเห็นในทางแพทย์ในทิศทางดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สามารถบังเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่อิทธิพลของศาสนาคริสต์ได้มีบทบาทน้อยลงในการเมือง โดยแตกต่างไปจากช่วงระยะเวลาก่อนกลางศตวรรษที่ 19 ซึ่งศาสนาคริสต์ยังมีอิทธิพลอยู่อย่างมากและส่งผลต่อการดำเนินนโยบายและการบัญญัติกฎหมายของแต่ละรัฐที่มีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ ทั้งอังกฤษ ฝรั่งเศส และประเทศเจ้าอาณานิคมต่างๆ จึงอยู่ภายใต้การกำกับของแนวความคิดของศาสนาคริสต์⁹ แนวความคิดเรื่องรักร่วมเพศในมุมมองของศาสนาคริสต์จึงถูกถ่ายทอดไปยังกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ จนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 ซึ่งอิทธิพลของศาสนาคริสต์ในการเมืองได้ลดความสำคัญลงประกอบกับการขยายตัวของวิชาความรู้ในแบบวิทยาศาสตร์ที่ได้โต้แย้งกับคำอธิบายในแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นการใช้ความรู้ในแบบที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นด้วยวิธีการแบบเชิงประจักษ์บนพื้นฐานของเหตุผลในแบบสมัยใหม่ ความเข้าใจว่าพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นเสมือนโรคที่ต้องได้รับการรักษาถูกให้คำอธิบายใหม่ว่ามิได้เป็นเรื่องของความผิดปกติทางจิตดังที่เคยเข้าใจมาแต่อย่างใด

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 กฎหมายควรบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องความสงบสุขของประชาชนในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกัน สำหรับการกระทำใดที่เป็นเรื่องของศีลธรรมและมีได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นโดยตรง ก็ไม่ใช่หน้าที่ของกฎหมายหรืออำนาจรัฐที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในลักษณะของการใช้อำนาจบังคับ 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 ปฏิญญานี้เป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในอันที่จะปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยได้ร่วมกันจัดทำปฏิญญาสากลฯ ขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นถึงความสำคัญและความปรารถนาในอันที่จะร่วมกันส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

แต่หากพิจารณาตามบทบัญญัติที่ปรากฏในปฏิญญาสากลฯ จะพบว่าเป็นบทบัญญัติที่ต้องการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนในลักษณะทั่วไปถ้อยคำที่ใช้จึงเป็นการใช้ในลักษณะที่สามารถครอบคลุมบุคคลได้อย่างกว้างขวาง 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 จะได้มีการรับรองถึงการต่อต้านการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่าง เรื่องเพศ¹⁰ แต่ก็พบว่าไม่ได้มีการบัญญัติถึงบุคคลเพศหลากหลายไว้เป็นการ เฉพาะเช่นเดียวกันกับที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลฯ

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องเพศวิถีของเพศหลากหลายได้เป็นประเด็นที่ ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา โดยในคดี Nicholas Toonen v. Australia 1994¹¹ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่ากฎหมาย ของออสเตรเลียซึ่งมีบทลงโทษต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันที่กระทำด้วย ความสมัครใจของบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะในสถานที่รโหฐาน ถือว่าเป็นสิ่ง ที่ฝ่าฝืนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองใน เรื่องการห้ามปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างทางเพศ และคณะ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่าความหลากหลาย ของรสนิยมทางเพศของบุคคลควรจะมีอยู่ในเหตุผลของการไม่อาจนำมา เลือกปฏิบัติในทางเพศบุคคล และสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีของการห้าม หรือขัดขวางเพื่อไม่ให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน โดยต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อกติการะหว่างประเทศฉบับนี้เพราะ เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศเช่นเดียวกัน การให้เหตุผลในลักษณะ ดังกล่าวเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเนื่องจากเป็นการพิจารณาถึงสิทธิของ บุคคลเพศหลากหลายบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค โดยถือว่าบุคคล เพศหลากหลายต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุว่าเป็นบุคคลเพศหลากหลาย

¹⁰ ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐบาลที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของ บุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือ สภาพอื่นใดโดยจะดำเนินการให้เกิดในทางปฏิบัติขึ้นภายในประเทศเพื่อเป็นการประกัน ว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและสิทธิ ทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการ ติความกตึกในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ

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

ซึ่งได้กลายเป็นหลักการสำคัญต่อการพัฒนาสิทธิของบุคคลเพศหลากหลาย

การรับรองสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายได้ปรากฏขึ้นในหลักการ Yogyakarta Principles (The Yogyakarta Principles) ค.ศ. 2006 โดยในคำปรารภได้บัญญัติไว้ อย่างชัดเจนถึงการถูกละเมิดสิทธิของบุคคลเพศหลากหลายอันเนื่องมาจาก วิถีและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีความแตกต่างดังนี้

“มีความวิตกว่าได้มีการมุ่งใช้ความรุนแรง การก่อวิน การเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยกกีดกัน การประทุษร้าย หรืออคติ ต่อบุคคลในทั่วทุกภูมิภาคของโลก เนื่องเพราะวิถีทางเพศและ อัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น... ซึ่งอาจก่อให้เกิดการบ่อนทำลาย คุณค่าของตนเองและความเป็นเจ้าของในชุมชนของตน และ อาจนำไปสู่การปกปิดหรืออำพรางอัตลักษณ์ของตนลงและมี ชีวิตอยู่อย่างหวาดกลัวและซ่อนเร้น”

“ตระหนักว่าในระยะเวลาที่ผ่านมาผู้นั้นซึ่งมีประสบการณ์ จากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ก็เพราะว่าตนเองเป็นหรือผู้ อื่นเข้าใจว่าเป็นหญิงรักหญิง ชายรักชาย หรือบุคคลที่รักสอง เพศ เนื่องเพราะการมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะยินยอมพร้อมใจ กับบุคคลดังกล่าว หรือเพราะว่าพวกตนเป็นหรือผู้อื่นเข้าใจว่า เป็นบุคคลผู้แปลงเพศ บุคคลข้ามเพศ หรือบุคคลที่มีอวัยวะทั้ง สองเพศ หรือการเป็นกลุ่มทางสังคมต่างๆ ที่บ่งชี้โดยเฉพาะว่า มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ”¹²

ในหลักการ Yogyakarta Principles ได้ระบุถึงวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศว่า

¹² ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), *หลักการ Yogyakarta Principles ว่าด้วยการใช้กฎหมาย สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และกองทุนสนับสนุนและ ปกป้องสิทธิผู้มีความหลากหลายทางเพศ, 2552) หน้า 16 - 18

เป็นลักษณะสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

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

“รัฐและสังคมจำนวนมากได้วางบรรทัดฐานในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศให้กับบุคคลโดยใช้จารีตประเพณีกฎหมายและความรุนแรงเป็นเครื่องมือและยังหาทางควบคุมการที่บุคคลต่างๆ ดังกล่าวมีประสบการณ์ในความสัมพันธ์ของบุคคลและการระบุอัตลักษณ์แห่งตน การตรวจตราทางเพศวิถีเช่นนี้ยังเป็นแรงผลักดันให้เกิดการใช้ความรุนแรงทางเพศและความเหลื่อมล้ำทางเพศอย่างต่อเนื่อง”¹⁴

หลักการยกย่องการเท่าเทียมกันถือได้ว่าเป็นปณิธานสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรบนฐานคิดที่ไม่ได้จำกัดความหมายเอาไว้เพียงเฉพาะชายหญิงหากยังรวมถึงเพศหลากหลาย อันเป็นสิ่งที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่กว้างขวางมากขึ้นในสังคมระหว่างประเทศซึ่งแต่เดิมจะตระหนักถึงเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น

โดยสรุปการจำแนกสถานะของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายออกเป็น 3 ลักษณะ นับตั้งแต่การกำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลาย

¹³ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), เพิ่งอ้าง, หน้า 8

¹⁴ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), เพิ่งอ้าง, หน้า 10

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

การยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายภายใน

บุคคลเพศหลากหลายต้องเผชิญกับข้อจำกัดอย่างกว้างขวางและปรากฏขึ้นเป็นปัญหารูปธรรมในด้านต่างๆ จำนวนมาก ไม่ว่าสิทธิในการเข้าทำงาน การใช้บริการในพื้นที่สาธารณะที่มีการจำแนกเพศชายหญิง การระบุถึงตัวตน/เพศในทางกฎหมาย การแต่งกาย การบริจาควัยจะให้กับบุคคลที่ใช้ชีวิตร่วมกันเพื่อรักษาโรคภัยเฉพาะบางอย่าง เป็นต้น ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าในท่ามกลางปัญหาที่บุคคลเพศหลากหลายต้องเผชิญในทางกฎหมายนั้น มาจากปัญหาพื้นฐานที่สำคัญ 2 เรื่อง คือ ประการแรก การจำแนกเพศเป็นชาย

และหญิงอย่างตายตัว และประการที่สอง ระบบครอบครัวที่ยอมรับเฉพาะการสมรสของบุคคลต่างเพศเท่านั้นที่จะเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ซึ่งก็ได้มีความเคลื่อนไหวที่นำมาสู่ความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศ โดยเป็นการแก้ไขในประเด็นสำคัญทั้งประเด็นนี้ กล่าวคือมีการบัญญัติกฎหมายที่รับรองการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลให้สามารถกระทำได้ บุคคลไม่จำเป็นต้องถูกผูกติดกับเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นการรับรองสถานะของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในทางกฎหมาย แม้ว่าในหลายแห่งอาจไม่ได้อยู่ในระดับเดียวกันกับการสมรสของบุคคลต่างเพศก็ตาม แต่ก็ได้มีการขยายและยอมรับให้การสมรสของบุคคลเพศหลากหลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการลดทอนปัญหา และความยุ่งยากจำนวนมากของบุคคลเพศหลากหลายให้น้อยลง

ประเด็นแรก การรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลแปลงเพศ

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ได้มีหลายประเทศที่ได้บัญญัติกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศและจำนวนของประเทศที่มีกฎหมายรับรองสถานะของผู้แปลงเพศก็ค่อยๆ เพิ่มขึ้น ในทวีปยุโรป ประเทศสวีเดนเป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศ ค.ศ. 1972 เบลเยียมใน ค.ศ. 1979 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1980 อิตาลี ค.ศ. 1982 เนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1985 ลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1987 และประเทศต่างๆ ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะของผู้แปลงเพศติดตามมา ซึ่งการบัญญัติกฎหมายนี้ได้ปรากฏทั้งในลักษณะที่เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นการเฉพาะ บางประเทศได้บัญญัติรวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้นอกจากในทวีปยุโรปแล้ว ประเทศในทวีปอื่นๆ ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายรองรับสถานะของบุคคลผู้แปลงเพศเพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่น ปากีสถาน อียิปต์ แอฟริกาใต้ เป็นต้น

เนื่องจากได้มีความเปลี่ยนแปลงในการรับรองการแปลงเพศทางกฎหมายเกิดขึ้นในหลายประเทศในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา แม้อาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรายละเอียดของแต่ละเรื่อง เช่น อายุขั้นต่ำ ประเภทของสิทธิที่จะได้รับ ระยะเวลาในการใช้ชีวิตอีกเพศหนึ่งที่เป็นเงื่อนไขเบื้องต้น เป็นต้น แต่กฎหมายซึ่งได้รับรองการแปลงเพศของบุคคลมีประเด็นสำคัญเบื้องต้นที่ร่วมกันดังต่อไปนี้

เงื่อนไขของผู้ประสงค์จะเปลี่ยนเพศตามกฎหมาย

ประการแรก บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เงื่อนไขประการแรกนั้นเพื่อให้การแปลงเพศตามกฎหมายเป็นผลมาจากการแสดงเจตนาของบุคคล จึงได้มีการกำหนดเงื่อนไขของอายุขั้นต่ำเอาไว้ซึ่งส่วนใหญ่จะถือเอาเกณฑ์ที่เป็นการบ่งบอกถึงการบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ทั้งนี้อาจมีความแตกต่างกันไปบ้างเนื่องจากแต่ละประเทศกำหนดเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะไว้แตกต่างกัน บางประเทศอาจกำหนดไว้ที่ 18 ปี บางประเทศอาจกำหนดไว้ที่ 20 ปี เป็นต้น

ประการที่สอง สามารถแสดงให้เห็นการใช้ชีวิตในอีกเพศหนึ่งมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรที่ทำให้เห็นได้ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นมีความต้องการในการชีวิตในอีกเพศหนึ่งมากกว่าเป็นไปตามเพศกำเนิด

ประการที่สาม มีผลการประเมินพฤติกรรมทางเพศจากผู้เชี่ยวชาญหรือความเห็นในทางการแพทย์ว่าบุคคลดังกล่าวมีพฤติกรรมและการใช้ชีวิตในอีกเพศหนึ่ง

ประการที่สี่ มีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ในการวินิจฉัยไม่ว่าจะเป็นศาลหรือหน่วยงานทางทะเบียนราษฎรเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

ประการที่ห้า สามารถกระทำได้ทั้งในกรณีที่ไม่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว หรือในกรณีที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแม้ว่าโดยส่วนใหญ่ในหลายประเทศจะกำหนด

คุณสมบัติเบื้องต้นว่าบุคคลที่มีสิทธิขอเปลี่ยนเพศทางกฎหมายต้องผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศมาก่อน และภายหลังจากนั้นจึงมาขออนุญาตเปลี่ยนเพศในทางกฎหมาย แต่ในบางประเทศก็เปิดโอกาสให้บุคคลที่ยังไม่ได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศสามารถที่จะยื่นขอเปลี่ยนเพศตามกฎหมายได้¹⁵ โดยในการยื่นขอเปลี่ยนเพศทางกฎหมายอาจเป็นกระบวนการเดียวกันกับการขอผ่าตัดแปลงเพศก็ได้

สถานะทางกฎหมายภายหลังการแปลงเพศทางกฎหมาย

ประการแรก การยอมรับสถานะทางเพศใหม่ของผู้แปลงเพศในลักษณะเช่นเดียวกันกับบุคคลที่มีเพศดังกล่าว ดังเช่นการแก้ไขคำนำหน้านามในเอกสารต่างๆ ของทางราชการ บัตรประชาชน

ประการที่สอง การแปลงเพศทางกฎหมายไม่ส่งผลย้อนหลังไปถึงสถานะทางกฎหมายซึ่งเคยมีอยู่ก่อนหน้าการแปลงเพศทางกฎหมาย

ประการที่สาม สามารถเข้าถึงสิทธิต่างๆ ทั้งในทางแพ่ง ทางอาญา และการเข้าถึงบริการสาธารณะของรัฐในลักษณะเช่นเดียวกับบุคคลที่มีเพศดังกล่าว แต่ทั้งนี้อาจมีความแตกต่างในกรณีของการสมรส เนื่องจากบางประเทศไม่ยอมรับการสมรสของบุคคลแปลงเพศในแบบเดียวกันกับที่เป็นกรณีการสมรสแบบต่างเพศ

ประเด็นที่สอง การรับรองสถานะทางกฎหมายของรูปแบบการสมรสที่หลากหลาย

โดยทั่วไปเมื่อกล่าวถึงการสมรสก็มักจะเป็นที่เข้าใจกันว่าบุคคลที่จะสามารถทำการสมรสได้ต้องเป็นระหว่างเพศชายและหญิงเท่านั้น อันหมายถึงเป็นการสมรสในรูปแบบที่เรียกว่าเป็นการแต่งงานแบบต่างเพศ (Hetero-

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

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

อย่างไรก็ตาม รูปแบบการรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนั้นมิได้เป็นการรับรองในลักษณะที่เป็นรูปแบบเดียวกันทั้งหมด หากแต่มีลักษณะบางประการที่อาจมีความแตกต่างออกไป โดยในบางประเทศอาจให้การรับรองในลักษณะเช่นเดียวกันกับการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ โดยให้ได้สิทธิและผลสืบเนื่องในทางกฎหมายต่อการจดทะเบียนของบุคคลเพศเดียวกัน ในระดับที่เหมือนกันการสมรสของบุคคลต่างเพศ แต่ในบางประเทศอาจจำกัดสิทธิบางด้านให้มีความแตกต่างไปจากการสมรสของบุคคลต่างเพศ โดยอาจมีข้อจำกัดบางด้านซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อน ดังตัวอย่างที่จะกล่าวถึงต่อไป

สำหรับประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงกฎหมายในการรับรองการใช้ชีวิตคู่หรือการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันจะปรากฏอย่างกว้างขวางในยุโรปและบางส่วนของทวีปอเมริกาใต้ สำหรับประเทศในเอเชียแม้จะมีปรากฏข่าวของการ

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

จากการศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการรับรองการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมายของหลายประเทศ พบว่ารูปแบบในการการรับรองทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในหลายประเทศนั้นไม่ได้มีลักษณะที่เป็นรูปแบบเดียวหรือมีลักษณะที่เหมือนกันทั้งหมด แต่จะพบว่ามีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยมี 3 รูปแบบสำคัญ กล่าวคือ¹⁸

รูปแบบที่หนึ่ง การรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะที่ยอมรับประเด็นทางด้านการจัดการทรัพย์สิน การให้ความอุปการะและดูแลระหว่างกัน แต่สิทธิในด้านอื่นจะถูกจำกัดอย่างกว้างขวาง ลักษณะของการรับรองประเภทในลักษณะนี้จะเน้นหนักในแง่การยอมรับชีวิตคู่ร่วมกัน แต่ไม่ได้มีการรับรองสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นการสมรสหรือเป็นครอบครัวดังที่ปรากฏในการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ ทั้งการเรียกชื่อก็จะมีลักษณะที่แสดงให้เห็น

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 โดยทั้งนี้รวมไปถึงการตั้งครุฑด้วยการผสมเทียมก็อาจถูกห้ามเนื่องจากมีความเห็นว่าลักษณะการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันมีความไม่เหมาะสมต่อการเลี้ยงดูเด็ก จึงทำให้จำเป็นต้องจำกัดสิทธิดังกล่าวนี้

รูปแบบที่สาม การรับรองรูปแบบการใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในลักษณะเดียวกันกับที่รับรองการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ

กรณีเช่นนี้ผลทางกฎหมายที่ติดตามมาจะทำให้บุคคลเพศเดียวกันที่ทำการสมรสสามารถได้รับสิทธิเฉกเช่นเดียวกันกับสามีภรรยาโดยทั่วไปในแทบทุกด้าน 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 ปกติ. (2527, เมษายน-มิถุนายน). "ตำนานรักร่วมเพศของไทย". วารสารนิติศาสตร์. 13 (2). หน้า 85-95

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

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

รองพล เจริญพันธ์. (2524, กรกฎาคม-กันยายน). "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์". วารสารนิติศาสตร์ 10 (3). หน้า 57-82

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

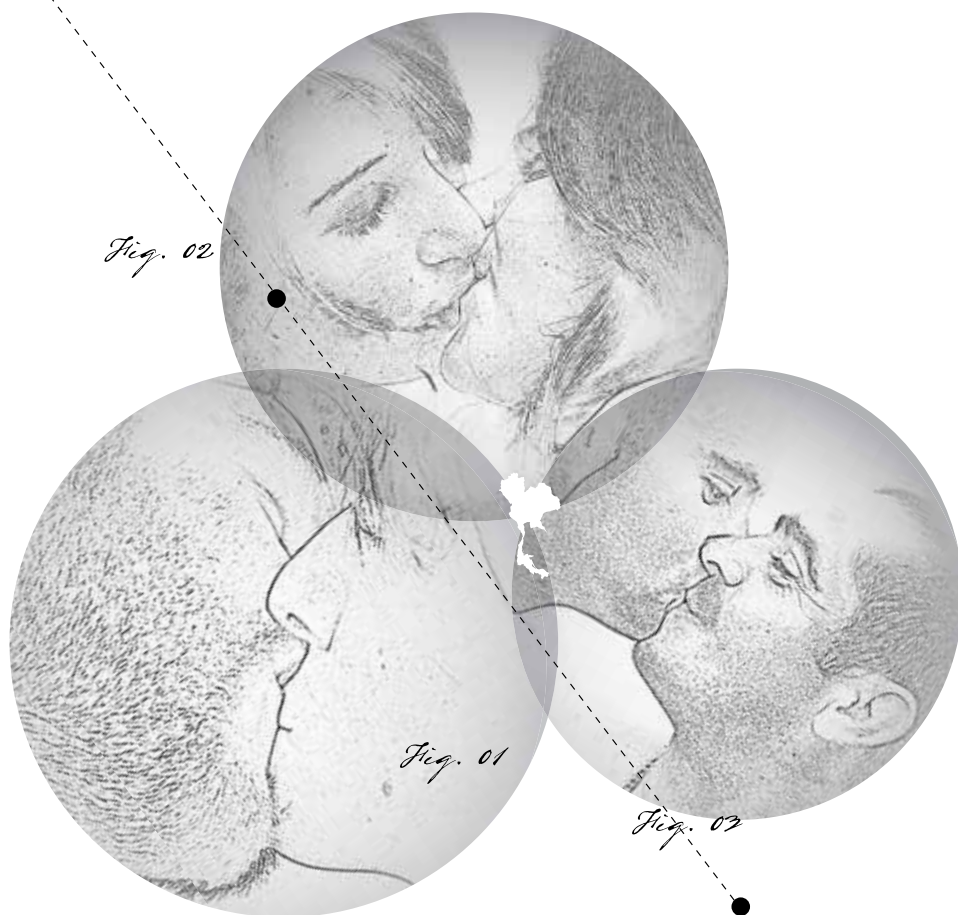
RECOGNIZING SAME-SEX RELATIONSHIPS IN THAILAND

Douglas Sanders¹

ABSTRACT

Scholars writing on South, Southeast and East Asia generally find, over time, more tolerance of sex and gender variation than in the West. This tolerance or acceptance was countered by colonialism, with anti-homosexual criminal laws enacted for all British colonies, and new German sexology accepted as modern science. Most of the time there was no aggressive enforcement of the criminal laws, but we have scattered reports of police harassment. Equality and non-discrimination features in a few laws and judicial decisions in the region, including two decisions in Chiang Mai relating to transsexuals participating in public parades and festivals. Gradually Western legal systems have given some legal recognition to same-sex relationships, whether by ascription, systems of registration or the opening of marriage. Some progress in considering such reforms has been occurring in China, Taiwan, Nepal, Vietnam and Thailand.

¹ Mahidol University, July 15, 2013, sanders_gwb@yahoo.ca



LGBTI RIGHTS IN ASIA

To begin, we need to ask about the state of LGBTI rights in South, Southeast and East Asia. Academics writing on various parts of this region generally note more tolerant traditions than in the West, though there are historical shifts. A European academic writing on late imperial China commented:

...there rarely (if ever) was any categorical moral indictment or medical pathologization, or any strong legal or religious persecution, of homosexual behavior. This attitude offers a sharp contrast with the anti-sodomy fanaticism that so fatally characterized the Christian European cultures flourishing at the same time on the opposite edge of the Eurasian continent.²

A report by the Law Reform Commission in Hong Kong in 1983 recommended the decriminalization of homosexual conduct in private, citing Chinese traditions. The report, according to the Dean of the Faculty of Law, University of Hong Kong,

...found that homosexual activities were not an evil of the West. They existed and were well documented in classical literature in ancient China back to 3,000 years ago. They were indeed quite open and prevalent in the Tang

² Giovanni Vitiello, *The Libertine's Friend*, Chicago, 2011, at 13.

*Dynasty, which was about 1,000 years ago.*³

In pre-Meiji Japan, a wealth of fiction and commentary celebrated same-sex love, often involving Samurai.⁴

*Tokugawa-period (1600-1867) Japan has probably the best recorded tradition of male same-sex love in world history. Period novels, poetry, and art all provide extensive representations of the varieties of homosexual love practiced. Incidental information gleaned from biographies, news, scandals and official records as well as testimony from foreign visitors show how widely practiced was male-male eroticism through all strata of society. Tokugawa (homo)sexuality has recently been widely discussed in both English and in Japanese. These researchers amply illustrate the widespread prevalence of homosexual relations among men of the samurai class as well as among urbanites generally.*⁵

These Asian traditions of tolerance or acceptance were displaced by Western colonial expansion in the late 19th century. New German sexological studies were exported to Asia as part of Western science, generally seeing

³ Johannes Chan, Dean, Faculty of Law, University of Hong Kong, UNDP, Punitive Laws, Human Rights and HIV prevention among men who have sex with men in Asia Pacific: High Level Dialogue Report, May 17, 2010, 5, referring to the Law Reform Commission, Report on Laws Governing Homosexual Conduct, 1983.

⁴ See, for example, Saikaku, *The Great Mirror of Male Love*, Stanford University Press, 1990 (a translation of Nanshoku Okagami of 1687).

⁵ Mark McLelland, *Male Homosexuality in Modern Japan*, Curzon, 20-21 (references omitted).

sexual variation as an illness. The *Indian Penal Code* of 1860 criminalized homosexual acts. It was copied for other British colonies in Asia, Africa, the Caribbean, and Oceania.⁶

Dr. Ruth Vanita comments for India:

*Notwithstanding some scholars' discomfort with ascribing to colonialism the modern erasure of earlier homoeroticisms (and other eroticisms), evidence so far available indicates overwhelmingly that a major transition did indeed occur at that historical moment.*⁷

The High Court in Delhi ruled in 2009 that the colonial-era criminal law against homosexual acts violated the *Constitution of India*. In the appeal before the Indian Supreme Court some history was canvassed:

The Court was quick to pick up on the argument of homophobia as a colonial legacy, and expressed a big appetite for historical material on pre-colonial acceptance of sexual and gender diversity. All of a sudden the right-

⁶ See Douglas Sanders, 377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia, *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 4, 2009, 165-206. The adoption of the Napoleonic code decriminalized homosexual acts in half of Europe, with the result that prohibitions were enacted for British colonies, but not those of France, the Netherlands, Portugal or Spain. A criminalization of homosexuality in the Qing Dynasty in China lapsed in the Republican era.

⁷ Ruth Vanita, *Queering India*, Routledge, 2002, 4. The industrial revolution began in Europe around 1750. It created, over time, a great technical, economic and intellectual advantage for European powers. The result was the European led globalization and colonialism of the last half of the 19th century. German 'sexology' and British criminal law spread in this context. Commentators in Korea however attribute the shift in tolerance or acceptance to the rise of neo-Confucianism, not Western 'science'.

*wing claim to 'tradition' was unhinged.*⁸

Thailand shares the sense that sexual and gender diversity have generally been tolerated here, certainly more than in the West. A range of bars, discos, restaurants, saunas, and publications now function openly in Thai cities, catering to locals, Asian tourists and visiting Westerners.⁹ Bangkok is the leading gay tourist destination in Asia for Asians. The government's Tourist Authority has begun to court the gay market in its advertising and outreach. When the government of Taksin Shinawatra instituted a "social order" campaign in 2001, gay venues were not targeted.¹⁰ Gay public figures, past and present, are known, including two or three prime ministers, with little comment or concern. Recently three or four well-known Thai pop singers have come 'out of the closet'. The leading transgender beauty contest is given extensive television coverage, and excellent cabaret performances entertain tourists in purpose-built theatres.

CRIMINAL LAWS

Criminal prohibitions survive in the region only in former British colonies. A British criminal prohibition was repealed in Hong Kong in 1991, in advance to reversion to China. The Delhi High Court in 2009 ended the criminalization of consensual adult male-male sexual acts that dated back to the famous *Indian Penal*

⁸ Aksay Khanna, activist and commentator, SOGI-List, June 8, 2012.

⁹ Only in the last decade have a set of Thai language magazines with mainstream circulation been available, notably *Attitude* (linked to the UK publication), *Glow*, *Solid*, and *Tom Act*. In addition there are free small format English magazines for tourists, such as *Out in Thailand*, *Desire*, *Thai Puen*, and *Max*.

¹⁰ Douglas Sanders, *Colorful Shows and Social Order: Host bars and moral campaigns in Bangkok*, International Convention of Asia Scholars, National University of Singapore, August, 2003.

Code of 1860 (but the matter is currently before the Supreme Court). In 2013 a trial court in Singapore upheld a British era criminal prohibition. That decision is under appeal. China, on its own, prohibited sodomy in the early 18th century, but there is no history of enforcement.¹¹ The law did not survive the ending of the imperial period. In the post-war period, homosexuals, cruising for partners in public parks, were sometimes arrested and charged with ‘hooliganism’. In 1993 a decree said that this charge could not be used simply because someone was homosexual. The offence itself was repealed in 1997.

Japan and Thailand both copied British prohibitions in the course of introducing European-style legal codes around the turn of the twentieth century. In both cases the sections were dropped and have no known history of enforcement.¹²

Even in the West, the export center for such laws, there is generally little or no history of enforcement. We know of certain untypical periods of active enforcement – the Netherlands, 1730-1733, when several hundred offenders were executed¹³ – Britain in the immediate post-war years – in parts of the US in the 1960s. But we lack any account of a serious history of sustained enforcement anywhere in the West. The lawyers defending Georgia’s sodomy law in the U.S. Supreme Court in *Bowers v Hardwick* in 1986 conceded that the last prosecution occurred in the 1930s.¹⁴ Similar histories of non-enforcement were in evidence before the European Court of

¹¹ Vitiello, 10.

¹² The law existed in Japan from 1878 to 1881, and in Thailand from 1908 to 1956. Some writings say that Thailand decriminalized homosexual acts in 1956, which is technically true, by fails to recognize that the law was never enforced.

¹³ Helmut Puff, *Sodomy in Reformation German and Switzerland*, Chicago, 2003, 5.

¹⁴ William Eskridge, *Dishonorable Passions*, Viking, 2008, 241-2.

Human Rights in *Dudgeon v UK* (1981) and the UN Human Rights Committee in *Toonen v Australia* (1994). The criminal laws kept people ‘in the closet’ but rarely put them in jail.

There seems no literature describing active enforcement of anti-homosexual criminal laws in Asia. There is a documented Indian case of police entrapping an individual, forcing him to identify others, arranging a meeting of the individual and his friends, and arresting the others. This occurred in Lucknow in January, 2006. It is a unique picture of proactive strategies on the part of the police. The report also notes the arrest of AIDS outreach workers in Lucknow in 2001, who were accused of promoting homosexual acts. The AIDS workers were jailed for 47 days. Charges were dropped in both cases.¹⁵ The publicity of the police behavior in the two cases may have deterred police from repeating such actions. We have no later accounts of similar attempts at enforcement.

Singapore is the only jurisdiction anywhere in the world to both retain a prohibition and have a stated official public policy of no ‘proactive enforcement.’ No ‘proactive enforcement’ actually means no enforcement, for the only cases that will come to police attention without special police activism are those involving (a) sexual assault, (b) public activity, or (c) incidents involving underage males. These three situations all involve breaches of specific laws, and can be prosecuted without reference to any general anti-homosexual prohibition. Most prosecutions anywhere have always been about these

¹⁵ Human Rights Watch, *This Alien Legacy*, New York, 2008, 28.

three kinds of incidents.¹⁶

Most arrests are not about sexual acts, but about public soliciting by prostitutes (again, something regulated separately from homosexual acts themselves). In Thailand police activity is identified in public media accounts as saving young women who have been coerced into sex work, or controlling street prostitution by transsexual sex workers.¹⁷ No other kinds of stories are current in the English language press in Bangkok. Male and female ‘service workers’ in mainstream bars and massage parlors are not being either ‘saved’ or ‘harassed’ these days. Thailand probably has the safest arrangements for sex work of any country in the world, with its system of ‘host’ bars and massage parlors. These provide some health and personal security for both the sex workers and the clients. Condom use is routine.

Reports of police harassment of transgender sex workers in Mandalay on July 6th, 2013, followed the pattern of earlier Indian police violence against transgender sex workers in Bangalore.¹⁸ In the Mandalay case, twelve people were detained, stripped naked, mocked and beaten. Three

¹⁶ Authorities argued in India that they needed the general prohibition for they had no specific law to use for cases of underage homosexual acts. As a result the litigation against the criminal provision only asked that it be “read down” to exclude consenting adult activity in private.

¹⁷ See Chaiyot Yongcharoenchai, Prejudice in Pattaya, Bangkok Post Spectrum, Sunday, February 3, 2013, 6, a rare account of police actions in Pattaya against transgender street prostitutes.

¹⁸ People’s Union for Civil Liberties, Karnataka, Human Rights Violations against the Transgender Community: A Study of Kothi and Hijra Sex Workers in Bangalore, India, September, 2003, foreword by Upendra Baxi (who has written widely on human rights issues). The publication reworks an earlier report published in pamphlet form in 2000. This documentation and publicity apparently largely ended the patterns of harassment that the report described.

were charged with disturbing the public, and all were forced to sign an undertaking that they would not dress in public as women or go near the Sodona Hotel area, a popular area for transgenders and gay men.¹⁹ While there are some complaints of police harassment of transgender sex workers in Pattaya in Thailand, there are no allegations of the beatings and abuse that characterized the accounts of police actions in Bangalore and Mandalay. The identical British era anti-homosexual criminal laws in India and Myanmar may have the effect of making the police feel they have impunity in any mistreatment of gays and trans people who are publicly gathering, cruising or soliciting. Such police actions typically do not result in charges under the criminal law. Instead they may involve charges of loitering, public nuisance, or public disturbance, or, in the end, no charges at all.

ANTI-DISCRIMINATION LAWS

A central theme of international human rights principles is universality. Famously, the *Universal Declaration of Human Rights* opens with the words “All human beings are born free and equal in dignity and rights.” The first major human rights treaty to be approved by the UN General Assembly in 1965 was against racial discrimination. It was the issue of racial discrimination that opened up the UN system to activism in the 1960s, with investigative systems never envisaged in 1945. For the first time independent experts were named to investigate and report, and expert committees established to monitor state compliance with their human rights treaty commitments. The women’s convention of 1979 called for the ending of traditional cultural patterns that subordinated women. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women is perhaps the most active

¹⁹ Derek Yu, Gays in Burma allege sexual abuse by police, *GayStarNews*, July 13, 2013.

of the UN treaty committees. The classic general formulation of equality rights is found in article 26 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* approved by the General Assembly in 1965. That treaty has been widely signed by states in Asia, including by Thailand.

Probably all constitutions in South, Southeast and East Asia now have a general prohibition of discrimination and a promise of equal rights. The only constitutions that expressly prohibit discrimination on the basis of sexual orientation (and some times now gender identity as well) are in Europe, South Africa, and parts of Latin America. Activists in Thailand, helped by the National Human Rights Commission, lobbied for express recognition in the equality provisions of the Thai constitution during a revision process in 2007. They achieved a partial victory when the constitutional drafting assembly issued an interpretation of the existing wording that said it already protected homosexuals and transgendered individuals.²⁰ Activists sought an express reference in the *ASEAN Declaration on Human Rights* in 2012. They did not gain that wording, but the equality provision is broad and ‘open-ended.’

We have a few judicial decisions extending equality rights to homosexuals. Hong Kong courts ruled against inequality in (a) the age of consent, and (b) different definitions of private space in laws for homosexual and heterosexual sexual activity.²¹ A decision in Japan ruled against the City of Tokyo for refusing to grant a gay youth group access to a publicly owned residential conference center. Two decisions in Thailand ruled against the City of Chiang

²⁰ See Douglas Sanders, *The Rainbow Lobby*, in Jackson, *Queer Bangkok*, Hong Kong, 2011, 229.

²¹ *Leung v. Hong Kong*, August, 24, 2005, High Court, Judge Michael Hartmann; *Secretary of Justice v Yau Yuk Lung Zigo, Lee Kam Chuen*, Hong Kong Court of Final Appeal, 17 July 2007.

Mai for barring transgender women from full participation in government organized parades and festivals.²²

In Asia anti-discrimination laws prohibiting discrimination in employment in the private sector are in place only in Taiwan, Timor Leste, and in three jurisdictions in the Philippines. A non-discrimination law was proposed in Korea, but never enacted.

The legislative mandate of the National Human Rights Commission in Korea specifically directs the body to address discrimination on the basis of sexual orientation. While other national human rights commissions lack such an explicit mandate, they now support LGBTI rights. The Asia Pacific Forum of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights commissioned a background study on LGBTI issues in the region and a report from its expert advisory panel.²³ The National Human Rights Commission of Thailand was active within the Asia Pacific Forum in promoting the initiatives and supporting a proactive policy.

THE PUBLIC SPHERE

LGBTI non-governmental organizations function in most parts of the region. They are not legally allowed in Singapore, but some function nonetheless. With the democratic opening in Myanmar, we now have non-governmental LGBT organizations functioning in the country, including the continuation of the Human

²² For these and other Asian decisions see International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*, 2011. The ICJ maintains an on-line data base on judicial decisions and legislation on issues of sexual orientation and gender identity.

²³ These documents are available on the website of the Asia Pacific Forum. See www.asiapacificforum.net.

Rights Education Institute of Burma, which was previously based in exile in Chiang Mai. That leadership has also established a new NGO, Color Rainbow, with offices in Yangon. NGOs tend to be small in the region. Generally, the only organizations with offices and paid staff are involved in HIV/AIDS health programs.

Public ‘pride parades’ occur in many parts of the region – Hong Kong, India, Japan, Korea, Philippines, Taiwan, Thailand. An LGBT film festival was allowed to function in Beijing in July, 2013 with no curtailment or police harassment, the first time in its history. The large Q Film Festival in Indonesia now has showings in perhaps four cities. Films with LGBT themes are being produced in a number of countries, with recent examples securing regular commercial public showings in Indonesia, Malaysia, Myanmar, Thailand, and Vietnam. Demonstrations are sharply curtailed in Singapore, but gatherings are allowed at speakers’ corner park. In 2013 21,000 people gathered for the now-annual “pink dot” event – showing support for LGBT rights, and there were corporate sponsors for the first time. An evening photograph shows the huge pink dot – people wearing pink and carrying candles – observed from space, with the city skyline in the distant background. Singaporeans call their small city state the “Red dot” in an interestingly boastful way, for they talk of it ‘punching above its weight’. “Pink dot” certainly delivers a visual punch.

THE RISE OF RELATIONSHIP RECOGNITION INTERNATIONALLY

The goal of “marriage for all”, as the government of French President Hollande phrased the issue, or “genderless marriage” as spoken of in Sweden, is now, unavoidably, the goal of most LGBTI activists in all parts of the world.

We have gotten to this moment in stages. The initial goal in many countries,

and in United Nations rulings, has been equal rights and benefits on specific issues, such as pensions, inheritance, health insurance, hospital visitation rights, immigration sponsorship, and the custody and adoption of children. The recognition of such rights was initially on an ad hoc basis, issue by issue. Substantive equality was put in place in this way, bit by bit. Northern European countries, Canada, Australia and New Zealand were the leading examples. The UN’s *International Covenant on Civil and Political Rights* was held to require equal pension rights for same-sex couples in *Young v Australia* in 2003 and *X v Colombia* in 2007. The European Court of Human Rights upheld equal rights in relation to adoption in *EB v France* in 2008 and *X v Austria* in 2013.

