

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ในการวิจัยเรื่อง กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการจัดทำกฎหมายต้นแบบ โดยมีโครงสร้างของกฎหมายประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ควรได้รับอย่างเท่าเทียมกันกับเพศชาย เพศหญิง โดยทั่วไป งานวิจัยนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาถึง แนวคิด ทฤษฎี หลักการกฎหมาย งานวิจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้วิจัยได้แยกหัวข้อการศึกษา ดังนี้

1. แนวคิด
 - 1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส
 - 1.2 แนวคิดเกี่ยวกับเพศ
2. ทฤษฎี
 - 2.1 ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเคียวร์
 - 2.2 ทฤษฎีสารัตถะนิยม
 - 2.3 ทฤษฎีเสรีภาพ
 - 2.4 ทฤษฎีครอบครัว
3. หลักสิทธิมนุษยชน
 - 3.1 หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
 - 3.2 หลักความเสมอภาค
 - 3.3 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 - 3.4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ
 - 3.5 หลักนิติสัมพันธ์
4. กฎหมายระหว่างประเทศ
5. กฎหมายต่างประเทศ
6. กฎหมายไทย
7. งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1. แนวคิด

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส

การสมรสมีความเป็นมายาวนาน เรียกได้ว่าเป็นประเพณีหนึ่งที่สืบทอดต่อ ๆ กันมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามแต่ละสังคม ในที่นี้จะอธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสมรสพอสังเขป ดังที่จะได้อธิบายต่อไป

1) ความหมายของการสมรส

การสมรส หรือที่นิยมเรียกกันว่า “การแต่งงาน” นั้น เป็นการปฏิบัติที่มีความซับซ้อน สังคมส่วนใหญ่จะมีการปฏิบัติที่บ่งบอกถึงการสมรส สังคมมีความคาดหวังที่จะควบคุมประชากรในครัวเรือนการแบ่งงานกันทำ การแบ่งปันทรัพยากร การแสดงความสัมพันธ์ทางเพศ การสืบพันธุ์ และการเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น การสมรสจึงเป็นการสร้างกลุ่มญาติพี่น้องที่เกินขอบเขตไปมากกว่าคู่สามีภรรยา การสมรสทำให้เกิดกลุ่มญาติระหว่างตระกูล การสมรสอาจมีหลายลักษณะ เช่น ผู้ชายสมรสกับผู้หญิงหลายคนหรือผู้หญิงสมรสกับผู้ชายหลายคน ในบางวัฒนธรรมอนุญาตให้มีการสมรสแบบสามีคนเดียวและภรรยาคนเดียว (Monogamy) บางวัฒนธรรมผู้ชายสามารถมีภรรยาได้หลายคน (Polygynous) บางวัฒนธรรมผู้หญิงสามารถมีสามีได้หลายคน (Polyandrous) รูปแบบการสมรสเหล่านี้เป็นเรื่องที่อธิบายได้ด้วยทฤษฎีและการนิยามความหมายของการสมรส แต่นิยามของการสมรสไม่สามารถครอบคลุมรูปแบบการสมรสได้ทั้งหมด ขึ้นอยู่กับแต่ละวัฒนธรรม

นิยามการสมรสในความคิดของมานุษยวิทยามีความแตกต่างหลากหลาย ขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้ศึกษาและผู้ถูกศึกษา ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น กฎทางสังคม พฤติกรรม สิทธิความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือ โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มสังคม George Peter Murdock นิยามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการสมรสโดยอาศัยการยอมรับทางสังคมที่มีต่อผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องเศรษฐกิจและเพศสัมพันธ์ แต่ Ward Hunt Goodenough นิยามต่างออกไปว่าการสมรสเป็นเรื่องของสิทธิ เพราะการสมรส คือ การทำสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากบุคคลและกลุ่มคน เพื่ออนุญาตให้มีการกระทำทางเพศต่อผู้หญิง และผู้หญิงก็มีสิทธิที่จะมีบุตร โครงสร้างของการสมรสยังชี้ให้เห็นความเป็นไปได้ที่สมาชิกในกลุ่มจะมีคู่อรองเพื่อการสมรสในสังคม ตามคำอธิบายของทฤษฎีหน้าที่นิยม เชื่อว่าการสมรส คือ การที่สังคมเข้าไปจัดระเบียบ และตรวจสอบสมาชิกในสังคม

อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นจะทำได้หรือไม่ ในหลาย ๆ สังคมอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย หรือผู้หญิงกับผู้หญิง ซึ่งการสมรสแบบนี้ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่นิยม กล่าวคือ การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศ

เดียวกันเป็นกรณีพิเศษ ทำให้ความหมายของการสมรสทั่วไปอธิบายการสมรสชนิดนี้ไม่ได้ ในทัศนะของนักวิชาการอาจมองว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ต่างจากการสมรสตามปกติ เพราะจะต้องมีคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นบิดาหรือมารดาเช่นเดียวกับคู่สามีภรรยาที่เป็นชายหญิง

นักมานุษยวิทยาที่ใช้แนวคิดวิวัฒนาการมาอธิบายการสมรส กล่าวว่า การสมรสเป็นเรื่องของพฤติกรรมส่วนบุคคลมากกว่าเป็นเรื่อง โครงสร้างสังคม นักมานุษยวิทยาสายนี้เชื่อว่าการสมรสเป็นเรื่องของการสืบพันธุ์และการเลี้ยงดูบุตร แนวคิดสำคัญ คือ การถ่ายทอดพันธุกรรมจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ทารกที่เกิดมาจะต้องพึ่งพาอาศัยบิดามารดา มารดาจะมีบทบาทในการเลี้ยงดูบุตร และทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรซึ่งเป็นพัฒนาการทางสังคม และช่วยให้เกิดการปรับตัวในการอยู่รอดของมนุษย์ ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการสมรสเป็นการสร้างสายสัมพันธ์ที่เกิดจากการสืบพันธุ์ การที่มนุษย์จับคู่กันก่อให้เกิดการสืบทอดพันธุกรรมที่เหมาะสม

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสจะเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ในวงการมานุษยวิทยาในปัจจุบัน แต่ความหลากหลายของสถาบันการสมรสก็ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎี Rodney Needham ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการสมรสไม่มีนิยามที่เป็นสากล เมื่อไรที่มีการสร้างนิยาม เมื่อนั้นก็จะเป็นมุมมองของสังคมใดสังคมหนึ่ง Needham เชื่อว่าการสมรสคือเรื่องราวของสิทธิซึ่งแต่ละสังคมจะให้ความหมายต่างกันนอกจากนี้ เขายังเชื่อว่านิยามของการสมรสเป็นสิ่งที่ไม่คงที่ และไม่มีนิยามเดียว และไม่มีใครที่จะสามารถนิยามการสมรสในเชิงทฤษฎีได้อย่างลงตัว นิยามต่าง ๆ ล้วนอธิบายว่าการสมรส คือ การทำข้อตกลงหรือการยอมรับทางสังคม ซึ่งหนีไม่พ้นการเป็นสิ่งที่สังคมสร้างขึ้น อย่างไรก็ตาม Needham ยังคงไม่มองข้ามนิยามที่เป็นสากล กล่าวคือ สิทธิบางอย่างอาจเกิดขึ้นในทุกสังคมและไม่จำเป็นต้องมีสังคมเข้ามาควบคุม นอกจากนั้นอาจมีพฤติกรรมที่เป็นสากลที่สามารถอธิบายได้ด้วยทฤษฎีเดียวกันถึงแม้ว่าจะไม่มีสิทธิใด ๆ เกี่ยวข้องกับการสมรสเลยก็ตาม

2) วัตถุประสงค์ของการสมรส

การสมรสของคนในอดีตนั้นจะเป็นการสมรสในเผ่าของตนเอง เมื่อประชากรมากขึ้นและมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่ชัดเจนขึ้น จึงเกิดการสมรสข้ามเผ่าพันธุ์กันขึ้น แต่วัตถุประสงค์หลักของการสมรสในอดีตคงหนีไม่พ้นการดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการสมรสนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและกาลเวลา ตามที่ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช ได้รวบรวมวัตถุประสงค์ของการสมรสของกลุ่มสมรสไว้ได้ 7 ประการ ได้แก่ ประการแรก เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ (Sexual Gratification) และกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้อย่างชัดเจนและแน่นอน ประการที่สอง เพื่อผลิตสมาชิกให้แก่สังคมหรือเพื่อให้อำนาจบุตร (Children Production) ประการที่สาม เพื่อการร่วมมือในทุก ๆ ทาง (Coordination) เช่น

ทางเศรษฐกิจ การปกครองและความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์สาคนญาติ เป็นต้น ประการที่สี่ เพื่อสร้างครอบครัว (Household or Family Formation) โดยการตกลงร่วมกันเพื่อทา หน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผิดิตสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจและการอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษา และการมีสถานที่กินอยู่หลับนอนร่วมกัน ประการที่ห้า เพื่อสืบทอดทรัพย์สินสมบัติ (Property Handing) ประการที่หก เพื่อให้เด็กรู้จักตนเอง และสามารถวางแผนตัวเองได้ถูกต้องและมีจุดยืนที่ดีในสังคม (Self - Identity) และประการสุดท้าย เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคมหรือสืบทอดสกุล

จากวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้ง 7 ประการข้างต้น พบว่า เป็นวัตถุประสงค์ที่โน้มเอียงในบริบทของสังคมที่ยึดถือคู่สมรสเป็นผู้ชายและผู้หญิง แต่ในปัจจุบันเกิดการแสดงออกทางพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น บุคคลในกลุ่มนี้บางคู่ก็ได้ใช้ชีวิตคู่สามักรรยาคู่หนึ่งซึ่งในบางประเทศได้รับรองสิทธิดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของบุคคลในกลุ่มนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างครอบครัวนั้นจะพบว่าในความเป็นจริงคู่สามักรรยบางคู่อาจไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ โดยอาจจะเกิดความผิดปกติจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย แต่ด้วยความเป็นผู้ชายและผู้หญิงจึงได้รับสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งผิดกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้จะทราบดีว่าไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำเนิดบุตร แต่วัตถุประสงค์เพื่อสร้างครอบครัวอย่างถูกต้องตามกฎหมายกลับถูกกีดกันจากสังคม

ดังนั้น วัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรจึงไม่ควรเป็นข้อจำกัดในการสมรส เนื่องจากการสมรสควรให้หมายความรวมถึง กรณีที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อกฎหมายคุ้มครองถึงบุคคลที่ผูกพันชีวิตอยู่ร่วมกัน ย่อมไม่มีข้อปฏิเสธที่จะยอมรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน เพราะบุคคลเหล่านี้ก็มีวัตถุประสงค์ที่จะอยู่ร่วมกันคู่สมรสต่างเพศด้วยเหตุนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสมรสไว้แต่เฉพาะบุคคลต่างเพศเท่านั้นจึงเป็นการไม่เหมาะสม

3) เงื่อนไขของการสมรส

(1) การสมรสต้องต่างเพศกัน

เงื่อนไขของการสมรสที่สำคัญที่สุด คือ บุคคลที่จะสมรสกันต้องมีได้มีเพศเดียวกัน ซึ่งน่าจะมาจากหลักพื้นฐานทางธรรมชาติที่สิ่งมีชีวิตต้องดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน มนุษย์ก็เป็นสิ่งมีชีวิตเช่นกันและการที่จะสามารถดำรงเผ่าพันธุ์ได้จำเป็นต้องเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเพื่อให้กำเนิดบุตรนั่นเอง เมื่อสังคมมนุษย์พัฒนาเป็นสังคมเมือง เกือบทุกประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการข้อนี้ไว้ในกฎหมาย ในกฎหมายไทยก็บัญญัติหลักเกณฑ์ข้อนี้ไว้ในมาตรา

1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสที่กฎหมายรับรองในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชายและอีกฝ่ายเป็นผู้หญิงเท่านั้น

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ การสมรสจะเกิดขึ้นระหว่างเพศตรงข้าม หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นโคมะ เงื่อนไขข้อนี้สำคัญมากในระบบกฎหมาย Common Law นอกจากนี้ ยังให้ความสำคัญกับพิธีกรรมทางศาสนา กล่าวคือ การสมรสที่สมบูรณ์และถูกต้องจะต้องประกอบพิธีในโบสถ์เพื่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ และเพื่อให้พระเจ้ารับรู้ถึงการสมรสของคู่สามีภรรยาผู้นั้น หรือในกรณีของสหรัฐอเมริกาที่เคยมีการนำคดีเรื่องการจดทะเบียนสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชายขึ้นสู่ศาล ในคดี RICHARD JOHN BAKER AND ANOTHER v. GERALD R. NELSON หรือที่รู้จักกันในนาม BAKER v. NELSON ซึ่งศาลได้พิพากษาไม่ให้นายทะเบียนจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยให้เหตุผลประกอบความว่า “จุดประสงค์ของการสมรสเพื่อกำเนิดบุตรและขยายเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ ก่อนถึงวัยเจริญพันธุ์มนุษย์ย่อมไม่สามารถทำสัญญาสมรสได้เพราะยังไม่มีคุณสมบัติที่จะสืบพันธุ์ได้ ดังนั้นโดยธรรมชาติย่อมไม่สามารถทำการสมรสได้”

เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2013 คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของการสมรสไว้ว่า “สถานภาพสมรสไม่ใช่สิ่งที่จำกัดเฉพาะคู่สมรสต่างเพศเท่านั้น” นั่นหมายความว่า การสมรสอย่างถูกกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ในคู่รักที่มีเพศเดียวกันและจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศ

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่คล้ายกันกล่าวคือ ได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ว่าบุคคลที่จะทำการสมรสกันจะต้องมิได้มีเพศเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายของหลายประเทศ เช่น มาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน

ในประเทศไทยดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นตัวกำหนดเงื่อนไขทางเพศของคู่สมรสเอาไว้ ซึ่งตามกฎหมายไทยนี้ยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีได้มีเพศเดียวกันเท่านั้น และการสมรสที่สมบูรณ์จะต้องจดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ฉะนั้น แม้คู่สมรสจะได้ประกอบพิธีสมรสใหญ่โตเพียงใดก็ไม่ถือเป็นคู่สมรสหากยังมิได้จดทะเบียนสมรส รวมถึงกรณีของบุคคลที่มีเพศเดียวกันด้วย แม้จะประกอบพิธีสมรสอย่างเป็นทางการแก่ไหน แต่กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรส แม้บุคคลผู้นั้นจะทำการแปลงเพศมาแล้วก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมาย

รับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นผู้ชายรับการผ่าตัด เปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้ สิทธิทางศาล ดังนั้น บุคคลที่แปลงเพศแล้วก็ไม่สามารถทำการสมรสกับผู้ชายได้ เหตุเพราะเพศเมื่อ แรกกำเนิดเป็นผู้ชาย

ในปัจจุบันหลายประเทศได้ออกกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศ เดียวกันแล้ว ซึ่งเป็นการพัฒนาทางสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายแก่กลุ่มบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศเพิ่มมากขึ้นกว่าอดีต และสอดคล้องกับพลวัตทางสังคม (Social Dynamics) ที่ เปลี่ยนแปลงไป ประเทศเหล่านั้นจึงมองว่าเงื่อนไขทางเพศมิใช่สาระสำคัญของการสมรสอีก ต่อไป

(2) การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การสมรสที่สมบูรณ์ต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย หากผู้ชายและ ผู้หญิงไม่ยินยอมสมรสกัน การสมรสครั้งนั้นตกเป็น โหมะ เงื่อน ไขข้อนี้มีความสำคัญอย่างมากตาม หลักกฎหมายศาสนา (Cannon Law) กล่าวคือ หากผู้ชายและผู้หญิงมิได้สมัครใจยินยอมที่จะสมรส กัน แม้จะมีพิธีการสมรสทางศาสนาต่อหน้านักบวชและพยานอย่างน้อยสองคน หรือผู้ชายและ ผู้หญิงได้อยู่กันด้วยกันแล้วก็ตามการสมรสนั้นก็ยังถือเป็น โหมะอยู่แน่นอน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law การสมรสต้องเกิดจากความยินยอม ของทั้งสองฝ่ายไม่เช่นนั้นจะทำให้การสมรสตกเป็น โหมะ นอกจากนี้ยังเป็นไปตามหลักในคดี HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE ที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่า การสมรสของชน ชาวคริสเตียนเป็นการสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันตลอดอายุของผู้ชายคนหนึ่งและผู้หญิงคนหนึ่งโดยไม่ บังใจให้แก่ผู้ใดทั้งหมด” อันเป็นการนำหลักกฎหมายศาสนาเข้ามาปรับใช้นั่นเอง