The next step was registration systems for same-sex couples, which confirmed a package of rights for couples who registered. As time went on, many countries, such as the United Kingdom, extended all the rights and obligations of legal marriage to registered same-sex couples. When that level of legal recognition had been obtained, the achievement led to a surprisingly simple question. If equal rights were recognized, why was the state supporting a ‘separate but equal’ system by withholding the important symbolism of the word ‘marriage’? And for countries that had not gone through the incremental steps of piece meal recognition of rights, why not recognize that opening marriage was logical and (increasingly seen as) inevitable?

The developments on (a) ad hoc recognition of rights by ascription, (b) registration systems, and (c) the opening of marriage have come very recently. We can date the ad hoc recognition of same-sex relationships to regulations on rent controlled apartments in the Netherlands in 1979. Registration systems begin with pioneering legislation in Denmark in 1989. The Netherlands was the first jurisdiction to open marriage in 2001.

In July, 2013, marriage was open in Argentina, Belgium, Canada, Denmark, France, Iceland, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, South Africa, Spain, Sweden, and Uruguay. Marriage was in the final stages of recognition in Brazil, Colombia, Mexico and the United Kingdom. Twelve or more US states have now opened marriage, as well as the District of Columbia.

Many couples have become marriage tourists. At least 2,700 Australians have entered into same-sex marriages overseas, according to census data released in June, 2012. Most have married in Canada, where there is no residency requirement (except in Quebec). In late 2012, Ian Hunter, the Minister of Social Affairs of the state of South Australia, married his partner of 20 years in Spain. The ceremony was broadcast live back to Australia.²⁴ A documentary has been screened at some film festivals, *Different Path, Same Way*, on the marriage of two Hong Kong men in Vancouver, Canada.²⁵

We see a ‘bounce-back’ effect, when couples come back home and seek recognition of their foreign legal marriages, in the same way that foreign heterosexual marriages are routinely recognized. Israelis who married in Canada won recognition of their marriages back home in Israel. New Yorkers won recognition of their Canadian marriages well before marriage was opened in their home state. UK law treats foreign marriages as civil unions (which give the same rights as marriage, without the name). In response, a Canadian court has recognized a UK civil partnership as a marriage, and granted a divorce.²⁶

²⁴ Matthew Jenkin, Aussie MP's gay marriage in Spain broadcast live, *GayStarNews*, December 6, 2012.

²⁵ Nigel Collett, Hong Kong gay couple shares “wedding video” with the world, *fridae.asia*, February 22, 2013.

²⁶ Ray Filar, Judge says UK civil partners can divorce like married Canadian couples, *GayStarNews*, January 14, 2013.

We have reached a tipping point. Major changes in policies and laws continue with some regularity. In June, 2012, Denmark, which had pioneered ‘registered partnerships’ in 1989, moved on to full marriage. Australian Prime Minister Kevin Rudd in July, 2013, indicated his support for marriage. In Germany, the opposition Social Democratic Party supports marriage. The leading candidate for president in Chile, Michelle Bachelet, supports marriage.

Many have commented on the speed of reform, on an issue that seemed impossible only fifteen years ago. President Obama has referred to an “incredibly rapid transformation in peoples’ attitudes around LGBT issues.”²⁷ Time magazine called it the “swiftest change in public opinion in U.S. history.”²⁸ A scholar said that popular support for LGBT rights “appears to grow at almost miraculous speed.”²⁹ Another scholar called the pace of change “extraordinary”, noting that in 2004 Americans opposed gay marriage by roughly two to one, but by 2010 supported it by 52 percent. Linked to this shift was a new visibility of gay and lesbian people:

*By 2000, the number of Americans reporting that they knew somebody who was openly gay had tripled to 75 percent [since 1985]. The percentage who reported having a gay friend or close acquaintance increased from 22 percent in 1985 to 43 percent in 1994 to 56 percent in 2000.*³⁰

In June, 2013, the US Supreme Court ruled that the national government

²⁷ Greg Hernandez, President Barack Obama reflects on progress, *GayStarNews*, December 21, 2012.

²⁸ David Von Drehle, We Do, *Time magazine*, Asia edition, April 8, 2012, 2 and 32.

²⁹ Nan Hunter, Reflections on Sexual Liberty and Equality: “Through Seneca Falls and Selma and Stonewall, (2013) 60 *UCLA Law Review Discourse*, 172 at 175.

³⁰ Michael Klarman, *From the Closet to the Alter*, Oxford, 2013, 197-8.

had to give the same recognition to legal same-sex marriages as to legal heterosexual marriages, striking down the key section of the 1996 *Defense of Marriage Act*. In a second case, on procedural grounds, it restored a lower court judgment extending marriage in California. President Obama took the somewhat unusual action of intervening in the California appeal (though it was about a state law). His government's submission included the following statements:

*Tradition, no matter how long established, cannot by itself justify a discriminatory law. Prejudice may not be the basis for differential treatment under law. ... The designation of marriage, conveys a message to society that domestic partnerships or civil unions cannot match.*³¹

SOME PROGRESS IN ASIA

In Central, South, Southeast and East Asia there are no examples of registration systems or of an opening of marriage to same-sex couples. In the Middle East, part of Asia for many purposes, we see developed patterns of ad-hoc recognition only in Israel. Foreign same-sex marriages are also recognized as legally valid in Israel.³² But the issue of some form of legal recognition for same-sex relationships is increasingly discussed in parts of Asia, and there have been some small preliminary innovations.

³¹ Greg Hernandez, President Obama speaks out on getting involved in Prop 8 gay marriage case, *GayStarNews*, March 1, 2013.

³² Israel does not have civil marriage, only religious marriages, with the result that there is a common pattern of Israeli nationals getting married outside the country, and those marriages being recognized in Israel.

CHINA

Li Yinhe is a sociologist and a professor at the prestigious Chinese Academy of Social Sciences. She submitted draft legislation to the National Peoples Congress to open marriage to same sex couples in 2003, 2005, 2006, 2008, and 2013. Each time the proposal lacked sufficient sponsors to get on the legislative agenda. Thirty sponsors are required.

In 2013 over one hundred parents of lesbian and gay children sent an open letter to the National Peoples Congress supporting the opening of marriage:

*"The fact that they can't legally marry puts them in a difficult situation when they try to adopt children, sign for their partners' operations, inherit assets from a deceased partner or even buy a flat," the letter said.*³³

There is growing awareness of problems created by the present system. The First Intermediate Court of Beijing in 2012 called for legislation that would allow people who discover that their spouses are homosexual to avoid divorce by filing for an annulment instead. As a result, the individuals would be legally listed as single, instead of divorced. That would improve the marriage chances of the women affected.

...most gay men force themselves to marry women. In some cases a gay man will marry a lesbian friend, allowing both to live their lives as they see fit while satisfying their families' desire to see them hitched. For those who

³³ Amy Li, Chinese parents of gays and lesbians demand equal marriage rights, February 27, 2013. See also Chris Luo, Activist's plan to legalise gay marriage submitted to NPC, *South China Morning Post*, March 6, 2013.

*can't find a willing matrimonial co-conspirator, there's now a website, chinagayles.com, that offers to match marriage-minded gay men and lesbians.*³⁴

TAIWAN

When Chen Shui-bian was mayor of Taipei, he sent a representative to the same-sex wedding of the famous author Hsu You-sheng and his partner Gary Harriman in November 1996. When Chen Shui-bian was president, in 2001, the Ministry of Justice drafted legislation recognizing marriage and adoption rights, which went to the cabinet for review.³⁵ In 2003 there seemed to be movement on the issue:

*United Daily News, a local newspaper quoted the Presidential Office as saying: "The human rights of homosexuals have been gradually recognised by countries around the world. To protect their rights, people [of the same sex] should have the right to wed and have a family based on their free will," it added.*³⁶

In Taiwan's campaigns for international recognition, it had become important to stress that Taiwan, unlike the mainland, had democracy and supported human rights. This led Chen Shui-bian to actively support the

³⁴ Chinarealtime, <http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2013/01/22/a-proposal-for-unwitting-wives-of-gay-men-in-China>.

³⁵ Taiwan may legalise same-sex unions, fridae.com, March 12, 2002; Taiwan considers gay "marriages", child adoption, fridae.com, June 27, 2001.

³⁶ Taiwan moves to recognize gay marriages, fridae.com October 28, 2003; Taiwan's proposed same-sex marriage legislation delayed, fridae.com, December 10, 2003.

ending of the death penalty, reforms of aboriginal policy and homosexual equality rights. All of these made Taiwan worthy of respect and recognition. But the marriage bill was put on hold.

In a televised debate between candidates for the presidency in March, 2008, Ma Ying-Jeou, who won the subsequent election, noted that he had allocated funds for gay pride events in Taipei when he had been mayor of the city, a policy that started in 1999. He boasted that "Taipei is the freest city to live in if you're gay." He stated that "sexual orientation is inborn and needs to be both respected and tolerated." He said "gay rights are part of human rights." On marriage, he planned to engage in public dialogue on the issue to generate understanding and consensus, saying he was "respectful but cautious..." The candidate of the Democratic Progressive Party, Frank Hsieh, said that problems, such as joint tax filings and adoption should be resolved "step by step" before marriage would be considered.³⁷

At the end of 2009 a set of organizations and individuals formed TAPCPR, the Taiwan Alliance to Promote Civil Partnership Rights. They developed a proposal for both same-sex marriage and a civil partnership system, rejecting an approach that focused on resolving individual issues one-by-one, issues such as taxes, medical coverage or insurance beneficiaries.

An editorial in the English language China Post in Taipei in September, 2011, was entitled "Taiwan could lead Asia with full recognition of gay rights:

...as [President] Ma once noted, "Gay rights are a part of human rights." The fight for equal rights for gays has

³⁷ Philip Hwang, Taiwan presidential elections candidates discuss same-sex marriage in televised debate, fridae.com, March 17, 2008.

been described as “the last major human rights struggle.” How a nation treats its gay citizens is a good indicator of the general progressiveness of its society. It would likely cost President Ma a little political capital to directly call for legalizing gay marriage in Taiwan, but the overall benefit to the nation and the region could be worth it. Taiwan’s people for the most part do not have strong religious objections to homosexuality and there is little organized opposition to gay rights here. All that’s needed for this nation to become a bellwether for Asia is a nudge in the right direction from those in power.”³⁸

In August, 2012, the Deputy Director-General of the Centers for Disease Control in Taiwan publicly called for opening marriage. His argument for equal treatment was based on concerns with encouraging stable relationships for health purposes.³⁹ In October, at the annual Taiwan Pride day, the new leader of the opposition Su Tseng-chang stated support for legalizing same-sex marriage.⁴⁰ The government has studied reforms in Germany, France and Canada.⁴¹

The first legislative hearing on same-sex marriage was held in December, 2012. It considered a proposal to remove references to “male” and “female”

³⁸ Taiwan could lead Asia with full recognition of gay rights, *China Post*, Taipei, September 10, 2011.

³⁹ Lung Rei-yun, Elizabeth Hsu, Health official calls for legalization of same-sex marriage, Focus Taiwan News Channel, August 20, 2012.

⁴⁰ Anna Leach, Taiwan government to study same-sex marriage in Asia, *GayStarNews*, December 19, 2012.

⁴¹ Ibid.

in the Civil Code section on marriage.

Deputy Justice Minister Chen Ming-tang told [the legislative committee] that it wasn’t just the Civil Code that would have to change, but also laws regarding parentage, taxes or health insurance. That meant that the Justice Ministry couldn’t do it alone, he said. Meanwhile Chen Wei-lien, director of the Ministry of Justice’s Department of Legal Affairs suggested they would invite a scholar specializing in the Civil Code to look at Taiwanese attitudes to same-sex marriage early next year. A poll in September [2012] by United Daily News showed 55% approval of gay marriage laws with only 37% against.”⁴²

NEPAL

The Nepal Supreme Court in 2008 gave a judgment broadly upholding gay, lesbian and transgender rights, and instructing the government to proceed with the drafting of legislation to implement the decision. Opening marriage was to be considered. The process of drafting a new constitution continued through two formal extensions of the mandate of a drafting commission. The process has stopped, and an election will be held probably in late 2013. Full implementation of the Supreme Court decision has not yet occurred, but there have been some administrative reforms. Sunil Pant, founder of Nepal’s Blue Diamond Society,

⁴² Tris Reid-Smith, Taiwan moves on gay marriage, *GayStarNews*, January 1, 2012; Didi Kirsten Tatlow, Hints of Taiwan leading the way on same-sex marriage in Asia, *New York Times*, January 8, 2013.,

and a member of the legislature, has expressed confidence that Nepal would be the first Asian country to give legal recognition to same-sex relationships either through civil unions or marriage.

The developments in Nepal reflected the reformist possibilities created by the ending of the civil war. The commitment to draft a new constitution was part of that transition. The Blue Diamond Society had emerged over the previous decade as the largest and best organized LGBT organization in Asia. It gained financial support from Norway, and in the court case was assisted by the International Commission of Jurists. The judicial breakthrough was possible because of an activist Chief Justice and the leadership of Sunil Pant and others.

In November, 2012, the Nepal Supreme Court dealt with a wife who had initiated a divorce from her husband, but faced his claims for her return and a lower court order placing her in a rehabilitation centre. The Supreme Court ordered her release and her reunion with her female partner.⁴³

VIETNAM

In 2012, the government of Vietnam began the process of drafting a new law on marriage and family. Discussions and consultations were to result in draft legislation to go to the legislature in 2013 or 2014. Eight different matters are under consideration: same-sex relationships, surrogacy, separation, de facto marriage and other issues.⁴⁴

In July, 2012, the Minister of Justice said it was time to consider a

⁴³ Ananta Raj Luitel, SC allows live-in lesbian relationship, *Himalayan Times*, November 5, 2012.

⁴⁴ Anna Leach, Vote on same-sex marriage in Vietnam likely to be delayed until 2014, *GayStarNews*, February 20, 2013.

legal framework for same-sex couples – giving very practical reasons for such a reform:

The Justice Ministry now says a legal framework is necessary because the courts do not know how to handle disputes between same-sex couples living together. The new law would provide rights such as owning property, inheriting and adopting children. "I think, as far as human rights are concerned, it's time for us to look at the reality," Justice Minister Ha Hung Cuong said Tuesday [July 24th] in an online chat broadcast on national television and radio. "The number of homosexuals has mounted to hundreds of thousands. It's not a small figure. They live together without registering marriage. They may own property. We of course, have to handle these issues legally."⁴⁵

In May the [Justice] Ministry sent out a consultative letter to concerned agencies to seek their opinions on same sex relationships. The letter described same-sex marriage as being inevitable according to human rights principles. However, it also said that "given the sensitivity of homosexuality and unforeseen consequences of same sex marriage on cultural and traditional family

⁴⁵ Margie Mason, AP, Unlikely Vietnam considers same-sex marriage, *Jakarta Post*, July 30, 2012, 2. Of course the numbers of homosexuals would not have increased. What has changed is their visibility and an evolving public recognition of the realities of sex and gender diversity.

values, it is too early for Vietnam to legalise same sex marriage.” ...

*The representatives from the ministry of justice expressed their desire to have a dialogue with LGBT communities in Hanoi and Ho Chi Minh City, organize meetings between LGBT and same-sex relationship with experts from Vietnam and other countries, and educate the public on same-sex relationships.*⁴⁶

The Committee of Social Affairs of the National Assembly, as part of their consideration of possible revisions to the law on marriage and family, invited LGBT activists to make a presentation on same-sex marriage on October 8th, 2012. Professor Cees Waaldijk, who holds a chair in sexual orientation law at the University of Leiden in the Netherlands and Professor M V Lee Badgett, an economist at the University of Massachusetts, Amherst, in the United States, were invited to Hanoi in December, 2012, to discuss the international patterns on the recognition of relationships and the extension of marriage.

⁴⁶ Sylvia Tan, Will Vietnam become the first Asian nation to legalise same-sex marriage?, fridae.com, August 1, 2012, www. fridae.com, accessed August 6, 2012.

Both had written widely on issues of recognizing same-sex relationships.⁴⁷ They spoke at conferences organized jointly by the government and the UN Development Programme.

In April, 2013, the Deputy Minister of Health spoke out. Thanh Nien News reported on a speech in which he was to say that “gay people have the same rights as everyone else to love, be loved and marry.” A leading NGO activist said that while the Ministry of Justice and the Ministry of Health were both supportive of same-sex marriage, there was still a question whether there would be enough votes in support when new legislation was submitted to the National Assembly, probably in 2014.⁴⁸ A bit earlier, the Ministry of Justice announced that fines would no longer be imposed on same-sex couples who got married.⁴⁹

THAILAND

In 2012 long-time Thai gay activist Natee Theerarojanapong and his partner of 20 years applied for a marriage license in Chiang Mai. As expected, the license was refused. He took the issue to the National Human

⁴⁷ Dr. Cees Waaldijk authored Sexual Orientation Discrimination in the European Union, TMC Asser, 2006; Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries, 2004, New England Law Review, 569-589; Same-Sex Partnerships, International Protection, in R. Wolfrum, Max Planck Encyclopedia for Public International Law, Oxford, 2009. Dr. M V Lee Badgett authored When Gay People Get Married: What Happens When Societies Legalize Same-Sex Marriage, NYU Press, 2009; Money, Myths and Change: The Economic Lives of Lesbians and Gay Men, Chicago, 2001; and was a co-editor of Sexual Orientation Discrimination: An International Perspective, Routledge, 2007.

⁴⁸ Anna Leach, Vietnam’s Ministry of Health recommends gay marriage is legalized without delay, *GayStarNews*, April 16, 2013.

⁴⁹ Anna Leach, Vietnam government scraps gay wedding fines, *GayStarNews*, April 12, 2013.

Rights Commission of Thailand, asking them to initiate proceedings in the Constitutional Court. Dr. Tairjing Siripanich, the Commissioner who handles LGBT issues, accepted the complaint. He said:

*In human rights point of view, a decision to live together should be allowed by law whatever sex the persons had.*⁵⁰

Rather than go to court, the issue was taken up by a committee of the Thai Parliament. The House of Representatives Committee on Legal Affairs, Justice and Human Rights engaged with three representatives of LGBT organizations (a striking procedural innovation). The result has been a series of drafts of legislation extending the rights and obligations of marriage to same-sex couples through a system of ‘civil unions’. Four community seminars have been held by the legislative committee to discuss the drafts in different parts of the country. A fifth took place at the Thai parliament on April 19th, 2013. The Committee is chaired by Police General Viroon Phuensaen, a party list member of parliament for the Pheu Thai Party, the governing party of Prime Minister Yingluck Shinawatra.

*Opinions from the public will be gathered and used to amend the bill before being proposed to the cabinet for further consideration. If the cabinet rejects the bill, the supporters have pledged to collect 10,000 names of eligible voters or at least 20 members of the House of Representatives to forward to parliament for consideration.*⁵¹

⁵⁰ Out in Thailand, November, 2012, 16; Anna Leach, Thai government drafting same-sex civil partnership law, *GayStarNews*, December 17, 2012.

⁵¹ Hundreds back civil unions for gay couples, *Bangkok Post*, February 9, 2013, reporting on the Bangkok consultation.

Meanwhile the government, in its ongoing promotion of tourism, announced that during February, honoring Valentine’s day, couples entering the country could use the “premium” immigration lane. Same-sex couples were included in this special privilege.⁵² The government’s tourist promotion organization had already begun targeting gay tourists with a special campaign out of its New York office. They were following the lead of a dozen western states, but perhaps it was a first for Asia.

OTHER JURISDICTIONS IN ASIA

In Hong Kong immigration officials have been quietly handing out special “relationship visas” for partners of gay professionals coming from overseas.⁵³ Singapore, it seems, does something similar for the same-sex partners of expatriates entering on a work permit. Thailand does as well, at least for partners of diplomatic staff.

In 2009 Hong Kong allowed victims of domestic violence in same-sex relationships to seek an order prohibiting perpetrators of violence from entering or remaining in their residences. Legislators reached consensus only after the government agreed to rename the law as the *Domestic and Cohabitation Relationships Violence Ordinance*, so as not to be perceived to be conferring any marriage-like legal status to same-sex relationships.⁵⁴ The first openly gay lawmaker elected in Hong Kong, in September, 2012, said he would work for a

⁵² Thailand welcomes same-sex couples, *fridae.asia*, February 5, 2013.

⁵³ Kent Ewing, In Hong Kong, a quiet advance for gay rights, *Asia Times*, July 15, 2011.

⁵⁴ John Godwin, Legal environments, human rights and HIV responses among men who have sex with men and transgender people in Asia and the Pacific: An agenda for Action, UNDP, 2010, 61.

non-discrimination ordinance and for same-sex marriage.⁵⁵

Japan asks any Japanese citizen who is entering into a foreign marriage to obtain, in advance, a certificate from the Japanese government indicating basic information about both parties, including marital status, age, sex and nationality. In March, 2009, Japan began issuing such documents in cases where the foreign marriage was to be a legal same-sex marriage. The certificate is designed to facilitate the future residence of the foreign spouse in Japan with the Japanese national.⁵⁶

Japan has had a lesbian and a transgender individual elected to local or prefectural governments. The first openly gay man was elected to a ward in Tokyo in April, 2011, and promised to work for a partnership ordinance that would cover all unmarried couples, giving equal rights to marriage.⁵⁷

In 2011, Judge Vimal Kumar in Gurgaon Sessions Court, close to Delhi, gave a same-sex couple the same protection from harassment and violence from family members that Indian courts have extended to heterosexual couples who were persecuted for inter-caste or inter-religious relationships.⁵⁸

CURRENT DIRECTIONS

There are obstacles to progress on LGBTI rights in Asia, particularly from religious conservatives. Evangelical Christians are new active groupings in

⁵⁵ Hong Kong's first openly gay lawmaker: Raymond Chan Chi-chuen, www.fridae.asia, September 12, 2012.

⁵⁶ Japan OKs same-sex marriages abroad, *Wockner International News* No.780, April 6, 2009, copy in possession of author.

⁵⁷ Japan Times, First openly gay candidate wins in Tokyo ward, April 26, 2011.

⁵⁸ Gurgaon court recognizes lesbian marriage, *Times of India*, July 29, 2011.

Korea, Taiwan, Hong Kong and Singapore, and have blocked certain reforms, such as the proposed anti-discrimination law in Korea and public consultations on an antidiscrimination ordinance in Hong Kong. The government of India indicated that it would not appeal the 2009 decision of the Delhi High Court decriminalizing consenting adult male-male sexual acts. Conservative Hindu groupings ensured there would be an appeal to the Supreme Court, taking on the task themselves. The Islamic Defenders Front in Indonesia closed down an Asian regional conference of the International Lesbian and Gay Association in Surabaya in 2011 with threats of violence. The Surabaya police chief personally guaranteed the safety of the conference participants, from a dozen countries, as they dispersed.

Yet is fair to say that nowhere in South, Southeast and East Asia does this opposition have active majority public support. The threats in Indonesia were a major embarrassment to the national government, which promotes the image of Indonesia as representing moderate Islam. Evangelicals are an active force in Singapore, but are represented in the legislature in greater numbers than their percentage in the population.

At this point in time, it is possible for Thailand – and Nepal, and Taiwan, and Vietnam – to play leadership roles in Asia on the recognition of same-sex relationships. Social obstacles are few here in Thailand. Tolerance and acceptance of sex and gender diversity are seen as traits of society in this Kingdom. ๕

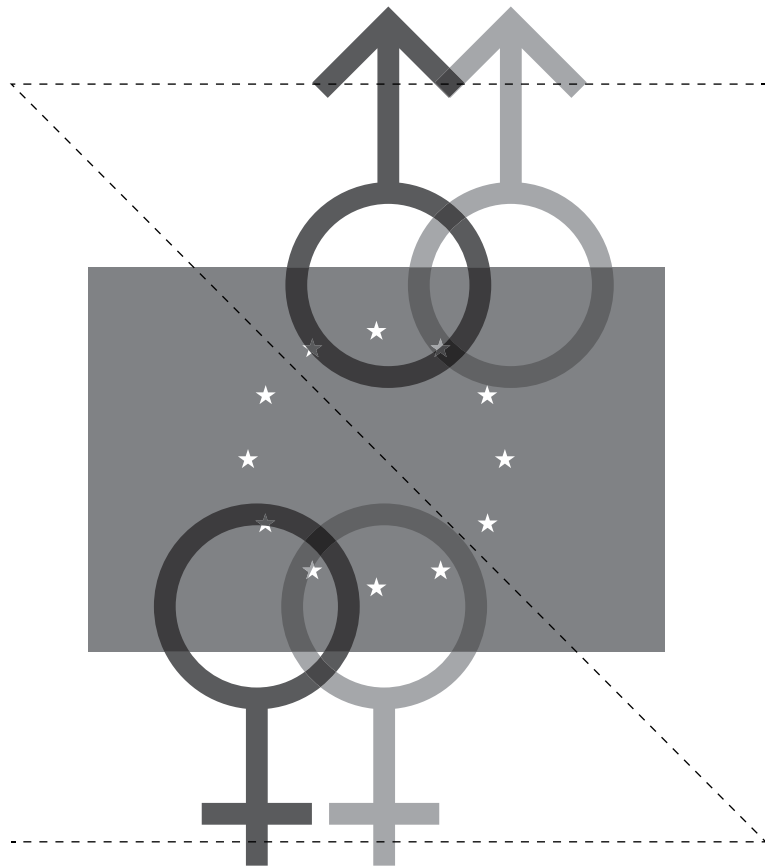


Illustration by: Nabwong Chuaychuwong

มองการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ผ่านกฎหมายสหภาพยุโรป

ปีติเทพ วยุณยง¹

บทคัดย่อ

กฎหมายสหภาพยุโรปในปัจจุบันไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเอาไว้ โดยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ได้ถูกระบุเอาไว้ในเขตอำนาจสหภาพยุโรป แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป ค.ศ. 1950 มาตรา 8 มาตรา 12 และมาตรา 14 ได้วางหลักการเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานและความเท่าเทียมในระดับสหภาพยุโรป ดังเช่น สิทธิที่จะได้รับการเคารพความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว สิทธิในการแต่งงานและการห้ามเลือกปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม กฎหมายสหภาพยุโรปกลับไม่ได้กำหนดมาตรการเฉพาะให้รัฐสมาชิกยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีกฎหมายรับรองไว้ อนึ่ง แม้ว่ารัฐสมาชิกสหภาพยุโรปควรปฏิบัติตามการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศและการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียม แต่สิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกันที่จะทำการสมรสย่อมขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายภายในที่รัฐสมาชิกแต่ละรัฐได้กำหนดไว้และเงื่อนไขตามกฎหมายสหภาพยุโรป บางฉบับว่าด้วยเรื่องเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน การโยกย้ายถิ่นที่อยู่ การ

¹ นักวิจัยประจำ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเดอมนิงฟอร์ด สหราชอาณาจักร อีเมลล์ pedithep.youyuenyong@email.dmu.ac.uk

อพยพและการลี้ภัยได้บัญญัติเอาไว้ ด้วยเหตุนี้เอง ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันจึงควรถูกบัญญัติขึ้นเป็นการเฉพาะโดยสหภาพยุโรป ในทางเดียวกัน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันและการจดทะเบียนชีวิตคู่ของบุคคลเพศเดียวกันก็ควรได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละรัฐ

Abstract

The current EU legal frameworks do not fully apply to same-sex marriages and registered partnerships. Same-sex marriage is not a legal status recognised in all European Union (EU) jurisdictions. Even though article 8, article 12 and article 14 of the European Convention on Human Rights 1950 provide the fundamental rights and equality applicable at EU level, such as the right to respect for private and family life, the right to marry and the prohibition of discrimination. However, the EU legal frameworks do not specifically oblige EU Member States to allow or recognise same-sex partnerships or marriages although they generally oblige Member States to treat same-sex couples equally to opposite sex couples when they are applying the EU law. The rights of same-sex couples depend upon their relation to the EU Member States and legal conditions of the EU laws relating to free movement, migration and asylum. EU framework for the legal recognition of same-sex couples, therefore, should be established by the EU's legislative body. Likewise, legal recognition of same-sex relationships and registered partnership recognition to same-sex couples in the domestic laws should be legally introduced by all EU Member States.

1. ความนำ

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 21² รัฐบาลและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียของหลายประเทศในสหภาพยุโรปต่างได้พยายามผลักดัน ให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (legalising of same-sex marriage)³ กล่าวคือ การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันย่อมได้รับการยอมรับจากรัฐว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและประชาชนสามารถทำได้หากเป็นไปได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐกำหนด อันจะนำมาซึ่งสิทธิหน้าที่และความผูกพันระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันที่ทำการสมรสกันเอง ความผูกพันระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัว รวมไปถึงความผูกพันระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันกับบุคคลอื่นๆ ที่อยู่ใกล้กัน ทั้งนี้ การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันที่รัฐรับรองให้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมนำมาซึ่งการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สมรสต่างเพศกัน (heterosexual couples) และคู่สมรสเพศเดียวกัน (same-sex couples)⁴ โดยไม่ว่าจะเป็นชายรักชาย หญิงรักหญิง และชายรักหญิงที่ประสงค์จะอยู่กินร่วมกันฉันคู่รักแล้ว หากกฎหมายรับรองหรือสถาปนาสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมแล้ว (equal legal rights) ก็จะสามารถสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้เงื่อนไขแห่งการสมรสของรัฐได้วางเอาไว้⁵

ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการของหลายประเทศ

² Antokolskaia, M. (2012). 'Family Law and National Culture: Arguing against the cultural constraints argument' in Boele-Woelki, K. & Fuchs, A. (ed.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in European National, Cross-Border and European Perspectives*. Cambridge: Intersentia Publishing, p 48.

³ Allen, D. W. (2006). 'An Economic Assessment of Same-Sex Marriage Laws', *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3 (29), 949-980.

⁴ Geffin, M. (2013). 'Same-sex marriage conventional marriage should have equality rights'. *Legal Week*, 15 (8), 13.

⁵ Spencer, K. (2010). 'Same sex couples and the Right to Marry – European perspectives', *Cambridge Student Law Review*, 6 (1), 155-176.

ในสหภาพยุโรปต่างเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมและสนับสนุนให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือมีกฎหมายเข้ามารองรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน เพราะการสนับสนุนดังกล่าวจากภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่เพียงแต่ทำให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างประชาชนและส่งเสริมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติภายใต้แนวคิดพื้นฐานของการปฏิบัติต่อผู้ที่มีที่มาจากความหลากหลายที่แตกต่างกันโดยเท่าเทียม เช่น การแปลงเพศ (gender reassignment) รสนิยมทางเพศ (sexual orientation) และการสมรสกับการจดทะเบียนชีวิตคู่ตามที่กฎหมายรับรอง (marriage and civil partnership) เป็นต้น

สหภาพยุโรป (European Union – EU) เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่เกิดจากการรวมกลุ่มของประเทศในสหภาพยุโรปเพื่อรักษาสันติภาพและกำหนดกรอบความร่วมมือร่วมกันหลายด้านระหว่างประเทศสมาชิก อันประกอบไปด้วยองค์การที่เป็นกลไกในการขับเคลื่อนสหภาพยุโรปให้บรรลุเป้าหมายอันประกอบด้วย คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) คณะมนตรียุโรป (Council) ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) และสภายุโรป (European Parliament) ซึ่งสหภาพยุโรปสามารถดำเนินกิจกรรมด้านต่างๆ ของตนต่อรัฐสมาชิกและรัฐที่ไม่ใช่สมาชิกของตน โดยผ่านองค์การหลักอันประกอบด้วยกลไกทางนิติบัญญัติ กลไกทางบริหารและกลไกทางตุลาการที่มีส่วนสำคัญในการบริหารจัดการสหภาพยุโรป อนึ่ง กลไกทางนิติบัญญัติและการตัดสินใจเชิงนโยบายสาธารณะของสหภาพยุโรปได้กำหนดมาตรการหลายมาตรการในการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างมนุษย์สำหรับป้องกันการเลือกปฏิบัติภายในประเทศและระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน⁶ โดยสหภาพยุโรปได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms - ECHR) อันถือ

⁶ Secretariat of Equinet. (2012). *EU legislative framework*. Retrieved May 8, 2013, from <http://www.equineteurope.org/-Legislative-framework,82->

เป็นข้อตกลงที่คณะกรรมาธิการแห่งยุโรปได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้บังคับในระหว่างประเทศต่างๆ ในสหภาพยุโรป ที่ได้รับอิทธิพลมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1947

2. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปไม่เพียงแต่วางหลักการทั่วไปในเรื่องสิทธิมนุษยชนเท่านั้น อนุสัญญาของสหภาพยุโรปดังกล่าวยังได้วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญหลายประการในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไว้สามมาตราหลักด้วยกัน ได้แก่ มาตรา 8 ที่ได้วางหลักไว้ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว (right to respect for private and family life)⁷ โดยรัฐจะทำการแทรกแซงชีวิตส่วนตัวของประชาชนไม่ได้ เว้นเสียแต่ รัฐได้บัญญัติกฎหมายว่าให้กระทำได้และการแทรกแซงดังกล่าวต้องถือเป็นประโยชน์ต่อประเทศในด้านความสงบเรียบร้อยและการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความปลอดภัยแห่งชาติ ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยและการป้องกันการกระทำความผิดทางอาญา การคุ้มครอง สุขภาพหรือจิตใจ หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น นอกจากนี้ มาตรา 12 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวยังได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการแต่งงาน (right

⁷ *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 Article 8 – Right to respect for private and family life*

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

to marry)⁸ โดยบุคคลเพศชายและเพศหญิงในช่วงอายุที่สามารถแต่งงานกัน ได้ย่อมมีสิทธิที่จะแต่งงานและมีครอบครัว หากเข้าเงื่อนไขการสมรสตามกฎหมายครอบครัว และมาตรา 14 วางหลักไว้ในเรื่องของการห้ามการเลือกปฏิบัติ (prohibition of discrimination)⁹ โดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะกระทำการเลือกปฏิบัติต่อประชาชนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพียงเพราะมีความแตกต่างด้านเพศและเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางเพศหรือรสนิยมทางเพศไม่ได้¹⁰

จากที่ได้กล่าวมาอาจเห็นได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 ได้รับรองสิทธิในการได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว สิทธิในการแต่งงานและการห้ามการเลือกปฏิบัติ อันถือเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการส่งเสริมความเท่าเทียมในการดำรงชีวิตคู่ของประชาชนในสหภาพ

⁸ *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 Article 12 - Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.*

⁹ *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 Article 14 - The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*

¹⁰ โปรดสังเกตถ้อยคำในตัวบทใน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 มาตรา 14 ที่ได้วางหลักครอบคลุมไปว่าห้ามเลือกปฏิบัติในกรณีที่บุคคลมีความแตกต่างกันในเรื่องของการนับถือศาสนา (religion) ด้วย อนึ่ง หากพิจารณาถ้อยคำในตัวบทดังกล่าวอาจตีความรวมไปถึงการห้ามเลือกปฏิบัติต่อคนที่มีความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างกันด้วย (religious belief discrimination) ซึ่งบางศาสนาอาจมีความเชื่อทางศาสนาในเชิงสนับสนุนว่าการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันมิได้ขัดหรือแย้งกับหลักการทางศาสนา ในทางตรงกันข้าม บางศาสนากลับมีความเชื่อทางศาสนาในเชิงปฏิเสธหรือไม่สนับสนุนการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน โปรดดูถ้อยคำในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 มาตรา 14 เพิ่มเติมใน หน้า 12 ของเอกสาร European Court of Human Rights. (2013). *European Convention on Human Rights*. Strasbourg: European Court of Human Rights & Council of Europe, p 12. Retrieved May 8, 2013, from http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf

ยุโรปในกรณีต่างๆ ทั้งการสมรสระหว่างชายกับหญิง ชายกับชาย การสมรสระหว่างหญิงกับหญิง ให้เป็นไปโดยอยู่บนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียม ด้วยเหตุนี้ ความเท่าเทียมของมนุษย์เกี่ยวกับการแต่งงาน (marriage equality) จึงถือเป็นประเด็นแห่งความท้าทายที่อาจถูกหยิบขึ้นมาพิจารณาภายใต้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 ประเด็นหนึ่ง เพราะแม้ว่าอนุสัญญาดังกล่าวและกฎหมายสหภาพยุโรปอีกหลายฉบับได้กล่าวถึงความเท่าเทียมในกรณีต่างๆ แต่สำหรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ยังมิได้มีระเบียบหรือข้อบังคับใดบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันของประเทศสมาชิกให้ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (harmonisation) ในปัจจุบันคงมีเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆ ที่มีได้กำหนดกรอบในเรื่องของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน อย่างชัดเจนแต่ประการใด ความไม่ชัดเจนในบางบริบทของกฎหมายระเบียบ และข้อบังคับของสหภาพยุโรปที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือไม่มีมาตรการเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันย่อมอาจส่งผลกระทบต่อทิศทางของกฎหมายของประเทศกลุ่มสมาชิก เพราะหากไม่มีมาตรการที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันแล้ว ก็ย่อมเป็นการยากที่จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ในกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรป สอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้

3. ปัญหาทางกฎหมายของข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ เกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียว

สหภาพยุโรปได้พยายามแสวงหาแนวทางอื่นๆ เพื่อกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ เฉพาะในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในหลายกรณีภายใต้แนวคิดพื้นฐานของการปฏิบัติต่อผู้ที่มีที่มาจากความหลากหลายที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ใน บทบัญญัติของกฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างบุคคล

เพศเดียวกันโดยตรงยังมีความคลุมเครือ¹¹ ผลที่ตามมาจากความคลุมเครือของการไต่ถามตรรกะอื่นๆ เพื่อรองรับสิ่งที่อาจตามมาจากการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ย่อมก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและการดำรงชีวิตของคู่สมรสเพศเดียวกัน

3.1 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว ค.ศ. 2003

การอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวของมนุษย์กับสัมพันธ์ภาพภายในครอบครัวย่อมเป็นสิ่งที่เกื้อหนุนให้มนุษย์สามารถดำเนินชีวิตหรือก้าวต่อไปในสังคมอย่างมั่นคง ไม่ว่าจะเป็นครอบครัวอันมีที่มาจากความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือครอบครัวที่เกิดจากบุคคลผู้มีความผูกพันทางจิตใจ ย่อมสามารถช่วยแสดงสัมพันธ์ภาพในครอบครัวผ่านการกระทำกิจกรรมด้านต่างๆ ร่วมกันภายในครอบครัว ตัวอย่างเช่น การทำกิจกรรมพักผ่อนร่วมกันระหว่างพ่อแม่ การร่วมเพศระหว่างคู่ชีวิต การปรึกษาปัญหาชีวิตร่วมกันและการช่วยเหลือเกื้อกูลกันทางการเงิน อนึ่ง หากพิจารณาถึงการปฏิสัมพันธ์เชิงสัญลักษณ์ (symbolic interaction) หรือการเน้นความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนระหว่างบริบทในการดำรงชีวิตคู่โดยพิจารณาเชิงปัจเจกบุคคลไป¹² ย่อมพบว่ามนุษย์แต่ละคนมีภาระกระทำ สภาพจิตใจ บุคลิกภาพ การแสดงออกทาง

เพศและรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกัน¹³ ผลที่ตามมาทำให้มนุษย์แต่ละคนมีความต้องการทางเพศ การแสดงออกทางเพศและรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันออกไป รวมไปถึงความต้องการในการแสดงออกเกี่ยวกับความรักและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผ่านพิธีแต่งงานหรือพิธีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกว่าต้องการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเพื่ออยู่ร่วมกันในอนาคต เช่น คู่รักร่วมเพศอาจมีความต้องการประกอบพิธีแต่งงานหรือต้องการจดทะเบียนชีวิตคู่ตามกฎหมาย เพื่อแสดงออกว่าต้องการอยู่ร่วมกันเป็นคู่ชีวิตในอนาคตเป็นต้น¹⁴ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นองค์กรระหว่างประเทศและประเทศต่างๆ จำเป็นที่จะต้องตระหนักถึงความสำคัญของครอบครัว เพราะความมั่นคงของสถาบันครอบครัวกับคุณภาพของสมาชิกในครอบครัวอันเป็นหน่วยย่อยของสังคมย่อม

¹³ โปรดดูบทที่ 1 ในตำราของท่านอาจารย์ Herbert G. Blumer นักสังคมวิทยาที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันได้บรรยายเกี่ยวกับหลักการปฏิสัมพันธ์เชิงสัญลักษณ์ (Symbolic Interaction Theory) ของครอบครัว โดยมองครอบครัวในเชิงสัญลักษณ์ที่สามารถเติมเต็มความต้องการของมนุษย์ในด้านจิตใจและสังคมที่มนุษย์ต้องการปฏิสัมพันธ์กันโดยมองว่าปัจเจกบุคคลมีความต้องการติดต่อกันโดยอาศัยสัญลักษณ์หลายรูปแบบและซับซ้อนโดยสัญลักษณ์ที่แต่ละบุคคลแสดงออกมาขึ้นอยู่กับพัฒนาการและสิ่งแวดล้อมที่บุคคลนั้นเติบโตหรือได้รับอิทธิพลมา สัญลักษณ์ของบุคคลต่างๆ ย่อมแสดงออกมาแตกต่างกันในทางเดียวกัน บุคคลอื่นๆ ก็ย่อมมองสัญลักษณ์ที่บุคคลนั้นแสดงออกมาแตกต่างกันด้วย เช่น บางคนอาจแสดงออกเกี่ยวกับรสนิยมรักร่วมเพศ ซึ่งบุคคลอื่นๆ อาจเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการกระทำที่แสดงออกมาก็เป็นได้ เป็นต้น Blumer, H. (1969). *Symbolic Interactionism: Perspective and Method*. Berkeley: University of California Press, pp 1-60. Retrieved May 10, 2013, from https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/institution/academic/social_sciences/sociology/Reading%20Lists/Social%20Psych%20Prelim%20Readings/I.%20Classics/1969%20Blumer%20-%20Symbolic%20Interactionism.pdf

¹⁴ อย่างไรก็ตาม บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่นๆ ในสังคมอาจแสดงออกซึ่งการไม่เห็นด้วยหรือปฏิเสธการปฏิสัมพันธ์เชิงสัญลักษณ์ด้านการแสดงออกทางเพศและรสนิยมทางเพศระหว่างบุคคลเดียวกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ (legality of same-sex marriage) เช่น ศาสนาหรือลัทธิความเชื่ออาจมีความเชื่อที่ไม่สอดคล้องกันกับการแสดงออกทางเพศและรสนิยมทางเพศของคู่รักร่วมเพศ รวมไปถึงการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันด้วย เป็นต้น โปรดดูเพิ่มเติมใน Hewitt, J. P. & Shulman, D. (1991). *Self and Society: A Symbolic Interactionist Social Psychology*. (5th ed.). Massachusetts: Pearson - Allyn & Bacon, p 5.

¹¹ Carolan, D. (2005). 'Judicial Impediments to Legislating Equality for Same-Sex Couples in the European Union', *Tulsa Law Review*, 40 (3), 527-560.

¹² Berkowitz, D. & Marsiglio, W. (2007). 'Gay Men: Negotiating Procreative, Father, and Family Identities', *Journal of Marriage and Family*, 69 (2), 366-381.

เป็นแรงผลักดันให้ประเทศหรือกลุ่มประเทศระดับต่างๆ สามารถพัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองได้ในอนาคต

สหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นกลุ่มประเทศที่มีส่วนสำคัญในการผลักดันสิทธิมนุษยชนและการดำเนินการต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการเคารพสิทธิของประชาชนในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป ผ่านนโยบาย ระเบียบและข้อบังคับต่างๆ ของสหภาพยุโรป โดยสิทธิต่างๆ ที่สหภาพยุโรปได้ทำการผลักดันย่อมรวมไปถึงสิทธิในการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว (right to family reunification) ดังนั้นเอง สหภาพยุโรปจึงได้ตราข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว ค.ศ. 2003 (EU Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification) ขึ้นเพื่อรับรองสิทธิของประชาชนในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปและนอกกลุ่มสหภาพยุโรปเกี่ยวกับเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน (immigration) เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งครอบครัว อันทำให้ผู้อพยพหรือผู้โยกย้ายถิ่นฐานสามารถอยู่รวมกันเป็นครอบครัวได้หรือตั้งครอบครัวขึ้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันการโยกย้ายถิ่นฐานเพื่อก่อตั้งครอบครัวย่อมสามารถตรวจสอบได้โดยรัฐที่ผู้อพยพหรือผู้โยกย้ายถิ่นฐานอาศัยอยู่ เพราะรัฐของประเทศต่างๆ มีสิทธิในการควบคุมการโยกย้ายถิ่นฐาน (right of a state to control immigration)¹⁵

ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว ค.ศ. 2003 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าบุคคลจากประเทศที่สาม (Third-Country National - TCN) ที่ได้รับสิทธิอาศัยอยู่ในประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีและมีสิทธิที่จะได้รับเลือกจากรัฐให้เป็นผู้พำนักอาศัยระยะยาว (option of long-term residence) สามารถมีสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวได้ตามกฎหมายครอบครัวของประเทศสมาชิกในกลุ่มสหภาพ

¹⁵ Staver, A. (2008). *Working Paper Series No.51 Family Reunification: A Right for Forced Migrants?*. Oxford: Oxford Department of International Development, University of Oxford, p 12, Retrieved May 11, 2013, from http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/working-papers-folder_contents/RSCworkingpaper51.pdf

ยุโรปที่ประสงค์จะก่อตั้งครอบครัว ซึ่งแม้ว่าสหภาพยุโรปจะได้สถาปนาสิทธิดังกล่าวผ่านข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว ค.ศ. 2003 เพื่อให้คู่สมรสอันเป็นบุคคลที่มาจากประเทศที่สามที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรปสามารถโยกย้ายถิ่นฐานมาพำนักหรืออาศัยในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปเพื่อจัดตั้งครอบครัวไม่ว่าจะเป็นครอบครัวจากการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศกันหรือการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ตาม¹⁶ สิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวอาจส่งผลดีต่อสมาชิกในครอบครัวผู้ที่ได้ประโยชน์จากสิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวหรือผู้ที่เป็นบุคคลจากประเทศที่สามที่ไม่ใช่ผู้ที่ถือสัญชาติของประเทศกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรป (non-EU nationals) โดยบุคคลดังกล่าวสามารถนำคู่สมรส บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และบุตรของคู่สมรสมาพำนักอยู่ในประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปที่ตนกำลังอาศัยอยู่ได้¹⁷ อย่างไรก็ตาม บุคคลจากประเทศที่สามที่ไม่ใช่ผู้ที่ถือสัญชาติของประเทศกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปอาจไม่สามารถได้รับสิทธิในการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวระหว่างบุคคลเพศเดียวกันหรือคู่สมรสเพศเดียว หากเข้าข้อยกเว้นดังต่อไปนี้ ได้แก่ ข้อยกเว้นประการแรก หากประเทศสมาชิกที่บุคคลจากประเทศที่สามที่ไม่ใช่ผู้ที่ถือสัญชาติของประเทศกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปอาศัยอยู่กำหนดข้อจำกัดบางประการ (restrictions) เพื่อให้บุคคลเพศเดียวกันหรือคู่สมรสเพศเดียวกันต้องปฏิบัติตามก่อนเพื่อเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาการใช้สิทธิในการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว ตัวอย่างเช่น ที่อยู่ที่เหมาะสม (adequate accommodation) สำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน หากได้รับอนุญาตให้อพยพหรือโยกย้ายถิ่นฐานเพื่ออยู่รวมกันเป็นครอบครัวและประกันสุขภาพ (health insurance) สำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน เป็นต้น ข้อยกเว้นประการที่สอง หาก

¹⁶ Europa Summaries of EU legislation. (2011). Family reunification. Retrieved May 11, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33118_en.htm

¹⁷ European Commission. (2012). *Family reunification: The right to family reunification, recognised throughout the EU*. Retrieved May 11, 2013, from http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/immigration/family-reunification/index_en.htm

ประเทศสมาชิกที่บุคคลจากประเทศที่สามที่ไม่ใช่ผู้ที่ถือสัญชาติของประเทศกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปอาศัยอยู่ มิได้บัญญัติให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (same-sex marriage) เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือมิได้บัญญัติเรื่องการจดทะเบียนชีวิตคู่ไว้ในกฎหมายของตน (registration of same-sex partnership)¹⁸ บุคคลดังกล่าวก็ไม่สามารถได้สิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวหรือประโยชน์อื่นๆ อันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิประการนี้ ตัวอย่างเช่น ไม่สามารถนำคู่สมรสเพศเดียวกันที่ทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือไม่อาจนำบุตรที่รับมาอุปการะโดยชอบด้วยกฎหมายเข้ามาอยู่อาศัยกับตนในประเทศดังกล่าว ผลที่ตามมาย่อมทำให้คู่สมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่อาจที่จะอยู่รวมกันเป็นครอบครัวได้นั่นเอง

3.2 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิพลเมืองของสหภาพและครอบครัวในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ค.ศ. 2004

สถานะพลเมือง (citizenship) หรือสถานะความเป็นพลเมือง (citizen) ที่เป็นสมาชิกส่วนหนึ่งของรัฐหรือกลุ่มประเทศ โดยสถานะพลเมืองย่อมต้องมีความหมายให้สถานะหรือข้อบังคับที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองต่อรัฐหรือกลุ่มประเทศเอาไว้ โดยพลเมืองอาจกระทำการ งดเว้นกระทำการหรือไม่กระทำการต่างๆ ที่ไม่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติที่รัฐหรือกลุ่มประเทศได้กำหนดเอาไว้

¹⁸ European Union Agency for Fundamental Rights. (2009). *Same-Sex Couples, Free Movement of EU citizens, Migration and Asylum*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, p 2. และโปรดดูเพิ่มเติมใน European Union Agency for Fundamental Rights. (2009). *Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, pp. 103-106.

ไว้¹⁹ ซึ่งเมื่อพลเมืองของรัฐได้รับสถานะพลเมืองของรัฐที่ตนสังกัดหรือสถานะพลเมืองของกลุ่มประเทศที่รัฐได้เข้าเป็นสมาชิกก็อาจยอมทำให้พลเมืองมีความรู้สึกที่จะหวงแหนหรือมีส่วนร่วมกับการบริหารต่างๆ รัฐที่ตนสังกัดหรือกลุ่มประเทศที่รัฐของตนสังกัดอันทำให้พลเมืองได้รับสถานะพลเมืองในกลุ่มประเทศนั้นด้วย ซึ่งแม้ว่าการที่รัฐหรือกลุ่มประเทศรณรงค์หรือปลุกฝังให้พลเมืองมีความคิดหรืออุดมคติที่คล้ายคลึงตามว่าพลเมืองที่อยู่ในรัฐเดียวกับตนหรือพลเมืองที่อยู่ในประเทศกลุ่มสมาชิกเดียวกับตนนั้นเป็นพวกเดียวกันกับตนอาจเป็นเพียงการสร้างบทบาทสมมุติในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมก็ตาม²⁰ ทั้งนี้ การสถาปนาสถานะพลเมืองขึ้นในรัฐหรือกลุ่มประเทศย่อมส่งผลให้รัฐหรือกลุ่มประเทศสร้างมาตรการกำหนดให้สิทธิพิเศษแก่พลเมืองที่ถือว่าเป็นพวกเดียวกันกับตนหรือผู้ได้รับสถานะพลเมืองเดียวกับตน ให้พลเมืองเหล่านั้นได้รับสิทธิ (rights) ในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐหรือกลุ่มประเทศนั้นๆ และสามารถใช้อำนาจต่างๆ ในขณะที่ดำรงสถานะพลเมืองได้

สิทธิในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่ (right to free movement) ก็ถือเป็นสิทธิที่กฎหมายสหภาพยุโรปได้รับรองหรือคุ้มครองให้พลเมืองในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปที่ถือเป็นพลเมืองสหภาพยุโรป (EU citizens) โดยข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิพลเมืองของสหภาพและครอบครัวในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่

¹⁹ Bachmann, C. & Staerklé, C. (2003). *The meanings of citizenship: from status to social process, in Re-inventing citizenship in South-Caucasus: exploring the dynamics and contradictions between formal definitions and popular conceptions, Final research report JRP 7AZPJ062373, SCOPES: Scientific Co-operation between Eastern Europe and Switzerland Swiss National Science Foundation*, , Geneva: CIMERA and University of Geneva, pp. 14-24.

²⁰ ศาสตราจารย์ Benedict Anderson ได้อธิบายในตำรา *"Imagined Communities Reflections on the Origin and Spread of Nationalism"* ว่าชุมชนชาติหรือกลุ่มประเทศอาจเป็นเพียงชุมชนจินตนาการ (imagined communities) หรือชุมชนที่ถูกสมมุติบทบาทขึ้นให้สมมุติบทบาทว่าเป็นรัฐหรือเป็นกลุ่มประเทศ โดยที่ประชาชนถูกสมมุติบทบาทให้เป็นพลเมืองหรือมีสถานะพลเมือง Anderson, B. (1996). *Imagined Communities Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. (7th ed.). London: Verso. p. 224.

หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ค.ศ. 2004 (EU Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States)²¹ ได้วางหลักเกณฑ์กำหนดสิทธิของพลเมืองสหภาพยุโรปในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิก อันทำให้พลเมืองสหภาพยุโรปใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปต้องให้สิทธิแก่พลเมืองของรัฐอื่นๆ ที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปตามหลักเกณฑ์แห่งข้อบัญญัติฉบับนี้

ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิพลเมืองของสหภาพและครอบครัวในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ค.ศ. 2004 ประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการได้แก่ เงื่อนไขที่พลเมืองสหภาพยุโรปต้องปฏิบัติตาม (conditions in which Union citizens and their families exercise) เพื่อโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่ระหว่างประเทศสมาชิก สิทธิในการอาศัยอยู่อย่างถาวร (right of permanent residence) และข้อจำกัดสิทธิทั้งสองประการ (restrictions) หากเข้ากรณีของการใช้สิทธิตามเงื่อนไขของความเป็นพลเมืองและครอบครัวของพลเมืองสหภาพยุโรปและสิทธิในการอาศัยอยู่อย่างถาวรได้ชัดหรือแย้งกับนโยบายสาธารณะสหภาพยุโรป นโยบายด้านสุขภาพและนโยบายความมั่นคง²² โดยสาระสำคัญสามประการอยู่ภายใต้แนวคิดพื้นฐานของเขตเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Area - EEA)

²¹ Europa Summaries of EU legislation. (2009). *Right of Union citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. Retrieved May 12, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/living_and_working_in_the_internal_market/l33152_en.htm

²² European Commission Directorate-General Justice. (2010). *Freedom to move and live in Europe A Guide to your rights as an EU citizen*. Brussels: European Commission Directorate-General Justice, p 5.

และแนวคิดตลาดเดียว (single market)²³ ที่สนับสนุนให้พลเมืองสหภาพยุโรปหรือประชาชนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถไปมาหาสู่เพื่อประกอบกิจกรรมด้านเศรษฐกิจ อันมีความจำเป็นต้องมีการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตได้อย่างเสรีไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการและผู้ใช้แรงงานภายในตลาดสหภาพยุโรป หนึ่งไม่ว่าจะเป็นแรงงานที่มีฝีมือ แรงงานกึ่งฝีมือและแรงงานไร้ฝีมือภายในตลาดแรงงานสหภาพยุโรปต่างก็ถือเป็นทุนมนุษย์ (human capital) ที่สามารถขับเคลื่อนเศรษฐกิจในสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปจึงได้กำหนดข้อบังคับฉบับนี้อันกำหนดมาตรการที่สำคัญสนับสนุนให้ประเทศต่างๆ ให้สิทธิในการโยกย้ายถิ่นฐานแก่แรงงานหรือทรัพยากรมนุษย์ของประเทศอื่น เพื่อให้แรงงานของประเทศอื่นๆ เข้ามาเติมเต็มการมีอยู่จำกัด (scarcity) ของทุนมนุษย์หรือทรัพยากรมนุษย์ที่ประเทศของตนต้องการหรือประเทศของตนขาดแคลนผลที่ตามมาเมื่อมีการเปิดเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐานโดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปให้สิทธิแก่พลเมืองประเทศที่อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรปในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่เพื่อก่อให้เกิดการโยกย้ายทรัพยากรมนุษย์หรือทุนมนุษย์ที่อาจก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการประกอบกิจกรรมที่มีผลต่อเศรษฐกิจได้ แต่อย่างไรก็ดี โดยพื้นฐานแล้วทรัพยากรมนุษย์หรือทุนมนุษย์ไม่ได้เพียงต้องการแค่ประกอบกิจกรรมที่มีผลต่อเศรษฐกิจของรัฐในชีวิตประจำวันเสมอไป พลเมืองสหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นทรัพยากรมนุษย์หรือทุนมนุษย์ก็ย่อมมีการแสดงออกทางเพศหรือมีรสนิยมทางเพศอันถือเป็นกิจกรรมที่เป็นเรื่องชีวิตของปัจเจกบุคคลหรือชีวิตส่วนตัวของพลเมืองสหภาพยุโรปแต่ละบุคคล รวมไปถึงการตกลงที่จะสมรสหรือการใช้ชีวิตคู่ของพลเมืองสหภาพยุโรปที่มีรสนิยมรักร่วมเพศ (Homosexuality) ในเวลาก่อน ขณะหรือภายหลังจากที่พลเมืองของสหภาพยุโรปทำการใช้สิทธิในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่ตามหลักเกณฑ์แห่งข้อบังคับฉบับนี้และตามที่กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกได้บัญญัติเอาไว้

²³ Carrera, S. & Atger, A. F. (2009). *Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement A proliferation of different forms of citizenship? CEPS Special Report/April 2009*. Brussels: Centre for European Policy Studies, p5.

ด้วยเหตุนี้ แม้ว่ารัฐสมาชิกต่างๆ ได้อนุมัติการ (implementation) ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิพลเมืองของสหภาพและครอบครัวในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ค.ศ. 2004 มาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายใน (domestic law) ของตนเพื่อวางหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่และสนับสนุนเสรีภาพของพลเมืองสหภาพยุโรปในการโยกย้ายถิ่นฐานอย่างเสรีตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น ในทางตรงกันข้าม หากรัฐสมาชิกไม่ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายภายในของตนเป็นการเฉพาะในเรื่องของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (same-sex marriage) หรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (registered partnership) แม้พลเมืองสหภาพยุโรปผู้นั้นจะมีสิทธิในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรือมีเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปบังคับดังกล่าวและกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป หากแต่เมื่อรัฐสมาชิกไม่ได้บัญญัติมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันหรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกันตามกฎหมายครอบครัวหรือกฎหมายคู่ชีวิตบัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ ก็อาจทำให้คู่ชีวิตที่มีการแสดงออกทางเพศหรือมีรสนิยมทางเพศแบบรักร่วมเพศ ไม่สามารถจัดตั้งครอบครัวได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายมารับรองสถานะของคู่รักร่วมเพศดังกล่าวว่าเป็นครอบครัวเดียวกัน



รูปที่ 1: แผนที่แสดงให้เห็นว่าเขตอำนาจรัฐ (jurisdictions) ในสหภาพยุโรปและประเทศอื่นๆ ที่ได้บัญญัติมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไว้เป็นการเฉพาะที่ทำให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศ (legalisation of same-sex marriage)²⁴



รูปที่ 2: คู่ชีวิตรักร่วมเพศหรือคู่ร่วมชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (same-sex couples)²⁵ ย่อมต้องการได้รับคุณภาพชีวิตครอบครัว (marital quality) และความมั่นคงในชีวิตสมรส (marital stability) ที่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสเพศเดียวกัน (heterosexual marriage)

²⁴ BBC News World. (2013). *Gay marriage around the world*. Retrieved May 13, 2013, from <http://www.bbc.co.uk/news/world-21321731>

²⁵ Alliance Européenne des Mouvements Nationaux Tous droits réservés. (2013). "Just Married" – Or is it just a ploy?. Retrieved May 13, 2013, from <http://aemn.eu/2013/04/18/just-married-or-ploy/>

4. ข้อพิจารณาการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันของกฎหมายสหภาพยุโรป

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 อันเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนพื้นฐานของสหภาพยุโรปกำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวและสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศกันและการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน²⁶ ไม่ว่าจะเป็นการสมรสระหว่างชายกับหญิง ชายกับชายหรือหญิงกับหญิง รัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปควรคำนึงถึงสิทธิของประชาชนในรัฐของตนและสิทธิของพลเมืองรัฐสมาชิกอื่นๆ ภายในสหภาพยุโรป รวมไปถึงความเสมอภาคระหว่างบุคคลที่ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติระหว่างพลเมืองในกลุ่มสหภาพยุโรปและผู้ที่มีความสัมพันธ์กับพลเมืองสหภาพยุโรปในทางครอบครัวจากการสมรส ไม่ว่าจะเป็นการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศกันและการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ตาม

แม้ว่ารัฐสมาชิกสหภาพยุโรปควรปฏิบัติต่อการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศและการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 แต่ในทางปฏิบัติแล้วการใช้สิทธิของคู่สมรสเพศเดียวกันที่จะทำการสมรสย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขตามกฎหมายครอบครัวหรือกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนชีวิตของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่ได้กำหนดไว้และเงื่อนไขตามข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิการอยู่รวมกันเป็นครอบครัว ค.ศ. 2003 กับข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิพลเมืองของสหภาพและครอบครัวในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่หรืออาศัยอยู่อย่างเสรีในดินแดนของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ค.ศ. 2004 ที่บัญญัติขึ้นด้วย

²⁶ Stott, D. (2007). 'Whether non-recognition of same-sex partnerships as marriages contravened Article 8 or 12 of the European Convention on Human Rights 1950', *Student Law Review*, 50 (Spr), 2-3. และโปรดดูเพิ่มเติมใน Bamforth, N. (2007). 'Families but (yet) marriage? Same-sex partners and the developing European convention "margin of appreciation"', *Child and Family Law Quarterly*, 23 (1), 128 – 43.

ต้องการสนับสนุนเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน การโยกย้ายถิ่นที่อยู่ และการอพยพของพลเมืองสหภาพยุโรปและผู้ที่มีความสัมพันธ์ในทางครอบครัวกับพลเมืองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งแม้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 จะกำหนดหลักการสนับสนุนการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (anti-discrimination) ต่อการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ตาม หากแต่การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่มีกฎหมายครอบครัวและกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนชีวิตคุ้มครอง หรือไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอนุวัติการข้อบังคับสหภาพยุโรปทั้งสองฉบับดังที่ได้กล่าวมา ก็ย่อมทำให้การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย รวมไปถึงสิทธิ หน้าที่ และสวัสดิการอื่นๆ ที่อาจพึงได้มาจากการอยู่รวมกันเป็นครอบครัวหรือการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน

5. ข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในอนาคต

สหภาพยุโรปได้กำหนดมาตรการหลายประการเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคของมนุษย์ ภายใต้กลไกมาตรการต่อต้านการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานแห่งความหลากหลาย (diversity) ที่แตกต่างกันของประชาชนในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปและพลเมืองของสหภาพยุโรป รวมไปถึงผู้ที่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์ในแง่ต่างๆ กับประชาชนหรือพลเมืองของสหภาพยุโรป ได้แก่ อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การแต่งงานและการใช้ชีวิตคู่ การตั้งครรภ์และการคลอดบุตร สืบเชื้อ ศาสนาและความเชื่อ เพศ การแสดงออกทางเพศ และรสนิยมทางเพศ

ตัวอย่างของมาตรการที่สหภาพยุโรปได้กำหนดมาเพื่อสนับสนุนความเสมอภาคและความเท่าเทียมของมนุษย์โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างทางเพศ เช่น ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในด้านการจ้างแรงงานและอาชีพ ค.ศ. 2000 (Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general

framework for equal treatment in employment and occupation) ที่ได้กำหนดมาตรการเฉพาะในเรื่องของการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในสังคมแรงงานสหภาพยุโรป²⁷ และข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักโอกาสที่เสมอภาคและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 2006 (Directive 2006/54/EC of 30 January 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women on matters of employment and occupation)²⁸ ที่ได้วางหลักมาตรการการปฏิบัติที่เท่าเทียมภายใต้สังคมแรงงานหรือการประกอบอาชีพของบุรุษและสตรี (equal treatment) เพราะแม้ว่าแรงงานจะมีเพศที่แตกต่างกัน แต่ก็ควรจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (equal opportunities) ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันเกี่ยวกับการต่อต้านการเลือกปฏิบัติจากเพศในสังคมแรงงานสหภาพยุโรป เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สหภาพยุโรปกลับไม่ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายสหภาพยุโรปไว้เป็นการเฉพาะที่กำหนดมาตรฐานหรือเครื่องมือทางกฎหมายในเรื่องการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันให้เป็นบทบัญญัติเดียว (single regulatory instruments) ให้สอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป (European Harmonised Standards) เฉกเช่นเดียวกับหลักการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 และข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างมนุษย์เพศชายหรือเพศหญิง เพราะแม้ในปัจจุบันสหภาพยุโรปได้พยายามมุ่งเน้นการส่งเสริมความเท่าเทียมและ

²⁷ Europa Summaries of EU legislation. (2007). *Equal treatment in employment and occupation*. Retrieved May 15, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work organisation/c10823_en.htm

²⁸ European Agency for Safety and Health at Work. (2013). *Directive 2006/54/EC - equal opportunities*. Retrieved May 15, 2013, from <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/sector-specific-and-worker-related-provisions/osh-related-aspects/council-directive-2006-54-ec>

ต่อต้านการเลือกปฏิบัติในกรณีต่างๆ บนพื้นฐานของหลักการสิทธิมนุษยชนในทางตรงกันข้าม ปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติของสหภาพยุโรปบางประการและการไม่ได้กำหนดมาตรการเฉพาะว่าด้วยเรื่องการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันกับการจดทะเบียนชีวิตคู่ของรัฐสมาชิกในกลุ่มสหภาพยุโรปดังที่ได้บรรยายมาแล้วในข้างต้น กลับสร้างปัญหาบางประการที่เกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันอื่นทำให้คู่รักร่วมเพศ ได้แก่ ชายรักชายและหญิงรักหญิง กลับไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเหมือนกับคู่รักต่างเพศ ได้แก่ ชายรักหญิง

ดังนั้น จึงถือเป็นความท้าทายของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ควรแสวงหาแนวทางและมาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลที่มีการแสดงออกทางเพศและรสนิยมทางเพศในทางรักร่วมเพศ ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 ได้กำหนดเอาไว้เกี่ยวกับสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว สิทธิในการแต่งงานและสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม เพราะหากไม่มีการกำหนดข้อบังคับหรือระเบียบเป็นลายลักษณ์อักษร (written legislation) แล้ว ก็ย่อมจะทำให้เกิดความคลุมเครือหรือความไม่ชัดเจนในบริบทของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในสหภาพยุโรป ตลอดจนประเทศต่างๆ ก็ปราศจากแนวทางหรือบรรทัดฐาน (EU criteria) ให้รัฐสมาชิกรับไปปฏิบัติหรืออนุวัติการเพื่อความประสานกลมกลืนในเรื่องของ

การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในสหภาพยุโรป²⁹

6. บทสรุป

การบัญญัติบทบัญญัติของสหภาพยุโรปเอาไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันย่อมเป็นทางเลือกหนึ่ง ที่สามารถกำหนดมาตรฐานในเรื่องการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันให้สอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป ตลอดจนอาจทำให้อุดช่องว่างทางกฎหมายสหภาพยุโรป (gaps, fragments and loopholes in EU laws) ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมความเท่าเทียมและการต่อต้านการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันของคู่รักร่วมเพศ เพื่อให้คู่รักร่วมเพศสามารถทำการสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือมีกฎหมายครอบคลุมกับกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนชีวิตคู่เข้ามารองรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน อันอาจส่งผลให้เกิดคุณภาพชีวิตสมรสและความมั่นคงในชีวิตสมรสระหว่างคู่รักร่วมเพศ ให้คู่รักร่วมเพศสามารถได้รับสิทธิและโอกาสอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกันกับคู่รักต่างเพศในอนาคต

²⁹ นอกจากนี้ ในปัจจุบันศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights - ECHR) กลับวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights) ไม่ได้ระบุให้รัฐสมาชิกต้องให้สิทธิแก่คู่สมรสเพศเดียวกันให้สามารถสมรสได้แต่อย่างใด คงเป็นเพียงแค่ทางเลือกของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐว่าจะตรากฎหมายขึ้นมาสสนับสนุนหลักการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นการเฉพาะแต่ละรัฐเอง โปรดดู คดี *Schalk v Austria* (30141/04) [2011] 2 F.C.R. 650 (ECHR) ในเว็บไซต์ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ได้สรุปคำวินิจฉัยเป็นภาษาอังกฤษใน European Court of Human Rights (Cour européenne des droits de l'homme - Conseil de l'Europe). (2013). *Factsheet - Sexual Orientation Issues*. Retrieved May 15, 2013, from http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4240E98C-43FB-4EE0-A85F-66DA483E08EA/0/FICHES_Orientation_sexuelle_EN.pdf

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Anderson, B. (1996). *Imagined Communities Reactions on the Origin and Spread of Nationalism*. (7th ed.). London: Verso. p. 224.
- Antokolskaia, M. (2012). "Family Law and National Culture: Arguing against the cultural constraints argument" in Boele-Woelki, K. & Fuchs, A. (ed.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in European National, Cross-Border and European Perspectives*. Cambridge: Intersentia Publishing, p 48.
- Bachmann, C. & Staerkl, C. (2003). The meanings of citizenship: from status to social process, in *Re-inventing citizenship in South-Caucasus: exploring the dynamics and contradictions between formal denitions and popular conceptions*, Final research report JRP 7AZPJ062373, SCOPES: Scientific Co-operation between Eastern Europe and Switzerland Swiss National Science Foundation, , Geneva: CIMERA and University of Geneva, pp. 14-24.
- Carrera, S. & Atger, A. F. (2009). *Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement A proliferation of different forms of citizenship?* CEPS Special Report/April 2009. Brussels: Centre for European Policy Studies, p5.
- European Commission Directorate-General Justice. (2010). *Freedom to move and live in Europe A Guide to your rights as an EU citizen*. Brussels: European Commission Directorate-General Justice, p 5.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2009). *Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, pp. 103-106.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2009). *Same-Sex Couples, Free Movement of EU citizens, Migration and Asylum*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, p 2.

บรรณานุกรม

- Allen. D. W. (2006). 'An Economic Assessment of Same-Sex Marriage Laws', Harvard Journal of Law & Public Policy, 3 (29), 949-980.
- Bamforth, N. (2007). 'Families but (yet) marriage? Same-sex partners and the developing European convention "margin of appreciation"', Child and Family Law Quarterly, 23 (1), 128 – 43.
- Berkowitz, D. & Marsiglio, W. (2007). 'Gay Men: Negotiating Procreative, Father, and Family Identities', Journal of Marriage and Family, 69 (2), 366–381.
- Carolan, D. (2005). 'Judicial Impediments to Legislating Equality for Same-Sex Couples in the European Union', Tulsa Law Review, 40 (3), 527-560.
- Gefn, M. (2013). 'Same-sex marriage conventional marriage should have equality rights'. Legal Week, 15 (8), 13.
- Hewitt, J. P. & Shulman, D. (1991). Self and Society: A Symbolic Interactionist Social Psychology. (5th ed.). Massachusetts: Pearson - Allyn & Bacon, p 5.
- Spencer, K. (2010). 'Same sex couples and the Right to Marry – European perspectives', Cambridge Student Law Review, 6 (1), 155-176.
- Stott, D. (2007). 'Whether non-recognition of same-sex partnerships as marriages contravened Article 8 or 12 of the European Convention on Human Rights 1950', Student Law Review, 50 (Spr), 2-3.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- Alliance Européenne des Mouvements Nationaux Tous droits réservés. (2013). "Just Married" – Or is it just a ploy?. Retrieved May 13, 2013, from <http://aemn.eu/2013/04/18/just-married-or-ploy/>
- BBC News World. (2013). Gay marriage around the world. Retrieved May 13, 2013, from <http://www.bbc.co.uk/news/world-21321731>

- Blumer, H. (1969). Symbolic Interactionism: Perspective and Method. Berkeley: University of California Press, pp 1-60. Retrieved May 10, 2013, from https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/institution/academic/social_sciences/sociology/Reading%20Lists/Social%20Psych%20Prelim%20Readings/I.%20Classics/1969%20Blumer%20-%20Symbolic%20Interactionism.pdf
- Europa Summaries of EU legislation. (2007). Equal treatment in employment and occupation. Retrieved May 15, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10823_en.htm
- Europa Summaries of EU legislation. (2009). Right of Union citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. Retrieved May 12, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/living_and_working_in_the_internal_market/l33152_en.htm
- Europa Summaries of EU legislation. (2011). Family reunification. Retrieved May 11, 2013, from http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33118_en.htm
- European Agency for Safety and Health at Work. (2013). Directive 2006/54/EC - equal opportunities. Retrieved May 15, 2013, from <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/sector-specic-and-worker-related-provisions/osh-related-aspects/council-directive-2006-54-ec>
- European Commission. (2012). Family reunification: The right to family reunification, recognised throughout the EU. Retrieved May 11, 2013, from http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/immigration/family-reunification/index_en.htm
- European Court of Human Rights. (2013). European Convention on Human Rights. Strasbourg: European Court of Human Rights & Council of Europe, p 12. Retrieved May 8, 2013, from http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf
- European Court of Human Rights. (2013). Factsheet - Sexual Orientation Issues.

Retrieved May 15, 2013, from http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4240E98C-43FB-4EE0-A85F-66DA483E08EA/0/FICHES_Orientation_sexuelle_EN.pdf

Secretariat of Equinet. (2012). EU legislative framework. Retrieved May 8, 2013, from <http://www.equineteurope.org/-Legislative-framework,82->

Staver, A. (2008). Working Paper Series No.51 Family Reunification: A Right for Forced Migrants?. Oxford: Oxford Department of International Development, University of Oxford, p 12, Retrieved May 11, 2013, from http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/working-papers-folder_contents/RSCworkingpaper51.pdf

ว่าด้วย เพศสภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ

คำวนร เชื้อบทา¹

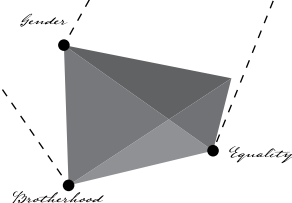


Photo from: http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/cf/Mariage_pour_tous_161212-18.jpg

บทกัตย่อ

บทความนี้แสดงให้เห็นสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อมีการผ่านกฎหมายการสมรสเพศเดียวกันในฝรั่งเศส โดยเริ่มต้นจากการชี้ให้เห็นมุมมองหลักในเรื่องเพศซึ่งส่งผลต่อการก่อตั้งครอบครัวว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศสรีระเป็นหญิงและชายโดยกำเนิด และได้ทบทวนกฎหมายฝรั่งเศสที่รับรองความสัมพันธ์ของคนรักเพศเดียวกันฉบับแรก ได้แก่ PACs แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังจำกัดสิทธิต่อคู่รักเพศเดียวกันบางประการ เช่น และการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน สุดท้ายจะได้สำรวจเหตุการณ์การชุมนุมประท้วงครั้งใหญ่เพื่อคัดค้านกฎหมายการสมรสของคนเพศเดียวกัน โดยประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาคือการรับบุตรบุญธรรมของคนรักเพศเดียวกันไม่ใช่ผลประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก บทความนี้จึงต้องการให้ตระหนักว่าการสมรสมีมิติอื่นๆ ที่ซ่อนทับอยู่ มิใช่เรื่องของเพศชายและหญิงแต่เพียงอย่างเดียว

¹ นักศึกษาปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Abstract

This article attempts to reveal a situation after having passed the Law concerning same-sex marriage in France. The article begins with legal ideology on family in which founded by different biological sex partners. Then, this article also reviews the first French law that recognizes same-sex relation -- Pacte de Solidarit (PACs). Although, that law still has some restrictions over the benefits for same-sex couples such as joint adoption. Finally, it explores the recent protest against the same sex marriage law. The main issue of the protest is to oppose adoption of same-sex couples that the protester claimed that it is not the best interest of children. This article needs readers realize that there are many aspects which superimpose on marital issues rather than just genders. Hence, this article wants the reader to realize that there are many aspects that superimpose on marital issues, not only gender issue alone.