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติ เงื่อนไขความสมัครใจทำการสมรสไว้ตั้งแต่ในสมัยใช้พระอัยการลักษณะศัวเมีย บทที่ 130 ซึ่ง บัญญัติว่า “ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่มีรัฐและชายอื่นมาขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้ส่ ขอ ได้แต่งงานมีขันหมาก ครึ่งถึงกำหนดให้ส่งตัวหญิง แต่หญิงนั้นมิยอม ท่านให้เอาขันหมากนั้น ตั้งใหม่พ่อแม่ทวิคุณแล้วให้ใช้ค่าหอและสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน” ฉะนั้นบุคคลอื่น ไม่สามารถตกลงสมัครใจเป็นสามีภรรยาแทนบุตรในการสมรสได้ เพราะการสมรส เป็นเรื่องเฉพาะตัว และเป็นเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้

ในกฎหมายไทยปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องความสมัครใจในการสมรสไว้ในมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอม เป็นสามี ภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้

นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” หากการสมรสที่มีได้เกิดจากความสมัครใจจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การสมรสตามกฎหมายไทยจะต้องเกิดจากความสมัครใจที่จะทำการสมรสจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองเงื่อนไขในข้อนี้ไว้มาตั้งแต่อดีตแล้ว

(3) การสมรสต้องมีวุฒิภาวะเพียงพอ

เงื่อนไขที่ต้องมีวุฒิภาวะนี้ หมายถึง อายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถสมรสกันได้ เพราะการสมรสก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หลายประการ หากบุคคลที่จะทำการสมรสกันมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอย่อมไม่เป็นผลดีต่อการใช้ชีวิตคู่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายในหลายประเทศจึงกำหนดอายุขั้นต่ำ (Minimum Age) ของบุคคลที่จะทำการสมรสเอาไว้อันเป็นหลักการสากล เพื่อที่ให้เติบโตพอที่จะรับผิดชอบในเรื่องการสมรสได้ ซึ่งหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายฝ่าฝืน จะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่สมรส และจะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนอีกต่อไปไม่ได้

ในประเทศอังกฤษสมัยโบราณได้กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ว่า ผู้ชายจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 14 ปี และผู้หญิงจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 12 ปี หากผู้ชายและผู้หญิงที่มีอายุต่ำกว่านี้จะไม่สามารถอยู่กินฉันสามีภรรยากันได้ แต่ในปัจจุบันประเทศอังกฤษกำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ที่ 16 ปี หากฝ่าฝืนตกเป็นโมฆะ หรือรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ที่ 18 ปี ซึ่งเป็นอายุบรรลุนิติภาวะของรัฐนี้ แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่านี้สมรสได้ หากได้รับความยินยอมจากบิดามารดาและได้รับอนุญาตจากศาล

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน ที่บัญญัติว่า “ผู้ชายต้องมีอายุ 18 ปี ผู้หญิงต้องมีอายุ 15 ปี ถึงจะทำการสมรสได้” หากฝ่าฝืนจะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะตามมาตรา 201 หรืออย่างในประเทศไทยได้บัญญัติกำหนดอายุขั้นต่ำของการสมรสไว้ในมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดอายุของบุคคลที่จะทำการสมรสไว้ขั้นต่ำ ที่ 17 ปี แต่ถ้ามีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนก็ได้ หากฝ่าฝืนการสมรสครั้งนี้ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1504

ดังนั้น เงื่อนไขทางอายุที่จะสามารถทำการสมรสได้ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบทของสังคม บางประเทศยึดถือตามอายุบรรลุนิติภาวะ บางประเทศอนุญาตให้สามารถสมรสได้ก่อนบรรลุนิติภาวะ แต่อยู่ภายใต้ความยินยอมของบิดามารดาและต้องได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

(4) การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

เงื่อนไขข้อนี้เกิดจากการสมรสของบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งตามปกติการสมรสต้องการความยินยอมจากบุคคลที่จะทำการสมรสก็เพียงพอแล้ว แต่กรณีของผู้เยาว์นั้นกฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เยาว์จากการตัดสินใจและผลที่จะตามมา โดยในแต่ละประเทศได้กำหนดอายุของผู้เยาว์ไว้แตกต่างกัน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างเช่นประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเงื่อนไขอายุของการสมรสไว้ขั้นต่ำที่ 16 ปี แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีที่ทำการสมรสจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ซึ่งมีอำนาจในการปกครองผู้เยาว์ และศาลจะให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของศาล หรือมีเหตุอันควรศาลอาจให้ความยินยอมก็ได้

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดเงื่อนไขของอายุที่จะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาไว้เช่นกัน ซึ่งเงื่อนไขนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 148 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน ความว่า “ผู้ชายที่ยังอายุไม่ครบ 25 ปีบริบูรณ์ และผู้หญิงที่ยังอายุไม่ครบ 21 ปีบริบูรณ์ ไม่สามารถทำการสมรสโดยปราศจากความยินยอมจากบิดามารดาได้ หากมีความเห็นขัดแย้ง ความยินยอมจากบิดาฝ่ายเดียวก็ถือว่าเพียงพอแล้ว” หากฝ่าฝืนทำการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 201

กรณีกฎหมายไทยได้กำหนดเงื่อนไขข้อนี้ไว้ในมาตรา 1454 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรส ให้นำความใน มาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม” กล่าวคือกฎหมายอนุโลมเอาหลักการหมั้นของผู้เยาว์มาใช้ ผู้เยาว์ที่จะทำการสมรสจึงต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา บิดาหรือมารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครอง แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1509 และสามารถขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสได้ตามมาตรา 1510

กฎหมายประสงค์ที่จะให้การสมรสเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของบุคคลที่จะทำการสมรส จึงกำหนดเงื่อนไขทางวุฒิภาวะไว้เพื่อคุ้มครองผู้ที่จะสมรส แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องให้ผู้เยาว์ทำการสมรส กฎหมายจึงต้องคุ้มครองผู้เยาว์โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจปกครองเพื่อมิให้เกิดการตัดสินใจที่รวดเร็วโดยมิได้ไตร่ตรอง ซึ่งอาจจะทำให้การใช้ชีวิตร่วมกับคู่สมรสไม่ยั่งยืนด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองผู้เยาว์เป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์เพื่อทำการสมรส

(5) การสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

การสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงหลายคน หรือที่นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การสมรสแบบมีภรรยาหลายคน (Polygamy)” ซึ่งแพร่หลายในประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลาม

และการสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงคนเดียว หรือที่นิยมเรียกว่า การสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว (Monogamy) ซึ่งเป็นรูปแบบที่นิยมแพร่หลายในต่างประเทศทั่วโลก ทั้งนี้ในหลายประเทศต่างมีบทบัญญัติห้ามการสมรสซ้อน ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หรือระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

ระบบกฎหมาย Common Law ได้พัฒนาการมาจากกฎหมายศาสนา (Canon Law) จึงยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยถือบรรทัดฐานจากแนวคำพิพากษา อย่างกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายอาญารัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่มีสามีหรือภรรยาซึ่งยังมีชีวิตอยู่ ถ้าทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีก บุคคลนั้นมีความผิดฐานสมรสซ้อน การพิจารณาความผิดฐานสมรสซ้อนไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์พยาน แต่การสมรสจะไม่เป็นการสมรสซ้อนถ้าบุคคลได้ทำการสมรสใหม่ เมื่อสามีหรือภรรยาเดิมได้ละทิ้งเป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน หรือบุคคลได้ทำการสมรสใหม่ โดยการสมรสครั้งก่อนเป็น โฆมะ หรือสิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจ” อย่างไรก็ตาม ผลจากการสมรสซ้อนนอกจากทำให้การสมรสตกเป็น โฆมะแล้ว บุคคลที่ทำความผิดฐานสมรสซ้อนยังมีโทษทางอาญาคด้วย โดยเป็นโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ตามนัยมาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขการห้ามสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 1452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นจะตกเป็น โฆมะ นอกจากนี้บทบัญญัติข้างต้นยังสอดคล้องกับหลักคำสอนในพระพุทธรศาสนาที่ห้ามมิให้ประพฤติดุกลูกเมียผู้อื่นด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขการสมรสที่ต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวถือเป็นสาระสำคัญในหลายประเทศ นอกจากจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามหลักศาสนา หรือขนบธรรมเนียมประเพณีแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสถาบันครอบครัวโดยตรงอีกด้วย

(6) การสมรสต้องห้ามกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อที่จะป้องกันมิให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสต้องเป็นโรคปัญญาอ่อนหรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้จะมีหน่วยพันธุกรรม (Gene) ที่เหมือนกันมากจนเกินไป เช่น บิดากับบุตรสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 50 ปู่และตากับหลานสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 25 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดา ทำการสมรส

กันเองย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ มีกฎหมายห้ามบุคคลที่เป็นญาติกันทำการสมรส ซึ่งญาติในที่นี้หมายความรวมถึง ญาติอันเกิดจากการสมรสด้วย กล่าวคือ บุคคลที่เกี่ยวข้องทางการสมรสก็ถือว่าเป็นญาติกัน โดยกฎหมายถือว่าสามีภรรยาได้หลอมรวมเป็นเนื้อเดียวกันแล้ว ดังนั้น ญาติของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นญาติกัน ถ้าผู้ชายจะสมรสกับน้องสาวภรรยาหลังจากการเสียชีวิตของภรรยาแล้วถือได้ว่าเป็นการสมรสกับน้องสาวของตน แต่ปัจจุบันเงื่อนไขห้ามทำการสมรสระหว่างญาติมิได้เคร่งครัดเช่นเมื่อก่อน หรืออย่างกรณีสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายห้ามการสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา และลุง ป้า น้า อา กับหลาน หากฝ่าฝืนการสมรสของบุคคลดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติเงื่อนไขของการสมรสเช่นเดียวกันนี้ไว้ในมาตรา 161 ถึง มาตรา 163 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน ซึ่งสรุปได้ว่าห้ามสมรสระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดานโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา รวมถึงญาติที่เกิดจากการสมรสทางตรง ห้ามสมรสระหว่างพี่น้องร่วมสายโลหิต หรือพี่น้องโดยการสมรส และห้ามสมรสระหว่างลุง ป้า น้า อา กับหลาน หรืออย่างกฎหมายอิสลาม ในพระมหาคัมภีร์อัลกุรอาน บทที่ 4 โองการที่ 23 ก็ได้บัญญัติบุคคลที่ถูกห้ามมิให้สมรสไว้ เช่น ห้ามผู้ชายมิให้สมรสกับผู้หญิงที่เป็นมารดาตน มารดาเลี้ยง แม่นม แม่ยาย พี่สาว น้องสาว ลูกสาว เป็นต้น

กรณีกฎหมายไทย ในอดีตได้มีการบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนบทที่ 36 อันเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติ ซึ่งบัญญัติไว้ความว่า “พ่อแม่ลูก พี่น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุงน้าหลาน ทำชู้กันไซ้ ให้ทำพลอยผู้นั้นในทะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลีเมืองทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัว ให้พระสมณพราหมณาจารย์สวดทำพิธีการระงับอุบาทว์จันไร น้ำฟ้าน้ำฝน จึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบ มิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิด ให้ลงโทษตามโทษานุโทษ” ซึ่งจากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่าพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนห้ามทำการสมรสระหว่างญาติ โดยมิได้ห้ามเฉพาะญาติสายตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงญาติสายข้างเคียงด้วย อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำการสมรสระหว่างญาติได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นผู้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” จากบทบัญญัติในปัจจุบันจะเห็นว่ามีความแตกต่างจากในอดีต กล่าวคือ

พระอัยการลักษณะห้ามเมียนั้น ห้ามทำการสมรสระหว่างญาติสายข้างเคียงด้วย แต่บทบัญญัติใน มาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามเฉพาะญาติทางสายโลหิตสายตรงเท่านั้น

ญาติทางสายโลหิต (Consanguinity) ที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดทำการสมรส ด้วยนั้นมี 4 ประเภท คือ ประเภทแรก ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวดเช่น บุตรสาวสมรสกับบิดาไม่ได้ ประเภทที่สอง ญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน เหลน และเหลื่อ เช่น ปู่ สมรสกับหลานสาวไม่ได้ ประเภทที่สาม พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน เช่น พี่ชายสมรสกับน้องสาวไม่ได้ และประเภทสุดท้าย พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดา เช่น น้องสาว สมรสกับพี่ชายต่างมารดาไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากญาติทางสายโลหิตดังกล่าวฝ่าฝืนทำการสมรส การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่ฐานะ ความเป็นญาตินี้กฎหมายถือตามความเป็นจริง เช่น บิดากับบุตรสาวนอกกฎหมายแม้จะมีใช้ญาติกัน ตามกฎหมายแต่ก็เป็นญาติตามความเป็นจริง จึงทำการสมรสกันไม่ได้ นอกจากนี้ การเป็นญาติจากการสมรส (Affinity) หรือการเป็นญาติโดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม (Adoption) ก็มีใช้ญาติ สืบสายโลหิตโดยตรง กฎหมายจึงไม่ห้ามมิให้ทำการสมรสกัน

(7) การสมรสต้องห้ามกับคนไร้ความสามารถ

บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ดี หรือศาลยังไม่ได้สั่งให้ เป็นคนไร้ความสามารถก็ดีจะสมรสกันไม่ได้ เพราะคนวิกลจริตเป็นคนที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบใน การเป็นคู่ครองของกันและกัน ไม่สามารถใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ของสามีภรรยาได้ นอกจากนี้ ความวิกลจริตอาจจะถ่ายทอดทางพันธุกรรมไปยังบุตรที่เกิดมาได้ หากยอมให้ทำการสมรสแล้ว บุตรที่จะเกิดมาอาจจะกลายเป็นภาระแก่สังคมและประเทศได้ กฎหมายจึงห้ามมิให้คนวิกลจริตทำ การสมรส ทั้งยังเคยมีแนวคิดที่จะทำหมันคนวิกลจริตเพื่อมิให้มีการแพร่เผ่าพันธุ์อีกด้วย

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศอังกฤษ คู่สมรสต้อง เข้าใจในสาระสำคัญของการสมรส ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องทางจิตใจ การสมรสที่เกิดขึ้น ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ซึ่งผลของการสมรสจะยังคงอยู่และสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง และ เมื่อมีการบอกล้างการสมรสแล้วให้ถือว่าไม่เคยมีการสมรสมาตั้งแต่ต้น

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติ เงื่อนไขทางความสามารถของบุคคลที่จะสมรสไว้ในมาตรา 1449 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ ความเป็นว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือเป็นบุคคลซึ่ง ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” ทั้งนี้ หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บุคคลที่ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต (Person of Unsound Mind) หมายถึง บุคคลผู้มีจิตผิดปกติเพราะสติวิปลาส กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ขาดความรำลึก ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และขาดความรับผิดชอบด้วย ความวิกลจริตจึงมีความหมายเฉพาะในทางสังคมและกฎหมาย ไม่ใช่ความหมายในทางการแพทย์ ฉะนั้น บุคคลที่มีภาวะปัญญาอ่อน (Mental Retardation) หรือสมองได้รับอันตรายอย่างถาวรจึงถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริต และมีอาจทำการสมรสได้ นอกจากนี้ บุคคลที่ป่วยเป็นโรคเนื้องอกในสมองต้องนอนอยู่บนเตียงตลอดเวลา มีอาการพูดไม่ได้ยิน หูไม่ได้ยิน ตาทั้งสองข้างมองไม่เห็น มีอาการอย่างคนไม่มีสติสัมปชัญญะใด ๆ ก็ถือว่าเป็นคนวิกลจริต แต่คนไข้ แม้จะเป็นไข้มาแต่กำเนิดก็ไม่ถือว่าเป็นคนวิกลจริต จึงสามารถทำการสมรสได้ ดังนั้น หลักการที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดเป็นคนวิกลจริตจนไม่สามารถทำการสมรสได้นั้นมี 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก บุคคลนั้นไม่มีความเข้าใจอย่างเพียงพอถึงธรรมชาติของการสมรส หน้าที่ และความรับผิดชอบ อันเกิดจากการสมรสนั้น และประการที่สอง บุตรที่เกิดจากการสมรสนั้นจะเป็นบุคคลที่ไม่ปกติ ไม่แข็งแรงสมบูรณ์ และมีความเสี่ยงต่อการมีภาวะทางจิตบกพร่องด้วย