บทนำ

ในวันที่ 18 พฤษภาคม 2013 ฝรั่งเศสเป็นประเทศลำดับที่ 14 ของโลกที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ (Same-sex Marriage)² โดยแนวคิดเรื่องการสมรสในคู่รักเพศเดียวกันของฝรั่งเศสเป็นนโยบายที่ประธานาธิบดีฟร็องซัว ออลอง (Francois Holland) แห่งพรรคสังคมนิยมได้ประกาศนโยบายในขณะหาเสียงเลือกตั้งว่าจะผ่านกฎหมายให้คนเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ และมีการเคลื่อนไหวทางสังคมต่างๆ ภายใต้คำขวัญว่า “การสมรสสำหรับทุกคน (Marriage pour Tout)”

หากพิจารณาการคุ้มครองในทางกฎหมายของคนรักเพศเดียวกันในฝรั่งเศสจะพบว่า ก่อนหน้าที่จะมีการผ่านกฎหมายให้คนรักเพศเดียวกัน

² “Same-sex Marriage: French Parliament Approves New Law” [Online]. Available www.bbc.co.uk/news/world-europe-22261494 (22 July 2013)

สามารถสมรสกันได้ ฝรั่งเศสมีการให้คู่รักสามารถจะจดทะเบียนความสัมพันธ์ในลักษณะที่ไม่ใช่การสมรสภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า Pacte de Solidarit (ต่อไปในบทความจะเรียกกฎหมายฉบับนี้ว่า PACs) โดย PACs จะไม่จำกัดว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกันหรือคู่รักต่างเพศ แม้ว่าจะยังมีข้อจำกัดในสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม และก่อนหน้าที่จะมี PACs คนรักเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเพศวิถีภายใต้กฎหมายอาญา³ และกฎหมายการจ้างงาน⁴ นอกจากนี้เมื่อทำการสำรวจทัศนคติของประชาชนที่มีต่อการสมรสของคนเพศเดียวกันจะพบว่าสัดส่วนของผู้ที่สนับสนุนเป็นสัดส่วนที่มากกว่าสัดส่วนของผู้ที่คัดค้าน⁵

เมื่อพิจารณาในมิติประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศส ในการปฏิวัติประเทศในปี ค.ศ. 1789 ได้ลดอำนาจของศาสนา (Secularization) ที่มีต่อการเดินการสมรส โดยระบุให้การสมรสนั้นเป็นสัญญาทางแพ่งที่ซึ่งวางหลักอยู่บนความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ส่วนการจัดพิธีสมรสทางศาสนาให้เป็นทางเลือกส่วนบุคคลที่จะทำหรือไม่ทำก็ได้ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากเหตุผลต่างๆ ที่ได้ยกมาข้างต้น การผ่านกฎหมายที่ยินยอมให้คู่รักเพศเดียวกันก็น่าจะก่อให้เกิดกระแสต่อต้านจากทางสังคมอย่างรุนแรง

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงเหตุการณ์ในห้วงเวลาที่มีการถกเถียงในประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายการสมรสของคนเพศเดียวกัน ก็ได้มีการชุมนุม

³ Article 225-1 Penal Code of France

⁴ Article L122-45 and L122-35 Code Du Travail of France

⁵ “Poll Shows 63 Percent of French Back Gay Marriage.” [Online]. Available www.reuters.com/article/2013/01/26/us-france-marriage-poll-idUSBRE-90P0HL20130126 (21 July 2013)

⁶ Leroy Forgeot, “Histoire Juridique de L'Homosexualité en Europe”: 1997, cited in Claudina Richards “The Legal Recognition of Same-sex Couples: The French Perspective”, in International & Comparative Law Quarterly 2002, Cambridge University Press: 2013, p 306.

ประท้วงเพื่อต่อต้านร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวภายใต้กลุ่มชื่อ “การชุมนุมสำหรับทุกคน (Le Manif pour Tout)” ซึ่งจากรายงานของแหล่งข่าวพบว่าผู้ชุมนุมเพิ่มจำนวนกลุ่มคนเพียงไม่กี่พันคนในเดือนพฤศจิกายนปี 2555 จนปัจจุบันเป็น 350,000 คน จากการประมาณการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁷ และภายหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านสภาออกมาแล้ว คู่รักเพศเดียวกันและผู้สนับสนุนกำลังเฉลิมฉลองความสำเร็จกับการผ่านกฎหมายฉบับดังกล่าว เหตุการณ์ชุมนุมก็ได้ทวีความรุนแรงขึ้น มีการปะทะกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ และพบว่ามีการทำร้ายร่างกายคนที่เป็คู่รักเพศเดียวกันโดยกลุ่มคนไม่ทราบชื่อนอกจากนี้ยังมีการประกาศจากฝ่ายที่ต่อต้านอย่างรุนแรงว่าเมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายของตนได้เป็นเสียงส่วนใหญ่ในสภานั้นจะล้มกฎหมายฉบับนี้ทันที⁸ ซึ่งจากปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นนี้จึงทำให้เกิดข้อสงสัยต่อความเชื่อประการหนึ่งว่าเหตุใดประเทศที่คนทั่วไปเชื่อว่าประชาชนมีเสรีภาพมากที่สุดแห่งหนึ่งภายใต้คำขวัญที่ถูกหยิบยกมาใช้ในห้วงเวลาของการปฏิวัติที่ว่า “เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ (Libert, Egalit, Fraternite)” จึงเกิดการต่อต้านสำหรับการที่คนกลุ่มซึ่งมีเพศวิถีที่เป็นคนรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) จะได้รับสิทธิในการสมรสเช่นเดียวกันกับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ (Heterosexuality) โดยบทความชิ้นนี้จะทำการทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกัน เพื่อพิจารณาถึงข้อถกเถียงในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการสถาปนาครอบครัว โดยมุ่งที่จะทำความเข้าใจในประเด็นที่ว่าข้อโต้แย้งของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยซึ่งนำไปสู่การคัดค้านอย่างรุนแรงในประเทศฝรั่งเศส คืออะไรและมีฐานคิดเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวแบบใด

โดยบทความชิ้นนี้จะแบ่งเป็นสามส่วนอันได้แก่ ส่วนที่ หนึ่ง การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิที่จะมีชีวิตคู่ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมาย PACs ส่วน

⁷ Burrell Romain, “How will France be Recociled after This Nasty War over Gay Marriage?”. [Online]. Available www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/apr/25/gay-marriage-france (22 July 2013)

⁸ Ibid

ที่สอง คือเมื่อมีการประกาศใช้ PACs กฎหมายฉบับดังกล่าวให้สิทธิอะไรและมีปัญหาอย่างไรที่ทำให้นักเคลื่อนไหวจะต้องเรียกร้องเพื่อให้ได้รับสิทธิที่จะทำการสมรส ส่วนที่สามประเด็นหลักและข้อถกเถียงของแต่ละฝ่ายที่มีต่อการสมรสในเพศเดียวกัน และส่วนสุดท้ายคือบทวิเคราะห์

อุปสรรคแห่งรักในยุค Pre-PACs

หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี 1789 ได้มีการลดทอนอำนาจของศาสนจักรออกจากประเด็นเรื่องการสมรส โดยทำให้การสมรสให้เป็นเรื่องของสัญญาในทางแพ่ง ซึ่งวางหลักอยู่บนความยินยอมของบุคคลสองฝ่ายตามมาตรา 146⁹ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้ระบุไว้โดยตรงว่าคู่รักต่างเพศเป็นเงื่อนไขในการสมรส แต่กลับระบุในมาตราเกี่ยวกับเรื่องอายุในมาตรา 144¹⁰ ว่า ชายจะน้อยกว่าอายุสิบแปดปีบริบูรณ์ และหญิงจะน้อยกว่าอายุสิบห้าปีบริบูรณ์ไม่สามารถทำการสมรสกันได้ ประกอบกับมาตรา 75 วรรคท้าย¹¹ ซึ่งระบุว่าหากนายทะเบียนได้รับแจ้งจากแต่ละฝ่ายซึ่งได้ประกาศว่าพวกเขาทั้งหลายตกลงที่จะเป็นสามี และภรรยา กัน นายทะเบียนต้องประกาศว่าพวกเขาได้ทำการสมรสตามกฎหมายและให้นายทะเบียนจดทะเบียนดังกล่าวไว้

โดยแนวคิดหลักเรื่องการตีความเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่ทำการสมรสต้องเป็นบุคคลที่มีเพศสรีระติดตัวตั้งแต่กำเนิด (Sex) แตกต่างกันได้รับการสนับสนุนจาก Europe Court of Human Right ดังกรณีคดี Mark Rees V. United Kingdom¹² โดยคดีมีรายละเอียดดังนี้ ผู้ร้องเป็นชาวอังกฤษเกิดใน ค.ศ. 1942 ในขณะที่เกิดเธอมีร่างกายเป็นเพศหญิง (Female Sex) และได้มีการแจ้งจดในสูติบัตรว่าเป็นเพศหญิงชื่อว่า Brenda Margaret Rees หลังจากผ่านพ้น

⁹ Article 146, Code Civil of France

¹⁰ Article 144, Ibid.

¹¹ Article 75, Ibid.

¹² Case Rees V. United Kingdom, Application No. 9532/81, European Court of Human Right.

ช่วงวัยเด็กแล้วเธอก็ได้มีพฤติกรรม และทำทางแบบผู้ชาย ในปี 1970 เธอเริ่มใช้ฮอร์โมน และเริ่มพัฒนาบุคลิกภาพแบบผู้ชาย หลังจากนั้นใน ค.ศ. 1971 เขาได้เปลี่ยนชื่อเป็นแบบผู้ชายชื่อ Mark Nicholas Alban Rees ใน ค.ศ. 1974 เธอได้ตัดสินใจแปลงเพศโดยใส่ฮอร์โมนเพศชายเข้าไปและผ่าตัดเอาอวัยวะเพศหญิงออก ใน ค.ศ. 1973 เธอเคยได้พยายามชักจูงให้รัฐสภาออกกฎหมาย Private Member's Bill เพื่อแก้ปัญหาของคนข้ามเพศ และเธอก็ล้มเหลวในการเปลี่ยนคำนำหน้าในใบสูติบัตรของเขให้เป็นเพศชาย

ในวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1980 ทนายของเขาก็ได้ยื่นคำร้องตามพระราชบัญญัติการเกิดการตายค.ศ. 1953 (Birth and Death Act 1953) ด้วยข้อกล่าวอ้างที่ว่าเกิดข้อผิดพลาดในการจดทะเบียน พร้อมกันนี้ได้ยกรายงานทางการแพทย์ ของ Dr. C.N. Armstrong เกี่ยวกับมิติของเพศออกมาเป็นสื่อด้านแต่ด้านที่สำคัญที่สุดได้แก่เพศทางจิตวิทยา (Psychological Sex) เนื่องจากจะเป็นตัวกำหนดกิจกรรมทางสังคม และบทบาทในชีวิตประจำวันของเขา แต่ในวันที่ 25 นายทะเบียนก็ได้ปฏิเสธคำร้องของเขา โดยให้เหตุผลว่ารายงานที่เขายกมาไม่มีน้ำหนักเพียงพอทำให้สูติบัตรของเขายังคงสภาพคำนำหน้านามของเขาว่าเป็นเพศหญิง ในขณะที่เอกสารอื่นๆ ของเขาและเพศในทางสังคมของเธอก็เป็นเพศชายหมดแล้ว

ข้อสังเกตอย่างหนึ่งคือในประเทศอังกฤษบุคคลมีสิทธิที่จะเลือกชื่อหรือคำนำหน้านามแบบใดก็ได้ที่พวกเขาหรือเธอต้องการเว้นแต่บางกรณี ส่วนการบันทึกข้อมูลเดิมใช้จัดการปัญหาเรื่องความสับสนซึ่งการเปลี่ยนแปลงชื่อเป็นประเด็นพิจารณา บุคคลส่วนใหญ่ก็จะทำเหมือนกับผู้ร้องคือเซ็นเอกสารรับรองการเปลี่ยนชื่อและยื่นไปที่สำนักงานกลางของศาลสูง เมื่อได้กระทำครบขั้นตอนชื่อใหม่จะได้รับการยอมรับในทางกฎหมาย และสามารถใช้ได้กับเอกสารสำคัญได้เช่น หนังสือเดินทางใบขับขี่ บัตรประกันสุขภาพเป็นต้น และในกรณีของบุคคลข้ามเพศนั้นเอกสารก็จะเป็นไปตามอัตลักษณ์ทางเพศที่พวกเขาแสดงออกมาโดยยินยอมให้พวกเขาหรือเธอเลือกคำนำหน้านามที่พวกเขาหรือเธอเห็นว่าเหมาะสมในหนังสือเดินทางได้

ส่วนคำนำหน้าชื่อในสูติบัตรจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติปี 1953 โดยบอกเวลาเกิด ซึ่งในสูติบัตรในอังกฤษและเวลส์จะไม่ได้แสดงถึงอัตลักษณ์ในเวลาปัจจุบันแต่จะบอกถึงช่วงเวลาที่ผ่านมาเพื่อประโยชน์ในการยืนยันตัวตนของตัวพวกเขาหรือเธอเอง และเพื่อประโยชน์ในกรณีมรดก โดยกฎหมายฉบับนี้เปิดโอกาสให้สามารถทำการแก้ไขข้อผิดพลาดเช่น เวลาเกิด หรือแก้ไขในกรณีมีความคลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริง ซึ่งกรณีหลังจะสามารถทำได้ภายในสิบสองเดือนนับแต่จดทะเบียนในการเปลี่ยนชื่อเด็ก อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงการกำหนดเพศเด็กไว้ในตัวกฎหมายแต่เจ้าหน้าที่ทะเบียนจะพิจารณาเพศสรีระเป็นหลัก (Biological Sex) และจะไม่มีเปลี่ยนแปลงด้วยการยกเหตุประเด็นเรื่องเพศทางจิตวิทยา (Psychological Sex) หรือแม้กระทั่งการเปลี่ยนเพศเป็นเพศตรงข้ามกับเพศสรีระซึ่งติดตัวแต่กำเนิด

ด้วยเหตุดังกล่าว Mr. Rees จึงไม่สามารถเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อในใบสูติบัตรอังกฤษ และไม่สามารถที่จะสมรสกับผู้มีเพศสรีระเป็นหญิงและนิยามตนว่าเป็นเพศหญิงภายใต้กฎหมายอังกฤษได้ เนื่องจากกฎหมายของประเทศอังกฤษให้คำนิยามการสมรสว่าเป็นการอยู่ร่วมกันโดยสมัครใจของผู้มีเพศสรีระแต่กำเนิดเป็นชายและหญิงไม่รวมถึงกลุ่มอื่นๆ และหากมีประเด็นว่าการสมรสนั้นถูกต้องหรือไม่สูติบัตรจะถูกนำมาใช้เป็นหลักฐานในการระบุเพศของผู้ที่จะทำการสมรส

หลังจากนั้นเขาจึงได้ยื่นคำร้องไปยังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยอ้างสองประเด็นคือประการแรกนั้นเขาไม่สามารถจะเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อ เขาจึงไม่สามารถจะทำการสมรสกับเพศหญิงได้ ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 8 สิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว โดยศาลตีความประเด็นนี้ว่าประเทศอังกฤษไม่ได้มีการละเมิดสิทธิดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า แม้กฎหมายอังกฤษจะยอมให้ประชาชนสามารถเลือกคำนำหน้านามและชื่อได้ตามต้องการแต่ไม่ได้ครอบคลุมวัตถุประสงค์มีแต่มีบางอย่างที่กฎหมายก็ยังพิจารณาว่าเขายังเป็นผู้หญิงอยู่ เช่น ประเด็นเรื่องการทำงาน ประเด็นเกี่ยวกับเงินบำนาญ และการสมรส

ในส่วนมาตรา 12 แห่งปฎิญญายุโรป ซึ่งระบุว่าชายและหญิงซึ่งอายุที่จะสามารถทำการสมรสกันได้มีสิทธิที่จะแต่งงานและสร้างครอบครัว เมื่อพิจารณากฎหมายภายในต่างๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิดังกล่าว ศาลให้ความเห็นว่า

“สิทธิในการสมรสเป็นการอ้างถึงการสมรสตามแบบประเพณีระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระติดตัวแต่กำเนิดต่างกัน (Opposite Biological Sex) และโดยตัวถ้อยคำภายใต้มาตราดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนว่ามาตรา 12 เน้นไปที่การคุ้มครองการสมรสในฐานะะเบียดต้นของการก่อตั้งครอบครัว ซึ่งการใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวต้องพิจารณากฎหมายภายในของรัฐที่สัญญาได้เกิดขึ้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงยืนยันตามแนวทางการตัดสินของศาลภายในประเทศ”

ดังนั้นเมื่อแนวคิดหลักของศาลเกี่ยวกับการสมรสคือการเป็นคู่รักต่างเพศเป็นเงื่อนไขสำคัญ คู่รักเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสจึงใช้วิธีอื่นๆ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองในทางกฎหมาย เช่นการใช้วิธีรับคู่รักที่เป็นเพศเดียวกันฝ่ายหนึ่งให้เป็นบุตรบุญธรรม เพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางกฎหมายโดยให้รูปแบบที่เรียกว่า การรับบุตรบุญธรรมแบบทั่วไป (Adoption Simple) โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมในรูปแบบนี้ระบุไว้ในมาตรา 360¹³ ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยจะยินยอมให้บุคคลสามารถรับบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมได้โดยไม่พิจารณาอายุของผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรม และหากบุคคลอายุเกินกว่าสิบสามปีสามารถให้ความยินยอมเป็นการส่วนตัวได้ โดยจะมีคณะกรรมการที่เรียกว่า Tribunal de Grande เป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตหรือไม่โดยจะพิจารณาคณะสมบัติและหลักฐานต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นที่แน่ใจว่าการรับบุตรบุญธรรมครั้งนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมมากที่สุด¹⁴ ซึ่งก็เคยมีกรณีที่

¹³ Article 360 Code Civil of France

¹⁴ Article 353 Code Civil of France

Tribunal de Grande เคยปฏิเสธคำร้องในการที่ผู้ชายคนหนึ่งจะรับผู้ชายอีกคนเป็นบุตรอันเนื่องมาจากเป็นที่สงสัยและเชื่อได้ว่าทั้งสองมีพฤติกรรมทางเพศเป็นคู่รักเพศเดียวกันโดยศาลให้เหตุผลว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ถูกรับบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ยังให้เหตุผลต่อไปว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อเป้าหมายของสถาบันดังกล่าว¹⁵

นอกจากนี้ยังมีความพยายามอื่นในการทำให้คู่รักเพศเดียวกันได้รับสิทธิในทางกฎหมายเช่นรับรองความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในระดับเมือง โดยนายกเทศมนตรีในบางพื้นที่มีการใช้อำนาจในทางปกครองในการกำหนดใบรับรองการอยู่ร่วมกัน (Certificats de Vie Commune หรือ Cernicats de Conbunage)¹⁶ ซึ่งจะได้ให้คู่รักเพศเดียวกันเกิดสิทธิบางอย่าง แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกา (Court de Cassation) ก็ได้มีคำตัดสินซึ่งเป็นการให้คำนิยามคำว่า “การอยู่ร่วมกัน” จากคดี Velela v. Weil ว่าสิทธิในทางกฎหมายที่เกิดจากการอาศัยอยู่ร่วมกันออกมาว่าคู่รักที่เป็นเพศเดียวกันจะไม่ได้รับการคุ้มครองในทางกฎหมายในลักษณะที่คู่รักต่างเพศที่อาศัยอยู่ร่วมกันได้รับ¹⁷

จากกรณีต่างๆ ที่ได้ยกมาจะทำให้เห็นถึงความพยายามของคู่รักซึ่งมีเพศวิถีแบบคนรักเพศเดียวกันที่จะทำให้พวกเขาหรือเธอมีตัวตนภายใต้กฎหมาย และยังทำให้เห็นถึงฐานคิดเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการก่อตั้งครอบครัว ว่าจะต้องเกิดจากคู่รักที่เป็นคู่รักต่างเพศเท่านั้น และในส่วนต่อไปจะพิจารณากฎหมายฉบับที่สำคัญฉบับหนึ่งของประเทศฝรั่งเศสที่รับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันอย่างเป็นทางการโดยกฎหมายดังกล่าว

¹⁵ Claudin Richards, “The Legal Recognition of Same-sex Marriage- The French Perspective” International & Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press: 2013, p 309.

¹⁶ Ibid., p. 314

¹⁷ Case Velela v. Weil Cited in Borrillo Danail, “Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France Question of Modernity” Yale Journal and Feminist : 2005, p 90.

คือกฎหมายที่มีชื่อว่า PACs

ความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตภายใต้ PACs

PACs เป็นกฎหมายฉบับแรกในระดับรัฐของฝรั่งเศสซึ่งยินยอมรับในสิทธิในทางกฎหมายของคู่รักที่เป็นเพศเดียวกันให้สามารถจดทะเบียนยืนยันว่าพวกเขา/เธอ ได้อาศัยภายใต้ชายคาาร่วมกัน ในห้วงเวลาดังกล่าวกฎหมายฉบับนี้ทำให้เกิดข้อขัดแย้งกันอย่างรุนแรงในรัฐสภาของประเทศฝรั่งเศส แม้ภายหลังเมื่อกฎหมายฉบับนี้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภาก็มีการรวมกลุ่มของสมาชิกที่ไม่เห็นด้วยร่วมมือกันเพื่อยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 กฎหมายฉบับนี้ก็ได้มีการบังคับใช้อย่างเป็นทางการในสมัยประธานาธิบดี ชาร์ค ชีรัก (Jaques Chirac)¹⁸

โดยลักษณะของกฎหมายฉบับนี้คือ จะเน้นไปที่บุคคลที่อาศัยร่วมกันไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตามซึ่งได้แบ่งที่อยู่อาศัยร่วมกัน¹⁹ โดยบุคคลจะมีสัญญาฉบับหนึ่งซึ่งพวกเขามีอิสระที่จะก่อร่างชีวิตร่วมกัน สัญญาดังกล่าวจะระบุว่าทั้งคู่จะผูกพันกันด้วยเพียงเท่าที่ PACs กำหนด หรือว่ากำหนดรายละเอียดอย่างอื่นเพิ่มเติมก็ได้ ซึ่งผลในทางกฎหมายจะทำให้คู่สมรสเกิดสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูกัน แต่ไม่ได้ เคร่งครัดเหมือนกรณีการสมรส คือผู้ที่จดทะเบียนนั้นสามารถเลือกได้ว่าจะช่วยเหลือกันด้านใดบ้าง²⁰ สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่ง²¹ การจดทะเบียน PACs จะทำให้เกิดสิทธิทางสวัสดิการสังคมในมิติต่างๆ เช่น กรณีของประกันสังคม คู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนจะได้รับสิทธิ

¹⁸ Claudin Richards, Ibid., p. 315

¹⁹ Art 515-3 ,Code Civil of France

²⁰ Art 515-4 , Ibid.

²¹ Art 515-5 , Ibid.

ทางประกันสังคมโดยไม่ชักช้า²² หากว่าคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งได้อยู่ในระบบสวัสดิการดังกล่าว PACs เป็นเงื่อนไขข้อหนึ่งที่จะทำให้ได้รับอนุญาตให้พำนักในประเทศฝรั่งเศสได้สำหรับคู่จดทะเบียนฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่ใช่คนฝรั่งเศส²³ และในส่วนของกรณีการสิ้นสุดความสัมพันธ์ภายใต้ PACs จะเกิดขึ้นได้ 2 วิธีคือโดยการประกาศของทั้งสองฝ่าย และโดยการตัดสินใจฝ่ายเดียวซึ่งในกรณีดังกล่าวสัญญาจะสิ้นสุดเมื่อมีสิ่งการแจ้งเตือนไปให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งโดยการสิ้นสุดจะมีผลนับไปอีกสามเดือนนับแต่มีการแจ้งเตือนดังกล่าว²⁴

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการจดทะเบียน PACs จะให้สิทธิในการคุ้มครองในทางกฎหมายต่างๆ แก่คู่รักเพศเดียวกันอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน แต่กฎหมายฉบับนี้ในแง่การปฏิบัติก็ยังไม่ได้ให้สิทธิที่เท่าเทียมกันกับคู่รักที่ทำการสมรสกัน เช่นในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งสามารถลางานมาร่วมงานศพได้สองวัน ในขณะที่คู่รักต่างเพศนั้นลาได้ 4 วัน²⁵ หรือกรณีการสมรสจะเป็นเงื่อนไขทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับสัญชาติหากได้ไปแจ้งที่ธุรการของศาลในพื้นที่ซึ่งคู่สมรสได้อาศัยร่วมกันมาภายหลังหนึ่งปีแล้ว แต่คู่รักที่ได้จดทะเบียน PACs นั้น ได้เพียงสิทธิในการอาศัยในประเทศฝรั่งเศส²⁶ แม้แต่ประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรม คู่ชีวิตที่ได้จด PACs ก็ไม่สามารถที่จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ หรือจดทะเบียนรับบุตรของคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมร่วมได้ และไม่สามารถเข้าถึงบริการในทางการแพทย์เพื่อช่วยเหลือในการมีบุตรได้²⁷ นอกจากนี้ก็ไม่ได้รวมถึงการเป็นทายาทโดยธรรมและการได้รับบำนาญเลี้ยงชีพของอีกฝ่าย จะเห็นได้ภายใต้ข้อจำกัดและความไม่เท่าเทียมกันดังกล่าว อาจสะท้อนให้เห็นสถานะที่ต่ำกว่าของความสัมพันธ์

²² Art L161-14 para 1 Code de la sécurité sociale.

²³ Ibid

²⁴ Art 515-7 Code Civil of France

²⁵ Art L226-1 para 2 Code du travail.

²⁶ Arts 21-2 and 26-1 and 515-3 Code civil.

²⁷ Art L 152-2 Code de La Santé Publique

แบบคู่รักเพศเดียวกันภายใต้กฎหมายเช่นนี้ได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อแบ่งความสัมพันธ์ต่างๆ ของคนที่มาอยู่ร่วมกันออกเป็นชั้นๆ (Conjugal Hierarchy) เราจะพบว่าการสมรส²⁸ อยู่บนยอดของการความสัมพันธ์ที่กฎหมายรับรองในลักษณะต่างๆ กล่าวคือได้รับสิทธิและการคุ้มครองที่มากกว่าการรับรองสิทธิในความสัมพันธ์แบบอื่นๆ และภายใต้ช่วงชั้นดังกล่าวนี้ได้แสดงถึงฐานคิดซึ่งทำหน้าที่สนับสนุนการให้เหตุผลในทางการเมือง (Political Justification) การวิเคราะห์ช่วงชั้นดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาที่ฐานคิดซึ่งถูกนำมาใช้ในแบ่งช่วงชั้นนั้นคือเพศวิถี ซึ่งจะพบว่าแท้ที่จริงแล้วข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบธรรมของการสมรสในเพศเดียวกัน ได้วางรากฐานบนหลักที่ว่า เพศวิถีของคนรักต่างเพศและเพศวิถีของคนรักร่วมเพศเดียวกันนั้นมีคุณค่าที่แตกต่างกัน เมื่อเหตุผลในทางการเมืองเริ่มจากฐานคิดดังกล่าว สิทธิในการแต่งงานก็สามารถเข้าถึงได้เพียงปฏิบัติการทางเพศที่มีลักษณะจำเพาะเจาะจง (Sexual Practice) เฉพาะเพศวิถีของคนรักต่างเพศ อันสะท้อนให้เห็นว่าอันที่จริงแล้วการแบ่งลำดับชั้นในความสัมพันธ์ที่ของรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันก็เป็นไปในทางเดียวกันกับแบ่งช่วงชั้นในเพศวิถี (Sexual Hierarchy) ซึ่งภายใต้ช่วงชั้นดังกล่าวเพศวิถีแบบคู่รักต่างเพศจึงมีความชอบธรรมที่สุด²⁹ ดังนั้นจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตภายใต้ PACs เป็นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับคู่รักเพศเดียวกันในการแสวงหาความเท่าเทียม

จากPACs สู่ Le Mariage aux Couples de Personnes de Même Sexe (Same-Sex Marriage)

การทำทนายต่อแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องสมรสในประเทศฝรั่งเศสครั้งแรกในวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ.2004 โดยผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดีจาก

²⁸ ในห้วงเวลาดังกล่าวนั้นการสมรสในประเทศฝรั่งเศสยังคงจำกัดไว้ให้กับคู่รักต่างเพศเท่านั้น

²⁹ Borrillo Danail, "Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France Question of Modernity, Yale Journal and Feminist : 2005, p 92.

พรรค Green คือนาย Nol Mamre ซึ่งได้จัดพิธีแต่งงานให้กับผู้ชายสองคนชื่อ Bertrand Charpentier และ Stphane Chapin โดยการตีความว่า เนื่องจากในกฎหมายแพ่งไม่ได้กำหนดว่าการสมรสจะต้องกระทำโดยชายและหญิงเท่านั้น เพราะมาตรา 144 ประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดเพียงอายุของชายและหญิงที่จะสามารถทำการสมรสกันเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดว่าหากเป็นผู้ชายสองคนหรือผู้หญิงสองคนจะไม่สามารถทำการสมรสกันได้ ซึ่งการกระทำของนาย Nol Mamre มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดการถกเถียงกันในประเด็นดังกล่าวอย่างจริงจัง และบังคับให้นักการเมืองของประเทศฝรั่งเศสต้องออกมาแสดงความเห็นต่อเรื่องดังกล่าว ซึ่งก็ส่งผลให้เกิดการถกเถียงกันอย่างน่าสนใจ ผลที่ตามมาทำให้นาย Mamre's gesture รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ให้ความเห็นว่าการสมรสของคนเพศเดียวกัน จะต้องถูกพิจารณาให้ตกเป็นโมฆะ และขอให้ศาลใช้อำนาจแทรกแซงเพื่อยุติพิธีดังกล่าว³⁰ หลังจากนั้นในวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.2004 ศาลก็ได้ตัดสินให้การสมรสดังกล่าวตกเป็นโมฆะ³¹ พนักงานอัยการให้ความเห็นว่าการเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายจำเป็นต้องใช้กับบุคคลที่เพศสรีระที่แตกต่างกัน ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวก็เห็นด้วยกับความเห็นและมีคำตัดสินว่า "การตัดสินนี้จะส่งผลไปถึงหน้าที่ของการสมรสซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะถูกพิจารณาว่าเป็นจุดเริ่มต้นของครอบครัว"³²

ฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมายให้คนรักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้ ในวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ.2013 โดยการอนุญาตให้คนรักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายอย่างมากในฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกฎหมายครอบครัว มีการเปลี่ยนถ้อยคำในตัวบทและเพิ่มเติมบางมาตรา เช่น มีการเพิ่มเติมคำจำกัดความการสมรสให้เปิดกว้างและชัดเจนมากขึ้นเช่น มาตรา 143 ให้ความหมายของการสมรสว่าเป็น

³⁰ Ibid p. 94-95

³¹ T.G.I. Bordeaux, 1e ch. civ., July 27, 2004 (unpublished)

³² Ibid.

สัญญาที่เกิดขึ้นโดยคนสองคนไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกัน³³ หรือตัวบทใดที่มีการกำหนดให้เพศเป็นเงื่อนไขสำคัญในการจดทะเบียนสมรสดังเคยกำหนดในมาตรา 144 ในกฎหมายครอบครัวซึ่งกำหนดในประเด็นอายุของชายและหญิงก็ตัดคำบังคับออก³⁴ ยิ่งไปกว่านั้นการผ่านกฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลให้คู่รักที่เป็นเพศเดียวกันเกิดสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน เช่น กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เพิ่มเติมกฎหมายแพ่งมาตรา 360 ให้เด็กที่ก่อนหน้านี้เป็นบุตรบุญธรรมของฝ่ายหนึ่งแล้ว ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบการรับบุตรแบบทั่วไป หรือแบบเต็มที่สามารถจะถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมอีกครั้งโดยคู่สมรสของอีกฝ่ายหนึ่งในรูปแบบทั่วไป³⁵ หรืออีกกรณีการเพิ่มเติมมาตรา 374-1 วรรค 2 ซึ่งเดิมได้กำหนดเพียงว่าหากเกิดกรณีที่ความเป็นอยู่ของเด็กเป็นประเด็นพิจารณา ศาลจะต้องเป็นผู้กำหนดรายละเอียดว่าเด็กกับบุคคลที่สามมีความสัมพันธ์หรือไม่ จะต้องเพิ่มรายละเอียดเพิ่มเติมไปว่า ในกรณีที่บุคคลที่สามนั้นได้เข้ามาพำนักอย่างถาวรกับเขา/เธอร่วมกันกับผู้ปกครองของเขา/เธอคนใดคนหนึ่ง หากว่าบุคคลที่สามได้ให้การศึกษา ให้การดูแล มีอำนาจในการดูแลแทนผู้ปกครอง และผูกพันกับเขา/เธอในแง่ของความรู้สึก³⁶ นอกจากนี้การอนุญาตให้คนรักเพศเดียวกันสมรสกันได้ ก็ทำให้พวกเขา/เธอ มีสิทธิที่เท่าเทียมทุกประการในทางกฎหมายกับคู่สมรสที่เป็นคู่รักต่างเพศ และเพิ่มเติมสิทธิที่ขาดหายหากพวกเขา/เธอจดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันภายใต้ PACs

อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถทำการสมรสกันได้ทำให้เกิดผลสะท้อนที่คาดไม่ถึง เกิดการปะทะกันระหว่างผู้ชุมนุมประท้วงเพื่อคัดค้านกฎหมายฉบับดังกล่าวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและมีการทำร้ายร่างกายคนรักเพศเดียวกันมากขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เช่นในกรณีของ Wilfred de

³³ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - Article 1

³⁴ Ibid.

³⁵ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - article 8

³⁶ Ibid., Art. 9

Bruijn ซึ่งถูกทำร้ายร่างกายขณะที่เดินทางกลับบ้านไปพร้อมกับคู่รักของเขา ซึ่งได้มีการเผยแพร่ภาพหลังจากที่เขาถูกทำร้ายทั่วไปในสังคมออนไลน์³⁷ จนนำมาสู่คำถามประการหนึ่งว่าระดับของการยอมรับของประเทศฝรั่งเศสแท้ที่จริงแล้วอยู่ที่จุดใด³⁸ ยิ่งไปกว่านั้นเกิดการรวมกลุ่มผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายการสมรสของคนเพศเดียวกันภายใต้แนวทางการเคลื่อนไหวหลักที่ชื่อ Manif Pour Tout (March for All) ผู้ที่ชุมนุมโดยส่วนใหญ่ประกอบด้วย กลุ่มคาทอลิก ผู้ที่สนับสนุนกลุ่มอนุรักษ์นิยม กลุ่มผู้เข้าร่วมการคัดค้านภายใต้แผนดังกล่าวนี้ให้เหตุผลที่น่าสนใจประการหนึ่งว่า พวกเขาไม่ได้ต่อต้านความสัมพันธ์ของคนรักเพศเดียวกัน (Same-sex Relation) หากแต่พวกเขาต่อต้านการสมรสของคนรักเพศเดียวกัน (Same-Sex Marriage)³⁹ แต่ประเด็นหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาจากผู้ต่อต้านและเป็นประเด็นใหญ่คือ การรับบุตรบุญธรรมของคนรักเพศเดียวกันซึ่งทำให้เห็นว่า การแต่งงานจริงๆ แล้วมีมิติอื่นๆ ที่ทับซ้อนกันมากกว่าการอนุญาตให้คนสองคนสมรสกัน

มีคดีซึ่งอาจสะท้อนให้เห็นวิถีคิดของศาลฝรั่งเศสที่มีต่อคู่รักเพศเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรม คดีดังกล่าวเกี่ยวกับการปฏิเสธการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่รักเพศเดียวกันและเรื่องได้ขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้แก่ คดี Gas และ Dubois V. France⁴⁰ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้ ข้อเท็จจริง Valrie Gas และ Natalie Dubois สัญชาติฝรั่งเศสพวกเธอเป็นคู่รักหญิงรักหญิง ทั้งคู่ได้อาศัยอยู่ร่วมกันตั้งแต่ปี 1989 ในปี 2000 Natalie Dubois ได้ให้กำเนิดลูกสาวในเมืองเบลเยียมโดยการผ่านการบริจาคเชื้ออสุจิ ทำให้บุตรสาวของ

³⁷ “Anti-Gay Marriage Rally Keeps Debate Alive in France” [Online]. Available www.channel4.com/news/anti-gay-marriage-rally-keeps-debate-alive-in-france (22 July 2013)

³⁸ “Understanding France’s Marriage Battle”, [Online]. Available www.usnews.com/opinion/blogs/world-report/2013/07/09/frances-politicization-of-gay-marriage-and-gay-adoption (22 July 2013)

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Case Gas and Dubois V. France, Application no. 25951/07, European Court of Human Right.

เธอไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายกับพ่อของเด็กซึ่งเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิ เด็กคนดังกล่าวได้อาศัยในบ้านที่ผู้ยื่นคำร้องทั้งสองได้เป็นเจ้าของร่วมกัน (Shared Home) ในวันที่ 22 กันยายน ใน ค.ศ.2000 ชื่อของเธอก็ได้เข้ามาสู่ข้อมูลสำมะโนมีประชากรของประเทศฝรั่งเศสโดยมี Natalie Dubois เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว 15 เมษายน ค.ศ.2002 ผู้ยื่นคำร้องทั้งสองคนก็ได้จดทะเบียนคู่อภิเษก (Civil Partnership) และ 3 มีนาคม ค.ศ.2006 Valrie Gas ได้ยื่นคำร้องไปยัง Tribunal de Grande เพื่อรับบุตรของคู่อภิเษกอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม หลังจากที่คู่อภิเษกของเธอได้ให้ความยินยอม ต่อมาคำร้องของเธอได้ถูกปฏิเสธโดยพนักงานอัยการโดยมาตรา 365 ประมวลกฎหมายแพ่ง⁴¹ซึ่งระบุว่า

“สิทธิต่างอันเกี่ยวเนื่องกับหน้าที่ของผู้ปกครองนั้นจะเป็นของผู้รับบุตรบุญธรรมแต่เพียงผู้เดียว โดยสิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิที่จะให้ความยินยอมในการทำการสมรสของบุตรบุญธรรม เว้นแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะได้ทำการสมรสกับบิดาหรือมารดาของบุตรบุญธรรมนั้นโดยในกรณีดังกล่าวนั้นจะทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและคู่สมรสมีอำนาจในการปกครองร่วมกัน แต่คู่สมรสดังกล่าวยังคงต้องใช้อำนาจเพียงลำพังหากคู่สมรสมิได้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ของ Tribunal de Grande เพื่อสามารถใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้”

ต่อมาในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.2006 Tribunal de Grande ได้พิจารณาเงื่อนไขในทางกฎหมายแล้วเห็นว่าแม้ว่าเงื่อนไขในทางกฎหมายครบถ้วนแล้วและได้แสดงให้เห็นแล้วว่าผู้ยื่นคำร้องได้ร่วมกันเลี้ยงดูบุตร และได้ให้การดูแลลูกสาว แต่ศาลก็ปฏิเสธคำร้องโดยฐานคิดที่ว่า คำร้องขอรับบุตรบุญธรรมจะทำให้เกิดการบังคับใช้ที่ขัดกับเจตนาของผู้ยื่นคำร้องและประโยชน์ของเด็ก โดยการเปลี่ยนความรับผิดชอบในฐานะผู้ปกครองไปสู่ผู้รับบุตรบุญธรรมและพหุสิทธิในความสัมพันธ์ของมารดากับบุตร และเมื่อพวกเขาได้ยื่นอุทธรณ์ไปจนถึงศาลสูง ศาลสูงก็ปฏิเสธการยื่นอุทธรณ์ของพวกเขา เมื่อพวกเขายื่นฟ้อง

ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีคำตัดสินว่าสิทธิในครอบครัวที่ได้รับการคุ้มครองโดยศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้หมายถึงสิทธิที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในการรับบุตรบุญธรรมระหว่างคู่อภิเษกของผู้ปกครองกับตัวเด็ก และศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งข้อสังเกตว่าตัวกฎหมายได้ถูกเลือกอย่างตั้งใจในการที่จะจำกัดสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมแบบทั่วไป (Adoption Simple) เฉพาะคู่สมรสเท่านั้น

หลังจากนั้นพวกเขาได้ยื่นคำร้องต่อไปยังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าพวกเขาถูกเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) เนื่องจากไม่มีมาตรการในทางกฎหมายที่อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตร หรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ เมื่อพิจารณามาตรา 14 ของอนุสัญญา⁴² ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในครอบครัว ภายหลังศาลก็มีคำตัดสินยืนยันตามศาลภายในประเทศโดยให้ความเห็นว่า

“การยินยอมให้มีการจดทะเบียนร่วมกันในการรับบุตรบุญธรรมนั้น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิในความเป็นผู้ปกครองไปสู่การเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งอาจไม่ใช่ประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก (Best Interests of Children) และเมื่อพิจารณามาตรา 365 ของประมวลกฎหมายแพ่งจะเห็นว่า ได้ระบุให้อำนาจในฐานะผู้ปกครองร่วมกันสำหรับกรณีการรับบุตรบุญธรรมกรณีทั่วไป จะต้องเป็นกรณีที่ทั้งคู่เป็นคู่สมรสกัน ซึ่งผู้ยื่นคำร้องทั้งสองคนไม่อาจทำได้เนื่องจากทั้งคู่ไม่สามารถจะทำการสมรสกันได้ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส การกระทำของฝรั่งเศสจึงไม่เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญายุโรป”

จากคดีดังกล่าวนี้จะทำให้เห็นประเด็นที่น่าสนใจว่ามุมมองของศาลเกี่ยวกับการเป็นครอบครัวที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรมที่สุด จะต้องเป็นครอบครัวแบบคู่รักต่างเพศซึ่งได้ทำการสมรสกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้นเมื่อครอบครัวแบบคู่รักเพศเดียวกันนั้นไม่สามารถจะทำการสมรสกันได้จึงทำให้เกิดข้อสันนิษฐานประการหนึ่ง

⁴¹ Art 365 Civil Code of France

⁴² Article 14 European Human Right Convention

ว่าไม่ควรจะเป็นครอบครัวที่สมบูรณ์และเหมาะสมกับเด็ก ซึ่งประเด็นดังกล่าวกลุ่มคัดค้าน Manif pour Tout ก็ได้ชูประเด็นเรื่องสิทธิของเด็กในการรับบุตรบุญธรรมโดยให้เหตุผลว่าการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่สมรสใน ความหมายของคู่รักต่างเพศนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ที่ไม่แตกต่างกับคู่สามีภรรยาที่ให้กำเนิด และการรับบุตรบุญธรรมนั้นเป็นวิธีการที่จะมอบ ครอบครัวให้กับเด็กไม่ใช่การมอบเด็กให้กับผู้ใหญ่ไม่ว่าเขาจะเป็นใครจะเป็นคู่รักต่างเพศหรือเพศเดียวกัน⁴³ อย่างไรก็ตามผลของการเลี้ยงดูโดยคนรักเพศเดียวกันในฝรั่งเศสก็ยังไม่ชัดเจนว่าส่งผลอย่างไร⁴⁴

ประเด็นต่อมาที่กลุ่มคาทอลิกออกมาต่อต้านกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ออกมาให้ข้อมูลว่าจะพยายามล้มล้างกฎหมายดังกล่าวโดยจะปรับเปลี่ยนรัฐธรรมนูญให้กำหนดให้การสมรสนั้นจะต้องเป็นไปโดยชายและหญิงเท่านั้น และจำต้องพิจารณาสิทธิของเด็กตามอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รู้ถึงตัวและได้รับการดูแลโดยบิดามารดา⁴⁵

แต่ในขณะเดียวกันแม้ว่าหลายประเทศมีการอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถจะสมรสกันตามกฎหมายได้ แต่ความอดทนอดกลั้น (Tolerance) ของแต่ละประเทศก็มีข้อแตกต่างกันไปโดยงานศึกษาของ Sarah K. Mazzochi⁴⁶ ซึ่งได้พิจารณาสถานการณ์ทั่วโลกเพื่อสรุปสาเหตุที่ทำให้เรื่องการสมรสใน

⁴³ "The Heart of The Matter", [Online] Available www.lamanifpourtout.fr/en/why/the-heart-of-the-matter (22 July 2013)

⁴⁴ Louis DeSerres, "Report on the Family and the Rights of Children: Executive Summary, French National Assembly" (Mar. 8, 2006), http://www.vtmarrriage.org/resources/french_rpt_summary.pdf, cited in Sarah K. Mazzochi The Great "Debate: Lessons to Be Learned from An International Comparative Analysis on Same-sex Marriage", Roger Williams University Law Review : Fall 2010, p. 590

⁴⁵ "Keep Up Battle against Same-sex Marriage , Urges Catholic Leader" [Online]. Available www.catholicherald.co.uk/news/2013/06/10/french-catholic-leader-calls-for-continued-opposition-to-same-sex-marriage/ (22 July 2013)

⁴⁶ Sarah K. Mazzochi The Great "Debate: Lessons to Be Learned from An International Comparative Analysis on Same-sex Marriage", Roger Williams University Law Review : Fall 2010, p. 605

เพศเดียวกันเป็นที่ยอมรับในบางพื้นที่แต่กลับไม่เป็นที่ยอมรับในอีกหลายพื้นที่ โดยสาเหตุดังกล่าวได้แก่ การกลายเป็นเมือง (Urbanization) อำนาจทางศาสนา (Religion) และการต่อต้านความเป็นตะวันตก (Anti-Westernism)

ซึ่งในกรณีของประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าที่ผ่านมาจะมีการคุ้มครองสิทธิบางประการ เช่น การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายแรงงาน แต่ก็จะมีการไม่ให้สิทธิในบางประเด็น เช่น ไม่ยินยอมให้จดทะเบียนสมรส หรือรับบุตรบุญธรรม Mazzochi ได้วิเคราะห์ว่าในรัฐที่มีการเชื่อมโยงของศาสนาเข้ากับประเด็นทางการเมืองเช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการยินยอมให้มีการจดทะเบียนสมรสของคนรักเพศเดียวกันในฝรั่งเศสจึงส่งผลต่อผู้ที่คัดค้านอย่างคาดไม่ถึงถึง

บทวิเคราะห์

จากเหตุการณ์การชุมนุมประท้วงในครั้งใหญ่ต่อประเด็นเรื่องการสมรสในเพศเดียวกันของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่โดยทั่วไปแล้วเชื่อกันว่าเป็นประเทศที่มีเสรีภาพทางเพศมากที่สุดประเทศหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการยอมรับความสัมพันธ์ของคนเพศเดียวกันตั้งแต่ช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้ PACs ซึ่งยินยอมให้คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนในรูปแบบคู่ชีวิตจนกระทั่งท้ายที่สุดประเทศฝรั่งเศสยินยอมให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้ตามกฎหมาย ก็จะทำให้เห็นว่าฐานคิดเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวในความหมายของศาลก็อยู่ในกรอบของความสัมพันธ์แบบคู่รักต่างเพศ (Heterosexuality) ถึงแม้ว่าตัวประเทศฝรั่งเศสเองนั้นจะได้ขจัดอำนาจของศาสนจักรออกจากรัฐอย่างสิ้นเชิงไปแล้ว

ต่อมามีการประกาศใช้ PACs ซึ่งเป็นรูปแบบการจดทะเบียนแบบคู่ชีวิตซึ่งยินยอมให้คู่รักสามารถจดทะเบียนเพื่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายต่อกันได้โดยไม่พิจารณาเพศของผู้ที่จดทะเบียนร่วมกัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังจำกัดสิทธิบางประการและจากมุมมองของศาลที่มีต่อประเด็นเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตซึ่งจากคดีของ Gas และ

Dubois v. France ซึ่งเป็นเรื่องการขอรับบุตรบุญธรรมร่วมเพื่อให้เกิดสิทธิในการดูแลร่วมกันนั้นคำตัดสินของศาลก็ยังสะท้อนให้เห็นว่า แท้ที่จริงแล้วครอบครัวของคนรักเพศเดียวกันแม้ว่าจะมีกฎหมายรับรองสถานะของพวกเขาแล้ว ก็ยังเป็นครอบครัวที่ขาดพร่องและไม่สมบูรณ์ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เต็มที่กับเด็กที่จะเข้ามาเป็นบุตรบุญธรรม

ในท้ายที่สุดเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายที่ยินยอมให้คนรักเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้อย่างสมบูรณ์ซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันทุกประการกับคู่สมรสที่เป็นคู่รักต่างเพศซึ่งได้ทำการสมรสกัน แต่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งกันขึ้นอย่างคาดไม่ถึง โดยประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งถูกหยิบยกขึ้นมาในการต่อต้านกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้น คือการรับบุตรบุญธรรมซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้จะทำให้คู่รักเพศเดียวกันซึ่งไม่สามารถจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมร่วมกันหากอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์แบบ PACs รับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ประเด็นดังกล่าวชี้ชวนให้เห็นได้ว่า หากพูดถึงสิ่งที่เรียกว่าการสมรสเราอาจไม่สามารถที่จะคิดแต่เพียงว่าเป็นเรื่องของบุคคลสองคนที่สังคมจะต้องทำความเข้าใจ แต่อาจหมายถึงประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องตามมาหลังจากที่สามารถทำการสมรสกันได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวประเทศฝรั่งเศสอาจเป็นบทเรียนที่น่าสนใจสำหรับเหตุการณ์ดังกล่าว และยังทำให้เห็นว่าหนทางในการเข้าสู่ความเสมอภาคระหว่างเพศบนรากฐานของความเข้าใจยังเป็นหนทางที่ยังคงยาวไกล ๕

บรรณานุกรม

- Borrillo Danail, “Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France Question of Modernity”, *Yale Journal and Feminist* : 2005, p. 89-97.
- Claudina Richards “ The Legal Recognition of Same-sex Couples: The French Perspective”, *International & Comparative Law Quarterly* : 2002, p. 305-324.
- Sarah K. Mazzochi The Great “Debate: Lessons to Be Learned from An International

Comparative Analysis on Same-sex Marriage”, *Roger Williams University Law Review* : Fall 2010, p. 577-607

ข้อมูลออนไลน์

- “Anti-Gay Marriage Rally Keeps Debate Alive in France”, [Online]. Available www.channel4.com/news/anti-gay-marriage-rally-keeps-debate-alive-in-france (22 July 2013)
- Burrell Romain, “How will France be Recociled after This Nasty War over Gay Marriage?”, [Online]. Available www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/apr/25/gay-marriage-france (22 July 2013)
- “Poll Shows 63 Percent of French Back Gay Marriage”, [Online]. Available www.reuters.com/article/2013/01/26/us-france-marriage-poll-idUSBRE90P0HL20130126 (23 July 2013)
- “Same-sex Marriage: French Parliament Approves New Law”, [Online] Available www.bbc.co.uk/news/world-europe-22261494 (22 July 2013)
- “Understanding Franc’s Marriage Battle”, [Online] Available www.usnews.com/opinion/blogs/world-report/2013/07/09/frances-politicization-of-gay-marriage-and-gay-adoption (22 July 2013)
- “The Heart of The Matter”, [Online] Available www.lamanifpourtous.fr/en/why/the-heart-of-the-matter (23 July 2013)
- “Keep Up Battle against Same-sex Marriage , Urges Catholic Leader”, [Online] Available www.catholicherald.co.uk/news/2013/06/10/french-catholic-leader-calls-for-continued-opposition-to-same-sex-marriage/ (22 July 2013)

สภาพปัญหาความเสียเปรียบ ของกลุ่มความหลากหลายทางเพศ อันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมาย รับรองการสมรสในประเทศไทย¹

ภาณุพล มีอำนาจ²



บทคัดย่อ

ในต่างประเทศมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผลของการสำรวจสภาพปัญหา กลุ่มตัวอย่างจำนวน 20 คน พบว่าจำนวน 8 คนระบุว่าประสบปัญหาความเสียเปรียบ จำแนกได้เป็น 8 ลักษณะปัญหา ในขณะที่อีก 12 คนแม้จะไม่ประสบปัญหาแต่มีความเห็นว่าจะก่อให้เกิดปัญหาต่อการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในอนาคต และผลจากการวิจัยเอกสารพบปัญหาความเสียเปรียบทั้งในลักษณะอื่นๆ แสดงให้เห็นว่าบุคคลกลุ่มนี้ยังต้องเผชิญกับการปฏิบัติที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม อันเป็นผลมาจากข้อกฎหมายและระเบียบกฎเกณฑ์ของสถาบันต่างๆ

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าแบบอิสระ เรื่อง การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของกลุ่มความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย (การค้นคว้าแบบอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2555)

² นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ABSTRACT

In foreign countries enacted laws recognizing marriage or civil partnership registration between sexual diversity people. But at present Thailand still does not have any legal recognition of marriages of sexual diversity people. The in-depth interview revealed that 8 of the 20 sexual diversity interviewees confronted about 8 disadvantages. And the documentary research found some other disadvantages. This study showed that they still encounter disparate treatment from the dominant group of people as resulted by law and regulations of various institutions.

ครอบครัวถือเป็นหน่วยย่อยพื้นฐานของสังคมที่โดยปกติมักประกอบด้วยสามี ภรรยา และบุตร ซึ่งฐานะการเป็นครอบครัวเริ่มขึ้นเมื่อชายและหญิงได้ทำการสมรสกัน³ แต่ในปัจจุบันการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นสิ่งที่พบเห็นได้บ่อยครั้งในสังคมไทย ประกอบกับแนวความคิดและหลักการเรื่องความเสมอภาค สิทธิมนุษยชน และพัฒนาการขององค์ความรู้เกี่ยวกับเพศวิถี ได้นำไปสู่การให้ความคุ้มครองผู้มีความหลากหลายทางเพศจากการถูกเลือกปฏิบัติ ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง... เพศ...จะกระทำมิได้” และได้ปรากฏในบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญได้กำหนดว่า ความแตกต่างเรื่อง “เพศ” หมายรวมถึง “ความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศ” ด้วย⁴

อย่างไรก็ตาม กฎหมายในระดับรองของไทยหลายฉบับยังไม่สนับสนุน

³ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 1.

⁴ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, สภาว่ารัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 22-23.

หรือยอมรับในความเสมอภาคระหว่างผู้มีความหลากหลายทางเพศกับเพศหญิงชาย เป็นผลให้เกิดการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้มีความหลากหลายทางเพศหลายประการ รวมถึงสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสมรสซึ่งเป็นการเริ่มต้นของการสร้างความสัมพันธ์ในครอบครัวว่า การสมรสจะกระทำได้ระหว่างเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ดังนั้น การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมไม่สามารถกระทำให้อ้างอิงตามกฎหมายได้ และประสบกับสภาพปัญหาและความไม่เป็นธรรมในลักษณะต่างๆ จนนำมาซึ่งข้อเรียกร้องให้มีกฎหมายรับรองการสมรส แต่ต้องประสบกับการโต้แย้งเนื่องจากมีบุคคลจำนวนหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการมีกฎหมายดังกล่าว ในขณะที่หลายประเทศได้มีการออกกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว

แนวทางการรับรองการสมรสสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ปัจจุบันหลักสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับและใช้เพื่อสร้างความเสมอภาคสำหรับบุคคลอย่างทั่วถึงทุกกลุ่ม รวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้มีการพัฒนาหลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับผู้มีความหลากหลายทางเพศขึ้นมาในระดับสากล เช่น หลักการยกย่องการเท่าเทียม โดยหลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การเคารพสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญต่อการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยวางหลักการในทางปฏิบัติสำหรับรัฐภาคี จำนวน 29⁵ ข้อ นอกจากนี้ในหลายประเทศได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศแอฟริกาใต้

⁵ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, หลักการยกย่องการเท่าเทียม : ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551)

ประเทศสวีเดน⁶ เป็นต้น⁶ แสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศได้มีการยอมรับและคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวและการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อสร้างความเสมอภาคในการสมรสสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ใน 2 รูปแบบ ดังนี้

1. กฎหมายจดทะเบียนสมรสเพศเดียวกัน เป็นการรับรองการสมรสเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ⁷

2. กฎหมายจดทะเบียนความสัมพันธ์ เป็นกฎหมายที่รับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกฎหมายจดทะเบียนสมรส โดยมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปตามบทบัญญัติในแต่ละประเทศ

ผลของกฎหมายรับรองการสมรสทั้งสองลักษณะดังกล่าว ส่งผลให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับความคุ้มครองและมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งอาจจะเท่าเทียมหรือแตกต่างกับคู่สมรสต่างเพศ ทั้งนี้ เป็นตามกฎหมายภายในของประเศนั้นๆ เช่น

ประเทศแคนาดา ได้กำหนดว่าบุคคลเพศเดียวกันที่ได้ทำการสมรสตาม Civil Marriage Act 2000 ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเหมือนคู่สมรสชายหญิงทุกประการ⁸

ประเทศเยอรมัน ได้กำหนดสิทธิต่างๆ ไว้ตาม Life Partnership Act สำหรับคู่ความสัมพันธ์ ซึ่งแต่เดิมยังคงมีการยกเว้นสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในการ

⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, (กรุงเทพฯ : ศรีเมืองการพิมพ์, 2550), หน้า 143-149.

⁷ อนิรุต พิเสฏฐศลาชัย, "Civil Union ทางออกของ Same-sex Marriage ในนิวซีแลนด์", นิตยสารผู้จัดการ, กันยายน (2548).

⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 119.

รับบุตรบุญธรรมและสิทธิทางด้านภาษี ต่อมาจึงได้บัญญัติให้นำสิทธิและหน้าที่ทุกประการที่กำหนดไว้สำหรับคู่สมรสต่างเพศมาใช้กับคู่ความสัมพันธ์⁹

การรับรองการสมรสในประเทศไทย

ในขณะที่การสมรสในประเทศไทยนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์และสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสไว้ตามหลักกฎหมายครอบครัวซึ่งบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 โดยในส่วนของเงื่อนไขในการสมรสนั้น แม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่จากบทบัญญัติในมาตราที่กล่าวถึงเงื่อนไขการสมรส กฎหมายจะใช้คำว่า “ชายหญิง” แสดงให้เห็นว่าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหญิง จะเป็นบุคคลเพศเดียวกันไม่ได้¹⁰

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเนื่องจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรส โดยหวังว่าผลการศึกษาจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นและอาจนำไปสู่การยุติข้อถกเถียงเรื่องการมีกฎหมายรับรองการสมรสสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย และจากผลของการศึกษาได้ข้อสรุปในประเด็นต่างๆ ดังนี้

สภาพปัญหาความเสียเปรียบในการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในการศึกษาสภาพปัญหาผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาใน 2 ลักษณะ ได้แก่ การสัมภาษณ์เชิงลึกและการวิจัยเอกสาร และได้ผลการศึกษา ดังนี้

⁹ Wikipedia The Free Encyclopedia, "Recognition of Same-sex Unions in Germany", [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา http://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Germany (15 สิงหาคม 2555).

¹⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 100.

สภาพปัญหาความเสียเปรียบจากการสัมภาษณ์เชิงลึก

ผู้วิจัยได้ดำเนินการสำรวจสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเนื่องจากไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสโดยวิธีสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มตัวอย่างจำนวน 20 คน พบว่ากลุ่มตัวอย่างจำนวน 8 คน ระบุว่าไม่สามารถทำการสมรสตามกฎหมายได้ก่อให้เกิดปัญหาต่อการใช้ชีวิตคู่ของตนจริง โดยสามารถจำแนกสภาพปัญหาได้ 8 ลักษณะ ดังนี้

1. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการจดทะเบียนสมรสในประเทศไทยและผลของการจดทะเบียนสมรสในต่างประเทศ ถึงกรณีตัวอย่าง ถึงนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ครอบครัวผู้ชายเข้าใจว่าเป็นผู้หญิง ก็อยากให้แต่งงานกับลูกชาย เราก็อยากแต่งงานอยากจดทะเบียน จะได้รับรองว่าเป็นสามีภรรยา กัน แต่ทำไม่ได้เพราะเกิดเป็นผู้ชายเหมือนกัน กฎหมายไม่ได้มองว่าปัจจุบันเป็นผู้หญิง”

กรณีที่ 2 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ตอนแรกจะจดทะเบียน Partnership ในประเทศอังกฤษ เพราะถ้าจดทะเบียนแล้ว จะมีสิทธิเหมือนกับการสมรสและสามารถใช้สวัสดิการในฐานะคู่สมรสได้ แต่ต้องกลับมาประเทศไทย เลยจะจดทะเบียนในประเทศไทยแต่ได้สอบถามไปที่สถานทูตอังกฤษในประเทศไทย แล้ว เขาบอกว่าไม่สามารถทำได้ประเทศไทยไม่อนุญาต”

กรณีที่ 3 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ในต่างประเทศมีการยอมรับการสมรสเหมือนผู้หญิงผู้ชาย ก็คุยกันไปแต่งงานที่นั่นดีไหม น่าจะมีประโยชน์มากกว่า ทั้งยืนยันถึงความรู้สึกหรือทรัพย์สินอะไรด้วยกันน่าจะเคลียร์มากกว่า...แต่มาศึกษาตอนหลังว่าเรามีผลเฉพาะในประเทศเขาพอกลับมาเมืองไทยก็ไม่มีประโยชน์...ก็เลยไม่ได้จด”

จากตัวอย่างดังกล่าวหากพิจารณาตามกฎหมายไทยนั้น การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ไทย นอกจากนั้นในกรณีการสมรสที่ได้กระทำในประเทศที่อนุญาตให้ทำการสมรสได้และมีผลในประเทศนั้นๆ ก็ไม่มีผลทางกฎหมายในประเทศไทย ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายขัดกัน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ภาค 5 ครอบคลุม

2. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน ถึงกรณีตัวอย่าง ถึงนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “...ตั้งแต่คบกับเขามาไม่เคยปล่อยให้เขาไปขอเงินพ่อแม่ นอกจากค่าเทอม...นอกนั้นเงินปัณณะ การกินอยู่ ของมีค่าทุกอย่าง พี่ซื้อให้เขา...แต่พอเลิกกันแล้วพี่ก็ไม่เรียกอะไรอะไรคืนพี่ถือว่าให้เขาเป็นค่าดูแล...แต่ที่เขามอบกลับบ้านและธุรกิจทุกอย่างต้องแบ่งครึ่งมันไม่ถูก เพราะทุกอย่างคือเงินทุนของพี่...เขาบอกแม่เขามีรุ่นพี่ที่รู้จักกันเป็นทนาย จะฟ้องร้องให้พี่ออกไปแต่ตัวไม่ได้อะไรเลย” และสำหรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกับคู่ชีวิตคนปัจจุบัน “คนรอบข้างก็เป็นห่วงว่าจะมีปัญหาอีกเพราะไม่มีกฎหมายรับรองตรงนี้ ก็คุยกันว่าจะเขียนเป็นหนังสือถ้าทำอะไรร่วมกัน พี่จะให้น้องสาวที่เรียนกฎหมายร่างให้...แต่ก็ค่อนข้างลำบากเพราะน้องบอกว่ากฎหมายไม่รองรับเต็มที่ แต่จะพยายามเขียนให้ครอบคลุมที่สุด”

จากตัวอย่างเป็นกรณีการลงทุนทำธุรกิจโดยทรัพย์สินของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและเกิดปัญหากรณีสิ้นสุดความสัมพันธ์ ในกรณีคู่สมรสตามกฎหมายเมื่อสิ้นสุดความสัมพันธ์ กฎหมายได้กำหนดวิธีแบ่งทรัพย์สินที่เกิดขึ้นระหว่างสมรสให้เป็นไปตามมาตรา 1533 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสำหรับกรณีชายและหญิงที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสนั้นทรัพย์สินที่ชายหญิงคู่กันนั้นได้ลงทุนร่วมแรงทำมาหาได้ร่วมกันระหว่างที่อยู่กันนั้นถือว่าเป็นเจ้าของร่วมกันและมีส่วนในทรัพย์สินนั้นคนละครึ่ง และสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น ทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่ใช่สินสมรสตามกฎหมาย แต่ถือว่าทรัพย์สินที่บุคคลทั้งสองทำมาหาได้ด้วยกันในระหว่างอยู่ด้วยกันถือว่าเป็นเจ้าของ

ร่วมกันเช่นกัน ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3725/2532 ซึ่งศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า “แม้โจทก์จะเป็นหญิงแต่ก็มีนิสัยและทำตัวอย่างผู้ชาย คนทั่วไปเข้าใจว่าโจทก์เป็นชาย โจทก์มีความรักใคร่จำเลยจนชั่วสาว จึงพาจำเลยมาอยู่กับโจทก์ในฐานะเป็นแม่บ้านของโจทก์เป็นเวลาเกือบ 20 ปี โดยโจทก์จำเลยได้ร่วมกันทำมาหากินแสวงหาทรัพย์สิน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นด้วยแรงหรือเงินของฝ่ายใดก็ตาม ถือว่าทรัพย์สินที่ได้มานั้นเป็นทรัพย์สินที่ทั้งโจทก์จำเลยมีเจตนาที่จะเป็นเจ้าของร่วมกัน โจทก์และจำเลยจึงมีส่วนในทรัพย์สินที่พิพาททั้งหมดคนละกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1357”¹¹ แสดงให้เห็นว่าการจัดการทรัพย์สินระหว่างชายหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันไม่มีความแตกต่างกันเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้นำหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ร่วมมาใช้บังคับ โดยหลักการดังกล่าวเป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้นว่า ผู้เป็นเจ้าของร่วมกันมีส่วนเท่ากัน แต่ยังคงมีความแตกต่างระหว่างคู่ที่ได้จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายและไม่สามารถจดทะเบียนได้ตามกฎหมาย รวมถึงหลักกรรมสิทธิ์ร่วมดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้เหมือนหลักเกณฑ์ในการจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส เช่น ในกรณีตัวอย่างเมื่อบุคคลทั้งสองสิ้นสุดความสัมพันธ์และต้องแบ่งแยกทรัพย์สิน เนื่องจากจะมีปัญหาในการพิสูจน์ว่าทรัพย์สินที่มีอยู่นั้นต่างฝ่ายต่างทำมาหาได้หรือเกิดจากการทำมาหากินร่วมกัน

3. สภาพปัญหาในการกู้เงินจากธนาคารในลักษณะของการกู้ร่วม ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ปัจจุบันทำธุรกิจโดยซื้อสังหาริมทรัพย์ร่วมกัน โดยกู้เงินจากธนาคาร...มีปัญหาในการเขียนความสัมพันธ์ ธนาคาร

¹¹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 276-278.

บางแห่งให้ทำเป็นนิติบุคคล แต่ไม่สะดวกเท่าไร”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาเนื่องจากธนาคารบางแห่งได้กำหนดเงื่อนไขให้ผู้กู้ร่วมต้องมีความสัมพันธ์กัน ซึ่งแม้จะไม่มีกฎหมายบังคับว่าผู้กู้และผู้กู้ร่วมจะต้องมีสถานะเป็นสามีภริยากัน แต่เนื่องจากการกู้ร่วมเป็นการทำนิติกรรมระหว่างผู้ให้กู้ กับผู้กู้ ผู้ให้กู้จึงสามารถกำหนดเงื่อนไขที่ต้องการได้ โดยในทางปฏิบัติธนาคารบางแห่งได้กำหนดเงื่อนไขว่า ผู้กู้ร่วมต้องมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้กู้ หรือเป็นสามีภรรยา แต่ยกเว้นให้ในกรณีคู่สมรสชายหญิงที่ไม่จดทะเบียน ทั้งนี้ เนื่องจากการกู้ร่วมบุคคลทั้งสองต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ดังกล่าว แต่ไม่มีข้อยกเว้นให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ดังนั้น หากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับรองการเป็นคู่สมรสตามกฎหมายย่อมเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

4. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการทำประกันชีวิต ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “เสียสิทธิในการทำประกันชีวิต เพราะที่ทำงานมีสวัสดิการทำประกันชีวิตให้แต่ก็ไม่สามารถยกประโยชน์ให้อีกคนได้ เพราะบริษัทกำหนดว่ากรณีการยกประโยชน์ให้คู่สมรสจะทำได้เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น”

กรณีที่ 2 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “เรื่องทำประกันชีวิตของแฟนมีปัญหาเพราะทำได้แต่ผู้หญิงผู้ชาย เขาจะให้เราเป็นผู้รับประโยชน์ไม่ได้เพราะไม่ใช่คู่สมรสก็ต้องยกให้พ่อแม่ไป”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาเนื่องจากไม่สามารถทำประกันชีวิตโดยยกประโยชน์ให้แก่คู่ชีวิตได้ ทั้งนี้ในการทำสัญญาประกันชีวิตบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศประสบปัญหาในการระบุให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นผู้รับประโยชน์ เนื่องจากบริษัทประกันบางแห่งยังไม่อนุญาตให้ระบุคู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกันเป็นผู้รับประโยชน์ แม้กฎหมายจะกำหนดว่าผู้รับผลประโยชน์นั้นจะเป็นผู้ใดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติบริษัทประกันชีวิตจะกำหนดให้ผู้เอาประกัน

ภัย และผู้รับประโยชน์จะต้องมีความผูกพัน ซึ่งจะเน้นไปที่การเกี่ยวข้องตามสายโลหิต หรือเป็นครอบครัว เช่น บิดา มารดา คู่สมรส และบุตร เป็นหลักสำคัญ หากเป็นบุคคลอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ จะต้องแสดงหลักฐาน หรือแจ้งสาระของความผูกพันให้บริษัพิจารณา นอกจากนี้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังไม่สามารถเอาประกันในชีวิตของคู่ชีวิตอีกฝ่ายได้ เพราะการเอาประกันชีวิตของบุคคลอื่นนั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียกันในทางกฎหมาย

5. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการถือครองที่ดินของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีคู่ชีวิตเป็นชาวต่างชาติ ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ต้องการทำศูนย์การค้าตามกฎหมายไทย ห้ามชาวต่างชาติถือครองที่ดิน ตอนนี้ยังหาทางออกไม่ได้ แต่เท่าที่รู้ถ้าเป็นผู้หญิงแล้วมีคู่สมรสเป็นชาวต่างชาติ ก็จะทำให้ชาวต่างชาติทำหนังสือยินยอม ว่าทรัพย์สินไม่ใช่ของเขาหรือเป็นทรัพย์สินของคนไทย และถ้าหากก็จะไม่เรียกร้องเป็นสินสมรส แต่กรณีของผมไม่มีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์อะไรกำหนดไว้ เกรงว่าถ้าซื้อไปโดยใช้ชื่อผมก็จะผิดกฎหมายและติดคุก และที่ดินจะถูกยึดขายทอดตลาด ทำให้เสียหายทั้งคู่”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับการถือครองที่ดินของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีคู่ชีวิตเป็นชาวต่างชาติ และมีความประสงค์จะซื้อที่ดินในประเทศไทย โดยซื้อในนามของบุคคลสัญชาติไทยแต่ต้องใช้เงินของคู่ชีวิตซึ่งเป็นคนต่างด้าว การถือครองที่ดินดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็นการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 ในขณะที่กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้สำหรับคู่สมรสต่างเพศว่า คู่สมรสชาวไทยสามารถถือครองที่ดินได้ไม่จำกัดถ้าหากแสดงหลักฐานได้ว่า เงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของตนตามมาตรา 1471 และมาตรา 1472 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹² ซึ่งคำ

¹² หนังสือกรมที่ดินที่ มท 0515/ว39288 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2548 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว

ว่า “คู่สมรส” ดังกล่าวหมายถึงคู่สมรสที่ชอบและมีชอบด้วยกฎหมาย โดยคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นที่แน่นอนว่าไม่รวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน แต่สำหรับความหมายของคำว่าคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะหมายความว่ารวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้อยู่กินร่วมกันได้หรือไม่ ยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่เคยมีการตีความในความหมายดังกล่าว ซึ่งถ้าหากไม่ถือว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย การถือครองที่ดินดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็นการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว เท่ากับว่าการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

6. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิคู่สมรสเพื่อหักค่าลดหย่อนภาษี ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ในการเสียภาษีก็มีปัญหา เพราะลดหย่อนคู่สมรสไม่ได้ทำให้ลดหย่อนได้น้อยลง”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาเนื่องจากตามมาตรา 47 แห่งประมวลรัษฎากร การจะหักค่าลดหย่อนในกรณีของคู่สมรสของผู้มีเงินได้นั้น จะต้องเป็นสามีหรือภริยาชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแม้จะอยู่กินกันฉันสามีภริยาและเกิดเป็นค่าใช้จ่ายจริงก็ไม่สามารถนำมาหักเป็นค่าลดหย่อนเพื่อบรรเทาภาระภาษีได้

7. สภาพปัญหาในการใช้สิทธิทางราชการในการเบิกค่ารักษาพยาบาล ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “ปกติข้าราชการมีสิทธิในการเบิกค่ารักษาพยาบาลของคู่สมรส...คู่ชีวิตของตนก็อายุมากแล้ว ถ้ามาอยู่เมืองไทยก็ยากจะให้ได้รับสิทธิของเราตรงนี้”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาที่ข้าราชการไทยไม่สามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลสำหรับคู่ชีวิตของตนได้ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยสวัสดิการรักษายาบาล

ข้าราชการ ได้กำหนดสิทธิในการเบิกค่ารักษาพยาบาลให้แก่ข้าราชการ ลูกจ้างประจำ ผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ และบุคคลในครอบครัว โดยความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” รวมถึงคู่สมรสที่ต้องตามกฎหมายโดยมีหลักฐานทางราชการรับรองความถูกต้อง หากไม่ได้จดทะเบียนกัน ถึงแม้จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ก็ไม่สามารถเบิกจ่ายค่ารักษาพยาบาลให้กับคู่สมรสได้¹³ ดังนั้น แม้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแต่เมื่อไม่สามารถดำเนินการจดทะเบียนอย่างถูกต้องตามกฎหมายย่อมไม่ถือว่าเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่ได้รับสิทธิเพื่อรับการช่วยเหลือสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

8. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงในครอบครัว ถึงกรณีตัวอย่าง ดังนี้

กรณีที่ 1 ได้ให้สัมภาษณ์ว่า “เขาเป็นคนอารมณ์รุนแรงถ้าทะเลาะกันก็มีลงไม้ลงมือกันบ้างแต่ก็แค่ฟกช้ำ...แม่เขาก็อยากให้เราย้ายออกเร็วๆ เพราะกลัวว่าลูกเขาจะทำร้ายเรามากกว่านี้เพราะลูกเขาเป็นคนอารมณ์รุนแรง”

จากตัวอย่างเป็นปัญหาความรุนแรงภายในครอบครัวที่อาจเกิดขึ้นได้ในการใช้ชีวิตคู่ โดยในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งมีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันจะถือว่าเป็นบุคคลในครอบครัวตามคำนิยามในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวหรือไม่ นั้น ปัจจุบันยังมีความเห็น 2 ทาง ทางหนึ่งเห็นว่า เป็นบุคคลในครอบครัวเพราะเสมือนหนึ่งเขาเป็นหุ้นส่วนชีวิตแต่เป็นเพียงเพศเดียวกันเท่านั้นเอง แต่ทางหนึ่งว่าไม่เป็นบุคคลในครอบครัว เพราะไม่ใช่สามีภริยา

¹³ กองทุนสวัสดิการกรมบัญชีกลาง, “คู่มือสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ เล่มที่ 1”, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2551), หน้า 6-14.

ที่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามกฎหมาย¹⁴ การที่ความเห็นดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาในกรณีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันนั้น หากเกิดความรุนแรงขึ้นมาสามารถนำพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น “สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน” แต่อย่างไรก็ตามการบังคับใช้ดังกล่าวอาจจะเกิดปัญหาได้เพราะการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นครอบครัวตามความหมายของกฎหมายและสังคมไทยโดยทั่วไป ประกอบกับลักษณะปัญหาดังกล่าวยังไม่พบตัวอย่างในการวินิจฉัยแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จากกลุ่มตัวอย่างจำนวน 12 คน ที่ระบุว่าตนไม่ประสบปัญหาความเสียเปรียบในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันต่างมีความเห็นว่า การไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสจะส่งผลให้เกิดปัญหาในการใช้ชีวิตคู่ในอนาคตเช่นกัน

สภาพปัญหาความเสียเปรียบจากการวิจัยเอกสาร

นอกจากสภาพปัญหาที่ได้จากการสัมภาษณ์แล้ว ในการวิจัยเอกสารยังพบว่าสภาพปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งบางส่วนเป็นปัญหาในลักษณะเดียวกับปัญหาที่พบจากการสัมภาษณ์เชิงลึก และมีปัญหาบางอย่างที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1) ปัญหาจากกฎหมายครอบครัวและมรดก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันระหว่างสามีภริยาเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ นับตั้งแต่ก่อตั้งความ

¹⁴ สิทธิศักดิ์ วนะชกิจ, “หลักการแนวปฏิบัติและปัญหาของกฎหมายความรุนแรงในครอบครัว”, ศาลยุติธรรมกับความเป็นธรรมทางเพศ, (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยและพัฒนาคดีสำนักงานศาลยุติธรรม, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 265-266.