อย่างไรก็ตาม อาการวิกลจริตจะเกิดจากสาเหตุใด ๆ ก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องเกิดจากสาเหตุตามธรรมชาติ ฉะนั้น การวิกลจริตอันเกิดจากการเสพสุรา ยาเสพติด หรือแม้แต่ถูกสะกดจิต ให้อนหลังก็ถือว่าเป็นคนวิกลจริตได้ ส่วนกรณีของบุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (Person Adjudge Incompetent) นั้น เนื่องจากศาลสั่งให้เป็นบุคคลวิกลจริตใดเป็นคนไร้ความสามารถแล้วศาลก็จะส่งคำสั่งไปโฆษณาในราชกิจจานุเบกษา จึงไม่มีปัญหาที่จะโต้เถียงว่าบุคคลนั้นเป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่แต่อย่างใด

จากแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส สรุปได้ว่าการสมรสคือการที่ชายหญิงตกลงปลงใจที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งตามกฎหมายในปัจจุบันนั้น กำหนดว่าการสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรสจึงจะมีผลตามกฎหมาย โดยการสมรสนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์และกำหนดคุณสมบัติสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน วัตถุประสงค์ของการสมรสนั้นโน้มเอียงในบริบทของสังคมที่ยึดถือคู่สมรสเป็นผู้ชายและผู้หญิง แต่ในปัจจุบันเกิดการแสดงออกทางพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น บุคคลในกลุ่มนี้บางคู่ก็ได้ใช้ชีวิตคู่คู่สามีภรรยาอยู่ซึ่งในบางประเทศได้รับรองสิทธิการสมรสดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของบุคคลในกลุ่มนี้ โดยแนวคิดนี้จึงสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงเหตุผลของการให้ความคุ้มครองในด้านสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.2 แนวคิดเกี่ยวกับเพศ

เมื่อคนเราลืมตาขึ้นมาดูโลก ธรรมชาติได้กำหนดให้คนแต่ละคนมีอวัยวะสืบพันธุ์และรูปลักษณ์ของร่างกายเป็นเพศหญิงหรือเป็นเพศชายซึ่งมีความแตกต่างกันทางชีววิทยานี้ นักวิชาการเรียกว่าเพศสรีระ (Sex) ความแตกต่างระหว่างเพศนำไปสู่กระบวนการหล่อหลอมทางวัฒนธรรมไม่ว่าจะเป็นการอบรมเลี้ยงดู การปลูกฝังค่านิยม และการเสนอภาพแม่แบบพฤติกรรม ดังนั้น เมื่อผ่านกระบวนการหล่อหลอมถึงจุดหนึ่ง ทารกผู้เติบโตขึ้นมาจะมีความเป็นหญิงและความเป็นชาย ซึ่งสองเพศมักจะถูกกำหนดและคาดหวังให้มีทัศนคติ พฤติกรรม และบทบาทที่แตกต่างกันอย่างเป็นระบบกล่าวได้ว่า เพศสรีระที่ต่างกันมาแต่กำเนิดค่อย ๆ ถูกสวมทับด้วยความแตกต่าง อีกประการหนึ่งซึ่งเกิดจากปัจจัยทางสังคม นั่นคือ เพศสถานะ (Gender)

คำว่า “Sex” ให้หมายถึงเพศที่กำหนดขึ้นเองโดยธรรมชาติและเป็นข้อกำหนดทางสภาพชีววิทยา ซึ่งเปลี่ยนแปลงไม่ได้ (ยกเว้นการผ่าตัดเพศ ซึ่งก็ยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้เพียงบางส่วน) ทำให้บุคคลเกิดมาเพศเป็นหญิงหรือชาย มีหน้าที่ในการให้กำเนิด (reproduction function) และมีบุคลิกภาพที่ต่างกัน

ส่วนคำว่า “Gender” นั้น ให้ความหมายถึงเพศที่ถูกกำหนดโดยเงื่อนไขทางสังคม หรือวัฒนธรรม ให้แสดงถึงบทบาทหญิงหรือบทบาทชาย ดังนั้นเพศที่ถูกกำหนดขึ้นจึงอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามสถานการณ์และเงื่อนไขของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น สตรีอาจจะต้องเข้ามารับภาระต่าง ๆ ซึ่งเคยเป็นงานของชาย และชายอาจจะต้องรับภาระดูแลบ้านเรือน เลี้ยงดูบุตร ซึ่งเคยเป็นหน้าที่ของสตรี แม้ว่าบทบาทดังกล่าวส่วนใหญ่ถูกกำหนดขึ้นโดยขึ้นอยู่กับพื้นฐานความแตกต่างทางสรีระของคนทั้งสองเพศก็ตาม แต่บทบาทสังคมเหล่านี้เป็นสิ่งที่บุคคลได้เรียนรู้ผ่านแหล่งต่าง ๆ มาตั้งแต่เกิด จนกระทั่งกลายเป็นแนวคิดซึ่งปลูกฝังเข้าไปในสมองของบุคคลนั้น ๆ บทบาทเพศทางสังคม (Gender Role) ในลักษณะนี้จึงแตกต่างกันไปใน แต่ละสังคม แต่ละวัฒนธรรม นอกจากนี้ บทบาทของแต่ละเพศที่สังคมกำหนด ยังมีความหมายเกี่ยวพันไปถึงโอกาสที่แต่ละบุคคลจะสามารถเข้าถึงได้ใช้ และควบคุมทรัพยากรต่าง ๆ และมีสิทธิ มีอำนาจ มีความรับผิดชอบและถูกคาดหวังจากสังคมแตกต่างกันไป บทบาททางเพศไม่ใช่ค่าคงที่ เพราะสามารถเปลี่ยนแปลงได้และมีการแปรผันตามวัฒนธรรมที่สำคัญก็คือบทบาททางเพศที่สังคมกำหนดให้ได้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพของหญิงชายในสังคมนั้น ๆ (อารยา อินทรวรรณท์, 2547, หน้า 11)

ยอมรับความจริงว่า ผู้หญิงและผู้ชายต่างกันทางด้านสรีระเป็นความแตกต่างทางด้านธรรมชาติ แต่เธอไม่ยอมรับว่า ธรรมชาติความเป็นหญิงและความเป็นชายนั้นเป็นจริงหรือติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด เธอยืนยันความคิดนี้ไว้ตั้งแต่ปี 1949 ในหนังสือเรื่อง “เพศที่สอง” ไว้ว่า คนเราไม่ได้เกิดมาเป็นหญิงแต่ถูกหล่อหลอมจากโครงสร้างของสังคมให้เป็นหญิง และยังมีการยืนยันความคิดนี้

ในผลงานชิ้นอื่น ๆ อีกด้วย เธออ้างว่าการอบรมเลี้ยงดูเด็กผู้หญิงและเด็กผู้ชายแตกต่างกันตั้งแต่เริ่มแรก ตั้งแต่การให้นม วิธีการปฏิบัติต่อเด็ก วิธีพูดกับเด็กหรือแม่แต่เสื้อผ้าการแต่งตัว ดังนั้นการอบรมเลี้ยงดูจึงมีบทบาทในการกำหนดและสร้างภาพแห่งความเป็นหญิงเป็นชายอย่างเห็นได้ชัดเจน สังคมจึงมีอิทธิพลเหนือเด็กหญิงเด็กชาย ตั้งแต่วัยทารกซึ่งมีการหล่อหลอมพวกเขาตามความประสงค์ของวัฒนธรรมในสังคมนั้น กล่าวโดยสรุปคือ ความแตกต่างอันลึกล้ำระหว่างหญิงชาย ซึ่งอยู่เหนือความแตกต่างทางสรีระและเป็นสาเหตุให้ผู้หญิงต้องตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบจึงไม่ใช่สิ่งอื่นใด นอกเหนือจากอิทธิพลของระบบวัฒนธรรม ไม่ได้สืบเนื่องมาจากธรรมชาติ ความจริงดังกล่าวนี้ คือฐานความเข้าใจเบื้องต้นที่จะทำให้เราสำนึกและตระหนักในเรื่องความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย จากทั้งหมดที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นนี้ เราสามารถมองเห็นถึงความแตกต่างของเพศหญิงชายที่แนวคิดเรื่องเพศและเพศภาวะพยายามที่จะอธิบายให้เห็นภาพว่า การที่คนเราเกิดมามีเพศทางสรีระที่แตกต่างกันนั้นทำให้บทบาททางเพศที่ได้รับนั้นแตกต่างกันด้วย โดยได้รับการปลูกฝังผ่านทาง การเลี้ยงดู การหล่อหลอมจากสังคมและวัฒนธรรมที่บุคคลนั้นได้อาศัยอยู่ ซึ่งบทบาทของเพศหญิงชายนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา

1) เพศสภาพ

ระบบเพศสภาพมีพื้นฐานจากการแบ่งงานตามเพศ (Sexual Division of Labor) อันเนื่องมาจากสรีระตามธรรมชาติของผู้หญิงซึ่งต้องเป็นฝ่ายตั้งครรภ์และคลอดบุตร ดังนั้น จึงได้เกิดการแบ่งงานกันทำระหว่างผู้หญิงและผู้ชายขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสรีระของแต่ละเพศ อย่างไรก็ตามการแบ่งงานกันทำระหว่างเพศเป็นเรื่องหนึ่ง แต่กฎข้อบังคับต่าง ๆ ที่มีนัยยะว่าฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าฝ่ายหนึ่งคือยกว่า อีกทั้งเป็นความสัมพันธ์ที่ยึดความต้องการของคนเพศเดียวเป็นหลักถือเป็นอีกเรื่องหนึ่ง แต่หากถามว่าการแบ่งงานตามเพศในลักษณะดังกล่าวมีความดงามอยู่บ้างหรือไม่ คำตอบคือการแบ่งงานตามเพศนอกจากจะช่วยทำให้โลกมีระบบระเบียบมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังทำให้การแบ่งงานกันทำมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย หากแต่ในขณะเดียวกัน การแบ่งงานตามลักษณะดังกล่าวกลับไม่ให้อิสระแก่มนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องมาจากการที่ทุกอย่างต้องเป็นไปตามระบบระเบียบของสังคม

คุณลักษณะของผู้ชายที่เหนือกว่าผู้หญิงนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากความเกลียดชังผู้หญิงของปรัชญาตะวันตกซึ่งถือเป็นรากฐานของการศึกษาสังคมศาสตร์ โดยส่งผลต่อการแบ่งแยกสิ่งต่าง ๆ ออกเป็นทวิลักษณ์ขั้วตรงข้าม (Binary Opposition) ที่เชื่อมโยงกับความเป็นชายหญิงเช่น จิต-กาย เหตุผล-อารมณ์ วัฒนธรรม-ธรรมชาติ ระเบียบ-ความไร้ระเบียบ สาธารณะ-ส่วนตัว ชาย-หญิง โดยคุณลักษณะของชายนั้นเหนือกว่า ดีกว่าสูงกว่า คุณลักษณะของความเป็นหญิง ทุกประการกล่าวคือ จิต เหตุผล และวัฒนธรรมถูกเชื่อมโยงกับความเป็นชาย ในขณะที่ร่างกายอารมณ์ และ

ธรรมชาติ ถูกเชื่อมโยงกับความเป็นหญิงในทางปรัชญาตะวันตก จึงส่งผลให้ผู้ชายและลักษณะที่ เกี่ยวข้องกับความเป็นชายกลายเป็นตัวกำหนดความเป็นมนุษย์ และจุดหมายของมนุษย์โดยรวม ในขณะที่คำอธิบายและจุดมุ่งหมายของทฤษฎีเหล่านี้กลับไม่ได้รวมผู้หญิงไว้ด้วย เช่น แนวคิดเรื่อง สิทธิซึ่งเชื่อมโยงกับความสามารถในการใช้เหตุผลและพื้นที่สาธารณะของผู้ชาย เป็นต้น โดยที่ รากฐานของการอธิบายความเป็นหญิงความเป็นชายซึ่งเต็มไปด้วยอคติแห่งการเหยียดหญิง (Misogyny) ข้างต้นนี้ ส่งผลให้เกิดพลังแห่งการกดขี่ผู้หญิงในประเด็นต่าง ๆ ในทุกยุคสมัย โดยงาน เขียนที่ชื่อว่า The Difference Between Men and Women ของอริสโตเติลสะท้อนแนวคิดข้างต้นไว้ ได้เป็นอย่างดี อริสโตเติลกล่าวไว้ว่าความอ่อนด้อยของหญิงเป็นสิ่งซึ่งธรรมชาติกำหนดไว้แล้วอย่าง มีเหตุผล ผู้หญิงมีคุณลักษณะเฉพาะที่อ่อนด้อยกว่าชายนับตั้งแต่วินาทีแรกของการเป็นผู้หญิง ซึ่ง ความอ่อนด้อยนั้นเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้และพัฒนาไม่ได้ ดังนั้น ผู้หญิงจึงควรยอมจำนนสยบ ต่อความอ่อนด้อยที่มีอยู่เพื่อทำให้เข้าสู่สภาพที่สมบูรณ์โดยธรรมชาติของหญิง เนื่องจากจะส่งผลดี แก่ตัวผู้หญิงเอง ซึ่งสำหรับประโยชน์ของการสั่งให้หญิงสยบยอมต่อความเป็นหญิงที่อ่อนด้อยข้างต้น นั้น อริสโตเติลเริ่มจากการอธิบายบทบาทและสถานภาพของผู้หญิงผ่านระบบสืบพันธุ์ (Reproduction) ของผู้หญิงเองว่าการที่ผู้ชายเหนือกว่าหญิงนั้นเป็นเพราะผู้หญิงไม่สามารถปรุง แต่งสารอาหาร (ประจำเดือน) ให้เกิดเชื้ออสุจิได้เหมือนน้ำคัดหลังของผู้ชายโดยอริสโตเติลจงใจนำ เชื้ออสุจิเป็นตัวตั้งและเทียบวัดกับสารปรุงแต่งของผู้หญิงซึ่งก่อให้เกิดข้อสรุปที่ว่าความเป็นหญิง คือ ความไม่สามารถที่จะก้าวขึ้นไปสู่ความเป็นชาย จากนั้นเขาก็ได้นำความไม่สามารถในทิวนี้ไปผูก ติดกับการนิยามคำว่า “อ่อนแอ” เพื่อตอกย้ำข้อสรุปที่ว่าผู้หญิงอ่อนแอกว่าผู้ชายเพราะผู้หญิงขาด บางสิ่งที่มีผู้ชายมี ดังประโยชน์ที่อริสโตเติลกล่าวไว้ว่า “เด็กมีรูปร่างคล้ายสตรีสตรีคือบุรุษที่ไร้ สมรรถภาพ” (Important Men) หรืออาจกล่าวได้ว่า “ไม่มีความเป็นหญิงอยู่จริงมีแต่ความเป็นชายที่ ไม่สมบูรณ์หรือผู้หญิงถูกสร้างมาจากชาย เป็นส่วนซึ่งเติมเต็มของชายเท่านั้น ข้อสรุปของความเป็น หญิงที่อ่อนด้อยที่เกิดจากระบบสืบพันธุ์ข้างต้นนั้น นำไปสู่การเชื่อมโยงในเรื่องต่าง ๆ เช่น หญิงไม่ สามารถใช้เหตุผลได้เหมือนชายเนื่องจากเชื้ออสุจิของชายมีวิญญาณที่อยู่ในระดับ Rational Soul คือ ใช้เหตุผลได้ แต่ใจของหญิงมีวิญญาณเพียงในระดับ Nutritive Soul คือ สามารถกินอาหารและมี ชีวิตในระดับ Sensitive Soul คือ มีความรู้สึกเท่านั้น ดังนั้น เมื่อผู้หญิงไม่สามารถที่จะใช้เหตุผลได้ เหมือนผู้ชาย ผู้หญิงจึงมีหน้าที่ผลิตทายาทให้กับผู้ชายเพียงอย่างเดียวและเมื่อผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิง เช่นนี้ ผู้ชายจึงสมควรเป็นผู้ปกครองและผู้หญิงที่อ่อนแอกว่าจึงควรเป็นผู้ถูกปกครอง

จากการแบ่งแยกความเป็นหญิงความเป็นชายผ่านกรอบแนวคิดทวิลักษณ์นิยมข้างต้น นั้นส่งผลให้เกิดการสร้างฐานการอธิบายความเป็นหญิงความเป็นชายว่าเกิดขึ้นจากความแตกต่าง ระหว่างเพศหญิงและเพศชาย โดยเฉพาะในด้านสรีระหรือชีววิทยา ซึ่งความต่างในแง่มุมนี้นำไปสู่