สัมพันธ์จนกระทั่งสิ้นสุดความสัมพันธ์ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในประเด็นต่างๆ ดังนี้

1. ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ตามวัตถุประสงค์แห่งการสมรสเพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา กฎหมายจึงบัญญัติถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้ (มาตรา 1461) แต่หากการอยู่ร่วมกันจะก่อให้เกิดอันตรายต่อกายหรือจิตใจก็สามารถขอต่อศาลเพื่อแยกกันอยู่ได้ (มาตรา 1462) ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้คู่สมรสต้องอยู่กินกันฉันสามีภริยา ไม่มีผลบังคับต่อการอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองจึงเป็นไปตามความสมัครใจเท่านั้น

2. การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตามกฎหมายชายและหญิงที่สมรสกันต่างมีหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายตามความสามารถและฐานะของตน (มาตรา 1461 วรรคสอง) หากฝ่ายใดไม่ทำหน้าที่อีกฝ่ายก็สามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้ (มาตรา 1598/38) ในขณะที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่อยู่ร่วมกันไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดูแลอีกฝ่ายก็ไม่สามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้

3. การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ ในกรณีปกติเมื่อศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลที่ศาลจะสั่งให้เป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ได้แก่คู่สมรส (มาตรา 1463) ในขณะที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถใช้สถานะในการเป็นผู้ชีวิตเพื่อขอตั้งตนเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ได้

4. การห้ามทำการสมรสซ้อน กฎหมายกำหนดว่าชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ (มาตรา 1452) และถือว่าการสมรสที่เกิดขึ้นภายหลังไม่มีผลทางกฎหมาย (มาตรา 1495) และกรณีฝ่ายใดมีความสัมพันธ์ซ้อนอีกฝ่ายมีสิทธิในการฟ้องหย่า (มาตรา 1516(1)) และฟ้องเรียกค่าทดแทนได้ (มาตรา 1523) แต่ในการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ซ้อน ก็ไม่มีกฎหมายห้ามหรือ

คุ้มครองความสัมพันธ์แต่อย่างใด ทำให้ไม่มีความมั่นคงในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน

5. สิทธิในการเรียกค่าเลี้ยงชีพ เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงโดยการหย่า เพราะความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และส่งผลให้อีกฝ่ายต้องยากจนฝ่ายนั้นสามารถฟ้องเรียกค่าเลี้ยงชีพได้ (มาตรา 1526) เมื่อไม่สามารถทำการสมรสได้ตามกฎหมาย หลักเกณฑ์ในเรื่องของการสิ้นสุดการสมรสจึงไม่อาจนำมาใช้ได้ ดังนั้น หากสิ้นสุดความสัมพันธ์เพราะความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่ชีวิตอีกฝ่ายก็ไม่สามารถฟ้องเรียกค่าเลี้ยงชีพจากฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบได้

6. สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดจะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นในขณะเดียวกันไม่ได้ยกเว้นเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรส (มาตรา 1598/26 วรรคแรก) ดังนั้น บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เนื่องจากกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ระหว่างคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้น ประกอบกับหลักในการพิจารณาผู้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็คำนึงถึงคุณสมบัติทางสังคมที่ต้องเป็นสามีภริยาที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ¹⁵

7. สิทธิในการรับมรดก คู่สมรสมีสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสฝ่ายที่เสียชีวิต โดยกฎหมายกำหนดว่าคู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรม (มาตรา 1629 วรรคสอง) ดังนั้น เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่มีกฎหมายรับรองความสัมพันธ์และรับรองว่ามีฐานะทายาทโดยธรรมในการรับมรดก จึงมีเพียงสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทตามพินัยกรรมเท่านั้น

¹⁵ Wikipedia The Free Encyclopedia, "Recognition of Same-sex Unions in Germany", [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา http://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Germany (15 สิงหาคม 2555).

(2) ปัญหาจากกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สมรสไว้โดยตรงแล้ว กฎหมายไทยหลายฉบับ ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้สำหรับคู่สมรส ซึ่งจะส่งผลให้เกิดปัญหาในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนี้

1. สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด ในกรณีที่บุคคลภายนอกกระทำความผิดต่อสามีหรือภรรยา ให้ได้รับบาดเจ็บหรือตาย คู่สมรสฝ่ายที่ได้รับบาดเจ็บหรือตาย ย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ใน 2 กรณี คือ ค่าขาดไร้อุปการะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443) และค่าขาดแรงงาน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 445) แต่สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหากเกิดกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกบุคคลภายนอกทำละเมิดแก่ร่างกาย เสรีภาพ จิตใจ และส่งผลให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหายจริง ก็ไม่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเหตุแห่งการละเมิดดังกล่าวได้ เพราะถือว่าบุคคลทั้งสองไม่มีหน้าที่และความสัมพันธ์กันตามกฎหมาย

2. สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษ (มาตรา 71) สำหรับความผิดบางฐานในกรณีที่สามีภริยากระทำต่อกัน เช่น ความผิดฐานยักยอก (มาตรา 352) และกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจว่าจะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำผิดที่เป็นสามีภริยากันก็ได้ (มาตรา 193 และมาตรา 214) และให้ถือว่าคู่สมรสเป็นผู้เสียหายในกรณีมีการใส่ความผู้ตาย (มาตรา 327) และทำให้ตนเสียหายหรือกรณีคู่สมรสอีกฝ่ายตายก่อนร้องทุกข์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา 333 วรรคสอง) ดังนั้น การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ถือว่าเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่อาจนำบทบัญญัติเรื่องการยกเว้นโทษ การพิจารณาไม่ลงโทษ การเป็นผู้เสียหายกรณีใส่ความคู่สมรสที่ตายและทำให้คู่สมรสอีกฝ่ายเสียหาย รวมถึงการเป็นผู้เสียหายแทนคู่สมรสที่ตายในความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ เพราะกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองสถาบันครอบครัวซึ่งหมายถึงคู่

สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

3. สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แม้ความเป็นผู้เสียหายจะเป็นสิทธิเฉพาะตัว แต่หากมีกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถจัดการหรือดำเนินการด้วยตัวเองได้ กฎหมายก็กำหนดให้คู่สมรสสามารถดำเนินการหรือจัดการแทนผู้เสียหายได้ (มาตรา 5 (2) และมาตรา 29 วรรคแรก) ดังนั้น คู่สมรสตามกฎหมายจึงมีสิทธิในการดำเนินคดีอาญาแทนคู่สมรสที่เป็นผู้เสียหายได้ ในขณะที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันไม่มีสิทธิดังกล่าว

4. สิทธิในการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะ เดิมในการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะในขณะมีชีวิต จะกระทำต่อเมื่อผู้บริจาคต้องมีความสัมพันธ์กับผู้รับบริจาค ซึ่งรวมถึงการมีความสัมพันธ์ในฐานะคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปี ต่อมาได้มีการแก้ไขให้รวมถึงความสัมพันธ์ในฐานะสามีภริยาที่ได้อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยเปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อย 3 ปี (ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 52) ทั้งนี้การแก้ไขดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อรองรับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายหญิงที่ไม่ได้ทำการสมรสกันตามกฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

5. สิทธิในการประกันสังคม เมื่อผู้ประกันตนถึงแก่ความตาย หากไม่ได้ระบุผู้รับประโยชน์ไว้หรือกรณีที่ไม่สามารถระบุผู้รับประโยชน์ได้ ประโยชน์ทดแทนต่างๆ จะตกทอดแก่ทายาทของผู้ประกันตน ซึ่งหมายความว่ารวมถึงคู่สมรสตามกฎหมาย (พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 73, มาตรา 75 จัตวา และมาตรา 77 จัตวา) แต่ไม่รวมถึงคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

6. สิทธิในการรักษาพยาบาลคู่ชีวิต กรณีปกติหากจะต้องทำการรักษาแพทย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน หากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ก็ต้องให้ญาติที่มีอำนาจตัดสินใจแทนเป็นผู้ให้ความยินยอม

(พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคแรก) ซึ่งได้กำหนดโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล (พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคสาม (2) และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 21 วรรคสาม) ดังนั้น บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงไม่ถือเป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอม

จากผลการสำรวจสภาพปัญหาความเสียเปรียบที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรส ทั้งจากการวิจัยโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกและการวิจัยเอกสาร แสดงให้เห็นว่าเกิดปัญหาในการใช้ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจริง เนื่องจากกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่สำหรับคู่สมรสเท่านั้น รวมทั้งแนวปฏิบัติของหน่วยงานต่างๆ ยังอ้างอิงถึงสถานะ “คู่สมรส” ซึ่งหมายถึงคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้บางกรณีจะมีการผ่อนปรนให้ความหมายของคู่สมรส หมายถึงคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วย แต่ความหมายดังกล่าวเป็นการตีความหมายถึงคู่รักต่างเพศชายหญิงที่ยังไม่ได้ทำการสมรสเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะเป็นแนวทางในการรับรองให้บุคคลเหล่านี้ได้รับสิทธิเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสดังกล่าวได้

บรรณานุกรม

กรมที่ดิน. หนังสือที่ มท 0515/ว39288 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2548 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว.

กองทุนสวัสดิการกรมบัญชีกลาง. 2551. *คู่มือสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ เล่มที่ 1*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. 2550. *สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลาย*

หลายทางเพศ. กรุงเทพฯ : ศรีเมืองการพิมพ์.

คณะกรรมการการวิสามัญบัญญัติกฏหมายและแพ่งและพาณิชย์. 2550. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. 2550. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.*

ประสพสุข บุญเดช. 2541. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.

_____. 2553. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ไพศาล ลิขิตปรีชากุล. 2551. *หลักการยกย่องการว่าด้วยการใช้สิทธิกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ*. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. 2553. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สิทธิศักดิ์ วนะชกิจ. ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์. “หลักการแนวปฏิบัติและปัญหาของกฎหมายความรุนแรงในครอบครัว.” *ศาลยุติธรรมกับความเป็นธรรมทางเพศ*. กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม.

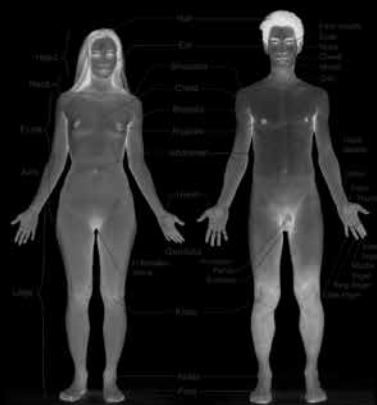
สำนักมาตรฐานการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. 2547. *สิทธิประโยชน์ที่ประชาชนพึงได้รับจากกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : เทพเพ็ญวานิชย์.

อนิรุต พิเสฏฐศุลาชัย. 2548. “Civil Union ทางออกของ Same-sex Marriage ในนิวซีแลนด์.” นิตยสารผู้จัดการ กันยายน (2548) [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://www.gotomanager.com/news/details.aspx?id=38767> (11 เมษายน 2555).

Wikipedia The Free Encyclopedia. “Recognition of Same-sex Unions in Germany.” [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา http://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Germany (15 สิงหาคม 2555).

ตัวตน อัตลักษณ์ และบุคคลใน ทางกฎหมาย: การเปลี่ยนผ่านจาก รัฐสมัยใหม่สู่โลกหลังสมัยใหม่

กศพล นรศกุลพันธุ์¹



บทคัดย่อ

ระบบกฎหมายสมัยใหม่เริ่มขึ้นจากการพยายามสถาปนารัฐอธิปไตยที่มีดินแดน อำนาจอธิปไตย รัฐบาล และประชาชน ที่ชัดเจน แน่นนอน และมั่นคง ดังนั้น กฎหมายซึ่งเป็นการวาดภาพ “รัฐ” จึงต้องพยายามสร้างความชัดเจนผ่านการนิยามสิ่งต่างๆ ให้แน่นอน รวมถึงอธิบายสิ่งเหล่านั้นด้วยอรรถาธิบายที่มีความต่อเนื่อง เพื่อดำรงไว้ซึ่งอธิปไตยที่แสดงความเป็นเอกราชของชาติดินแดนเอง

กฎหมายสมัยใหม่จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดความชัดเจน แน่นนอน มั่นคงของดินแดน อำนาจอธิปไตย และกลุ่มประชาชนที่จะอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐบาล หรือในทางกลับกันประชาชนก็อาจถือเอาสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้ อ้างต่อรัฐเพื่อประกันความอยู่รอดปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินภายใต้เขตแดนที่รัฐทรงอำนาจอธิปไตยอยู่ มิใช่เพียง สิทธิเสรีภาพที่เป็นสิ่งเชื่อมโยงรัฐกับประชาชนเอาไว้ หน้าที่ก็เป็นอีกสิ่งที่ผูกพันประชาชน

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

เข้าไว้กับรัฐ ทั้งนี้สถานะของประชาชนคนใดคนหนึ่งเป็นตัวบ่งชี้ว่ามี “จุดเกาะเกี่ยว” กับรัฐใด

อย่างไรก็ดี กฎหมายของรัฐสมัยใหม่มีด้านมืดที่วงการกฎหมาย สังคม และวงวิชาการทางสังคมศาสตร์มนุษยศาสตร์มิได้อภิปรายถึงมากนัก นั่นคือ กฎหมายได้ให้คุณให้โทษกับบุคคลอย่างชัดเจน แน่นนอน และมีสภาพบังคับเหนืออย่างเข้มงวด หากรัฐต้องการจะบังคับผลให้เป็นไปตามกฎหมาย บุคคลก็ไม่อาจปฏิเสธได้ ดังนั้น ความยุติธรรมทางสังคมกับความยุติธรรมตามกฎหมายในหลายกรณีอาจมิใช่สิ่งเดียวกัน

Abstract

The Modern Law system deliberates to construct Sovereign State which has secure territory, sovereignty, government and population constantly. As a main tool of states, Law has mapped “Imagined State” through legal denition on things with stability manner in order to maintain their autonomy.

Modern State’s Law has been a crucial mechanism to generate the clarity, stability and security of state power over territory and population. On the contrary, people claim their rights against state for sustaining the safety of their life and property within state jurisdiction. Both rights and duties compound state to people on the basis of “Nationality Connection”

However, the Modern law has kept its dark side out of Social Science Communities’ sight for a very long time. The Law of Modern State provides a strict liability to the people who violate it harshly. The clearness, stability and enforcement of Modern Law are undeniable and automatically obliged to people under State Authority. Hence, The Social Justice and the legal justice may not intersect properly.

เบ็กรัง ออกแซก

บทความนี้จะพยายามถอดรื้อความพยายามของกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ที่พยายามสร้างนิยาม “บุคคล” ด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยบทสนทนาหลักในทางปรัชญาที่ถกเถียงกันเสมอมาว่าหากต้องการจะตัดสินว่ามนุษย์ คืออะไรนั้นควรจะตัดสินจากสิ่งที่คนนั้น “เป็น” (Being) หรือสิ่งที่คนนั้น “กำลังจะเป็น” (Becoming) เนื่องจากกรอบปรัชญาดังกล่าวเป็นที่มาของการสร้างนิยามเกี่ยวกับสภาพบุคคลในรูปแบบต่างๆ เช่น การเกิด สัญชาติ ฯลฯ ซึ่งจะนำไปสู่ สิทธิ และหน้าที่ต่างๆ ที่เชื่อมโยงกับรัฐนั้นๆ การนิยาม “บุคคล” ซึ่งเป็นหน่วยพื้นฐานที่สุดของกฎหมายจึงเป็น “หลักฐาน” สำคัญที่แสดงให้เห็นว่ารัฐหรือสังคมนั้น ได้ตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงของโลกไปสู่ยุคหลังสมัยใหม่ที่ยอมรับความหลากหลายและการกำหนดอนาคตของบุคคลเอง ในการเปลี่ยนตัวเองและสังคมโดยไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดหรือไม่

เป็นที่ทราบกันดีว่าปรัชญาของรัฐสมัยใหม่ให้ความสำคัญกับภาวะที่เป็นอยู่ กฎหมายแห่งรัฐสมัยใหม่จึงมีลักษณะกำหนดนิยามของบุคคลที่ชัดเจน แน่นนอน มั่นคง เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ซึ่งแน่นอนและเปลี่ยนแปลงยากตามไปด้วย ดังนั้น ปรัชญาสำคัญของนักคิดฝ่ายหลังโครงสร้างนิยม (Post-Structuralism) จึงเสนอให้รื้อสร้างวิธีคิดเดิมที่มองสภาวะของทุกสิ่งอย่างหยุดนิ่ง ไปสู่การเปิดกว้างยอมรับความเป็นไปได้ใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นตามความเปลี่ยนแปลงของสังคม

โดยความคิดสายนี้เติบโตขึ้นท่ามกลางบริบทของการเปลี่ยนผ่านของโลก ซึ่งมนุษย์เองใช้เทคโนโลยีทั้งหลายทำให้เกิดโอกาสและความเป็นไปได้ใหม่ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้มนุษย์สร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ และขยายขอบฟ้าทางความคิดไปพ้นจากความคิดชุดเดิมๆ ที่ครอบงำมนุษย์ไว้ได้วาทกรรมแห่งอำนาจทั้งหลาย อิทธิพลทางความคิดของปรัชญาสายนี้ทำให้เกิดความพยายามเปลี่ยนแปลงวิธีคิดในการนิยาม “บุคคล” ให้มีความยืดหยุ่น และยอมรับให้

บุคคลเปลี่ยนแปลงตนเองไปเป็นอะไร และกฎหมายก็ต้องมีความสามารถในการปรับตัวเพื่อประกันสิทธิของบุคคลได้อย่างไม่ตกหล่น และสร้างหน้าที่ให้บุคคลอย่างเหมาะสมกับศักยภาพที่บุคคลอาจตอบสนองได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น แนวทางในการบอกเล่าเรื่องราวในบทความนี้จะประกอบไปด้วย ข้อถกเถียง ของความคิดสองกระแสในแต่ละประเด็นโดยมีจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจในการควบคุมของระบบการอ้างอิงเอกสารใดๆ ทั้งสิ้น เสมือนว่า คู่สนทนาทั้งสองเป็น “มิตรสหายท่านหนึ่ง” ในวงสนทนาต่างๆ ที่ท่านผู้อ่านในโลกไซเบอร์แอบดูอยู่ห่างๆ และได้หยิบยืมความคิดเหล่านั้นมาประกอบสร้างเป็นความคิดของตนทั้งโดยรู้ตัวและไม่รู้ตัวอยู่ไม่ขาดสาย

ปรัชญา จริยศาสตร์และสุนทรียศาสตร์

ปรัชญาที่จะกล่าวถึงในบทความนี้เกี่ยวข้องกับสถานะ ที่ทาง และตำแหน่งของกฎหมายสมัยใหม่ เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้มีกลไกของรัฐบังคับใช้จนสร้างผลกระทบที่มีผู้เสียประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ตั้งคำถาม ได้แย้ง หรือขัดแย้งด้วยวิธีการต่างๆ มากขึ้นๆ โดยเฉพาะสื่อออนไลน์ และสื่อเครือข่ายสังคม (Social Media Network) ได้ทำให้ผู้คนจำนวนมากส่งเสียงเรียกร้องให้เกิดความเปลี่ยนแปลงผ่านช่องทางสื่อสารนี้ได้อย่างกว้างขวางและหลากหลายขึ้น การออกแบบวิธีการสื่อสารในบทความนี้ จึงจะตั้งอยู่บนแนวทางที่ปรากฏอยู่ใน Social Network ดังที่คนไทยนิยมใช้ นั่นคือ Facebook ซึ่งเมืองที่มีผู้ใช้บริการระบุว่าอยู่อาศัยมากที่สุดในโลกคือ Bangkok

จริยศาสตร์ในมุมมองบทความนี้จะใช้เป็นกรอบในการถกเถียงก็คือ การตั้งคำถามเพื่อสร้างขอบเขตของการกระทำต่างๆ ว่าสิ่งใดที่คู่สนทนาทั้งหลายคิดว่าพึงกระทำ ควรดเว้น หรือทำได้/ไม่ได้ ณ ห้วงเวลาที่ประเด็นเหล่านี้กำลังเป็นที่สังเกตของสังคม แต่ยังคงคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงของเรื่องที่ถูกเถียงว่ายังไกลไปจากปัจจุบันตลอดเวลา กล่าวคือไม่เชื่อว่ามิถุนายนุติอันเป็นถาวร แต่ต้องมีได้ เปลี่ยนแปลงมิได้ สรรพสิ่งทั้งหลายรวมถึงค่านิยม

ศีลธรรมต่างๆ ล้วนไม่จีรัง

สุนทรียศาสตร์กับกฎหมาย เป็นประเด็นที่ไม่ถูกกล่าวถึงมาก่อน เนื่องจากกฎหมายสมัยใหม่มักประกาศศักระว่า ระบบกฎหมายตั้งอยู่บนความชัดเจนแน่นอน ใครมาตีความหรือบังคับใช้กฎหมายก็ต้องได้ผลเหมือนกัน ไม่มีเรื่องของอคติส่วนบุคคลมาทำให้กฎหมายเสื่อมไป หรือถ้ามีความผิดพลาดก็เป็นความผิดพลาดของตัวบุคคล ไม่เกี่ยวกับระบบหรือบทบัญญัติกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้สร้างนิยาม และกำหนดการกระทำจำนวนมากว่าเป็นสิ่งที่ทำได้/ไม่ได้ การกำหนดหรือนิยาม เช่นว่า ย่อมเป็นการสร้าง “ความงาม” ให้กับสิ่งที่กฎหมายรับรองให้กระทำได้ และสร้าง “ความอัปมงคล” ให้กับสิ่งที่ต้องห้ามโดยบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้ “อารมณ์” และ “ค่านิยม” ส่วนบุคคลของคนที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่ตีความและบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงทั้งหลาย ย่อมเป็นปฏิบัติการแห่งอำนาจที่ตั้งอยู่บน “สุนทรียะ” หรือรสนิยมส่วนบุคคลเป็นอันมาก

ดังนั้น สุนทรียศาสตร์และจริยศาสตร์ จึงมีผลต่อกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายต่อ “บุคคล” ทั้งหลายที่อยู่ในบังคับของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายสมัยใหม่ได้อ้างว่าไม่มีบุคคลใดอยู่นอกการบังคับของกฎหมาย ความคิดของ “คน” ในวงการกฎหมายหรือเกี่ยวกับการตีความ บังคับใช้กฎหมายต่อ “บุคคล” อื่นๆ จึงมีผลโดยตรงต่อการสร้าง “ความยุติธรรม” ที่กฎหมายสมัยใหม่กำหนดไว้ว่าบุคคลทั้งหลายย่อมมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย แต่ในสังคมที่ “ตัวตน” และ “อัตลักษณ์” ทั้งหลายของบุคคลได้ทำให้เกิด “ภาพลักษณ์” บางอย่างในความคิดของคนในระบบยุติธรรม จนอาจทำให้ความยุติธรรมที่กฎหมายกำหนดไม่อาจเกิดขึ้นจริง และมีผลอย่างสำคัญต่อการอำนวยให้เกิด “ความยุติธรรมทางสังคม”

สุนทรียศาสตร์หรือการศึกษาว่าคนในสังคมเห็นว่สิ่งใด “งดงาม” จึงเป็นศาสตร์ที่จะเชื่อมเอา สิ่ง “ดีงาม” ที่ควรกระทำในทางจริยศาสตร์ เข้ากับสิ่งที่พึงมีพึงเป็นในทางกฎหมาย ในยุคสมัยที่เกิดการถกเถียงในเรื่องนั้นๆ

นั่นเองความงามและความดีที่กฎหมายกำหนดแบบเดิม(รัฐสมัยใหม่) จึงยืนอยู่บนหลักการที่ว่าอำนาจ รัฐ ศาสนา เป็นผู้กำหนดผ่านกฎและคุณค่าต่างๆ ว่าอะไรงดงาม เป็นสิ่งที่ควรกระทำ ถึงจะดี นั่นคือผู้มีอำนาจ/คนอื่นกำหนดให้ผู้อยู่ใต้อำนาจ/เราทำ โดยที่เขาอาจไม่ทำก็ได้

ความงามและความดีที่กฎหมายกำหนดแบบหลังสมัยใหม่ จึงเคลื่อนออกไปจากศูนย์กลางอำนาจ รัฐ ศาสนามีได้เป็นผู้ผูกขาดการสร้าง/ตีความกฎและคุณค่าต่างๆ ว่าอะไรงดงาม เป็นสิ่งที่ควรกระทำถึงจะดี นั่นคือคนจำนวนมากขึ้นเข้ามาช่วงชิงพื้นที่และเวลาในการกำหนดว่า ตนเอง หรือประชาสังคม ควรทำ/ไม่ทำอะไร

รัฐกับกฎหมายในโลกสมัยใหม่และหลังสมัยใหม่

ตัวตน อัตลักษณ์ และสถานะบุคคลในทางกฎหมายของเราและคนอื่น จึงมีความย้อนแย้ง (Contradiction) กับ ความเป็นจริงตามธรรมชาติอยู่มาก เนื่องจากสภาพและสถานะ “บุคคล” ทางกฎหมายได้ถูกควบคุมให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เนื่องจากกฎหมายในรัฐสมัยใหม่ที่ต้องการจัดแบ่งคนตามนิยามที่ชัดเจนมั่นคง เพื่อนำไปสู่การกำหนดสิทธิและหน้าที่อย่างแน่นอน เพื่อความสะดวก และ “ความมั่นคง” ในการบังคับตามกฎหมายโดยรัฐสมัยใหม่ ความหลากหลายของ “อัตลักษณ์” จึงถูกกดทับ กลืนกลายให้มลายไปตามลายลักษณ์อักษรแห่งกฎหมาย และการบังคับของกลไกรัฐ ไม่ว่าจะเป็น นโยบาย กระบวนการยุติธรรม ระบบราชการเรื่อยไปจนถึงการจัดบริการสาธารณะ

อย่างไรก็ดี ธรรมชาติของสิ่งมีชีวิตย่อมมีความหลากหลายโดยเฉพาะมนุษย์ย่อมมีความปรารถนาที่จะ “กำหนดอนาคตของตนเอง” ไปในแนวทางของตนหรือกลุ่มของตน ซึ่งอาจไม่ลงรอยกับสิ่งที่สังคม/รัฐ พยายามสร้างกรอบไว้ให้เดิน ความหลากหลายแห่ง “ตัวตน” และ “อัตลักษณ์” นี้เองได้สร้างความหลากหลายและแตกต่างจนเกินกว่า วิธีการของกฎหมายสมัย

ใหม่จะได้นิยามเพิ่มบทบัญญัติไปเรื่อยๆ ให้ขยายไปรับรองสิ่งใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นหรือปรากฏขึ้นจากมุมต่างๆ ของสังคมตลอดเวลา

กฎหมายชุดหนึ่งที่เปรียบเสมือนต้นธารแห่งความตื่นตัวกับ “ความแตกต่างหลากหลาย” ของ “ตัวตน” และ “อัตลักษณ์” ของบุคคล และพยายามเปลี่ยนกฎหมายใหม่ที่ติดกับชนบจารีตแข็งทื่อให้เอื้อต่อการเปลี่ยนผ่านไปสู่อีกโลกหลังสมัยใหม่มากขึ้น ก็คือ กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือที่นักกฎหมายไทยเลียงไปเรียกว่า กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้จะให้ นิยามเกี่ยวกับ “บุคคลตามกฎหมาย” ในลักษณะที่กว้างและรองรับภาวะ “ไร้ตัวตน” ของคนชายขอบมากที่สุด เพื่อเปิดพื้นที่ให้กับบุคคลที่มีอัตลักษณ์หลากหลาย เข้ามารับสิทธิตามกฎหมายได้ เช่น เพศหลากหลาย สัญชาติหลากหลาย อายุ เป็นต้น ยิ่งในปัจจุบันคนในสังคมรับรู้ถึง ตัวตน คนอื่นๆ ในสังคม ผ่านสื่อรูปแบบต่างๆ มากขึ้น บทความนี้จึงขอหยิบยกข้อถกเถียงเกี่ยวกับ ตัวตนเสมือนที่สะท้อนออกมาในสื่อ เช่น ภาพยนตร์ และโลกออนไลน์ ฯลฯ ซึ่งมีลักษณะเป็นสื่อที่มีมวลชนรับชมอยู่เป็นจำนวนมากนั้น ย่อมมีผลต่อความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม

บทบัญญัติของกฎหมายสมัยใหม่ที่เปิดช่องให้เกิดสายธารแห่งกฎหมายในโลกหลังสมัยใหม่ ปรากฏอยู่ใน ถ้อยคำไปรยแห่งคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ยอมรับความแตกต่างหลากหลายของบุคคลผ่านหลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคล

- “ข้อ 1 มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาอิสระเสรี และเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผล และมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง
- ข้อ 2 บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา

ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด ขาดหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางคุณอาณาหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำมิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด”

หลักการดังกล่าวเชื่อมโยงรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย ตั้งแต่บททั่วไปที่ต้องนำไปปรับใช้กับรัฐธรรมนูญทุกข้อและกฎหมายทุกฉบับที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับรัฐไทย ดังปรากฏใน

“มาตรา ๔ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา ๕ ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

บทละครแห่งชีวิต

1) การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งรูปลักษณ์ภายนอก (Image & Symbolic Discrimination)

มิตรสหายท่านหนึ่ง การเหยียดหรือเลือกปฏิบัติที่รุนแรงสุดในวัฒนธรรมไทย เห็นจะเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “หน้าหน้า” นะครับ มันลูกลามไปทุกพื้นที่เลย ทั้งมิติการเมืองระดับชาติไปจนถึงชีวิตประจำวัน แล้วมันเกิดขึ้นรุนแรงกว่าสังคมอื่นได้อย่างไร ลองดูการสื่อสารในประเทศเราก็จะ

เห็นชัดเจนนะครับ ว่าการสร้าง “บลิ๊อคความงาม” เกิดขึ้นและกระตุ้นโดยสินค้าและบริการต่างๆ ที่ไม่ยอมทำการตลาดที่หลากหลายเลยพยายามสร้าง “ความงามเชิงเดียว” ขึ้นมารากเหง้าการเมืองเชิงวัฒนธรรมก็ไม่ต่างกัน พระลักษณ์ พระราม ยักษ์ โจรป่า ก็สะท้อนอยู่แล้วว่าต้องการ แบ่งแยกและสะกดคนกลุ่มไหนไว้

ภาพลักษณ์ จึงกลายเป็น ต้นทุนสำคัญที่สุด ในการแข่งขันอยู่ในชีวิตประจำวัน ไม่ใช่แข่งกันสะสมคุณสมบัติทางการศึกษา หน้าทีการงาน แต่ “หน้าหน้าและรูปร่าง” นี่ล่ะครับ ที่พยายามสร้างกันอย่างมากมาย สถาบันฝึกบุคลิกภาพ เสริมความงาม ปรับโครงหน้า สินค้าบำรุงร่างกาย และสถานออกกำลังกาย เลยเฟื่องฟูมากอย่างที่เห็นกัน

แอตมินแก้ว แต่ไทยนี่หนักๆ เลยนะครับ มีแบบหลักด้วย ว่าแบบไหนถึงจะเรียกว่า “ความงาม” นิยามแคบมากด้วย

มิตรสหายท่านหนึ่ง ใช่เลยครับ ที่จริงจะ กล่าวถึง เกาหลีได้ ด้วยเลยนะ ว่ามันมีแรงกระตุ้นด้านลบเกี่ยวกับเรื่องนี้ คือ มันจะเกิดความคาดหวังเป็นกระแสว่าต้องอย่างนั้น อย่างนี้ ประสบความสำเร็จเมื่อไหร่ มีครอบครัววัยโง่ พอไม่สำเร็จตาม “ความคาดหวังเชิงเดียว” ก็จะมีฆ่าตัวตาย ตามตัวเลขอัตราการฆ่าตัวตายที่เกาหลีได้ติดอันดับโลก

แอตมินแก้ว ความงามเชิงเดียว นี่ ลองดู แบบหน้า ของคนที่ เป็น ฟรี เซนเตอร์โฆษณา นะ จะชัดมากๆ ช่วงหนึ่งเน้น ตี๋หมวย ช่วงหนึ่งเน้นลูกครึ่ง ซึ่งก็แล้วแต่ช่วงเวลา มีที่มาที่ไป แต่หลังๆ พอมีการคัดสรรหน้าหน้า หน้าดารากเกาหลี มาทรงเดียวกันหมด ไทยดีหน่อย ยันฮีมีให้เลือกมากกว่าหน่อย จะเอาอัม ชมพู หรือเกาหลี 555 ส่วนรากเหง้าวัฒนธรรมนี้ มันผูกกับเรื่องเล่าและวรรณกรรมตะวันออกนะ ที่ตัวเอกมักจะชอรช่อนแค้น วันๆไม่ต้องทำอะไร แต่ตัวร้ายจะดูซิ่งซังดูดัน ซึ่ง จริงๆ แล้วมันซ่อนความนัยเกี่ยวกับการแป่ป้ายว่า พวกที่มี ภาพลักษณ์ อย่างนี้เป็น “คนดี” ส่วนพวกที่มีภาพลักษณ์อีกแบบเป็น “คนชั่ว” จนบางทีไม่ได้ถูกคิดว่าคนเหล่านั้นเป็นอย่าง

นั่นจริงๆ รีเปล่า ซึ่งตอนหลังๆ ก็เอามาใช้มากใน Political Marketing นะครับ

ไซเบอร์ฟังก์ มาแล้วๆ ในบริบทของเกาหลีใต้อะนะครับ ... อย่างที่ มิตร สหายท่านแรกบอก รูปร่างหน้าตา เป็นต้นทุนที่สำคัญมาก แต่ก็ไม่ใช่ทั้งหมด อะนะครับ บางอาชีพไม่จำเป็นต้องมีรูปร่างหน้าตาดีบริษัทก็รับทำงาน คือ มันขึ้นอยู่กับงานที่ทำเป็นสำคัญ อย่างธนาคารที่ภริยาผมเคยทำงาน คนที่ทำแผนกอื่นๆ หน้าตายังไม่ก็ได้ แต่คนที่ทำหน้าที่ counter ต้องเน้นหน้าตาดี ... แต่ยังไม่ก็ตาม หน้าตารูปร่างดี มีภาษีเหนือกว่า (อันนี้จริงๆ เท่าที่สัมผัส มา ประมาณ visual impression นะนะ) รวมถึงการมีพื้นที่ในสังคมด้วย แต่อย่างหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อความพยายามของคนเกาหลีที่จะทำให้น้ำตัวเอง ดี ก็คือ สื่อ (โทรทัศน์) มีคำกล่าวของคนเกาหลีว่า หญิงงามต้องหญิงจาก ทางเหนือ -คิดว่า หญิงงามทางเหนือ เพราะผู้หญิงทางเหนืออาจมีเลือด ผสมกับชนชาติอื่นเลยออกมาสวยกว่าผู้หญิงทางใต้ ส่วนชายหนุ่ม ขอข้าม ไม่เชี่ยวชาญด้านนี้ปล. แถมท้ายอีกนิดส์ ปัญหาการฆ่าตัวตายในเกาหลีเป็นเรื่องซับซ้อนมากครับ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจัยหนึ่งคือการแข่งขันกันสูงมาก เพื่อพลาดก็อยากตายได้ง่าย

ผู้ปลดปล่อย @ไซเบอร์ฟังก์ วิเคราะห์ละเอียดมากจริงๆ ก็อย่างว่านะเขา ว่าการผสมข้ามสายพันธุ์ทำให้ลูกหลานมีลักษณะดีขึ้น เพราะยังงี้ลูกครึ่งเลย สวยกว่าทั้งเอเชียและฝรั่ง

ไซเบอร์ฟังก์ ผมว่า “ศัลยกรรม” มันง่ายกว่า “ปรับปรุงพันธุ์” นะ เห็นผลเร็วด้วย

คนรักพอ ที่สหรัฐอเมริกามีผลการวิจัยจากสถาบันที่มีชื่อเสียงแห่งหนึ่ง ว่า ชายหญิงที่มีรูปร่างหน้าตาบุคลิกที่ดีมักจะได้รับโอกาสต่างๆ ที่ดีกว่าคนที่ มีบุคลิกรูปร่างหน้าตาที่ไม่ดี เช่น โอกาสในการได้รับเลือกเข้าทำงาน โอกาส ในการเข้าสังคม เป็นต้น

มิตรสหายท่านหนึ่ง นี่แหละครับ ที่มาของการรณรงค์ให้ “การเลือก ประดับติดด้วยเหตุแห่งหน้าหน้า” กลายเป็นสิ่งขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากละเมิด

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคของบุคคลครับ โดยเฉพาะใน สังคมทุนนิยมหนักหน่วงที่เราใช้ชีวิตบนภาพลักษณ์เป็นสำคัญอย่างทุกวันนี้ ต่อไปก็ขยายเป็น “การเลือกประดับติดด้วยเหตุแห่งภาพลักษณ์”

ผู้ปลดปล่อย ผมว่ามนุษย์เรานั้นก็ชอบแต่ของที่ดูสวยๆ งามๆ นั่นแหละ แต่พวกประเทศที่หน้าตาสำคัญกว่าอย่างอื่นมันส่วนใหญ่ก็เอเชียแหละ เมือง ฝรั่งมันก็มีบ้างแต่ไม่ขนาดนี้ ซึ่งเหยื่อของวัฒนธรรมแบบนี้ก็คงเป็นผู้หญิงเป็น ส่วนใหญ่ และวัฒนธรรมแบบนี้ก็เป็นเครื่องมือให้ผู้ชายนี้แหละเอาเปรียบใช้ และหาประโยชน์ผู้หญิงอย่างวัตถุทางเพศต่อไป ...

แอดมินแก้ว แต่ที่สังเกตเห็น คือ ประเทศอื่น ความงามมันจะ “หลากหลาย” นะครับ มี ไทย กับ ประเทศแถบเอเชีย

มิตรสหายท่านหนึ่ง ส่วนสเตตัสนี้ โถงออกไปจากความตั้งใจเบื้องต้น เล็กน้อยครับ จริงๆ อยากพูดเรื่อง การเน้นภาพลักษณ์ ในสังคมไทย โดย ไม่พยายามเข้าไปค้นความจริงข้างใน แล้วตัดสินคนกันที่ภายนอกอะครับ ที่เห็นชัดๆ ทางกฎหมาย ก็เช่น การเลือกประดับติดในการรับคนเข้าทำงาน (การดูโหวงเฮ้ง การรับคนหน้าตารูปร่าง บุคลิก) ไปจนถึงในชีวิตประจำวัน ที่คนหน้าตาแบบโจรๆ นี่ไปไหนมาไหนลำบากมากกกก เมื่อเทียบกับการมาใช้ ชีวิตอยู่ในประเทศที่มีความหลากหลายมากกว่านะครับ

ซึ่งมาคิดๆ ดู เลยเห็นว่า ไอ่การที่สังคมเรามันเป็นทุนนิยมมาก ชนิดที่เริ่ม เปลี่ยนเนื้อตัวร่างกายให้กลายเป็นทุนอย่างรุนแรงแบบในปัจจุบันเนี่ย มันมี ที่มาจากไหน จากเหตุผลทางเศรษฐกิจที่อยากได้โอกาสอย่างเดียว หรือโดน ผู้ชายสินค้านำให้เชื่อว่าจะต้องงามอย่างนั้นอย่างนั้นอะครับ มันเลยเสริมกันให้ เกิดความงามเชิงเดียว แบบเดียว ไม่มีความหลากหลาย

ซึ่งนานๆ ไปมันจะทำให้กลายเป็นว่าอะไรๆ ก็มีความดี ความงาม ความจริง แบบเดียวเป็นมาตรฐานกลางไปเสียหมด ใครไม่ได้มาตรฐานกลายเป็น ด้อยไป ซึ่งเท่ากับเป็นการกีดกันคนจำนวนมากออกไป โดยสิ่งที่สมมติขึ้น เพราะผมเชื่อว่า “ความงาม” เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นนะครับ เปลี่ยนแปลงไปตาม

ยุคสมัยและพื้นที่

ไซเบอร์พังค์ @ มิตรสหายท่านหนึ่ง ทักสนในเรื่องความงามของคนเอเชีย แบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด คือยังงั้นคนเอเชียก็ไม่มีทางปรับความงามตัวเองให้เหมือนตะวันตกเป็นเต๊าะๆ ได้ ก็เลยมีการผสมผสานกลมกลืนพัฒนามาตรฐานความงามของตัวเอง

มิตรสหายท่านหนึ่ง ตอนแรกว่าจะเขียนว่า “ความงามเชิงเดี่ยว” เป็นที่แพร่หลายในเอเชียตะวันออก+ไทย นี่ละสะ แต่เกรงใจ เดียวมีคนหาว่าเหมารวมอีก แต่ที่แน่ๆเนี่ย วิธีการทำโฆษณาสินค้าเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย และภาพลักษณ์นี้ ได้อิทธิพลจากญี่ปุ่นเป็นหลัก (หลังๆ มีเกาหลีสอดแทรกมา) และส่งทอดมาจากอเมริกาอีกทีที่แน่ๆ

อย่างไรก็ดีในปัจจุบัน หลายประเทศอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านมีคนข้ามพรมแดนเข้ามาอยู่เยอะอย่างที่ต้องขยายความงามออกไปครอบคลุมให้กว้างขวางขึ้น เช่น ยุโรป อเมริกา

อย่างไรก็ตาม ใ้ความอยากงามแบบฝรั่ง ที่เป็น Hegemony of Coolness เนี่ย น่าจะเสื่อมลงในเร็ววัน ตามความเสื่อมอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองนะสะ ตอนนี่กระแสกำลังเห่อจีน ไปไกลถึงฝั่งเมกา ก็คาดว่านิยามความงามอาจจะเคลื่อนย้ายกันอีกระลอกครับ

แต่เรื่องภาพลักษณ์แบบ จบนอก การศึกษาดี สุขุม คัมภีร์ภาพ สะอาด สะอาด ไม่มีประวัติต่างพร้อยในเรื่องส่วนตัว ดูใบอนุญาตปฏิบัติธรรม ให้ทาน พุดเรื่องศีลธรรมจริยธรรม แสดงออกว่ารักชาติอย่างซาบซึ้ง นี่มันฝั่งแน่นมากนะครับ อยากเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน และวงธุรกิจ ก็ต้องสมทานแนวทางและรักษา “ภาพลักษณ์” เหล่านี้เอาไว้ ไม่งั้นยาก

นี่เลยเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่เศรษฐกิจและคนดังไทยไม่ค่อยตั้ง “มูลนิธิ” หรือ “กองทุน” เพื่อทำกิจกรรมสาธารณะประโยชน์นะครับ เล่นทุ่มงบกับการสร้างภาพว่าเป็น “คนดี” กันแทน

มานี้มีแซร์ มีข้อสังเกตอย่างหนึ่งว่าในสังคมที่มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์มากกว่า เมื่อสังคมก้าวผ่านการเหยียดผิว (ไม่ได้หมายความว่าพฤติกรรมเหยียดผิวหมดไปจริงๆ แต่การเหยียดผิวถูกทำให้เป็นเรื่องร้ายแรงยอมรับไม่ได้ในระดับจิตสำนึกสามัญของคนในสังคม) ไปแล้วมาตรฐานความงามก็หลากหลายขึ้น (เช่น เริ่มจาก ดารา นางแบบมีหลากหลายเชื้อพันธุ์) ด้วยรีเปล่า

ที่ญี่ปุ่นคนที่ต้องทำงานรับลูกค้าเค้าก็เลือกที่หน้าตาเหมือนกันคะ ใ้เรื่องหน้าตาดีได้เปรียบนี้ที่ไหนมันก็คงพอดี จะมากจะน้อยคงขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นๆ ด้วย ตอนที่หลายๆ คนในไทย make joke กันเรื่องมีสเกาหลีน้าเหมือนกัน ยี่สิบคนตอนอยู่ญี่ปุ่น สิ่งที่เราารู้สึกคืออย่างหนึ่งคือแฟชั่นเสื้อผ้าค่อนข้างหลากหลาย แล้วผู้หญิงแต่ละคนไม่ว่าจะอ้วน หน้าสิ่ว ดำเป็นเนี่ยง (มีนะคะ พวกที่บ้าเล่นกีฬากีฬา) อะไรแค่นั้นก็ยังสามารถหาเสื้อผ้า หาของแฟชั่นมาประดับตัวเองให้ดูดีได้ คือมันไม่ได้มีความงามแบบเดียว คนก็จะมี ความมั่นใจที่จะแต่งตัวประหลาดกว่าชาวบ้านได้ ดูหนังสือแฟชั่นญี่ปุ่นจะรู้ว่ามันเสนอทางเลือกวิธีการแต่งตัวหลายๆ แบบเลย แต่ละย่านก็ขายเสื้อผ้าคนละแนวกันไป (ซึ่งค่านิยมแบบนี้จริงๆ มันก็ดีต่ออุตสาหกรรมแฟชั่นด้วย)

ผู้ปลดปล่อย โฟสต์นี่ ทฤษฎีทาง Aesthetics กระจายจริงๆ ครับ @ไซเบอร์พังค์ ผมว่าเรื่องบล็อกความงามมาจากฝรั่งมันเป็นสมัยรุ่นแม่เราโน่นนะ เด็กสมัยใหม่มันไม่เห่อฝรั่งเท่าไรแล้ว ความจริงเครื่องแต่งกายสมัยใหม่มันมาจากฝรั่งหมด เรื่องฝรั่งมีอิทธิพลก็มีส่วนอยู่ แต่เด็กสมัยนี้มันเรื่องของ peer pressure ทั้งนั้นเลย มันหันไปมองดูเพื่อนว่าเขาเอาแบบไหนแล้วก็ทำตามกัน

มานี้มีแซร์ เออ จากการประกวดประชันในมหาวิทยาลัยอาจเป็นตัวชี้วัดตัวหนึ่งได้ เพื่อนคนญี่ปุ่นเคยตั้งข้อสังเกตว่า พวกสาวๆ ญี่ปุ่นเวลาเที่ยวเมืองนอกที่โดนล้วงกระเป๋า โดนหลอกบ่อยเพราะแต่งตัวเป็นกระแสมุมพิกะดังค์ตลอดเวลาไม่ว่าจะไปไหนก็ตาม

มิตรสหายท่านหนึ่ง คนสมัยนี้ใช้เวลาว่างไปกับอะไร เพราะมันนิยามตัว

คนที่แท้จริง มากกว่า การทำงานที่เราต้องทำไปตามหน้าที่เสียอีกนะฮะ ชอบ
 อกว่านี่สเตตัส Politics of Aesthetic อย่างแท้จริงนะฮะ

แอดมินเก้าอี้ ส่วนมิลลิวี่ดีโอที่สะท้อน “ความงามเชิงเดียว” ที่กระตุ้น
 ความ “ซาบซึ้ง” อย่างล้นหลามในสังคมไทยนี้ ผมไม่กล้าแปะครับ เมื่อ
 ก.ค. ปีที่แล้วมีคนไปเปิดประกอบงานวิจัยเรื่อง The Commercialization of
 Ultra-Royalist Movement ณ ประเทศญี่ปุ่น จนป่านนี้ยังไม่กล้าเผยแพร่ใน
 ประเทศไทยเลยฮะ

ไ้ซะ เป็นมิลลิวี่ดีโอ เกี่ยวกับ อะไรที่ติดข้างฝา ขับร้องโดยศิลปินอมตะ
 แต่งโดยนักประพันธ์ที่เคยคิดจะลงเล่นการเมือง

มานีมี่แซ่ : ญี่ปุ่นไม่เลียนแบบเกาหลีหรือหอค่ะ nationalism มันยังแรง
 อยู่มากโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพื่อนบ้านอย่าง จีน เกาหลี รัสเซีย
 เกาหลีบูมจริง แต่กระแสดต่อต้านก็เยอะแยะ ว่าแต่ “เลือกประติบัติ” กับ
 “เลือกปฏิบัติ” ต่างกันยังไง discriminate กับ differentiate เหรอ?

มิตรสหายท่านหนึ่ง ประมาณนั้นครับ คำตั้งใจแปล “ปฏิบัติ” กับ “ประ
 ติบัติ” ต่างกันโดยคณะกรรมการสิทธิฯ ไทยนี่ละฮะ ที่ให้แปลแบ่งมาในช่วง
 กรรมการชุดหนึ่ง เพื่อให้ชัดว่าเลือกปฏิบัตินี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย
 กฎหมาย เพราะมีการเลือกปฏิบัติหลายอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เลือก
 ว่าจะรับรักจากใคร เป็นต้น 5555555

2) คนในสังคมอัตราการเกิดไม่ต่ำและผู้สูงอายุเยอะ (The Non-Reproductive and Aging Society)

มิตรสหายท่านหนึ่ง เรื่องปัญหาประชากรนี่คนรุ่นลูกของเบบี้บูมอย่าง
 พวกผมเห็นชัดเจนนะครับ พ่อแม่ของเราเค้าเกิดมาด้วยความลำบากยาก
 แค้นในการเอาชีวิตรอดจากความยากจนที่ปู่ย่าตายายมีลูกมาก โดยเฉพาะ
 คนที่มีพ่อแม่เป็นหัวเรี่ยวหัวแรงของพี่น้องๆ แต่ละเรื่องเล่าฟังแล้ววันทามาก

เมื่อผสมเข้ากับการสอนวิชาสุขศึกษาเอย การรณรงค์ของโครงการ

ประเภทสร้างความรู้สึกลึกซึ้งบิดบาปให้กับการมีเพศสัมพันธ์ แทนการให้ความรู้
 เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์อย่างปลอดภัยและวางแผนได้เข้าไปอีก ยิ่งพาล
 ให้ไม่กล้ามีลูกกันไปเลย

ตอนนี้ตัวเลขมันชี้ชัดแล้วนะครับ ว่าเรากำลังเผชิญกับปัญหาขาดแคลน
 วัยแรงงานที่จะต้องมาแบกภาระการอุ้มวัยชราที่จะกลายเป็นคนจำนวนมาก
 ในสังคมไทย ไม่ต้องพูดถึงปัญหาเชิงสังคมและวัฒนธรรม เช่น ความเหงา
 ความว่าง ซึ่งเป็นสิ่งอันตรายมากสำหรับมนุษย์ เมื่อลองสำรวจอังกฤษดู
 พบว่ามีคนเข็นรถให้ลูกเต็มเมืองไปหมดเลยครับ สืบทราบมาว่า มีลูกปั๊บได้
 แพลตและสวัสดิการทันที และเค้าไม่ยอมให้มีบุตรซ้ำเพราะเห็นชัดว่ามีคน
 ซึ่งพิการจากการมีบุตรซ้ำก็ไม่ค่อยอีกเหมือนกัน

ไม่ได้พูดเรื่องเวอร์กรรมอะไรนะครับ นี่เป็นเรื่องการออกแบบนโยบาย
 สาธารณะให้คน “มีเพศสัมพันธ์” กันโดยพร้อมที่จะมีบุตร และมีลูกในวัยที่
 ร่างกายยังสมบูรณ์ ประเด็นเชิงชนชั้นที่ซ่อนอยู่ก็คือ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่
 พูดตรงๆ ว่า คนที่มีลูกคือคนไม่พร้อม ส่วนคนที่ไม่มีลูกคือ คนที่พร้อม ครับ
 ก็แหม พวกที่ว่าพร้อมทางเศรษฐกิจ ถ้าไม่เศรษฐกิจจริง นี่ทำงานเก็บตังค์กัน
 หง่อมเลยนะ แล้วพอเก็บตังค์ได้ก็คิดสารพัดว่าจะเลี้ยงลูกได้เหรอ คนที่มี
 ลูกก็เลยเป็นคนไม่คิดมากซะเยอะโงะ ฮสส.เลยต้องมารณรงค์ว่า อย่ามี
 เพศสัมพันธ์กันให้วัยรุ่นดู แต่ข้อมูลพวกนี้ดันไปเข้าหัวพวกที่คิดมากแทน 555

สรุป ความพร้อม เป็นสิ่งที่มีจริงหรือ และความมั่นคงมาก่อนแต่งงาน
 หรือหลังแต่งงานแน่ ที่แน่ๆ ต้องมีลูกให้ทันใช้ จากใจองค์กรสายหมอกที่มีบอร์ด
 บริหารเป็นคนแก้แทบทั้งหมดครับ

แอดมินเก้าอี้ มนุษย์เงินเดือนทำงานแทบตายยังไม่พอจะกินเลยครับ
 แล้วจะแต่งงานมีลูกได้ไง คนโสด/คบกันแล้วไม่แต่ง มันเลยเยอะสิครับ ถ้า
 มีลูกแล้วได้ที่อยู่ มีโรงพยาบาล โรงเรียนดีๆ รองรับ ใครมันจะไม่อยากแต่ง
 อยากรมีลูก.. สังคมอุดมความเสี่ยง มันก็ต้องเผชิญกับปัญหาประชากรลด/ไม่มี
 คุณภาพ และสังคมอุดมคนแก่ อย่างนี้ละครับ สรุป ความมั่นใจในการมีลูก

เกิดจากการสร้างความมั่นคง โดยรัฐและสังคมมีส่วนร่วมสร้างได้ผ่านนโยบายสวัสดิการสังคมหลากหลายรูปแบบ

มิตรสหายท่านหนึ่ง สืบเนื่องจากเรื่องปัญหาการไม่มีบุตร (โดยเฉพาะชนชั้นกลางในเมือง) หน่วยเงินทุนวิจัยทุกสถาบันซึ่งมีกรรมกรเป็นคนแก่หรือกำลังจะแก่ จึงเร่งให้คนมาของบด้านนี้ ยิ่งมองลึกลงไปพบว่า สตรีสูงอายุ มีสัดส่วนมากกว่าชัดเจน แล้วสิ่งใดจะมารองรับในวัยอัสดง ฝากความหวังไว้กับหลานๆ บ้านพักคนชรา หรือควรตั้งกองทุนรวมเพื่อจัดสรรระบบบริการดูแลตัวเองในอนาคต งานแบบนี้มิใช่ใช้เงินแล้วจะหาคนมาทำได้ มันต้องอาศัยใจรักและความผูกพันด้วยมึนน้อยนะ

สรุป มิใครสนใจจะทำวิจัยชุดนโยบายส่งเสริมให้พร้อมมีบุตรและมีบุตรให้พร้อมบ้างครับ เพราะสิ่งที่สังคมไทยไม่ค่อยคิดในเชิงกฎหมาย คือ สิทธิในการมีเวลา ครับ ทำกันใหม่ครับมีแหล่งทุนรออยู่เพียบแปร์ และน่าจะมีอะไรมันส์ๆ รออยู่เยอะครับ

มานี้มีแซร์ น่าสนใจค่ะ สนใจตรงที่มันข้องเกี่ยวกับสถานะของผู้หญิงในสังคม ฟังก์ชั่นของครอบครัวซึ่งมันเชื่อมโยงกับระดับความ(จำเป็นต้อง)จุนจันของรัฐ ญี่ปุ่นก็มีปัญหาเรื่องนี้เยอะ (และมีละครเกี่ยวกับเรื่องแนวๆ นี้ไม่น้อย)

มิตรสหายท่านหนึ่ง เออ ตกใจครับ อ่านข้อความเรื่องละครกันเนี่ย พร้อมกับจากเปิดของ หนังสือคุณนายโฮ ที่พูดว่า “มีลูกเมื่อพร้อมเท่านั้นนะ เข้าใจมั๊ย” 5555 เรื่องหลักๆ ของสเตตัสนี้ มาจากนั่งคิดกับปัญหาในญี่ปุ่น กับสิงคโปร์ และดูเทียบกับในอังกฤษที่คนเซ็นลูกเดินกันเต็มเมืองนะอะ

แอดมินแก้วอี สิ่งหนึ่งที่แอบคิด คือ ยังมีพื้นที่ส่วนตัวน้อยเท่าไร อัตราการมีบุตรยิ่งน้อยลงไปเท่านั้นด้วยหรือไม่ สิงคโปร์สารพัดตาของรัฐและทุนนิยมเข้มข้น ญี่ปุ่นสารพัดจารีตมารยาทและพื้นที่ทางสังคม/สถานที่ส่วนตัวคับแคบ ...เครียดมะ

มิตรสหายท่านหนึ่ง การใช้อายุ คุณวุฒิ วัยวุฒิ มาเป็นเงื่อนไขกำหนด

คุณสมบัติต่างๆ เกี่ยวกับการทำงาน และเข้าสู่ตำแหน่งโดยเฉพาะภาครัฐ หากวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีทุน 4 อย่างซึ่งสามารถแปลงมาเป็นอำนาจได้ของ ปีแอร์ บูร์ดิเยอร์ คือ ทุนทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และสัญลักษณ์ แล้ว จะเห็นว่าการออกแบบกฎหมายและระเบียบต่างๆ ให้อิงกับเรื่องวัยวุฒิหรือระบบอาวุโส มีขึ้นเพื่อสร้างอำนาจให้คนที่แก่กว่า ออกโดยคนแก่กว่า จึงเป็นกฎหมายของคนแก่กว่า

การเลื่อนชั้นโดยระบบอาวุโสย่อมปิดทางเกิดของคนรุ่นใหม่ไฟแรง และมาพร้อมกับความรู้รุ่นใหม่มิให้กำหนดทิศทางและสร้างงานให้กับสังคม เป็นการเสียโอกาสที่รัฐอุดหนุนให้เงินส่งคนไปเรียนยังต่างประเทศ การต่ออายุราชการให้ผู้อาวุโสอยู่ในตำแหน่งต่อไปเรื่อยๆ ในหลายองค์กร เช่น ตุลาการ วิชาการ ฯลฯ ทำให้คนเหล่านั้นคงอำนาจในการควบคุมผู้คนผ่านเครือข่ายที่ตนสร้างไว้ และใช้อำนาจลงไปตามเส้นสายที่ตัวเองถักทอขึ้น การหางานทำไม่ได้ของคนจบใหม่จึงเป็นสิ่งที่เกิดอย่างแพร่หลายในวงการที่มีการต่ออายุราชการอย่างเห็นได้ชัด

หากมองภาคเอกชน การสะสมทุนของคนยุคก่อนที่การแข่งขันยังไม่มากก็ย่อมง่ายกว่า คนรุ่นใหม่ในปัจจุบันที่เข้าถึงทุนยากขึ้น ข้ำรายทุนยังกระจุกที่คนส่วนน้อยซึ่งได้สะสมทุนมาตั้งแต่รุ่นก่อนหน้าแล้ว

3) การแปลงปัญหาเกี่ยวกับบุคคลให้กลายเป็นข้อเสนอทางกฎหมาย

วันนี้มิตรสหายท่านหนึ่งจะทำตัวเป็นนักข่าวพลเมืองรายงานความคืบหน้าของงานสัมมนาผ่านหน้าแรกนี้...

มิตรสหายท่านหนึ่ง งานอาจารย์นักปราชญ์เศรษฐกิจ เสธว่า ชุดกฎหมายความมั่นคงฯ รองรับอำนาจของชนชั้นนำศักดิ์สิทธิ์ ในการควบคุมคนในสังคมผ่านการกำหนดพื้นที่และเวลาพิเศษ ผมคิดว่าควรเสนอยกเลิก กม.ความมั่นคงทั้ง 3 ฉบับ

มิตรสหายท่านหนึ่ง งานอาจารย์นักวิชาการหน้าจอตีวี เสนอกรอบ พหุ

วัฒนธรรม มิใช่แค่เรื่อง ชนกลุ่มน้อยกับสิทธิ/ความเป็นพลเมือง แต่ควร
ดูนโยบายอำนาจของคนกลุ่มต่างๆ ในการต่อสู้ทางการเมืองเชิงอุดมการณ์/
วัฒนธรรม ผมเสนอการจัดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่ง “ความเป็นลาว”
และ “ต่างดาว” พุดง่ายๆ ต้องไม่มีพลเมืองชั้นสอง

มิตรสหายท่านหนึ่ง อาจารย์เซเลปนักเขียน เสนอการคืนบทบาทพลเมือง
สู่การเมืองเพื่อคืนพื้นที่ทางประวัติศาสตร์ให้แก่สามัญชน ผมเสนอการศึกษา
ประวัติศาสตร์ไพร่ต้องเริ่มจากสิทธิในการเข้าถึงเอกสารชั้นต้น เช่น คำ
พิพากษา เพื่อให้เห็นชีวิตของคนธรรมดาที่เต็มไปด้วยการต่อสู้ดิ้นรน

มิตรสหายท่านหนึ่ง อาจารย์จบเอกหมาดๆ ศึกษาการนำความรู้ต่าง
ประเทศเข้ามาใช้ในประเทศไทยโดย นักคิดสายคณะราษฎร ผ่านรัฐโซ เพื่อชี้
ว่าการอธิบายสังคมแบบเก่า (วนอยู่วงจรเดิม) ถูกทำลาย แล้วเสนอพัฒนาการ
สังคมที่สอดคล้องกับการอภิวัฒน์ไปสู่ข้างหน้า ผมเสนอสิทธิในการกำหนด
หลักสูตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน และการเขียนแบบเรียนคู่ขนานโดยชุดความ
รู้แบบอื่น เช่น ปวศ.สังคม/สามัญชน เทียบกับ ปวศ.ชนชั้นนำ

มิตรสหายท่านหนึ่ง มิตรสหายท่านหนึ่ง กำลังนำเสนอ เดี่ยวให้เจ้าตัว
มาสรุปเอง ผมเสนอการเปิดช่องทีวีเคเบิลของจังหวัดชายแดนใต้เองให้คนใน/
คนนอกดูได้ โดยมีเนื้อหาที่หลากหลายเห็นชีวิตคนหลายวัย ความบันเทิง/
สนุกสนาน ฯลฯ นอกเหนือไปจากเรื่องความรุนแรง เพื่อให้เกิดจินตนาการ
ต่อชายแดนใต้แบบอื่นบ้าง

4) สื่อ หนังสื และตัวตนที่เปลี่ยนไป

มิตรสหายท่านหนึ่ง หนังสือลี้ลับยุคโอบามานี้มันชัดมากนะฮะ

- 1.The Croods จากมนุษย์ถ้ำผู้หวาดกลัวทุกสิ่ง สู่โมเดิร์นแมนผู้แสวงหาเส้น
ขอบฟ้าใหม่
2. The Iron Man 3 กลุ่มทุนกับการสร้างผู้ก่อการร้าย และ International
Disarmament สู้สันติที่ยั่งยืน?

3. OZ The Great and Powerful Magician/นักวิทยาศาสตร์ผู้ปฏิวัติปวงชน
ให้หลุดพ้นจากเวทมนตร์แห่งยุคมืด

*ไหนจะ Zero Dark Thirty กับ Django Unchained อีก เต็มไปด้วยการเปิด
พื้นที่ให้คนตัวเล็กตัวน้อยและคนชายขอบ ขึ้นมานำเสนอว่า ตนเองมีบทบาท
ในการเปลี่ยนแปลงโฉมหน้าของสังคมอเมริกันทั้งนั้น

ไซเบอร์พังค์ อเมริกา มี กฎหมาย les presidentia มะ เอาไว้ป้องกันมิ
ให้ใครหมิ่นประธานาธิบดี

ผู้ปลดปล่อย จะไปมีได้ไงวะ ถ้ามีป่านี่อเมริกาคงผลิตเผด็จการออก
มาเป็นโหลแล้ว

แอตมินแก้วอี อยากจะบอกว่า Pacic Rim, The Company you keep และ
Lone Ranger ว่าด้วยประวัติศาสตร์ประชาชน (ตัวเล็กตัวน้อย) บทบาทของ
หญิง และ คนที่ไม่ใช่ชายผิวขาว มีมากขึ้น และที่สำคัญ มักแฝงนัยยะ ของ
การล้างบาป Salvation และ การร่วมมือร่วมแรง Cooperation บางอย่างครับ

มิตรสหายท่านหนึ่ง โอบามา ปราศรัย ณ กำแพงเบอร์ลิน กับ แองเคล่า
เมเคิล หญิงผู้ทรงอิทธิพลที่สุดในโลก และเสนอให้ลดอาวุธนิวเคลียร์ ไอรอน
แมน ได้รับการปกป้องจากหญิงผู้เป็นที่รัก และทำลายชุดเกราะทิ้ง ซูเปอร์
แมน ได้แม่ แม่เลี้ยง และโลอิส อุ่มชู ทั้งยังอำพรางตนและไม่ใช้กำลังอย่าง
พริ้วเฟื่อง บอกให้ตายว่า ไม่ได้ตีแย้มกัน ก็ไม่เชื่อนะครับแห่ม

แอตมินแก้วอี เหมออออ ผมเป็นพวกไม่สมาทาน ทฤษฎี “เอกบุรุษ” ครับ
เพราะมักทำให้หยาดเหงื่อและสิ่งละอันพันละน้อยหายไป ซึ่งเป็นลักษณะเด่น
ของ วัฒนธรรมอเมริกัน ที่ชอบสร้างฮีโร่ เช่นเดียวกับ วัฒนธรรมไทย ครับ คน
ตัวเล็กตัวน้อย หยาดเหงื่อ คราบน้ำตา และเงื่อนไข่อื่นๆในสังคม หายหมด
ครับ และวัฒนธรรมแบบนี้ ชอบสร้าง “พระเอก” และ “ผู้ร้าย” เสมอ หุ หุ
รัฐบาลโอบามา และ ไอรอนแมน นี่ละครับที่แสดงให้เห็นความซับซ้อนของ
ผู้เล่น/ตัวแสดงต่างๆ ให้มีแง่มุมต่างๆ และซับซ้อนมากขึ้น

MetroGuy มันแสดงให้เห็นความคิดแห่งยุคสมัยไงครับ ว่าความคิดในแต่ละยุคเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ หญิง-ชาย เป็นอย่างไร บทบาทในพื้นทีส่วนตัว และพื้นที่สาธารณะ เป็นอย่างไรบ้าง ซึ่งโครงสร้างสังคมสมัยใหม่จะเน้นเรื่องอำนาจทางการเมืองและเทคโนโลยีมาก โดยอำนาจจะถูกกุมไว้โดยชาย และสร้างเรื่องเล่าขึ้นมาและเน้นภาพลักษณ์ผ่าน สัญญาต่างๆ เช่น กางเกงในซูเปอร์แมน นี่ละครับ

ภาพลักษณ์ของ ซูเปอร์แมน และ สหรัฐอเมริกา จึงเป็นเรื่อง อำนาจที่ได้จากการใช้กำลังเสมอ แต่นี่เข้ายุคโอบามา แล้วครับ เดโมแครตได้ชื่อว่าเป็นพรรคแม่บ้าน (คือ ไม่เน้นการนำประเทศด้วยสงคราม แต่เน้นจัดการกิจการภายในและนโยบายต่างประเทศแบบไม่โจ่งแจ้ง)

Celebriteh Hollywood, MTV แล้วอย่าลืม Disney ด้วยนะครับ... 555

มิตรสหายท่านหนึ่ง เออ ใช่ Pixar นี่ชัดด้วย เมื่อก่อนก็ ดิสนีย์ นี่ละเหม่อๆๆๆ มีเรื่องหนึ่งอยากพูดแต่พูดไม่ได้ เอาเป็นว่า ใ่อการสร้างความ เป็น “หญิง” แบบ Princess ของ Walt Disney นี่มันน่ากลัวมากกกก ครับ

5) ตัวตนและบุคคลในโลกไซเบอร์ Self and Subject in Cyber Space

มิตรสหายท่านหนึ่ง เรื่องการพยายาม ปกป้องตัวตนในโลกไซเบอร์ ของคนไทย ก็เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ว่าด้วย “ภาพลักษณ์” เลยครับ เพราะ “หน้า” คือทุนที่สำคัญที่สุดของคนในวัฒนธรรมไทยเลยครับ แล้ว “Face” book มันก็ว่าด้วยการ สร้างและจัดการ “หน้า” ของผู้เล่นอยู่แล้ว อันนี้ก็เป็นที่มาว่า ทำไม Facebook จึงฮิตในหมู่คนไทย โดยเฉพาะคนกรุงเทพฯ มากที่สุดในโลกนะครับ

สรุป ในโลกออนไลน์ ข้อเท็จจริงเป็นอย่างไรเข้าไม่สน ขอให้ได้ปลดปล่อยอารมณ์ และ รักษาหน้าตัวเอง ไว้ก่อนเป็นสำคัญ

แอตมินแก้วอี ข้อสังเกต อารมณ์ที่มักปลดปล่อย และภาพลักษณ์ที่ต้องการรักษาและแสดงของคนไทยในเฟซบุคจำนวนมาก คือ “ข้าฯ รักชาติ

ยิ่งชีพ” ใครไม่รักชาติ ข้าจะถล่มให้และจมดิน !@#\$\$%^&*)

จำกัดรามาแห่งสหราชอาณาจักร การใช้พวก facebook ไม่รู้ว่ามีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์โยงว่าทำให้เกิดสมาธิสั้นไหม เมื่อสมาธิสั้น ทำให้ซีเกียจอ่านข้อความยาวๆ เพื่อประมวลผล หรือแสวงหาข้อมูลเพิ่มเติม ก็อาจทำให้ตัดสินใจผิดพลาดโดยปราศจากการไตร่ตรองที่ดีจากข้อมูลจำนวนมากที่อยู่โดยรอบ ประกอบกับการขาดตรรกะการวินิจฉัยที่ดี หรือความรู้เรื่องตรรกศาสตร์พื้นฐาน ก็ย่อมทำให้ตัดสินใจอะไรแบบส่งๆ ไป โดยไม่ได้ไตร่ตรองที่ดี

แอตมินแก้วอี ดีจริงๆนะฮะ มีอะไรให้เราทำเพลินๆไป ต่อไปก็ไม่ต้องเขียนอะไรกันแล้วเพราะคนไม่ค่อยอ่าน เปลี่ยนเป็นหาวิธีการดูเวลามนุษย์ให้ได้มากๆดีกว่า ถ้าความรวดเร็วทันที่ “เวลา” ของคนอื่นที่ดูมาได้ มาร์ค ซัคเกอร์เบิร์ก เป็นเศรษฐีอันดับหนึ่งของโลกแน่ๆ เอ๊ะ หรือ บิลเกตส์ หรือ บทสะท้อนจาก ข้อเสนอของ ซอง พรองซ์เวิร์ ลีโอตาร์ด ใน Differend >,<

มิตรสหายท่านหนึ่ง เจออันนี้แทนครับ เฟซบุค เลิกยากกว่าบุหรี่ เหล้า และแรงขับทางเพศ แสดงว่าความปรารถนาในการเชื่อมต่อกับสังคม และดูแลรักษาภาพลักษณ์ตนเองต่อสังคม สำคัญสุดๆ ครับ

6) ตัวตน และชาติพันธุ์

มิตรสหายท่านหนึ่ง มีผู้ร่วมการประชุมนานหนึ่งเคยบอกว่า “ประเทศไทยไม่มีการเหยียดเชื้อชาติ” ผมมาคิดๆ ทบทวน และหากรณีศึกษา พบว่าจริงๆ แล้วไทยน่าจะมีการเหยียดกันเองนี่นะครับ ในลักษณะ “การเหยียดชาติพันธุ์” นั่นคือ การเหยียด “ลาว” ซึ่งเป็น ลาวในรัฐไทย (การกลืนสมัย ร.5 พวกลาวกลาง ลาวเฉียง ฯลฯ) ซึ่งเหยียดต่อเนื่องมาถึงปัจจุบัน นั่นก็คือ การดูถูกคนอีสาน และคนภาคเหนือครับ โดยเฉพาะหากเขาเข้ามาในเมืองใหญ่แล้วเผชิญกับคนเมืองเดิม

ดังนั้น จึงเป็นที่มาว่างานศึกษาชาติพันธุ์ที่น่าสนใจที่สุด คือ การศึกษาชาติพันธุ์ กลุ่มชนชั้นกลางในเมืองที่ชอบเหยียดคนอื่น กับ กลุ่มชนชั้นกลาง

ใหม่ที่เข้ามาทำงานรับจ้างและประกอบธุรกิจขนาดเล็กในเมือง

เอาอีกแล้วครับ ไม่ได้เขียนทำเทห์ แต่ประกาศไว้ เพื่อจะได้หาทางแก้ปมที่สำคัญที่สุดแห่งความขัดแย้ง นั่นก็คือ การเหยียดหยามกัน บนเงื่อนไขของความอยุติธรรมทางสังคมแบบ “สองมาตรฐาน” หรือ “ไม่มีมาตรฐาน” นั่นเอง

ศาสดา ในอดีตมีปัญหาชาติพันธุ์จีน ลองอ่านพระราชนิพนธ์ “พวกยิวแห่งบูรพทิศ” ของล้นเกล้ารัชกาลที่ ๖ ดูก็จะรู้ได้ นักวิชาการด้านชาติพันธุ์นานาชาติที่ได้อ่านคำแปลบางตอนจากพระราชนิพนธ์เรื่องนี้บอกผมในที่ประชุมที่อินเดียว่าเสียส้นหลังวาบทีเดียว แต่ควรเข้าใจความย้อนแย้งเรื่องนี้ให้ดี มันไม่ใช่ racism per se เพราะรัฐไทยก็เลียดเจ็กไว้ทำธุรกิจทุนนิยม ส่งภาษีและส่วยให้รัฐเสมอมา เหมือนหน่อกุ๊ยเป็นทองคำ ไม่คิดฆ่าแกงหรือไล่ไปจริงๆ ได้แต่ขู่ให้สยบยอมแล้วรีดไถ ทำที่จริงๆ แล้วเป็น ethnicizing or racializing political discourse ที่ตั้งเป้าสร้างสัมพันธภาพทางอำนาจที่เหลื่อมล้ำระหว่างรัฐ “ไทย” กับทุนและสังคม “ไม่ไทย” หรือ “ไม่เคยไทยพอเพียง” อีกด้านหนึ่ง

แอตมินเก๊าอี้ หยั่งงักไม่ใช่แค่เรื่องชาติพันธุ์ที่โดนรังเกียจ แต่ความไม่ไทยมันโดนเกลียดมาจากเรื่องเศรษฐกิจด้วยป่าวครับ

ศาสดา นั่นคือให้มองทะลุเรื่องเชื้อชาติเพียวๆ เสีย (ราชวงศ์จักรีมีเชื้อจีนมากพอควรและไหวเจ้าทุกตระกูลจีนด้วยซ้ำ) แล้วเข้าใจเสียว่าเป็นความสัมพันธรัฐ (ที่อ้างว่าเป็นไทย) กับทุน (ที่ถูกตราหน้าว่าไม่ไทย) ที่ใช้ภาษาชาติพันธุ์เป็นเครื่องมือสร้างความชอบธรรมแก่ตนและทำลายความชอบธรรมทางการเมืองของอีกฝ่าย

แอตมินเก๊าอี้ พวกพูดไทยกลาง “กรุงเทพ” ไม่ชัด โดนเหยียดว่า “ไม่ไทย” แน่ๆ

ศาสดา วาทกรรม civilize มีมาตั้งแต่ ร.๕ แบ่งระหว่างชาวเมือง ชาวบ้าน และชาวป่า ทำที่ของชาวเมืองต่อชาวบ้านและชาวป่า ไม่ต่างจากทำที่ของเจ้าอาณานิคมฝรั่งต่อคนในอาณานิคมนั่นแหละ คือมองว่าเป็น the others within

คนอื่นข้างใน elite สยามนับญาติทางวัฒนธรรมความเจริญกับ elite ฝรั่ง แต่แยกตัวต่างหากจากชาวสยามที่ไม่ศรัทธา รวมทั้งเพื่อนบ้านลาวเขมรพม่าด้วย

มิตรสหายท่านหนึ่ง ภาษา คือ หน่วยวัดพื้นฐานที่สำคัญ และใช้ในการศึกษาวิจัยใช้มายั้ครับ โดยเฉพาะสัญญาะที่ออกเป็นเสียง ซึ่งทำให้เกิดการเหยียดหยาม รีเปล่าครับ หรือ นัยยะ ความหมายของภาษาที่ใช้ เอ็มมมม คิดหัวแทบแตกเหมือนกันครับประเด็นนี้... ส่วนเรื่องจารัตจีน นี่ ประโยชน์ที่ได้มาอังกฤษจริงๆ คือ เจอสารพัดจีน พบว่า จีนที่เคร่งครัดนิยมมาก ๆ คือ จีนในไทย กับ จีนไต้หวัน ซึ่งมีลักษณะร่วมบางประการ คือ พวกที่หนีออกมาจากหลังปฏิวัติประชาชนในประเทศจีนแผ่นดินใหญ่นะฮะ (เท่าที่สัมผัสภาษณ์คนเชื้อสายจีนกันมา)

ศาสดา ทำที่เรื่องนี้จึงลึกล้นย้อนแย้งในตัว ร.๕ เคยเขียนสั่งราชการทางชายแดนลาวว่า ถ้าสยามคุยกับฝรั่ง ลาวเป็นพวกเรา, แต่ถ้าสยามคุยกับลาว ลาวเป็นพวกเขา ดังนั้นความเป็นพวกเรา/พวกเขานี้ขึ้นกับบริบทมาก การแบ่งลำดับชั้นมีอยู่แต่จะเป็น racism ตรงๆ หรือไม่ ต้องดูอย่างละเอียดเป็นกรณีไป

แอตมินเก๊าอี้ ภาษา คือ เครื่องมือล่าความเป็นอื่นเลย

ศาสดา ภาษา มีร่องรอยวัฒนธรรมอยู่ ก็ใช้เป็นเครื่องมือสะท้อนสืบสาว ทำที่ทางชนชั้น ชาติพันธุ์ เพศสภาพต่างๆ ได้ แต่ในทางกลับกัน ภาษาก็เป็นเครื่องมือที่มีพลวัตสูง ถูกจับฉวยเปลี่ยนใช้ได้เสมอ คำที่ไม่มันยเหยียดหยามแต่เดิม อาจถูกใช้ในนัยเหยียดหยามในยุคต่อมา แล้วเมื่อสภาพดุลอำนาจทางสังคมเศรษฐกิจการเมืองเปลี่ยน มันก็กลายเป็นคำกลางๆ ไปอีกก็ได้ เช่นคำว่า เจ๊ก

แอตมินเก๊าอี้ ใช้ภาษาเป็นอาวุธกันเลย

ศาสดา แต่วาทกรรมที่ฉวยใช้เหยียดเชื้อชาติ/ชาติพันธุ์เป็นเครื่องมือกดทับทางอำนาจ (ไม่ใช่ racism per se) เมื่อหลุดจากมือผู้สร้างแพร่ไปในสังคมวงกว้าง ก็อาจกลายเป็นเครื่องมือ racism ได้เช่นกัน ดังนั้นไม่ตายตัว ควร

มองอย่างมีพลวัตและรูปธรรมเป็นกรณีไป

มิตรสหายท่านหนึ่ง เอ็ม อย่างนี้ต้อง periodize และ contextualize ภาษาตลอดเวลาที่วิเคราะห์สินะครับ ส่วนเรื่องบทสนทนาเหยียดนี้ จริงๆ มันคงต้องดูเป็น “คู่” ด้วยแน่ๆ แต่ก็กลัวติดกับวิธีคิดแบบ “คู่ตรงข้าม” อีก เพราะอย่างที่ศาสดาและณัฏฐาว่า มันมีความย้อนแย้งตลอดเวลา ซึ่งในบทความหลายๆ งานของพวกวิเคราะห์จักรวรรดิ กับ หลังจักรวรรดิ นี้ ทำให้มองเห็น การกดทับและพยายามแหกแหว่งการกดทับขึ้นมามีเสียงของคนที่ถูกเหยียด แต่ตอนนี้ยังคิดไม่ออกว่ามันเชื่อมกับ New Social Movement หรือไม่ หรือควรอธิบายมันด้วยกรอบอื่นๆ หรืออธิบายใหม่เลยโดยการสร้าง Ground Theory ขึ้นมาเองนะครับ

ศาสดา ดูบทความของธงชัย 2 ชิ้นนี้ได้ “The Quest for ‘Siwilai’: A geographical discourse of Civilizational Thinking in the Late 19th and early 20th Century Siam”, Journal of Asian Studies 59, 3 (Aug 2000): 528-549. “The Others Within: Travel and Ethno-spatial Differentiation of Siamese Subjects, 1885-1910,” lead article in Civility and Savagery: Social Identity in Tai States, ed. Andrew Turton, London: Curzon Press, 2000: 38-62.