การสร้างข้อสรุปอื่น ๆ ว่าหญิงชายมีความแตกต่างกันในด้านอื่น ๆ ด้วย โดยที่ผู้หญิงมีลักษณะที่อ่อนด้อยกว่าผู้ชายและเป็นคุณลักษณะที่ตายตัว ซึ่งเป็นผลพวงที่ติดมากับธรรมชาติตั้งแต่เกิดดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงได้ ผู้หญิงจึงต้องจำนนต่อความอ่อนด้อยของตัวเองที่กฎเกณฑ์ธรรมชาติได้สร้างขึ้นให้กับลักษณะของหญิง โดยทั้งหมดนี้เป็นการมองความแตกต่างของหญิงชายผ่านกรอบเรื่องเพศ (Sex) ซึ่งท้ายที่สุดแล้ว คำอธิบายนี้ถูกนำไปสร้างเป็นความเชื่อและค่านิยมต่าง ๆ ที่มีต่อคุณลักษณะของหญิงที่พึงมีพึงเป็นตามที่สังคมคาดหวังไว้ อาทิเช่น ผู้หญิงต้องมีความอ่อนโยน เรียบร้อย อ่อนน้อม ไม่เด็ดขาด ต้องพึ่งพา ถอยหนี อ่อนแอ อารมณ์อ่อนไหว เป็นแม่บ้าน ในขณะที่คุณลักษณะของชายจะมีลักษณะที่ตรงกันข้ามอย่างสุดขั้ว กล่าวคือ ก้าวร้าว ทะเยอทะยาน หนักแน่น เด็ดขาด อิสระ มีเหตุผล เข้มแข็ง

อย่างไรก็ตาม การจำนนต่อสภาวะความเป็นหญิงที่อ่อนด้อยกว่าชายในรูปแบบข้างต้นถูกนักสตรีนิยมตั้งคำถามและปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงด้วยการสั่นคลอนความเชื่อที่ว่าความเป็นหญิงความเป็นชายถูกสร้างขึ้นด้วยการบ่งชี้เพียงสรีระที่ธรรมชาติให้มา ซึ่งส่งผลต่อการรื้อและสร้างขึ้นมาใหม่ของแนวคิดที่มองว่าแท้ที่จริงแล้วความเป็นหญิงความเป็นชายเกิดขึ้นจากการประกอบสร้างทางวัฒนธรรมและสังคม และใช้คำว่า เพศสภาพ (Gender) แทน สำหรับเพศสภาพเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ทุกหนทุกแห่งของกิจกรรมในชีวิตประจำวัน ดังนั้น เพศสภาพจึงมีการสร้างขึ้นและผลิตซ้ำ โดยที่ทุกคนจะมีการกระทำตามเพศสภาพอย่างสม่ำเสมอโดยไม่รู้ตัว เพศสภาพ (Gender) จึงมีความหมายที่ตรงข้ามกับคำว่าเพศ (Sex) ที่จัดแบ่งประเภทของหญิงและชายโดยพิจารณาจากฐานทางชีววิทยาเป็นสำคัญ สำหรับฐานคิดดังกล่าวนี้ การบ่งชี้ผู้หญิงหรือผู้ชายตามเพศถูกพิจารณาจากอวัยวะสืบพันธุ์เป็นสำคัญ ซึ่งการแบ่งแยกหญิงชาย ตามเพศ (Sex) จึงมีแนวโน้มที่จะเป็นสารัตถะนิยมที่เชื่อว่าความแตกต่างระหว่างหญิงชายมีความชัดเจนตายตัวที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้และธรรมชาติบนโลกที่มีแค่เพียงเพศหญิงกับเพศชายเท่านั้น นอกเหนือจากนี้แล้ว เพศ (Sex) ยังเป็นพื้นฐานในการจัดแบ่งประเภทของเพศ (Sex Categorization) ด้วยว่ามีเพียงผู้หญิงและผู้ชายเท่านั้นบนโลกซึ่งก็มิใช่ความจริงเสมอไป เนื่องจากยังมีการจัดแบ่งประเภทของเพศในรูปแบบที่ข้ามเพศสภาพได้อีก เช่น บุคคลที่ผ่าตัดศัลยกรรมเพื่อเปลี่ยนอวัยวะเพศ หรือในกรณีผู้ที่ชอบสวมใส่เสื้อผ้าของเพศตรงข้ามโดยที่ไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ

ในที่สุดแล้ว นักสตรีนิยมเลือกที่จะหยิบใช้กรอบความเป็นหญิงความเป็นชายใหม่ว่าเป็นสิ่งที่ประกอบสร้างขึ้นจากสังคมที่ชายเป็นใหญ่โดยผ่านกลไกเครื่องมือต่าง ๆ เช่น จารีตประเพณี ศีลธรรม วัฒนธรรม ฯลฯ และส่งผ่านความเชื่อตามสถาบันกระแสหลัก ความเป็นหญิงความเป็นชายที่ถูกสร้างขึ้นจึงสามารถเปลี่ยนแปลง รื้อถอนหรือสร้างใหม่ได้ ดังนั้น การอธิบายความเป็นหญิงความเป็นชายในมุมมองของนักสตรีนิยมจึงเป็นการมองในลักษณะที่ว่า วัฒนธรรม

สร้างความเป็นหญิงความเป็นชายและสร้างความเป็นเพศ โดยวัฒนธรรมจะเป็นผู้บอกว่าเราควรปฏิบัติตัวอย่างไร คิดอย่างไรและเราควรคาดหวังอะไรจากผู้อื่น และวัฒนธรรมจะเป็นผู้บอกว่าผู้หญิงและผู้ชายควรต้องปฏิบัติตัวอย่างไร เช่น ผู้หญิงในวัฒนธรรมไทยต้องเป็นผู้ที่เรียบร้อย ในขณะที่ผู้ชายไม่ถูกคาดหวังให้เป็นเช่นนั้น หรือภรรยาต้องเชื่อฟังสามี สามีต้องเป็นผู้นำในครอบครัว หรือผู้หญิงต้องให้ความสำคัญกับหน้าที่ของความเป็นภรรยาและมารดามากกว่าการประสบความสำเร็จในหน้าที่การงาน ผู้หญิงคนใดเป็นผู้เกี่ยวพาราสีผู้ชายก่อน ผู้หญิงคนนั้นจะถูกตำหนิจากสังคมสิ่งเหล่านี้จึงเป็นความคาดหวังที่สังคมมีต่อความเป็นหญิงความเป็นชาย ซึ่งหากใครไม่ปฏิบัติตามที่สังคมคาดหวังก็จะพบกับสิทธานุมัติ (Sanction) จากสังคมในเชิงลบ เช่น การตีฉิฉินนิทา เหยะเหย่หรือถากถาง เป็นต้น ซึ่งดังกล่าวดสอดคล้องกับแนวคิดของซิม็อน เดอ โบวัวร์ (Simone de Beauvoir) นักสตรีนิยมซึ่งได้รับอิทธิพลจากนักคิดสายสาร์ตละนิยม (Existentialism) ซึ่งปฏิเสธความเชื่อที่ว่าความแบ่งหน้าที่และบทบาททางเพศ รวมถึงความเป็นชายหญิงเป็นเรื่องที่เกิดโดยธรรมชาติซึ่งเปลี่ยนแปลงไม่ได้ และอธิบายความเป็นไปเช่นนี้ว่าเป็นสิ่งที่เกิดจากการสร้างและปลูกฝังของสังคม นั่นคือ ผู้หญิง “ไม่ได้เกิดมาเป็นผู้หญิง แต่กลายมาเป็นผู้หญิง” (One is not born, but rather becomes, a woman) (ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, 2543, หน้า 389) โดยกระบวนการปลูกฝังของสังคม

ดังนั้น โครงสร้างความเป็นชายหญิงและความสัมพันธ์ของทั้งสองเพศจึงเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ สำหรับซิม็อน เดอ โบวัวร์ แล้ว บทบาททางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของผู้หญิงซึ่งอยู่ในสภาพที่ถูก กดขี่ ถูกลดคุณค่า ถูกกำหนดให้เป็นผู้ตาม หรือ“ถูกทำให้เป็นคนนอก” (the Other) ทั้งจากข้ออ้างในเรื่องของความแตกต่างทางกายภาพและลักษณะของความเป็นหญิงล้วนเป็นภาวะที่เกิดจากการหลอหลอมทางสังคมทั้งสิ้น แนวคิดของซิม็อน เดอ โบวัวร์ จึงเป็นการปฏิเสธแนวคิดแบบสาร์ตละนิยม ซึ่งอธิบายในเรื่องของแก่นหรือสาระของความเป็นเพศหญิงและเพศชายจากสรีระวิทยา (เช่น ความอ่อนโยน การมีประจำเดือน ความเป็นแม่ความกล้าหาญ) ที่ไม่ว่าในบริบททางสังคมใด สาร์ตละนิยมก็ไม่สามารถที่จะถูกลดทอนหรือทำลายลงไปได้อย่างสิ้นเชิง ควบคู่ไปกับการพยายามที่จะนำแนวคิด การประกอบสร้าง (Constructionism) ซึ่งเป็นแนวคิดที่เชื่อว่าความเป็นหญิงและความเป็นชาย ซึ่งจะส่งผลต่อบทบาทระหว่างเพศนั้นเป็นเรื่องของการประกอบสร้าง และกระบวนการให้ความหมายทางสังคม เพื่อนำมาใช้ในการอธิบายสถานะที่ผู้หญิงต้องเผชิญ ซึ่งการใช้ข้ออ้างในเรื่องของความแตกต่างทางกายภาพเพื่อกดขี่ผู้หญิงไม่ใช่เรื่องทางธรรมชาติที่ผู้หญิงต้องยอมจำนนกับชะตากรรมดังกล่าวอีกต่อไป แต่เป็นเรื่องของกระบวนการจัดกลาและกระบวนการหลอหลอมที่สถาบันทางสังคมสร้างขึ้นมา หรือเราอาจกล่าวได้ว่าภาวะอัมพาทที่ผู้หญิงเผชิญอยู่นั้น ไม่ใช่แค่เพียงเหตุผลในเรื่องของความแตกต่างทางด้านกายภาพ

เท่านั้น แต่มีวาทกรรมซึ่งสังคมและวัฒนธรรมกำหนดขึ้นเป็นผู้สร้างและกำหนดชีวิตที่เป็นไปของผู้หญิง ซึ่งหากประพุดิตัวผิดไปจากกรอบที่สังคมตั้งไว้ (ซึ่งถูกเรียกว่าผิดธรรมชาติ) ก็จะกลายเป็นคนที่ชั่วร้ายไปในทันที นอกจากนี้แล้ว สำหรับนักสตรีนิยมนั้น เชื่อว่าความเป็นหญิงความเป็นชายถือเป็นสิ่งที่สามารถแปรเปลี่ยนได้ตามเวลาและสถานที่ กล่าวคือ ความเป็นหญิงความเป็นชายในยุคสมัยหนึ่งอาจไม่ใช่ลักษณะความเป็นหญิงความเป็นชายในอีกยุคสมัยหนึ่ง เช่น สังคมไทยในอดีต ผู้หญิงชนชั้นกลางหรือชนชั้นสูง ถูกคาดหวังให้อยู่กับบ้านเพื่อดูแลครอบครัวเนื่องจากการทำงานนอกบ้านถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ดีเกียรติ แต่ในปัจจุบันการทำงานนอกบ้านกลายเป็นเรื่องปกติและอาจถือเป็นความจำเป็นสำหรับบางครอบครัว ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อความเป็นหญิงเป็นชายถูกสร้างขึ้นจากสังคม ผลที่ตามมาคือในแต่ละสังคมความเป็นหญิงความเป็นชายจะถูกคาดหวังในแต่ละสังคมแตกต่างกัน เช่น ผู้หญิงชนบทในภาคเหนือจะมีอิสระ ในการเลือกคู่มากกว่าผู้หญิงชนบทในภาคใต้ นอกจากนี้ ในส่วนของกรให้ความหมายทางสังคมต่อความเป็นเพศยังเป็นผลมาจากสถาบันทางเศรษฐกิจและสถาบันทางการเมืองในแต่ละยุคสมัยและแต่ละสังคมที่แตกต่างกันอีกด้วย เช่น ในช่วงเกิดสงครามโลกครั้งที่สองนั้น ผู้ชายในประเทศที่เข้าร่วมสงครามต้องออกไปรบ ดังนั้นผู้หญิงจึงถูกเรียกร้องให้ออกมาทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมและงานด้านอื่นแทนผู้ชาย ทั้งนี้เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ แต่เมื่อสงครามยุติ ผู้หญิงกลุ่มดังกล่าวกลับถูกผลักออกจากตลาดแรงงาน พร้อมไปกับการถูกเน้นย้ำว่าหน้าที่ของผู้หญิงหรือสิ่งที่ผู้หญิงทำได้ดีที่สุดคือ การดูแลบ้านและครอบครัว ทั้งนี้ก็เพื่อให้ผู้ชายได้มีงานทำ (จอมญาดา ชื่นประจักษ์กุล, 2548, หน้า 15-19)

ในปัจจุบันแม้ว่าการที่ผู้หญิงออกมาทำงานในพื้นที่สาธารณะมากขึ้นน่าที่จะทำให้สถานะและการแบ่งงานกันทำระหว่างเพศเปลี่ยนแปลงไป แต่ประสบการณ์ของผู้หญิงหลายกลุ่มชี้ให้เห็นว่างานบ้านยังคงเป็นความรับผิดชอบของผู้หญิง ทั้งที่ผู้หญิงเหล่านั้นจำเป็นต้องทำงานนอกบ้านด้วย ประสบการณ์ดังกล่าวจึงชี้ให้เห็นว่าบทบาทและความคาดหวังที่เชื่อมโยงกับเพศสภาพจึงเป็นเรื่องที่เปลี่ยนแปลงได้ยาก (จอมญาดา ชื่นประจักษ์กุล, 2548, หน้า 16) ทั้งนี้ เนื่องจากความเป็นหญิงถูกอิงอยู่กับลักษณะและบทบาทของชายหญิงอย่างที่เป็นอยู่ซึ่งสะท้อนความเชื่อเกี่ยวกับทวิลักษณ์ในปรัชญาตะวันตกที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งพื้นที่ออกเป็นอาณาบริเวณสาธารณะและส่วนตัว โดยที่ในเรื่องของปัจเจกและครอบครัวถือเป็นพื้นที่ของผู้หญิงซึ่งสิ่งที่เป็นอยู่หรือเกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนตัวนั้นแตกต่างจากความเป็นไปและความสัมพันธ์ระหว่างคนในพื้นที่สาธารณะ ฉะนั้น การมองความเป็นชายหญิงโดยอิงเข้ากับพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว เช่นนี้ จึงทำให้เกิดภาพลักษณ์ของผู้ชายที่ทำงานนอกบ้านและผู้หญิงที่ทำหน้าที่แม่บ้าน ซึ่งการที่บทบาทหน้าที่ของผู้หญิงถูกกำหนดโดยการเชื่อมโยงผู้หญิงเข้ากับพื้นที่ส่วนตัว กลายเป็นคำอธิบายในการกีดกันผู้หญิงออกจากพื้นที่