หนอนไชเบอร์ พล็อต (เรื่องเล่า) กับ ความคิดที่อยู่ในตัว (Phenomenology) คงต้องเป็นหน่วยศึกษาสำคัญที่เชื่อมระหว่างหลักฐานที่ผู้วิจัยหามา กับ ข้อเท็จจริงทางสังคม เป็นสิ่งเดียวกันหรือไม่ ว่าแล้วก็นึกถึงงานของ สวาก ที่นำเสนอร่วมกับศาสดาเลยครับ เป็นงานที่โคตรมันส์และเป็นระบบมาก ผมคิดว่ามีคนเอาไปใช้สอนต่อเยอะแน่ๆ เลยละ 555

มิตรสหายท่านหนึ่ง ตอนนี้มี ขอบเขตที่พยายามสร้างอยู่ครับ คือ น่าจะศึกษาประชากร จากการแบ่ง “กลุ่มทางวัฒนธรรมและเศรษฐกิจ” มากกว่าการพยายามแบ่งโดย “สีทางการเมือง” เพราะมันมีการเลื่อนไหลไปเรื่อยๆ จริงๆ แล้ว Rebranding สีไหนแล้วก็ได้เปลี่ยนเป็นสีอื่นแต่ใส่ในและอุดมการณ์ไม่เปลี่ยนเท่าไร 555 แต่ก็ต้องมาหาหลักฐานตัวชี้วัดว่า เอาอะไรมาเป็น

เกณฑ์แบ่งว่า เป็นกลุ่มวัฒนธรรมที่ต่างกัน และจะเอารายได้หรือรายรับมาเป็นตัวแบ่งกลุ่มเศรษฐกิจดี เพราะบางคนก็นิยามตนเองจากสิ่งที่ “อยาก” เป็น และนิยาม(เหยียด)คนอื่นจากสิ่งที่ตน “อยาก” ให้เขาเป็น มากสิ่งที่ตนหรือคนอื่น “เป็น”

โหวงชิงหมุกเกิด ของไทยถ้าพูดถึงการเหยียดนี้คือแค่ “ดูถูก” นะครับ ไม่รุนแรงเหมือนโลกตะวันตก ที่การเหยียดหมายถึงการแสดงสัญลักษณ์ “กัน” พวกที่โดนเหยียดออกจากสังคมด้วย เช่น อาชญากรรมต่อคนกลุ่มน้อย ความรุนแรงต่อคนดำ ต่อผู้ลี้ภัย จากพวกผิวขาว หรือกับแรงงานต่างด้าวยังมีพวกข่มขืนคนเม็กซิกันตามชายแดนเลย แต่บ้านเรามักจะเป็นการ “ดูถูก” เฉยๆ ไม่ค่อยจะมีความรุนแรงแบบกันคนที่เราดูถูกออกจากสังคม ของไทยคำที่หนักสุดคือ “แรงงานต่างด้าวมาแย่งงานคนไทย” (อันนี้ไม่ย้อนไปเรื่องญวนนะครับ อันนั้นมึบริบททางการเมืองที่ต้องอธิบายอีก)

มานี้มีแซร์ ความรุนแรงของการกันออกจากสังคมมันก็มีหลายระดับนะคะจริงๆ การดูถูกแบบที่มันเกี่ยวเนื่องไปกับการจ้างงาน การให้บริการ การคัดเลือกเข้ารับการศึกษา มันก็ถือเป็นกรณีกันออกจากสังคมทางอ้อม

มิตรสหายท่านหนึ่ง ถ้าดูถูกจนเป็น “ใบอนุญาตฆ่า” หรือ “ลดคุณค่าของคะแนนเสียง” ละครับ ถือว่ารุนแรงพอจะเป็น “เหยียด” หรือยัง คริ คริ

มานี้มีแซร์ อันนี้เราพูดถึง Racial Discrimination หรือกว้างกว่านั้นไปแล้วคะ?

มิตรสหายท่านหนึ่ง Ethnic Cleansing อ้าว... ไม่ใช่ หมายถึง Racial Discrimination อันเนื่องมาจากไทยไปเข้าร่วมปฏิญญาสิทธิชาติพันธุ์นะแหละครับ แล้วก็คำพูดจากคนในงานระดมความเห็นการทำรายงานอนุสัญญาต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ แต่ที่แน่ๆรุนแรงกว่าคนอังกฤษมอง สก๊อตกับ ไอร์ริช แน่ๆ ครับ โหดมากกกกกกก

มานี้มีแซร์ รุนแรงกว่ายังไงบ้างคะ? (ที่บอกว่ารุนแรงคือสถานการณ์ หรือ

คำพูดคนตอนระดมความเห็นคะเนี่ย แอบงง)

มิตรสหายท่านหนึ่ง ขอบเขตเวลา 2549-2553 พื้นที่ ปริมาณผลการเมือง วัฒนธรรมในอินเทอร์เน็ตที่ใช้ภาษาไทย

มานี้มีแซร์ อ่า อันนั้นมันเข้าขอบเขตของ racial discrimination ด้วยหรือคะ? (หมายถึงว่าเราสามารถขยายการตีความ racial ไปได้กว้างขนาดนั้นเลยหรือคะ เพิ่งรู้)

มิตรสหายท่านหนึ่ง พยายามอยู่อะ อันนั้นมันเป็นการวิเคราะห์ส่วนยอด (วัฒนธรรมกับสัญลักษณ์) แต่สุดท้ายก็ต้องเชื่อมกลับไปพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ปรากฏในสังคมและประวัติศาสตร์ให้ได้นะครับ อย่างที่ ศาสตราได้ชี้ทางไว้ให้ นะครับ ซึ่งต้องอาศัยงานวิจัยเอกสารประวัติศาสตร์ และการวิจัยเชิงคุณภาพ ทางมานุษยวิทยา ด้วยนะครับ งานข้างที่เดียว

มิตรสหายท่านหนึ่ง นี่อะ งานเกี่ยวกับ Cyber Racism ผลงานของอดีต อาจารย์แห่ง ม.ลีดส์ ผู้ทำให้ ไซเบอร์พังค์ ต้องมาอยู่ ไซเรนซีอัลส์ <http://www.amazon.com/Racism-Internet-Yaman-Akdeniz/dp/928716634X>

7) การเลือกปฏิบัติและเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งชาติพันธุ์และวัฒนธรรมของบุคคล

มิตรสหายท่านหนึ่ง ว่าด้วยเรื่องการศึกษชาติพันธุ์กลุ่มชนชั้นกลางในเมืองที่ชอบเหยียดคนอื่น กับ กลุ่มคนชั้นกลางใหม่ที่เข้ามาทำงานรับจ้างและประกอบธุรกิจขนาดเล็กในเมือง

ลองมาคิดดูว่าการแบ่งชนชั้นหรือกลุ่มคนไม่น่าจะใช้รายได้หรือความสามารถในการผลิตมาเป็นตัววัด แต่ควรใช้ความสามารถในการบริโภค/ ความอยากบริโภค มาเป็นตัวกำหนดมากกว่า เพราะมีคนจำนวนมากที่มีได้มีรายได้มากหรือไม่มีเลยแต่ก็สามารถบริโภคได้(ใช้เงินคนอื่น/เงินในอนาคต)

การบริโภคนี้ไม่ใช่แค่สินค้าหรือบริการ แต่หมายรวมถึง บริโภค “ความ

หมาย” และ “สัญลักษณ์” ด้วย เช่น ชื่อของยี่ห้อนี้เพราะจะได้ดูดีหรือตามเทรนด์ หรือดูรักโลก ไปจนถึงอุดหนุนสื่อค่ายนี้ ศิลปินคนนี้เพื่อแสดงความรักชาติ ดังนั้น หากจะจัดชนชั้นอาจจะต้องดูชนชั้นในสายตาของแต่ละกลุ่มที่มองคนอื่นในสังคม นั่นหมายความว่า คนกลุ่มหนึ่งจัดลำดับคนแบบหนึ่ง คนอีกกลุ่มอาจจะจัดอันดับความสำคัญอีกแบบหนึ่งผมลองเสนอการจัดชนชั้นโดยอาศัย ทุนทางสังคม+ทุนทางเศรษฐกิจ+ทุนวัฒนธรรม+ทุนภาพลักษณ์ = ผลรวมของอำนาจของคนในสังคมนั้น โดยน่าจะแบ่งชนชั้นได้ดังนี้

ชนชั้นในสายตาของ “กลุ่มชนชั้นกลางในเมือง” ได้แก่

- 1) ราชวงศ์และNetwork Monarchy
- 2) ชนชั้นนำทางราชการที่ประกาศตนว่ารักชาติ ศาล ทหาร ฯลฯ
- 3) นักการเมืองระดับชาติ และเหล่าเซเลบคนดังในสังคม เช่น เศรษฐี ดารา ไฮโซ
- 4) ชนชั้นกลางที่ทำงานใช้ความรู้ ฝีมือ สร้างสรรค์ สามารถบริโภคสินค้าไฮเอนด์
- 5) ชนชั้นกลางที่ทำงานใช้แรงงาน หรือบริการ ไม่ถึงระดับที่จะใช้บริการบริโภคได้
- 6) กลุ่มเสี่ยง เช่น คนจน คนว่างงาน ผู้พิการ คนชราโดดเดี่ยว คนเร่ร่อน ขอทาน เด็ก
- 7) แรงงานต่างด้าวและครอบครัว(ที่มีใช้คนรวยหอบเงินมาที่จะอยู่กลุ่ม3)

ชนชั้นในสายตาของ กลุ่มคนชั้นกลางใหม่ที่อพยพมาอยู่ในเมือง

- 1) แรงงานต่างด้าวและครอบครัว(ที่มีใช้คนรวยหอบเงินมาแล้วเจือจานคนอื่น)
- 2) กลุ่มเสี่ยง เช่น คนจน คนว่างงาน ผู้พิการ คนชราโดดเดี่ยว คนเร่ร่อน

ขอทาน เด็ก

3) คนหาเช้ากินค่ำ แรงงานรับจ้าง ชายของหาบเร่แผงลอย งานบริการทั่วไป

4) คนทำงานออฟฟิศ ทั้งรัฐ เอกชน รัฐวิสาหกิจ ขี้อวดเบ่ง และดูถูกคนอื่น

5) นักธุรกิจ ข้าราชการ นักการเมืองทั่วไปที่ไม่ได้มีเครือข่ายด้วย/ไม่เคยช่วยตนเอง

6) นักการเมือง นักธุรกิจ ข้าราชการ ที่แสดงให้เห็นว่าช่วย/ให้โอกาสคน

7) ชนชั้นนำ

จัดได้หายากมากครับ และยังไม่มีข้อมูลเชิงประจักษ์ (Positivism) สนับสนุน --'

ความคิดเหล่านี้ ถูกกระตุ้นโดยงานที่ ปิปปิเผยแพร่ออกมาเมื่อเดือนก่อน คำทำได้ดีมากซะ ลองอ่านดู

http://www.matichon.co.th/news_detail.php?news-id=1365074628&gripid=01&catid=01

โดยชนชั้นที่มีการจัดใหม่ประกอบด้วย:

ชนชั้นที่ 1 Elite หรือกลุ่มอภิสิทธิ์ชนที่สุดในสหราชอาณาจักร มีความแตกต่างในแง่ความมั่งคั่งจาก 6 ชนชั้นที่เหลืออย่างเห็นได้ชัด และมีต้นทุนเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมสูงที่สุด สัดส่วน 6% อายุเฉลี่ย 57 ปี

ชนชั้นที่ 2 Established middle class หรือกลุ่มชนที่มีความมั่งคั่งรองลงมา มีต้นทุนเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมสูง เป็นกลุ่มที่ชอบเข้าสังคม และมีจำนวนมากที่สุด มีต้นทุนทางวัฒนธรรมมากเป็นอันดับสอง สัดส่วน 25% อายุเฉลี่ย 46 ปี

ชนชั้นที่ 3 Technical middle class เป็นกลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะและมีจำ

นวนน้อย แม้จะมีฐานะดีแต่ไม่ชอบออกงานสังคม ขาดความกระตือรือร้นด้านวัฒนธรรม มีต้นทุนทางสังคมและวัฒนธรรมต่ำ สัดส่วน 6% อายุเฉลี่ย 52 ปี

ชนชั้นที่ 4 New affluent workers คนกลุ่มนี้อายุน้อย ชอบเข้าร่วมกิจกรรมทางสังคมและวัฒนธรรม ต้นทุนทางเศรษฐกิจในระดับกลาง สัดส่วน 15% อายุเฉลี่ย 44 ปี

ชนชั้นที่ 5 Traditional working class มีต้นทุนเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมในระดับต่ำ แต่ก็ไม่ได้อยู่ในภาวะขาดแคลนโดยสิ้นเชิง มีกำลังซื้อบ้านอาศัยที่มีราคาแพง ส่วนใหญ่อายุเฉลี่ยไม่เกิน 66 ปี สัดส่วน 14% อายุเฉลี่ย 66 ปี

ชนชั้นที่ 6 Emergent service workers กลุ่มคนรุ่นใหม่ อายุน้อย และอาศัยอยู่ในเมือง ที่แม้จะมีฐานะไม่ดันทัก แต่มีต้นทุนทางวัฒนธรรมและสังคมในระดับสูง สัดส่วน 19% อายุเฉลี่ย 34 ปี

ชนชั้นที่ 7 Precariat หรือ precarious proletariat กลุ่มคนที่ยากจนที่สุดในสังคม มีต้นทุนทางวัฒนธรรมและสังคมในระดับต่ำที่สุด สัดส่วน 15% อายุเฉลี่ย 50 ปี

หนอนไชเบอร์ แต่เค้าไม่ได้หมายความว่าชนชั้นเหล่านี้จะหยุดนิ่งไม่ทำอะไร เพราะคนแต่ละกลุ่มนี้ล้วนคิดว่าจะต้องเขยิบสถานะ หรือเปลี่ยน/คง ช่วงชั้นเหล่านี้กันตลอดเวลา ผ่านการชกกระทัดเยียดทางอำนาจในกิจกรรมทางการเมืองหลากหลายรูปแบบ ตั้งแต่การเมืองระดับชาติลงมาถึงกิจกรรมในชีวิตประจำวันเลยทีเดียว สิ่งที่น่าสนใจมาก คือ การชกกันด้วยความสามารถในการบริโภคนี้ละละ กินอะไรมา ไปเที่ยวที่ไหน เป็นเพื่อน/แฟนกับใคร หรือแม้กระทั่งชอบฟังเพลง/ดูหนังอะไร ปฏิบัติธรรมสำนักไหนบ่อยไหม ฯลฯ ต้องเอาออกมาโชว์กัน โดยเฉพาะเฟซบุ๊ค นี่ เพียบเลยอะ เยี่ยม!

ศิษย์เก่าดีเด่น เปล่าๆที่พูดหมายถึงการคัดเกรดระหว่างไฮโซผู้ดีเก่ากับเศรษฐีใหม่ที่ส่วนมากมีเชื้อจีน เลยเรียกว่าไฮโซอะ

หนอนไชเบอร์ เอ๊บบบ ถ้าเอากรณีศึกษาของครอบครัวคนจีนที่อยาก

ขยับสถานะก็จะเห็นชัดมากขึ้น โดยเฉพาะรายการ “บางกอกกระซิบ กระซิบ” อะสะ ไม่รู้ยังมีอยู่หรือเปล่าทุกวันนี้ เมื่อก่อนชอบดูมากเลยย พอดอนหลังเวลาใครบอกว่าเศรษฐกิจไทยขึ้นเนี่ยก็จะลองจับมาเทียบกับ

1) เศรษฐีไทยเมื่อก่อน ว่า ในอดีตงานสังคมเค้าทำอะไรกัน บริจาคไหม หรือถวายวัดรีเปลา ฮา

2) เศรษฐีต่างประเทศ ที่ต้องตั้งกองทุนหรือมูลนิธิเพื่อสาธารณกุศล ทั้งที่จิตสาธารณะจริงหรือกฎหมายภาษีบีบ

มิตรสหายท่านหนึ่ง ว่าด้วยการขยับเลื่อนสถานะทางชนชั้น และการกีดกันคนอื่นไม่ให้เข้ามาเบียดในบันไดตน ตอนนี้ดูเหมือนสังคมไทยจะมีทางลดในการข้ามชนชั้นอย่างรวดเร็วด้วยการอาศัยทุนสัญลักษณ์อะสะ สัญลักษณ์ที่เป็นทุนในการเหาะข้ามชนชั้นจากสถานะง่อนแง่นไม่มั่นคงเป็นเซเลบในชั่วข้ามคืนเห็นจะเป็น “รูปร่างหน้าตาใสปิ๊ง ขาวผ่องตามโฆษณา มีเสียงดีการแสดงเด่นเร้าใจผู้ชมและกรรมการ ทางบ้านมีปัญหาครอบครัว หรือยากจน ลูกกตัญญูรักพ่อแม่ปู่ย่าตายาย และประกาศว่าจะสู้เพื่อ...” พลุดอกไม้ที่ครับ เพราะ Reality Show และสารพัด Contest ในสื่อหลักมันสร้าง “ประเด็นร่วม” และ “กินเวลา” คนได้มากจริงๆ ไม่รวมถึงการดูดเงินผ่านการโหวตส่งข้อความ และแอบโฆษณา -.-

แอดมินเก้าอี้ ส่วนการป้องกันมิให้คนอื่นเบียดเข้ามาในชนชั้นตนก็ทำได้สารพัดตั้งแต่เรื่องใหญ่ๆ อย่างการไม่ยอมรับผลการแสดงมติดทางการเมือง การสร้างระบบกฎหมายที่ปิดไม่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมหรือวิจารณ์ไปจนถึงการขัดขวางนโยบายพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ และการกีดกันเหยียดหยามคนอื่น ให้ต่ำเตี้ยเลียดดิน ลูกลามไปถึงการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ผู้อื่นเพื่อออกใบอนุญาตฆ่า เป็น “ความรุนแรงในช่วงเปลี่ยน(ไม่)ผ่าน” (Violence in Transition Phrase)

มิตรสหายท่านหนึ่ง วิจัยในข่าวด้านบน เค้าทำเพื่อให้เห็นชนชั้น จะได้จัดนโยบายสาธารณะให้เหมาะสมกับวิถีชีวิตของแต่ละกลุ่มครับ และชนชั้น

เหล่านี้ก็ไม่ได้หมายความว่าชนชั้นแล้วจะ “ไม่มีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย” นะครับ สรุป ชนชั้นนะมี แต่ไม่ได้หมายความว่าห้ามกันได้นะอะมาอยู่แล้วถึงสัมผัสได้ แรงงานเค้าไม่มีใครมาด่าว่า “ควาย” เวลา “ซุ่มนุ้ม” ก็ไม่มีใครห้ามว่ารับเงินมานะครับ แฮะๆ ขออธิบายครับ กลัวเกิดการเข้าใจผิด เพราะเห็นแชร์แบบเข้าใจผิดกัน

8) รัฐ ประชาธิปไตย และอธิปไตย

มิตรสหายท่านหนึ่ง นักกฎหมายที่ต้องออกมาเคลื่อนไหวให้ทำตามหลักการกฎหมาย มักต้องเผชิญกับข้อตอบโต้จากฝั่งตรงข้ามว่า “เอาหลักกฎหมายหรือทฤษฎีต่างประเทศมาใช้กับเมืองไทยไม่ได้หรอก” ประเทศเราไม่เหมือนฝรั่ง ข้อตอบโต้มันพูดง่าย และมักมีคนเชื่อตาม แล้วทำให้สิ่งที่นักกฎหมายเหล่านั้นผลักดัน สูญเสียพลังไปไม่น้อยในสายตาผู้รักชาติโดยปราศจากเหตุผล

แต่สิ่งหนึ่งที่ทำให้ลูกคิด คือ หากนักกฎหมายเชื่อมโยงข้อเสนอทางกฎหมายเข้ากับเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์และสังคมไม่ได้ ก็ยากที่จะโน้มน้าวผู้เห็นต่าง และทำลายข้อโต้แย้งแบบ “ชาวเหนียวปลูกในดินข้าวเจ้าไม่ขึ้น” ไม่ได้ เหตุการณ์แบบนี้เกิดมาก่อนหน้าในหลายประเทศ จึงเป็นที่มาว่าทำไมต้องมีการศึกษา กฎหมายกับสังคม แบบเชื่อมโยงทฤษฎีของศาสตร์อื่นเข้ากับหลักกฎหมาย เพราะมันจะเป็นตัวชี้ว่า หลักการที่นักกฎหมายเสนอนั้นสร้างขึ้นมาจากปัญหาอะไร และจะแก้ปัญหานั้นได้ ไม่จำเป็นต้องยึดติดว่าเป็นของฝรั่งแล้วจะเอามาใช้กับประเทศเราไม่ได้ เช่น กรณีรัฐประหารผิดหลักกฎหมายแน่ๆ แต่ทำไมสังคมไทยและศาลไทยยอมรับผลทางกฎหมายของมัน รวมถึงข่าวลือผิดๆ เกี่ยวกับการเข้าร่วมศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วไทยจะเสียเอกราช ต้องเอาเหตุผลทางสังคมมาปูพรม लेकरับว่ารัฐประหารทำให้ทุกสังคมเสียหายอย่างไร ทำไมเราต้องไม่รับรัฐประหาร แล้วถึงจะทำให้เกิดเสียงว่าไม่รับผลของการรัฐประหาร จนศาลนั่งเฉยไม่ได้อีกต่อไป

หากข้อเสนอมีเหตุผล และเสียงสนับสนุนในทางสังคมแล้ว ก็จะไม่หลุด

นอกจากการเสนอว่า “ต้องทำตามหลักการนี้เพราะหลักกฎหมายที่เรียนมาจากต่างประเทศเป็นแบบนี้” ซึ่งเถียงกันไม่มีวันจบสิ้น เพราะอีกฝ่ายจะเอาข้ออ้างแบบชาตินิยมมากบในะลามาโต้แต่ก็ยังได้ผลเสมอ

สเตตัสนี้เกิดจากความพยายามหาเหตุผลในการย้ายหลักสูตร เพราะคิดว่าเรียนกฎหมายและหลักกฎหมายไปเรื่อยๆ คงไม่ช่วยให้ทำงานวิชาการและสอนดีขึ้นได้ ทั้งนี้ประสบการณ์วิจัยและการแอบเคลื่อนไหวทางสังคมมันกระซิบบอกว่า “ไม่พอ” อยู่เสมอ

ปราชญ์ไชเบอร์ เห็นคนตาย เห็นด้วยมากๆ เลยครับ แล้วไอ้ที่บอกว่า เป็นของไทย บลาๆ นั้นนะ แท้จริงก็มาจากต่างชาติทั้งนั้น เช่นระบบศาลที่เป็นอยู่ ระบบทหารอาชีพ ที่ไม่อาชีพจริงเพราะวุ่นวายกับการเมือง ก็รับมาสมัย ร.๕ ทั้งนั้น เราไม่ได้สร้างขึ้นมาจากเองซักหน่อย

ระบบกฎหมายหรือระบบคุณค่าใดๆ มันไม่ได้เกิดขึ้นเองในสุญญากาศ แต่มันมาจากบริบทแวดล้อมทางสังคมและวัฒนธรรม ในโลกตะวันตก ครั้งหนึ่งนานมาแล้วเคยมีบริบทที่ทำให้เกิดระบบศาล ฯลฯ แบบที่ประเทศไทยเป็นอยู่ตอนนี้ แต่ในโลกตะวันตกสถานการณ์นั้นเปลี่ยนไป ทำให้ระบบก็เปลี่ยนไปด้วย เช่นเดียวกับในประเทศไทย สถานการณ์แบบเดิมๆ มันไม่มีแล้ว ประเทศไทยกำลังเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว แล้วจะให้ระบบกับสถาบันแบบเดิมๆ อยู่แบบเดิมๆ ต่อไปได้อย่างไร?

มิตรสหายท่านหนึ่ง ผมคิดว่ามี 2 เรื่องใหญ่ๆ ที่ชนชั้นนำไทยเลือกรับมาจากตะวันตกในสมัย ร.5 ที่เหมาะกับสังคมในตอนนั้น แต่ต้องคิดให้ดูว่ายังเหมาะกับปัจจุบันหรือไม่ คือ

1) การเลือกระบบกฎหมายแบบ Civil Law แต่ดันมีระบบอบรมและคัดเลือกตุลาการ อัยการ แบบ Common Law แบบครึ่งๆ กลางๆ คือ รับข้อเสียของทั้งสองระบบมา แต่ไม่เอาตัวแก้มา กล่าวคือ ข้อเสียของระบบ Civil Law คือ อำนาจในญัตตจะอยู่ที่ “รัฐาธิปัตย์” ในการออกกฎหมาย เพราะฉะนั้นตัวแก้คือ ต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากประชาชนเท่านั้น แต่เราดันยอมรับ

รัฐประหาร ข้อเสียของระบบ Common Law คือ เสี่ยงว่าผู้พิพากษาจะสร้างกฎหมายผ่านการตัดสินและวางบรรทัดฐานเรื่องต่างๆ โดยเอา Common Sense ของตนเป็นที่ตั้ง ตัวแก้คือ ให้มี Common People เข้ามาเป็นลูกขุนเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่อิงกับสังคม แต่ของเราสอบคัดเลือกผู้พิพากษาที่อาจไม่มีประสบการณ์จริงเลยเข้ามา และไม่มีการเอาคนสามัญเข้ามาช่วยตัดสินถ่วงดุล และปิดกั้นไม่ให้วิจารณ์ด้วยเรื่อง Contemn of Court (ข้อดีที่เลือก Civil Law ตอนนั้นไม่ใช่ว่าสะดวกในการออกกฎหมายเพื่อให้ได้เอกราชทางการศาลอย่างเดียว แต่จริงๆ เป็นเพราะผู้ที่มีอำนาจนิติบัญญัติในเวลานั้น คือ กษัตริย์ ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงทำงานได้สะดวกรวดเร็ว และรวบอำนาจมาที่พระองค์ ทำลายระบบกฎหมายท้องถิ่น และยึดอำนาจตัดสินคดีความที่เคยไปฝากไว้กับมูลนายคืนมาด้วย)

2) การบริหารราชการแผ่นดินแบบรวมศูนย์ ซึ่งมีข้อดีในตอนนั้น คือ รวบอำนาจในการตัดสินใจให้บูรณาการฝ่าลมพายุล่าอาณานิคม ด้วยการรวบอำนาจในการใช้กำลังทหารและการจัดการทรัพยากร เพราะเกรงจะโดนแทรกซึม และมีการแปรพักต์ของเจ้าเมืองต่างๆ รวมถึงทำลายขุมกำลังของเหล่าขุนนางทั้งหลาย แต่ต้องอาศัยศักยภาพในการบริหารจัดการของชนชั้นนำวงในสูงมากๆๆๆๆ ซึ่งในปัจจุบันก็เห็นชัดแล้วว่าการรวมศูนย์ได้ดึงสารพัดปัญหาเข้าสู่ศูนย์กลาง เช่น มีอบทุกสายมุ้งมุ้ง กทม. และการบริหารจังหวัดต่างๆ ต้องการยุทธศาสตร์และกลยุทธ์ที่แตกต่างกันไปตามต้นทุนที่แต่ละเมืองมีอยู่ ทุกวันนี้ทำไม่ได้ไม่พอ ยังชะงักงันถ้าศูนย์กลางมีปัญหาก็จะไม่แปลกที่มีผู้เสนอ “จังหวัดจัดการตนเอง” แบบไม่ต้องไปพ่วงกับอำนาจศูนย์กลางอีก

มิตรสหายท่านหนึ่ง จากประเด็น 2 เรื่องข้างต้น นำมาสู่ ข้อเสนอของนักกฎหมายว่า

1) ยกเลิกผลทางกฎหมายของการรัฐประหาร และกฎหมายที่ออกโดยคณะรัฐประหารชุดต่างๆ

2) ส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น ผ่านการออกกฎหมายโอนถ่ายอำนาจไปสู่ อปท.ในรูปแบบต่างๆ และเพิ่มภารกิจที่ท้องถิ่นทำได้เองโดยไม่ต้องขออำนาจส่วนกลางให้มากขึ้น

ศิษย์เก่าดีเด่น ข้อเสนอทำไปแล้วแต่ไม่สัมฤทธิ์ผลเพราะงบประมาณบางส่วนมาจากส่วนกลางและการการันตีว่าจะได้นั้นต้องเป็นโครงการ.... นอกจากนี้บทบาทของตัวเราเองยังมีมากแม้ในความเป็นจริงจะไม่มีอำนาจ ในความเป็นจริงกระบวนการมีส่วนร่วมในท้องถิ่นเองก็ยังไม่ผูกกับส่วนภูมิภาคและส่วนกลางไม่น้อยเช่นการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นอะ

มิตรสหายท่านหนึ่ง ตอบได้ตรงใจครับ เป็นที่มาว่าทำไมต้องทำ “เข้มข้น” ขึ้นไปอีก มิใช่ล้มเลิก มาอังกฤษถึงได้รู้ว่า พวกนี้เวลาณรงค์และเคลื่อนไหวอะไรมันวางแผนกันเป็นร้อยปี และคิดวางแผนทางให้คนรุ่นถัดไปมาสานต่อด้วย เค้านคงคุ้นเคยกับการต่อสู้มาเยอะ รู้กันไปเรื่อยๆ ล้อมไปเรื่อยๆ ซึมไปเรื่อยๆ ลักวัน เสด็จขึ้นเล็กลุ่มหมด ปราสาทก็หลาย

ซึ่งอันนี้เป็นสิ่งที่นักกฎหมายอาจต้องคิดมากขึ้น เพราะข้อเสนอทางกฎหมายมักมีลักษณะ บุกไปทุบยอดปราสาท ทำให้โดนต่อต้าน และมีแรงเสียดทานจากฝั่งตรงข้ามสูงเพราะมันขัดและฐานมวลชนเขายังเข้มแข็งกลับกันงานที่สำเร็จมักเป็นการปฏิบัติภารกิจเล็กๆ จนสูงงอมแล้วเกิดการเปลี่ยนแปลงแบบที่ใครก็ตามไม่อยู่ อันนี้อาจเป็นความล้มเหลวจากการศึกษาแต่ประวัติศาสตร์ชนชั้นนำ และไม่ศึกษาประวัติศาสตร์สังคมนะฮะ เพราะชัยชนะไม่ได้เกิดจากคนไม่กี่คนหรือสงครามไม่กี่ครั้ง แต่มันก่อปรี่ขึ้นจากการต่อสู้ที่ร้อยพันที่เต็มไปด้วยคราบเลือดและหยดน้ำตา ป.ล. ปราสาทนี้หมายถึง “เป้าหมายในการผลักดัน” นะครับ ไม่มีความหมายโดยนัยยะใดๆ ทั้งสิ้น

แอดมินแก้วอี เออ มาคิดๆดูอีกประเด็น ถ้าเรานักกฎหมายออกข้อเสนอและแถลงการณ์เป็นเอกสาร แล้วยาวมากๆ ก็น่าจะไม่มีใครอ่านจบด้วยนะฮะ เนื้อหาข้างในมลายกลายเป็นฝุ่นไม้ดัดดัด ต้องหาวิธีดึงดูดความสนใจให้คนมาใช้เวลากับเนื้อหาในข้อเสนอเยอะๆ ด้วยฮะ ซึ่งถ้าเป็นข้อเสนอแนะจาก NGOs

หรือ คนทำสื่อ ก็บอกว่า “ทำให้มันง่าย เข้าใจเร็วๆ หรือเป็นภาพเป็นเรื่องเล่า” ซึ่งเป็นจุดบอดอย่างใหญ่หลวงของนักกฎหมายเหมือนกัน เนื่องจากไม่ได้ฝึกมาอย่างนี้ ที่ฝึกมามีแต่อ่านหนังสือเป็นพรีด แล้วก็เขียนเป็นพรีด ถ้าฟังแค่พูดให้มนุษย์รู้เรื่องได้นี่ ก็เก่งมากแล้วฮะ ขอบอก...

บทสังเคราะห์

จากบทสนทนาเกี่ยวกับ ตัวตน อัตลักษณ์ และบุคคลในกฎหมายสมัยใหม่ จะเห็นร่องรอยการปริแตกของกฎหมายที่ไม่อาจครอบคลุมประเด็นต่างๆ ที่ทำให้สถานะทางกฎหมายของบุคคลแบบ “หยุดนิ่ง” ไม่เพียงพอต่อการตอบคำถามและปัญหาใหม่ๆ ได้อย่างทันสถานการณ์ ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายจึงต้องนำหลักกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นและเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายและรัฐนั่นคือ สิทธิมนุษยชน มาเป็นฐานความคิดในการปรับใช้กับ ความหลากหลายแห่ง อัตลักษณ์ ที่ยิ่งจะเพิ่มขึ้นไปเรื่อยๆ ตามบริบททางสังคมและการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมที่เปลี่ยนไป หากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะมีการขับเคลื่อนนโยบายทั้งหลายเพื่อเรียกร้องหรือรักษาสีสิทธิของตน ย่อมต้องสู้เพื่อสิทธิของคนอื่น นั่นคือ สู้เพื่อสิทธิของทุกคนด้วย จึงจะทำให้เกิดการขยายขอบเขตการทางสังคมแบบครบรวมกลุ่มต่างๆ ที่มีความหลากหลายแต่ต้องการเปิดพื้นที่ให้บุคคลผู้ด้อยสิทธิทั้งหลายได้เข้ามารวมพลังกัน เป็นการเพิ่มแนวร่วมขบวนการประชาสังคมทั้งในแง่ปริมาณและคุณภาพ

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

การบัญญัติหรือตีความกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายในตัวตน และอัตลักษณ์ จึงต้องใช้คำที่ไม่ระบุเฉพาะอย่างหยุดนิ่ง และกีดกันคนจำนวนมากออกไปจากนิยามตามกฎหมาย อันจะเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนนั่นคือ หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างหลากหลายในสถานภาพ เพื่อประกันความสิทธิบุคคลให้มี “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” การบัญญัตินิยามบุคคลอย่างคับ

แคบย่อมสร้างการแยกแยะบุคคลจำนวนหนึ่งออกจากการประกันสิทธิ ในแบบกฎหมายสมัยใหม่ที่รับรองเฉพาะ “บุคคล” ที่รับรองโดยสถาบันที่ทรงอิทธิพลในรัฐเท่านั้น การบัญญัติและตีความกฎหมายอย่างเป็นคุณต่อสิทธิมนุษยชนเท่านั้นที่จะเปิดพื้นที่ให้ “ความหลากหลาย” อันเป็นจุดเริ่มต้นแห่ง “ความคิดสร้างสรรค์” และ “การพัฒนา” ต่อไป ดังที่ปัญญาสาขากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติไว้ในข้อ 30 ว่า “ข้อ 30 ข้อความต่าง ๆ ตามปฏิญานี้ไม่เปิดช่องที่จะแปลความได้ว่าให้สิทธิใดๆ แก่รัฐ กลุ่มชนหรือบุคคลใดๆ ที่จะประกอบกิจกรรม หรือกระทำการใดๆ อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและเสรีภาพใดๆ บรรดาที่ได้ระบุไว้ในบทบัญญัติฉบับนี้”

วารสารนิติสังคมศาสตร์

หลักเกณฑ์ในการลงตีพิมพ์ต้นฉบับวารสารนิติสังคมศาสตร์

1. ต้นฉบับที่ผู้เขียนส่งมาเพื่อการพิจารณาจะต้องไม่เคยตีพิมพ์ในวารสารใดวารสารหนึ่งมาก่อน (หากบทความของผู้เขียนอยู่ระหว่างการเสนอขอตีพิมพ์ในวารสารอื่น กรุณาแจ้งให้ทางกองบรรณาธิการของวารสารนิติสังคมศาสตร์ทราบด้วย)
2. เนื้อหาในต้นฉบับควรเป็นงานที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเอง โดยไม่ได้ลอกเลียนหรือคัดลอกมาจากผลงานของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือปราศจากการอ้างอิงที่เหมาะสม
3. ผู้เขียนต้องเขียนต้นฉบับตามรูปแบบข้อกำหนดในระเบียบการส่งต้นฉบับ
4. ให้มีบทคัดย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ไม่เกิน 100 คำ
5. ผู้เขียนควรแก้ไขความถูกต้องของเรื่องที่ส่งมาตีพิมพ์ ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review)
6. หลังจากผู้เขียนได้แก้ไขเรื่องแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง

ติดต่อสอบถาม/ส่งต้นฉบับได้ที่

E-mail : lawcmu.research@hotmail.com

ถึง กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์