สาธารณะ (จอมญาดา ชื่นประจักษ์กุล, 2548, หน้า 12) ซึ่งสอดคล้องกับฮานน่า อาเร็น (Hannah Arendt) ที่เห็นว่า พื้นที่ของกิจกรรมพื้นฐานที่เป็นเงื่อนไขของความเป็นมนุษย์ (Vita activa) นั้น ถูกแบ่งออกเป็นอาณาบริเวณสาธารณะ (Public Realm) และอาณาบริเวณส่วนตัว (Private Realm) โดยอาณาบริเวณสาธารณะนั้น เป็นพื้นที่ของการปรากฏให้เห็น (Space of Appearance) เป็นอาณาบริเวณแห่งแสงสว่างความรุ่งโรจน์ และอิสรภาพของการพูด (การใช้เหตุผล) และการกระทำ (Speech and Action) ในขณะที่อาณาบริเวณส่วนตัวจะถูกปกคลุมด้วยความมืด และเป็นอาณาบริเวณที่มนุษย์ถูกพันธนาการด้วยความจำเป็นของชีวิต และเป็นความจริงที่จำกัด ดังนั้น อาณาบริเวณสาธารณะจึงมีความหมายเทียบเท่ากับ “โลก” แต่เป็นโลกในความหมายของสิ่งที่มนุษย์ร่วมกันสร้างขึ้น เพื่อดำรงอยู่ร่วมกัน และเป็นที่สร้างความทรงจำร่วมกัน รวมถึงเป็นสิ่งที่จะคงอยู่สืบไปชั่วลูกชั่วหลาน นอกจากนี้ แนวทางดังกล่าวมีข้อไขว้ใจความอยู่ที่การชี้ให้เห็นว่าพื้นที่สาธารณะนั้น ไม่ใช่พื้นที่ที่มีความน่ารื่นรมย์ โปร่งใส เป็นกลาง เท่าเทียมและเปิดกว้าง อย่างที่ขบวนการตามหาพื้นที่สาธารณะหมายมั่นให้เป็น แต่แท้ที่จริงแล้ว พื้นที่สาธารณะเป็นพื้นที่ของคณะกลุ่มและเต็มไปด้วยการต่อสู้ช่วงชิงการนิยามความหมาย (สุธาริน คุณผล, 2541, หน้า 183) เช่นเดียวกับ แนนซี เฟรเซอร์ (Nancy Fraser) ซึ่งเห็นว่าการสื่อสารในอาณาบริเวณสาธารณะไม่ได้เกิดขึ้นท่ามกลางสุญญากาศ แต่เกิดขึ้นบนสังคมที่เต็มไปด้วยเพศสภาพ เชื้อชาติ ชนชั้น ชาติพันธุ์ และภูมิหลังทางวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่สมาชิกของสังคมจะเข้ามามีส่วนร่วมในการถกเถียงในประเด็นสาธารณะอย่างเป็นทางการและเป็นเหตุเป็นผลและมีลักษณะวิพากษ์ได้อย่างเท่าเทียม สิ่งที่เกิดขึ้น ในอาณาบริเวณสาธารณะก็คือมีคนบางกลุ่มที่ถูกเบียดขับหรือกีดกันออกไปจากกระบวนการนี้เสมอ หรือไม่อย่างนั้นก็ถูกโจมตีจนต้องเงียบไปเอง ท่ามกลางสังคมที่เต็มไปด้วยความไม่เท่าเทียมและช่องว่างระหว่างกลุ่มคนผู้ได้เปรียบและเสียเปรียบนั้น ฝ่ายที่เสียเปรียบจะไม่สามารถใช้อาณาบริเวณสาธารณะเพื่อสะท้อนและต่อสู้เพื่อความต้องการของตนได้ เสียงของคนกลุ่มนี้จะถูกปฏิเสธหรือไม่อย่างนั้น ก็ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของอะไรบางอย่าง นั่นหมายความว่าอาณาบริเวณสาธารณะที่เป็นเอกนี้ไม่ได้นำไปสู่ความเป็นประชาธิปไตย (ศิริโรตม์ คล้ามไพบูลย์, 2542, หน้า 278-279) ดังนั้น สำหรับนักสตรีนิยมแล้ว พื้นที่สาธารณะจึงไม่ได้เป็นเพียงฉากที่ว่างเปล่าหรือหยุดนิ่งเพื่อรองรับปรากฏการณ์ทางสังคมอีกต่อไป แต่กลับเป็นตัวกำหนดและมีปฏิสัมพันธ์กับปรากฏการณ์ทางสังคม และเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมในตัวเอง ดังนั้น การเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของพื้นที่หนึ่ง ๆ นั้น จึงเป็นการผสมผสานระหว่างการสร้างเชิงกายภาพและ การสร้างโดยกระบวนการทางสังคม (ศิริโรตม์ คล้ามไพบูลย์, 2542, หน้า 167)

อย่างไรก็ตาม นักสตรีนิยมกลับได้รับการวิจารณ์โดยรวมว่าแนวคิดดังกล่าวถูกครอบงำโดยวิธีคิดแบบชนชั้นกลางตะวันตก ผิวขาว ซึ่งยึดติดอยู่กับรูปแบบของความสัมพันธ์

ทางเพศว่าต้องเป็นเรื่องราวชายหญิงเท่านั้น โดยการครอบงำด้วยมิติต่าง ๆ เหล่านี้กับวิธีคิดที่เชื่อในความเป็นสากล (Universality) ของความเป็นหญิงและประสบการณ์ของการกดขี่ สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของระบอบอำนาจของปีตาธิปไตย เนื่องจากนักสตรีนิยมมีแนวโน้มที่จะกีดกันผู้หญิงอีกหลายกลุ่มที่มีประสบการณ์ต่างออกไปหรือมองความเป็นผู้หญิงที่ต่างไปจากการสร้างการผลิตความรู้และการต่อสู้ของสตรีนิยม ซึ่งผู้หญิงเหล่านี้รู้สึกว่าคุณไม่สามารถรับหรือเป็นพวกเดียวกับสตรีนิยมที่ไม่ได้รวมเอาความเข้าใจและประสบการณ์ของผู้หญิงเหล่านี้ไว้ได้ ดังนั้นการยึดเอาประสบการณ์ของคนกลุ่มเดียวแล้วเหมารวมว่าเป็นลักษณะหรือเป็นเรื่องราวร่วมกันของคนที่มีเพศสภาพหญิงทั้งหมดมีลักษณะและวิธีคิดและการใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ต่างไปจากการกีดกันผู้หญิงของระบบปีตาธิปไตย (ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, 2543, หน้า 10)

2) เพศวิถี

เพศวิถี หรือระบบความเชื่อ ความหมายเรื่องเพศ (Sexuality) สำหรับนักสตรีนิยม โดยเฉพาะนักสตรีนิยมแนวสุดขั้ว/รากเหง้า ถือเป็นโครงสร้างที่มีความสำคัญที่แม้แต่โครงสร้างการกดขี่ผู้หญิง ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งปรากฏในพื้นที่สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการผลิต (Production) การสืบพันธุ์ (Reproduction) หรือกระบวนการขัดเกลาทางสังคม (Socialization) ไม่สามารถใช้อธิบายให้เห็นถึงสภาพการถูกกดขี่ของผู้หญิงเมื่อสภาพบริบททางสังคมเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตาม แม้ว่าโครงสร้างการกดขี่ผู้หญิงในเรื่องเพศวิถี (Sexuality) ในส่วนของโครงสร้างที่มีผลต่อสภาพความไม่เท่าเทียมของผู้หญิงและผู้ชายตามข้อเสนอของจูเลียต มิทเชลล์ (Juliet Mitchell) นักสตรีนิยมแนวสุดขั้ว/รากเหง้า ดังกล่าวข้างต้นนั้น ประกอบด้วย โครงสร้างแรก ซึ่งเป็นเรื่องของการผลิต (Production) นั้น ถูกท้าทายจากสภาพเศรษฐกิจเป็นสำคัญ สืบเนื่องจากระบบอุตสาหกรรมในช่วงศตวรรษที่ 20 ซึ่งเริ่มมีการนำเครื่องจักรกลเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตหลัก หากแต่เงื่อนไขที่ผู้หญิงถูกเอารัดเอาเปรียบ อันมีสาเหตุจากการมีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างจากผู้ชายยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ จึงทำให้เราต้องหันกลับมาพิจารณาประเด็นในพื้นที่ส่วนตัวของผู้หญิงในโครงสร้างที่สอง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องของการสืบพันธุ์ (Reproduction) อันหมายถึงการเป็นแม่และการเป็นภรรยา โดยโครงสร้างดังกล่าวได้กลายเป็นบทบาทหน้าที่หลักของผู้หญิงและถูกให้ความหมายว่าเป็นเรื่องของธรรมชาติที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการกีดกันผู้หญิงออกจากระบบการผลิต อย่างไรก็ตาม ในช่วงระยะเวลาต่อมาเราได้เห็นถึงวิวัฒนาการในเรื่องการคุมกำเนิด ซึ่งทำให้เรื่องของเพศสัมพันธ์ (Sex) และการสืบพันธุ์ (Reproduction) ถูกแยกออกจากกัน ซึ่งนั่นหมายถึง ผู้หญิงสามารถที่จะควบคุมระบบการสืบพันธุ์ (Reproduction) ของตนเองได้ ดังนั้น จึงทำให้การเป็นแม่กลายเป็นบทบาทหนึ่งที่คุณผู้หญิงสามารถเลือกที่จะเป็นหรือไม่ก็ได้ ในขณะที่เดียวกันเราได้เห็นความพยายามของสังคมในการสร้างกลไกเพื่อให้การสืบพันธุ์ดำรงอยู่

ต่อไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้สถาบันการแต่งงานและสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นพื้นที่ของความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมต้องการล่มสลาย โครงสร้างที่สาม เพศวิถี (Sexuality) ซึ่งถือได้ว่าเป็นสภาพสะท้อนของระบอบปีตาธิปไตยที่ผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมกันและทำให้เราได้เห็นถึงอุดมการณ์ชุดหนึ่งซึ่งทรงพลังสูงมากในสังคมปีตาธิปไตย กล่าวคือ รูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) ซึ่งกลายเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่เป็นภาคบังคับและถูกนิยามว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ ทั้ง ๆ ที่รูปแบบความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงรูปแบบที่ถูกสถาปนาโดยการมีผู้ชายเป็นศูนย์กลางเท่านั้น ดังนั้น เรื่องเพศ (Sex) จึงถูกให้ความหมายโดยเชื่อมโยงกับความแตกต่างเชิงกายภาพระหว่างชายหญิง และการกระทำหรือกิจกรรมเชิงสังวาสของมนุษย์ส่งผลให้ผู้หญิงในสังคมปีตาธิปไตยถูกนิยามให้เป็นวัตถุทางเพศ (Sex Object) ที่คอยตอบสนองความต้องการทางเพศสำหรับผู้ชาย โครงสร้างสุดท้าย การบวนการขัดเกลากายทางสังคม (Socialization) การที่ผู้หญิงมีลักษณะทางกายภาพที่สามารถดึงดูดรวมทั้งตลอดจนทำให้หน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกลายเป็นหน้าที่ของผู้หญิง ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วความเป็นมารดาที่มีความเกี่ยวข้องกับความเป็นสถาบันทางการเมือง และด้วยเหตุนี้จึงทำให้เราเห็นการปรากฏขึ้นของอุดมการณ์ชุดใหม่ที่พยายามยึดโยงผู้หญิงและผู้ชายเข้าไว้ด้วยกันอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่เดียวกันก็ทำให้ค้นพบว่าไม่มีแง่มุมในพื้นที่ส่วนตัวของผู้หญิงที่ไม่ถูกกลไกควบคุม สำหรับอุดมการณ์ชุดใหม่ดังกล่าวนี้ประกอบด้วย อุดมการณ์ในเรื่องความเป็นแม่ (Motherhood) ความรัก (Culture of Romance) รวมถึงเรื่องของความงาม (Beauty)

สำหรับเพศวิถี (Sexuality) นั้น มีความหมายครอบคลุมถึงประเด็นในเรื่องของการแสดงออกในเรื่องเพศ (Sex act) อัตลักษณ์ (Identity) ความปรารถนา (Erotic desire) Practice Appearance, การตกแต่งและการนำเสนอทางร่างกาย พฤติกรรม กิริยา มารยาท ที่เหมาะสมตามเพศสภาพ การเป็นที่ดึงดูดใจ (Attraction) การเริ่มต้นความสัมพันธ์ การดำเนินความสัมพันธ์และการจบความสัมพันธ์ในเชิง Erotic รวมถึงเรื่องของเพศสัมพันธ์ (Sex) แต่สำหรับสังคมในระบอบปีตาธิปไตยแล้วนั้น รูปแบบของเพศวิถี (Sexuality) ที่ได้รับการยอมรับและถูกกล่าวอ้างว่าเป็นรูปแบบความสัมพันธ์แบบธรรมชาติและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้จึงกลายเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่เป็นภาคบังคับสำหรับคนในสังคม คือ รูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วระบบความเชื่อความหมายเรื่องเพศ (Sexuality) ดังกล่าว มีความเชื่อมโยงกับประเด็นในเรื่องของความไม่เท่าเทียมทางเพศ (Gender inequality) อย่างใกล้ชิด อีกทั้งยังถือเป็นภาพสะท้อนของระบอบปีตาธิปไตยและผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียม โดยมีโครงสร้างในเรื่องของการสืบพันธุ์ (Reproduction) รองรับและสร้างความชอบธรรมให้สามารถดำรงอยู่ได้ ดังนั้น รูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) จึงเป็นการสร้างและการกำกับโดยอำนาจอย่างเข้มงวดกล่าวคือ ประการที่ 1

การที่รูปแบบความสัมพันธ์แบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) มีความเกี่ยวข้องกับการควบคุมเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง การสร้างอุดมการณ์รวมถึงระบบความเชื่อที่ทำให้ผู้ชายสามารถเข้าถึงร่างกายของผู้หญิงได้จึงถือเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่ถูกนิยามจากผู้ชายเป็นศูนย์กลางและทำให้เรื่องเพศสัมพันธ์ (Sex) ถูกนิยามให้หมายถึงการร่วมเพศของอวัยวะเพศสองประเภทที่ต่างกันที่การล้วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปภายในอวัยวะของเพศหญิง โดยมีจุดหมายปลายทางอยู่ที่การสำเร็จความใคร่ของชายนั้น อาจไม่ใช่รูปแบบความสัมพันธ์ที่สร้างความพึงพอใจทางเพศแก่ผู้หญิงเสมอไป เนื่องจากรูปแบบความสัมพันธ์ดังกล่าวน่าที่จะเป็นความสัมพันธ์ทางเพศเพื่อดำรงการสืบพันธุ์ของมนุษยชาติ (Reproductive act) มากกว่า ในขณะที่เดียวกัน เพศสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวสามารถสร้างการกระตุ้นเร้าทางเพศให้แก่ผู้ชายได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ผู้หญิงจึงมีฐานะเป็นเพียงวัตถุทางเพศ (Sex object) ที่ตอบสนองความต้องการทางเพศให้แก่ผู้ชาย ประการที่ 2 ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา กรอบความเชื่อความหมายเรื่องเพศในพื้นที่ทางการเมืองและสังคมเป็นไปในแนวทางที่ยึดแนวศีลธรรมซึ่งเน้นการจำกัดเรื่องเพศไว้ที่การแต่งงานในรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงในระบบผัวเดียวเมียเดียวเพื่อการเจริญพันธุ์และเป็นเรื่องของความรักและความผูกพัน (Romantic Love) ซึ่งเชื่อมโยงกับความสัมพันธ์ในรูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) รวมถึงกรอบความเชื่อความหมายเรื่องเพศที่เน้นในเรื่องของการลงโทษพฤติกรรมและความสัมพันธ์ที่ต่างไปจากกรอบความสัมพันธ์ดังกล่าวอันเป็นกรอบที่รัฐและชนชั้นกลางยึดถือ ดังนั้นสำหรับเรื่องเพศของผู้หญิงจึงถูกจำกัดอยู่ภายใต้การแต่งงานอย่างเข้มงวด ในขณะที่มีข้อยกเว้นสำหรับผู้ชาย อนึ่ง ทั้งที่กรอบและระบบความหมายเรื่องเพศนั้นมีความหลากหลายที่มากกว่ารูปแบบเพศวิถีแบบชายหญิง (Heterosexuality) แต่เรากลับเชื่อว่ามีรูปแบบที่ดีและเหมาะสมกับทุกคนเพียงรูปแบบเดียวที่ดูเหมือนเป็นเรื่องเชิงสังวาสที่ Romantic และ Sexy ทั้งที่รูปแบบของเพศวิถีแบบชายหญิง (Heterosexuality) ที่ฝ่ายชายริเริ่มในทุกความหมายในขณะที่ฝ่ายหญิงยอมตามในทุกความหมาย เป็นเรื่องของกาคคี เอารัดเอาเปรียบทั้งทางร่างกาย ทางอารมณ์ และทางจิตวิญญาณ

อย่างไรก็ตาม การนิยามเพศวิถี (Sexuality) ในสังคมปีศาจไปโดยว่าหมายถึงรูปแบบเพศวิถีแบบชายหญิง (Heterosexuality) และเราถูกทำให้เชื่อว่าเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่ดีและเหมาะสมกับทุกคนนั้น ทำให้ผู้หญิงถูกนิยามในสองความหมายหลักที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ ประการแรก นิยามในความหมายของ “การเป็นแม่” โดยที่ความเป็นแม่ในที่นี้ไม่ใช่เรื่องของความเป็นธรรมชาติ แต่มีความเกี่ยวข้องกับความเปราะบางทางการเมืองและเรื่องของอุดมการณ์ที่ควบคุมกำกับให้ผู้หญิงต้องตั้งครรภ์ตลอดบุตร และเลี้ยงดูบุตร และความหมายที่สอง ถูกนิยามในความหมายของการเป็น “วัตถุทางเพศ” (Sex object) เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ชาย ซึ่งความหมายของผู้หญิงในประเด็นสุดท้ายนี้ทำให้

เรามีแนวโน้มที่จะมองประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับเพศวิถี (Sexuality) ของผู้หญิงว่าเป็นปัญหา เป็นสิ่งที่ผิดหรือไม่ดีงาม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความงามในอุดมคติ (Ideal body) ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ความสวย ความอ้วน ความผอม เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากเราถูกทำให้รับรู้ว่าการปรนเปรอความต้องการทางกายหรือคนที่ให้ความสำคัญกับร่างกายของตัวเอง ถือเป็นเรื่องที่ไม่น่าชื่นชมและเป็น เรื่องที่ไร้สาระตามฐานความเชื่อในเรื่องจิตใจ (Mind) และ ร่างกาย (Body) ของอริสโตเติล ที่เชื่อว่า ร่างกายซึ่งเป็นเรื่องของอารมณ์จะถูกควบคุมโดยจิตใจซึ่งเป็นของเหตุผลอีกทั้งยังมีความสูงส่งกว่า ร่างกาย

นอกจากนี้ การนิยามผู้หญิงว่าเป็นวัตถุทางเพศ (Sex object) ตามระบอบปีตาธิปไตย ซึ่งเน้นรูปแบบความสัมพันธ์แบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) เพียงอย่างเดียว ได้ทำให้ผู้หญิง สร้างความพยายามในการเป็นวัตถุทางเพศอย่างรู้เท่าไม่ถึงการ ด้วยความเชื่อมั่นและศรัทธาที่มีต่อ Ideal body และอุดมการณ์ในเรื่องของความรักและความผูกพัน (Romantic Love) อีกทั้งการนิยาม ให้ผู้หญิงเป็นวัตถุทางเพศที่ต้องตอบสนองความต้องการของผู้ชายและการที่คุณค่าหลักของผู้หญิง ถูกนิยามด้วยเรื่องของความสวย ได้ทำให้เรื่องของความสวยและการเป็นที่ดึงดูดใจทางเพศ (Sex Appeal) ถูกเชื่อมโยงเข้ากับเรื่องของการตอบสนองความต้องการของผู้ชาย คุณค่าของผู้หญิงสวย สำหรับผู้ชายจึงเป็นเหมือนเพียงการที่ได้ขับรถเฟอร์รารีราคาแพงเพียงเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ชายคน นั้นไม่ธรรมดา ดังนั้นการที่คนในสังคมให้คุณค่ากับเรื่องของความสวยของผู้หญิง จึงทำให้แง่มุมใน เรื่องของรูปลักษณ์ภายนอก (Appearance) กลายเป็นแง่มุมที่สำคัญในการดำเนินชีวิตของผู้หญิง ทั้ง ที่แง่มุมดังกล่าวถือเป็นรูปแบบของการกดขี่เอารัดเอาเปรียบผู้หญิง และทำให้ผู้หญิงกลายเป็นวัตถุ ทางเพศเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ชายอย่างหนึ่ง อีกทั้งยังเป็นการดึงเอาพลังงานของผู้หญิง ซึ่งควรที่จะถูกนำไปใช้ในการสร้างสรรค์เรื่องอื่น ๆ แทนการทำให้ตัวเองมีความสวยงามตาม มาตรฐานความงามของสังคมปีตาธิปไตยที่การเข้าใกล้มาตรฐานความสวยเป็นไปได้ยาก และ เนื่องจากการที่มาตรฐานถูกตั้งไว้ในลักษณะที่ไม่มีผู้ใดสามารถที่จะเป็นเช่นนั้นได้ จึงทำให้ผู้หญิง จำเป็นต้องใช้เวลาทั้งชีวิตเพื่อไปให้ถึงมาตรฐานความงามนั้น ดังนั้น สำหรับนักสตรีนิยม แนวสุด ขั้ว/รากเหง้าแล้ว การสร้างอุดมการณ์ในเรื่องของความสวยจึงเป็นอุบายหรือกลลวงของระบอบ ปีตาธิปไตย นอกเหนือจากนี้แล้ว ประเด็นในเรื่องของความรักและความผูกพัน (Romantic Love) ก็ เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ทำให้ผู้หญิงสร้างความพยายามในการเป็นวัตถุทางเพศโดยรู้เท่าไม่ถึงการ กล่าวคือ การที่สังคมให้คุณค่ากับความสำเร็จและความสุขขั้นสูงสุดของผู้หญิงโดยการแต่งงาน จึง ทำให้ผู้หญิงพยายามที่จะพัฒนาวิธีการต่าง ๆ เพื่อทำให้ผู้ชายผูกพัน อย่างไรก็ตาม ความรักแบบโร แมนติก ก็ถูกอธิบายโดยนักสตรีนิยมที่พูดในภาษาแบบนี้ว่าเป็นเครื่องมือของระบอบปีตาธิปไตยอีก เช่นเดียวกัน โดยที่คนในสังคมมักจะชอบบอกว่าความรักและความผูกพัน (Romantic Love) นั้นอยู่

คู่กับโลกนี้ ซึ่งสำหรับนักสตรีนิยมแนวสุดขั้ว/รากเหง้าแล้ว ประเด็นในเรื่องดังกล่าวกลับไม่เป็นความจริง เนื่องจากความรักแบบ โรแมนติก ถือเป็นสิ่งใหม่ที่เพิ่งจะปรากฏขึ้น แม้ว่าความรักจะมีเกิดขึ้นมานานแล้ว เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบ โดยที่อุดมการณ์ในเรื่องของความรักและความผูกพัน (Romantic Love) อย่างที่เราเห็นเกิดขึ้น ไม่เกินคริสต์ศตวรรษที่ 17 ซึ่งสาเหตุที่เกิดอุดมการณ์ในรูปแบบนี้ก็เนื่องจากเหตุผลที่ผู้หญิงเริ่มมีภาษาและช่องทางที่สามารถพึ่งพาตนเองโดยที่ไม่ต้องผูกพันอยู่กับผู้ชายในฐานะของการเป็นคนรัก ในฐานะภรรยา และในฐานะแม่ ดังนั้นการปล่อยให้ผู้หญิงมีอิสระในการทำกิจกรรมทั้งทางสังคมและเศรษฐกิจ ก็จะทำให้การควบคุมเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิงสามารถทำได้ยากมากขึ้น ระบบอุปถัมภ์โดยจึงได้สร้างอุดมการณ์ที่เรียกว่า Culture of Romance ขึ้นมา ดังคำกล่าวของชูลามิทไฟน์สโตน (Shulamith Firestone) ในลักษณะที่ว่า การที่ระบบอุปถัมภ์โดยบอกว่าชีวิตนี้ผู้หญิงควรที่จะมีความสัมพันธ์พิเศษที่เป็นความสัมพันธ์ในแบบที่มองตากี่รู้ใจและเป็นความใกล้ชิด (Intimacy) อย่างที่ผู้หญิงจะไม่สามารถหาได้ในความสัมพันธ์ชุดอื่นนั้น ล้วนเป็นสิ่งสร้างของระบบอุปถัมภ์โดยทั้งสิ้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้ผู้หญิงตระหนักในความสำคัญของการวิพากษ์ความรักแบบโรแมนติกเพื่อยึดโยงตัวเองเข้ากับผู้ชาย บทสรุปของแนวคิด สตรีนิยมแนวสุดขั้ว/รากเหง้าทั้งในเรื่องของความงาม (Beauty) และความรักความผูกพัน (Romantic Love) จึงเป็นไปตามกรอบของเรื่องการเมืองเรื่องส่วนตัว (The personal is political) ที่เชื่อว่าในทุกเรื่องส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความรัก ความสัมพันธ์ การเจริญพันธุ์ มีเรื่องของ การควบคุม การกำกับของอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยกันทั้งนั้นเช่นกัน

เรื่องเพศที่ถูกนิยามในลักษณะที่เป็นการครอบงำของผู้ชายและการสยบยอมของผู้หญิงถูกทำให้เป็นเรื่องเชิงสังวาส ความสัมพันธ์ทางเพศภาคบังคับที่จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องระหว่างชายหญิงนี้ จึงเป็นการกดขี่ร่างกาย อารมณ์และจิตวิญญาณของผู้หญิงเพื่อสนองความต้องการของผู้ชาย ซึ่งการมองเช่นนี้เชื่อมโยงกับความไม่เท่าเทียมระหว่างชายหญิงเข้ากับเรื่องเพศวิถี ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายหญิงจึงทั้งสะท้อนและสนับสนุนให้การกดขี่ทางเพศดำรงอยู่ นอกจากนี้ กรอบความเชื่อเรื่องเพศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความพึงพอใจถูกมองในแง่ลบ เนื่องจากการได้รับอิทธิพลจากฐานความเชื่อทางศาสนาของตะวันตกที่เชื่อว่าเรื่องเพศเป็นส่วนหนึ่งของบาปผิดและการลงโทษจากพระเจ้า และจากฐานคิดอนุรักษ์นิยมแบบวิกตอเรีย (Victorian Thinking) แนวคิดในศตวรรษที่ 19 ซึ่งตรงกับรัชสมัยของพระนางเจ้าวิกตอเรียแห่งประเทศอังกฤษ ที่มองว่าเรื่องเพศถือเป็นเรื่องสกปรกและเป็นเรื่องไม่ดีงาม จึงทำให้กรอบความเชื่อในเรื่องเพศดังกล่าวไม่มีที่ทางให้กับความพึงพอใจทางกายในเรื่องเพศ (Bodily Pleasure) อย่างไรก็ตาม ในขณะที่คนมีแนวโน้มที่เชื่อว่าคนในยุคหลังมีเสรีภาพในเรื่องเพศที่จะแสดงออก และเลือกรูปแบบของความสัมพันธ์ทางเพศได้อย่างเสรี ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว เรื่องเพศมีแง่มุม

ของความต่อเนื่องในการกำกับควบคุมอย่างเข้มงวดมากกว่า ดังนั้น กรอบในเรื่องเพศจึงมีอิทธิพลในการจัดความสัมพันธ์ของคนอย่างต่อเนื่องในช่วงเวลาที่มีความเชื่อว่าคนมีเสรีภาพในการเลือกทางเลือกต่าง ๆ ในชีวิตมากขึ้น ในขณะที่เรื่องเพศกลับถูกควบคุมด้วยวิธีการที่ซับซ้อนและเห็นได้อย่างไม่ชัดเจน โดยผู้มีอำนาจในการตัดสินใจถูกคิดในเรื่องเพศที่มีความหลากหลายมากขึ้น เช่น ผู้เชี่ยวชาญแพทย์ เป็นต้น โดยการที่เรื่องเพศนอกการแต่งงานไม่ได้เป็นบาปผิดอย่างใหญ่หลวงสำหรับผู้ชายไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการซื้อประเวณี การมีเพศสัมพันธ์ก่อนการแต่งงานและการมีเพศสัมพันธ์ซ้อนหลังการแต่งงาน โดยการมีอุดมการณ์ที่เชื่อว่าผู้ชายมีความต้องการทางเพศที่มากมายและต้องระบายออกเป็นคำอธิบายหลักของพฤติกรรมทางเพศนอกการแต่งงานรองรับ ในขณะที่ผู้หญิงต้องไม่มีพฤติกรรมที่ไปกระตุ้นเร้าความต้องการทางเพศของผู้ชายเป็นฐานรองรับ โดยอาศัยเครื่องมือสำคัญในการควบคุมผู้หญิงด้วยการนิยามผู้หญิงแบ่งออกเป็น “หญิงดี-หญิงเลว” จากการตัดสินใจโดยพฤติกรรมทางเพศ ซึ่งสำหรับ “หญิงเลว” นั้น ถูกนิยามในความหมายของผู้หญิงที่มีความสนใจมีความพร้อมหรือมีประสบการณ์มากมายในเรื่องเพศซึ่งสมควรถูกประณามและลงโทษจากสังคมในขณะที่ “หญิงดี” หมายถึง ผู้หญิงตามแบบฉบับของแนวคิดแบบวิกตอเรีย (Victorian Thinking) หมายถึง ผู้หญิงที่บริสุทธิ์และไร้เดียงสาในเรื่องเพศ ดังนั้น ความดีงามและความน่าเชื่อถือของผู้หญิง จึงถูกตัดสินโดยพฤติกรรมและการกระทำทางเพศเป็นหลัก โดยในกรอบที่เชื่อว่าการเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศทำให้ผู้หญิงแปดเปื้อน ซึ่งลักษณะและพฤติกรรมเหล่านี้จะทำให้ผู้หญิงสูญเสียการยอมรับและความเคารพนับถือจากคนอื่น ๆ ในสังคม (ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, 2543)

จากสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่าภายใต้โครงสร้างแบบชายเป็นใหญ่ นั้นผู้ชายจะมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิงในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอำนาจในเรื่องของพฤติกรรมทางเพศ ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันพฤติกรรมทางเพศถูกใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมและการแสดงออกทางเพศของคนในสังคม โดยเฉพาะผู้หญิง กล่าวคือ พฤติกรรมทางเพศของผู้หญิงและผู้ชายจะถูกกำหนดไว้แตกต่างกัน โดยที่การแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศในรูปแบบเดียวกัน แต่การให้ความหมายรวมทั้งการลงโทษจะมีความแตกต่างกัน สิ่งเหล่านี้สามารถแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานเชิงซ้อน (Double Standard) ได้เป็นอย่างดี

มาตรฐานเชิงซ้อน (Double Standard) หมายถึง ค่านิยมที่ไม่ได้ใช้มาตรฐานหรือเกณฑ์เดียวกันในการพิจารณาตัดสินความเหมาะสมทางเพศระหว่างชายและหญิง ทั้งที่เป็นพฤติกรรมเดียวกันแต่กลับใช้มาตรฐานหรือเกณฑ์ที่แตกต่างกันในการตัดสิน (ศศิพร พงษ์ผล, 2546, หน้า 385)

นักสตรีนิยมมองว่าเพศวิถี (sexuality) ถือเป็นภาพสะท้อนของความไม่เท่าเทียมในเรื่องเพศได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ การที่สังคมแบ่งบุคคลออกเป็นสองเพศสภาพตามสรีระ

(Dichotomy Gender System) นั้น นอกจากจะต้องแสดงบทบาทตามเพศสรีระแล้ว บุคคลยังต้องมีความปรารถนาในความสัมพันธ์แบบรักต่างเพศ (Heterosexuality) ซึ่งความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวได้มาพร้อมกับการสร้างผู้หญิงให้เป็นหญิงดี (Good Girl) และหญิงเลว (Bad Girl) กล่าวคือผู้หญิงที่ดีต้องไม่แสดงออกในเรื่องเพศ ร่างกายของผู้หญิงต้องเย็น ความต้องการทางเพศของผู้หญิงถือเป็นเรื่องที่ต้องปกปิด ซึ่งระบบความเชื่อความหมายในเรื่องเพศแบบนี้ทำให้พฤติกรรมทางเพศของผู้หญิงจึงถูกเชื่อมโยงเข้ากับศีลธรรม ศาสนา ขณะที่ผู้ชาย สามารถแสดงออกในเรื่องเพศได้อย่างเปิดเผย

ดังกล่าวข้างต้น ฐานเชิงศีลธรรมและศาสนาของกรอบระหว่างเรื่องเพศกระแสหลักและการเชื่อมโยงกับความเป็นธรรมชาติ ทำให้การตั้งคำถามเป็นไปได้ยากและการไม่ยอมตามกรอบดังกล่าวมีโทษทัณฑ์ทางสังคมและกฎหมายของรัฐ ความแตกต่างหลากหลายในวิถีปฏิบัติและอัตลักษณ์ในเรื่องเพศที่แสดงออกอย่างเปิดเผยในพื้นที่สาธารณะมากขึ้น ถูกมองว่าเป็นทั้งสาเหตุและอาการของความเสื่อมของสังคมและศีลธรรมที่กระทบต่อความมั่นคงและผาสุกของสถาบันครอบครัวซึ่งเชื่อกันว่าเป็นหน่วยหลักที่ยึดโยงสังคมไว้ จึงทำให้พฤติกรรมทางเพศถูกตัดสินความผิดถูกโดยผลกระทบทางสังคมมากกว่าการตระหนักถึงความพึงพอใจของปัจเจกบุคคล ดังนั้นการปรากฏตัวในพื้นที่สาธารณะอย่างเปิดเผยของบรรดาขบถทางเพศอย่างกะเทยหรือคนรักเพศเดียวกันและแนวร่วมจึงสั่นคลอนคนหลายกลุ่มที่ยึดมั่นในกรอบของเรื่องเพศที่ดั้งเดิมและทำให้เกิดความหวาดกลัวในความไร้ระเบียบทางเพศที่เป็นผลของการเบี่ยงเบนไปจากกรอบเรื่องเพศกระแสหลัก ด้วยการที่เรื่องเพศถูกมองว่าเป็นเรื่องสกปรก เป็นเรื่องไม่ดั้งเดิมที่สามารถส่งผลในทางลบได้อย่างมหาศาลต่อสังคมเนื่องจากความพึงพอใจทางภายในลักษณะดังกล่าวจะทำให้กระทบกับสติและความสามารถในการใช้เหตุผล โดยที่เรามีความเชื่อว่าความสามารถในการใช้เหตุผลรวมถึงการเพิ่มพูนความสามารถในการใช้เหตุผลเป็นเรื่องที่ดี ดังนั้น การกระทำอันใดที่จะทำให้สูญเสียเหตุผลจึงถือเป็นอันตราย อีกทั้งการควบคุมความพึงพอใจหรือความปรารถนาถือเป็นสัญลักษณ์ของความสูงส่งของความเป็นมนุษย์ ฉะนั้น ปรากฏการณ์ต่าง ๆ ที่ทำให้คนรู้สึกว้าวุ่นเรื่องเพศ หลุดจากการควบคุมและกลายเป็นความไร้ระเบียบ จึงถูกมองว่าเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อศีลธรรมและกรอบกติกาของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ปรากฏการณ์หลายประการที่ดูเหมือนจะสะท้อนการอ่อนกำลังลงของกรอบเรื่องเพศที่ขอบธรรมจึงกลายเป็นประเด็นที่คนหลายกลุ่มเห็นว่าเป็นปัญหาหรือวิกฤติของสังคมที่รัฐต้องเข้ามาจัดการแก้ไข โดยเฉพาะเมื่อเวลาที่บริบททางสังคมเปิดโอกาสให้ผู้หญิงได้เข้ามามีส่วนร่วมทั้งในทางเมือง เศรษฐกิจ และการศึกษาเพิ่มมากขึ้น

การให้คุณค่าเรื่องเพศที่เป็นสากลโดยละเลยความแตกต่างหรือความเฉพาะของกรณี อาจเกิดความผิดพลาดและถูกทำลายโดยผู้มีประสบการณ์ที่แตกต่างไปเนื่องจากประสบการณ์ที่

แตกต่างหลากหลายของผู้หญิงสั้นคลอนการตีความและเรื่องราวหลักเกี่ยวกับเรื่องเพศที่มีความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศเป็นรากฐาน จากการที่ตำแหน่งแห่งที่และองค์ประกอบของอัตลักษณ์ของผู้หญิงมีผลต่อประสบการณ์ทางเพศที่แตกต่างกันทำให้ โครงเรื่องหลักเกี่ยวกับ โครงสร้าง ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่กดขี่หรือการมองเรื่องเพศที่ระดับปัจเจกแต่ละคนจึงไม่ครอบคลุม ประสบการณ์ที่หลากหลายนี้ เรื่องเพศจึงอาจเป็นอาณาบริเวณที่ร่างกายและจิตวิญญาณของผู้หญิง ถูกกดขี่บังคับให้สยบยอมในการสนองความต้องการทางเพศของผู้ชาย แต่ในขณะเดียวกันเรื่องเพศก็ช่วยในการเสริมสร้างพลังอำนาจให้กับผู้หญิงจำนวนไม่น้อย และเป็นช่องทางที่ผู้หญิงทำร้ายหรือบ่อนทำลายปีศาจปไตป์ได้ด้วยการไม่สยบยอม หรือล้อเล่นกับกติกากฎเกณฑ์ของโครงสร้าง ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เป็นอยู่ ดังนั้น แกมมุมของเพศวิถี (Sexuality) จึงไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงการกดขี่ผู้หญิงเท่านั้น แต่เรื่องเพศหรือความพึงพอใจทางเพศสามารถเป็นรูปแบบหนึ่งของสิ่งที่มีคุณค่าที่ผู้หญิงควรมีโอกาสเข้าถึงได้เช่นเดียวกับผู้ชาย และปัจเจกบุคคลควรมีสติที่จะเลือกว่าเรื่องเพศและความสัมพันธ์ในรูปแบบใด กับใครเป็นเรื่องที่ทำให้มีความสุขกิจกรรมทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ จึงควรจะเป็นการเลือกหรือการตัดสินใจของแต่ละบุคคลและไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นพร้อมกับความรักความผูกพัน หรือการสร้างความสัมพันธ์ที่ยั่งยืน เรื่องเพศจึงสามารถกระทำไปเพื่อความพึงพอใจทางกายได้ ดังนั้น เรื่องเพศจึงเป็นได้ทั้งการกดขี่และการปลดปล่อยหรือการทำลายปีศาจปไตป์ และการกำกับควบคุมของผู้หญิง ซึ่งควรมีความซับซ้อนขึ้นในการทำความเข้าใจสถานการณ์และประสบการณ์ในเรื่องเพศที่แตกต่างของผู้หญิง โดยรวมเอาปัจจัยอย่างตำแหน่งแห่งที่และภูมิหลังที่ต่างกัน ซึ่งส่งผลต่อการมองประเด็นและประสบการณ์ที่ต่างกันของผู้หญิงแทนการยึดติดอยู่กับเรื่องราวและ โครงเรื่องแบบเดียวว่าเป็นประสบการณ์ร่วมที่เป็นสากลของผู้หญิงในปีศาจปไตป์

3) ความหลากหลายทางเพศ

ปัจจุบัน องค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเพศวิถีของคนส่วนน้อยหรือที่รู้จักกันในนามของ “กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อันได้แก่ กลุ่มบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน หรือมีอัตลักษณ์หรือความสัมพันธ์แบบบุคคลรักเพศเดียวกัน (Same-sex behaviour, Identities or Relations) ได้แก่ หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) และบุคคลรักสองเพศ Bisexual) กลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสภาพตามกำเนิด (Non-binary gender identities) ได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบางครั้งยังรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความซับซ้อนในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex Person) ในทางระหว่างประเทศจึงรู้จักกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในอีกชื่อหนึ่งว่า “กลุ่ม LGBTI” จะได้พิจารณาตามลำดับ ดังนี้

(1) บุคคลรักเพศเดียวกันและบุคคลรักสองเพศ

บุคคลที่รักเพศเดียวกัน (Homosexual) หมายถึง บุคคลที่มีความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยจำแนกออกได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีแรก ชายรักชาย คือ บุคคลเพศชายซึ่งมีแรงดึงดูดทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างเพศชายด้วยกัน หรือที่เรียกว่า “เกย์ (Gay)” ซึ่งแบ่งเป็น “เกย์คิง (Masculine Gay)” หมายถึง ชายที่มีบทบาทในฐานะเป็นผู้กระทำทางเพศ (Sexual Active Role) กับชายด้วยกัน และ “เกย์ควีน (Effeminate Gay)” หมายถึง ชายซึ่งเป็นผู้รองรับการกระทำทางเพศ (Sexual Receptive Role) จากชายซึ่งมีบทบาทแนวรุก ปัจจุบันมีการใช้คำเรียกความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเพศชายด้วยกันเพื่อเป็นการแสดงสัญลักษณ์หรือสื่อความหมายบางอย่าง เช่น คำว่า “MSM” ซึ่งย่อมาจากคำว่า “Men who have Sex with Men” ซึ่งเป็นการอธิบายถึงชายที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายด้วยกันภายใต้บริบทสุขภาพทางเพศ (Public Health) โดยกลุ่ม MSM ถือว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความเสี่ยงหรือง่ายต่อการติดเชื้อเอชไอวีหรือเอดส์ HIV/AIDS อันเนื่องมาจากการมีพฤติกรรมเพศรักเพศเดียวกัน กรณีที่สอง หญิงรักหญิง คือ บุคคลเพศหญิงซึ่งมีแรงดึงดูดทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างเพศหญิงด้วยกัน หรือที่เรียกว่า “เลสเบียน (Lesbian)” ซึ่งแบ่งเป็น “ทอม (Tom)” หมายถึง หญิงซึ่งมีบทบาทในฐานะเป็นผู้กระทำทางเพศหญิงด้วยกัน และ “เลดี้ (Lady)” หรือ “ดี้” ในภาษาไทย หมายถึง หญิงซึ่งเป็นผู้รองรับการกระทำทางเพศจากหญิงด้วยกัน บุคคลรักสองเพศ (Bisexual) หมายถึง บุคคลที่มีความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งระหว่างบุคคลที่มีเพศต่างกันและระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

(2) บุคคลข้ามเพศ

ในที่นี้ อาจแบ่งบุคคลข้ามเพศออกได้เป็น 2 ประเภทได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual)

บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) คือ บุคคลที่ชอบแต่งกายเป็นเพศตรงข้าม (The Cross-dressing) หรือที่เรียกในภาษาไทยว่า “พวกลักเพศ” ซึ่งจัดว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของความผิดปกติด้าน อัตลักษณ์ทางเพศ โดยทั่วไปแล้วบุคคลกลุ่มนี้จะมีแค่ความต้องการแสดงออกซึ่งคำพูด การแต่งกายและพฤติกรรมทางเพศที่บุคคลนั้นต้องการจะเป็นมากกว่าความต้องการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศของตนเองอย่างถาวร ดังนั้น บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ จึงหมายความรวมถึง บุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศ (Non-operative Transsexual) และบุคคลข้ามเพศอื่น ๆ ที่มีได้ต้องการนิยามตนภายใต้ระบบสองเพศ

บุคคลแปลงเพศ (Transsexual) คือ บุคคลที่มีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิดและไม่เป็นไปตามบรรทัดฐานของสังคม และพยายามหรือมีความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงร่างกายของตนเองให้สอดคล้องกับเพศตามที่ตนปรารถนา ในบางครั้งจึงมีการเรียก

กลุ่มบุคคลที่ต้องการแปลงเพศว่า “พวกหลงเพศ” หรือภาวะอยากแปลงเพศซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศเช่นกัน อย่างไรก็ตาม บุคคลแปลงเพศมีความแตกต่างจากบุคคลแต่งกายข้ามเพศตรงที่ว่า บุคคลแปลงเพศเป็นบุคคลมีความต้องการที่จะแปลงเพศซึ่งถือว่าเป็นผลมาจากความผิดปกติของยีนและต่อมไร้ท่อมากกว่าเกิดขึ้นอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมหรือจากการเลี้ยงดู ในขณะที่การแต่งกายข้ามเพศของบุคคลข้ามเพศนั้นมักเกิดขึ้นจากอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมและการเลี้ยงดูเสียเป็นส่วนใหญ่ โดยทั่วไป บุคคลแปลงเพศมักมีความต้องการที่จะเปลี่ยนกายให้ตรงกับใจซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกต้องและกระทำได้ง่ายกว่าการพยายามเปลี่ยนใจให้ตรงกับกาย ทั้งนี้โดยการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดแปลงเพศร่วมกับการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อให้มีเพศสภาพในทางกายภาพแบบใหม่ บุคคลแปลงเพศ จึงหมายถึง บุคคลข้ามเพศที่เตรียมเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศ (Pre-operative Transsexual) และ บุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (Post-operative Transsexual) ซึ่งยังแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก บุคคลเพศชายที่แปลงไปเป็นเพศหญิง (Male-To-Female) หรือที่เรียกว่า MTF หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศหญิง ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศหญิงถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายก็ตาม กรณีที่สอง บุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชาย (Female-To-Male) หรือที่เรียกว่า FTM หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศชาย ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชายถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงก็ตาม

กล่าวได้ว่าการเป็นบุคคลข้ามเพศในปัจจุบันถือว่าเป็นความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอย่างหนึ่ง ซึ่งองค์การอนามัยโลกได้กำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการเข้าถึงสิทธิด้านสุขภาพของบุคคลข้ามเพศ โดยบุคคลข้ามเพศต้องได้รับการวินิจฉัยสุขภาพทางจิต (Mental Health Diagnoses) ภายใต้การตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity Disorder) เสียก่อนจึงจะมีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับบริการด้านสุขภาพจากรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดเช่นนี้นำมาซึ่งการตีตราบุคคลข้ามเพศที่ก่อให้เกิดอคติและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศอย่างกว้างขวางในสังคมอีกด้วย

(3) บุคคลอินเทอร์เซ็ก

บุคคลอินเทอร์เซ็ก (Intersex Person) หรือที่เรียกในภาษาไทยว่าบุคคลที่มีเพศกำกวม โดยกำเนิด หมายถึง บุคคลที่ไม่สามารถระบุเพศได้ชัดเจนเนื่องจากมีอวัยวะทั้งสองเพศ (ทั้งชายและหญิง) โดยกำเนิด บุคคลอินเทอร์เซ็กจึงเกิดขึ้นมาพร้อมกับความผิดปกติทางเพศ (Atypical Sex Characteristics) โดยมีทั้งอวัยวะเพศชายและหญิงอยู่ในคนเดียวกัน (Hermaphrodites) หรือที่เรียกว่ากะเทยแท้ (Herm) อย่างไรก็ตาม บุคคลอินเทอร์เซ็กอาจมีอวัยวะ

สืบพันธุ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่ชัดเจนก็ได้ เช่น กะเทยเทียมชาย (Merm) ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอวัยวะสืบพันธุ์หญิงไม่ชัดเจนและไม่สามารถผลิตไข่ได้ หรือ “กะเทยเทียมหญิง (Ferm)” ซึ่งมีอวัยวะสืบพันธุ์ชายไม่ชัดเจนและไม่สามารถผลิตสเปิร์มได้ ในทางวิทยาศาสตร์นั้นเห็นว่าการเป็นอินเตอร์เซ็กคือรูปแบบหนึ่งของความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งต้องได้รับการแก้ไขโดยการผ่าตัดให้เหลือเพียงเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น นอกจากนั้น ความซับซ้อนในเพศสรีระของบุคคลอินเตอร์เซ็กได้ส่งผลต่อความซับซ้อนและความหลากหลายของการแสดงออกซึ่งอารมณ์ ความรู้สึก และพฤติกรรมทางเพศด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากคำอธิบายขององค์การบุคคลอินเตอร์เซ็กระหว่างประเทศ (Organization Intersex International) ซึ่งอธิบายว่า บุคคลอินเตอร์เซ็ก คือ บุคคลที่มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศลักษณะพิเศษและมีความซับซ้อน ทั้งนี้ ขึ้นกับสภาพความเป็นจริงของการเป็นอินเตอร์เซ็กของแต่ละบุคคล

สำหรับการเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก พบว่าองค์การอนามัยโลกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มของความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ (GID) อย่างหนึ่ง ซึ่งบุคคลอินเตอร์เซ็กต้องได้รับการวินิจฉัยสุขภาพทางจิตภายใต้การตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศเสียก่อนจึงจะมีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับบริการด้านสุขภาพจากรัฐ จึงเห็นได้ว่าการกำหนดเช่นนี้นำมาซึ่งการตีตราที่ก่อให้เกิดอคติและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอินเตอร์เซ็กอย่างกว้างขวางเช่นกัน

กล่าวได้ว่า ปัจจุบันองค์การอนามัยโลกได้ถอดการเป็นบุคคลรักเพศเดียวกันและบุคคลรักสองเพศออกจากการเป็น โรคความผิดปกติทางจิต ในขณะที่การเป็นบุคคลข้ามเพศและการเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็กนั้น องค์การอนามัยโลกยังคงกำหนดให้เป็นความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (GID) อย่างหนึ่งซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มเดียวกับความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม อย่างไรก็ตาม ภายใต้กระแสการยอมรับความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นไปทั่วโลก นำมาสู่การเรียกร้องให้มีการทบทวนเรื่องการตีตราบุคคลบนพื้นฐานของความแตกต่างในเรื่องเพศสภาพว่าเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิตอย่างกว้างขวางทั้งในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศ

ดังนั้น สรุปได้ว่า เพศเป็นตัวกำหนดกิจกรรมของชายและหญิงแยกกัน ให้บทบาททางเพศที่ได้รับนั้นแตกต่างกัน ซึ่งบทบาทของเพศหญิงชายนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา และมีความหลากหลายแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเพศวิถี ซึ่งเป็นเรื่องวิถีปฏิบัติที่เกี่ยวกับความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศ และการแสดงออกทางเพศ รวมถึงอัตลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ยึดติดอยู่กับเพศสรีระ หรือเพศสภาพ เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์จึงมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับความหลากหลาย ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการเรียนรู้และการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา แนวคิดเกี่ยวกับเพศจึงเป็นการศึกษาเพื่อนำมาใช้เป็นหลักในการศึกษาทำความเข้าใจถึงความเชื่อมโยงระหว่างเพศ บทบาททางเพศหญิง บทบาททางเพศชาย ตามที่สังคมประกอบ

สร้างขึ้น และความเข้าใจในความแตกต่างระหว่างมนุษย์หญิงชาย จนเกิดขึ้นของการตั้งคำถามถึงความแตกต่างระหว่างเพศ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้นการศึกษาเกี่ยวกับเพศจึงศึกษาไปถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ทราบถึง ความคิด ความรู้สึก พฤติกรรม วิถีชีวิตและความสัมพันธ์ทางสังคมกับคนอื่น ๆ

2. ทฤษฎี

2.1 ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีรี่ (Queer Theory)

มนุษย์สามารถแสดงออกในบทบาททางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศได้หลายแบบ แต่เนื่องด้วยสังคมถูกควบคุมด้วยบรรทัดฐานแบบรักต่างเพศและความรู้แบบวิทยาศาสตร์จึงทำให้การแสดงออกทางเพศจำกัดอยู่แค่เพียง “เพศ” ทางชีววิทยา ซึ่งแบ่งแยกเพศเป็นสองแบบเท่านั้น คือ เพศชายและเพศหญิง และบุคคลก็ต้องแสดงออกให้ตรงตามเพศสรีระ ถ้าบุคคลแสดงบทบาททางเพศตรงข้ามกับเพศสรีระก็จะถูกมองว่า “ผิดปกติ” สตรีนิยมพยายามลบล้างมายาคติที่เกิดจากระบบสองเพศ และเสนอให้มองการแสดงออกทางเพศในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งชี้ให้เห็นว่ามีอำนาจทางสังคมบางประการเข้ามากำหนดและควบคุมความเข้าใจเกี่ยวกับเพศสภาพและเพศวิถีของมนุษย์ และมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจและรื้อทำลายอำนาจเหล่านั้นเพื่อจะไม่ทำให้เกิดการแบ่งแยกกีดกันและสร้างอคติให้กับกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศต่างไปจากบรรทัดฐานที่สังคมกำหนด

การเกิดขึ้นของทฤษฎีควีรี่ มาจากช่วงทศวรรษ 1990 ซึ่งนักวิชาการสายสตรีนิยมในคลื่นลูกที่สามพยายามตั้งคำถามเกี่ยวกับการแสวงหาความรู้ที่เกิดจากทฤษฎี Gender และ Sexuality รวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์ในฐานะเป็นการเมืองเชิงอัตลักษณ์ และผลพวงของการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ในทศวรรษ 1980 (Suzanna Danuta Walters, 2005, p. 7) คำว่า “ควีรี่” จึงมีความหมายกว้าง และอยู่ภายใต้กระแสความคิดแบบโพสต์มอดิร์นนิสต์ แนวคิดหลังโครงสร้างนิยม และการรื้อสร้าง (Deconstructionism) หรืออาจอธิบายได้ว่าแนวคิดควีรี่สนใจที่จะท้าทายทฤษฎีกระแสหลักที่อธิบายเรื่องเพศแบบเหตุผลและวิทยาศาสตร์ รวมทั้งการตั้งคำถามต่อวิธีคิดในการจัดประเภท Gender และ Sexuality ซึ่งมีรากเหง้ามาจากความรู้ทางการแพทย์และเพศศึกษาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งทำให้เรื่องเพศถูกจัดระเบียบกฎเกณฑ์ราวกับเป็นวัตถุสิ่งของการตั้งคำถามเหล่านี้อาศัยความคิดแบบหลังโครงสร้างนิยม (Post-Structuralist) มาใช้เพื่อชี้ให้เห็นว่าการสร้างความจริงต่อเรื่องเพศที่ผ่านมายามแบ่งแยก กีดกันจนทำให้เกิดคู่ตรงข้ามระหว่าง “เพศปกติ” (Normative) และ “เพศผิดปกติ” (Deviance) (Voss, 2005, p.52)

ทฤษฎีเคเวียร์ ทำให้เกิดการทบทวนและการท้าทายวิธีคิดที่แบ่งแยกขั้ว เช่น การแบ่งแยกระหว่างรักต่างเพศ กับรักเพศเดียวกัน การแบ่งผู้ชายกับผู้หญิง หรือผู้ชายกับเกย์ เคเวียร์พยายามเสนอว่าการคิดแบบแบ่งแยกนี้ทำให้เกิดการยึดมั่นความจริงแบบตายตัว หรือทำให้คิดว่า อัตลักษณ์เป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่และมีเอกภาพ เช่น เมื่อเราคิดว่าเกย์ถูกกีดกันจากสังคม หรืออยู่ด้านตรงข้ามกับรักต่างเพศ เราก็จะยิ่งตอกย้ำอัตลักษณ์และเพศวิถีที่ผิดปกติของเกย์ แนวคิดเคเวียร์ต้องการให้เกิดการอธิบายใหม่เกี่ยวกับเพศโดยผูกโยงเข้ากับเรื่องความหลากหลาย (Diversity) และชี้ให้เห็นว่าการอธิบายตัวตนทางเพศ อัตลักษณ์ พฤติกรรม และการปฏิบัติทางเพศไม่สามารถใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งได้ เพราะเรื่องเพศเป็นพรหมแดนที่มีการต่อรองของอำนาจต่าง ๆ ดังนั้น การอธิบายเรื่องเพศแบบเคเวียร์จึงเป็นการอธิบายบริบทของการต่อสู้ ต่อรอง ท้าทาย และการไถ่ถอนความหมายของคนกลุ่มต่าง ๆ (Jackson, 2003)

ในช่วงทศวรรษ 1970 - 1980 การเมืองเรื่องอัตลักษณ์ในขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์และเลสเบียน ถูกวิจารณ์ว่าอาศัยมุมมองโลกทัศน์แบบชนชั้นกลางผิวขาว ซึ่งทำให้มองไม่เห็นความแตกต่างหลากหลายในกลุ่มเกย์และเลสเบียน ซึ่งอาจประกอบด้วยคนผิวดำ ผิวสี และชนชั้นล่าง (Nikki Sullivan, 2003) ดังนั้น ประเด็นความแตกต่างทางชนชั้น เชื้อชาติ สีผิว ฐานะ จึงเป็นเรื่องสำคัญในการทำความเข้าใจความหลากหลายในเพศวิถี ซึ่งไม่ได้มีความเป็นเอกภาพเดียวกัน ประเด็นต่อมาคือ แนวคิดเคเวียร์ทำให้พรหมแดนเรื่องเพศสภาพและเพศวิถีเข้ามาบรรจบกัน เช่น การศึกษาของไดอาน่า ฟอสต์ และสเตวี แจ็คสันอธิบายว่าทั้งรักต่างเพศและรักเพศเดียวกันล้วนอธิบายตัวตนทางเพศด้วย “เพศสภาพ” (Gender) หรือให้ความหมายกับความ เป็นชายและความเป็นหญิงเพื่อที่จะสร้างอัตลักษณ์ทางเพศ ข้อสังเกตดังกล่าวทำให้ความหมายของเพศสภาพและเพศวิถีย้ายขอบเขตออกไปจากเดิม โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดกับการแยกขั้ว นอกจากนี้ชี้ให้เห็นปัญหาของการแยกขั้วแล้ว แนวคิดเคเวียร์ยังชี้ว่าระบบรักต่างเพศ หรือบรรทัดฐานแบบรักต่างเพศ (Heteronormativity) ทำให้เกิดการกีดกันและการแบ่งแยกเพศ ส่งผลให้กลุ่มคนที่เป็นเพศอื่น เช่น เกย์ กะเทย เลสเบียน กลายเป็นคนชายขอบ และยังชี้ให้เห็นว่าระบบรักต่างเพศได้สร้างให้ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าเพศอื่น ๆ ระบบรักต่างเพศจึงเป็นระบบที่กดขี่ข่มเหง โดยมีเพศชายมีอำนาจชี้หน้า (Jackson, 2003)

ข้อสังเกตเหล่านี้มีรากฐานมาจากกระแสความคิดหลัง โครสร้างนิยมที่ตั้งคำถามเกี่ยวกับวิธีการสร้างความจริงในโลก สำหรับการสร้างความจริงในเรื่องเพศนั้นก็เป็ผลพวงของระบบเหตุผลวิทยาศาสตร์ที่เชื่อความจริงแท้ แนวคิดเคเวียร์จึงเป็นเหมือนการตอบโต้วิธีคิดแบบวิทยาศาสตร์ของตะวันตก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เคเวียร์ต้องการวิพากษ์วิธีอธิบาย “ตัวตน” ของสรรพสิ่งต่าง ๆ ว่ามีความเป็นสากล เคเวียร์ไม่เชื่อเรื่องความเป็นสากลตามที่วิทยาศาสตร์อ้าง ดังนั้นอะไร

ก็ตามที่พยายามตอกย้ำความเป็นสากลในเรื่องเพศ นักคิดในแนวเคียวร์จะออกมาวิพากษ์วิจารณ์ ขณะเดียวกันก็พยายามชูเรื่อง “ลักษณะเฉพาะ” “ความเป็นท้องถิ่น” “พื้นบ้าน” เพื่อให้ให้เห็นความ ซับซ้อนที่ปรากฏอยู่ในเรื่องเพศ นักวิชาการบางคนกล่าวว่าเคียวร์สนใจ “ความแตกต่าง” ที่เกิดขึ้น ในกลุ่มคน หรือใน “ตัวตนของคน” เช่น ความแตกต่างที่เกิดขึ้นในกลุ่มชายรักชาย หญิงรักหญิง บุคคลข้ามเพศกลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้มีเอกภาพเดียวกัน แต่มีความซับซ้อนในการแสดงตัวตนที่ ต่างกัน

เมื่ออัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏอยู่ในตัวคนเป็นสิ่งที่ไม่มีเอกภาพ ดังนั้น อัตลักษณ์ชาย หญิง เกย์ เลสเบียน กะเทย คนข้ามเพศ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นอัตลักษณ์ที่ไม่มีแก่นแท้แน่นอน หากแต่มี ลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปตามความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างตัวคนกับสังคม ข้อวิจารณ์ของเคียวร์ จึงเปิดพรมแดนให้เกิดข้อถกเถียงว่าอะไรคือ “ตัวตน” หรือ “อัตลักษณ์” ที่แท้จริงของมนุษย์ เคียวร์ จะไม่เชื่อเรื่องความ “จริงแท้” ของเพศสภาพและเพศวิถี เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นผลที่เกิดจากการสร้าง “ความรู้” และความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันในสังคม (Sullivan, 2003, p. 41) เพราะ ขบวนการสร้างความรู้แยกไม่ออกจากการใช้อำนาจของกลุ่มคน ไม่ว่าจะเป็กลุ่มคนรักเพศ เดียวกันหรือคนรักต่างเพศก็ล้วนแล้วแต่อ้างความรู้เพื่อการต่อสู้ขัดขืนบางอย่างเพื่อตอกย้ำ อัตลักษณ์ของตนเอง เพื่อปลดปล่อย เพื่อต่อต้าน เพื่อกดทับและควบคุมอัตลักษณ์ของคนบางกลุ่ม การช่วงชิงความหมายดังกล่าวนี้ทำให้ขบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเรื่องที่ “ถูกสร้าง” และ เปลี่ยนแปลงไปตามช่วงเวลาในประวัติศาสตร์

ข้อถกเถียงข้างต้นคู่ได้จากการศึกษาของ Sedgwick (1990) เรื่อง Epistemology of the Closet ซึ่งอธิบายว่าวัฒนธรรมตะวันตกพยายามสร้างความจริงเกี่ยวกับเพศวิถีแบบคู่ตรงข้าม ระหว่าง “รักต่างเพศ” และ “รักเพศเดียวกัน” คู่ตรงข้ามนี้ทำให้บุคคลนำตัวเองเข้าไปอยู่ใน “กล่อง” เพื่อที่จะต่อสู้ซึ่งกันและกัน เช่น กลุ่มเกย์และเลสเบียนเชื่อว่าอัตลักษณ์ของตนเองเป็นสิ่งที่ตรงข้าม กับผู้ชายผู้หญิง จึงพยายามที่จะเรียกร้องความเท่าเทียมทางสังคม ตัวอย่างนี้สะท้อนวิถีคิดแบบคู่ตรง ข้ามที่ถูกสร้างขึ้นในสังคมตะวันตก เซดจ์วิกวิจารณ์ว่าถ้าคนในสังคมยังเชื่อว่าวิถีคิดแบบคู่ตรงข้าม เป็นความจริง ก็จะยิ่งสร้างความรุนแรงมากเท่านั้น (Sedgwick, 1990) ในการศึกษาของไมเคิล วอร์ เนอร์ เรื่อง Fear of the Queer Planet อธิบายในทำนองเดียวกันว่าสังคมรักต่างเพศพยายามจัด ระเบียบกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่แบ่งแยกเพศออกเป็นสองขั้วระหว่างรักต่างเพศที่ถือว่า “ปกติ” และ รักเพศเดียวกันที่ถูกจัดให้เป็นความ “ผิดปกติ” สิ่งเหล่านี้คืออำนาจที่รักต่างเพศพยายามกดทับ กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมและอัตลักษณ์แบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งวอร์เนอร์เสนอคำว่า “Heteronormativity” เพื่อที่จะวิพากษ์วิจารณ์อำนาจและความรู้ที่มาจากรักต่างเพศ อำนาจดังกล่าวนี้

มองอัตลักษณ์ทางเพศแบบ “ความจริงแท้” โดยละเอียดที่จะมองความหลากหลายของการแสดง ความหมาย การแสดงพฤติกรรม และอารมณ์ความรู้สึกทางเพศในแบบอื่น ๆ

นอกจากความหลากหลายที่เกิดขึ้นกับอัตลักษณ์ทางเพศแล้ว ในการศึกษาเรื่อง The Trouble with Normal วอร์เนอร์ยังอธิบายให้เห็นว่าภายในกลุ่มอัตลักษณ์ทางเพศแต่ละกลุ่มก็ยังมี ความหลากหลาย เช่น ในกลุ่มเกย์เลสเบียนมีการแสดงออกที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับฐานะทางสังคม ฐานะทางเศรษฐกิจ เชื้อชาติ หรือศาสนา แต่ความหลากหลายเหล่านี้จะถูกมองข้ามไปในกลุ่มเกย์ที่เป็น นักต่อสู้และนักเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิทางกฎหมาย เช่น สิทธิการแต่งงาน วอร์เนอร์วิจารณ์ว่าเกย์ที่เป็นนักต่อสู้พยายามนำระบบครอบครัวแบบรักต่างเพศมาใช้กับชาวเกย์ เพื่อให้ชีวิตเกย์ เหมือนกับรักต่างเพศ การกระทำดังกล่าวนี้เบียดขับให้เกย์ที่ใช้ชีวิตคู่ที่ต่างไปจากรักต่างเพศ กลายเป็นกลุ่มคนที่แปลกแยก หรือถูกมองข้ามไป ดังนั้นเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกย์ตกอยู่ได้วิถีคิด แบบรักต่างเพศ นักต่อสู้เพื่อสิทธิเกย์ทั้งหลายควรเปิดพื้นที่ให้มีการแสดงออก และการใช้ชีวิตทาง เพศได้หลายรูปแบบ โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดอยู่กับระบบครอบครัวแบบรักต่างเพศเพียงแบบเดียว

จากทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีเยร์ จะเห็นได้ว่า เพศของมนุษย์ไม่ได้จำกัดเพียง เพศกำเนิด คือ เพศชายและหญิงเท่านั้น แต่มนุษย์ยังมีความแตกต่างหลากหลายทางเพศ ซึ่งสะท้อน ให้เห็นว่า อัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศ ไม่จำเป็นต้องตรงกับความคาดหวังหรือมาตรฐาน ของสังคม หรือจะกล่าวได้ว่าไม่จำเป็นที่บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายจะต้องคู่กับบุคคลที่มีเพศ กำเนิดเป็นหญิง และเพศของมนุษย์นั้น ไม่สามารถจัดได้แค่เพศหญิงหรือเพศชายเท่านั้น ดังนั้น การศึกษาทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีเยร์ จึงศึกษาไปถึงการให้การสนับสนุนสิทธิการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยทางเพศ และบุคคลเหล่านั้น ไม่สมควร ถูกเลือกปฏิบัติเหมือนบุคคลชายขอบของสังคม และกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองบุคคล เหล่านั้น โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

2.2 ทฤษฎีสารัตถะนิยม

การอธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ตามแนวคิดสารัตถะนิยมได้เริ่มต้นขึ้นในราวช่วงศตวรรษ ที่ 18 ภายใต้ต้องการความรู้ของศาสตร์วิชา “เพศศึกษา (Sexology)” ซึ่งเป็นผลมาจากการที่นักเพศ ศาสตร์ (Sexologist) ได้นำความรู้ทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์สาขาต่าง ๆ เช่น ชีววิทยา จิตเวช ศาสตร์ ประสาทวิทยา เป็นต้น มาใช้อธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ในทางกายภาพ (Physical Sex) จนกระทั่งได้ข้อสรุปว่าเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ และมีความสัมพันธ์กับ “สรีระ” อันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญคือการ สืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธี ปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความ

ความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ความรู้เรื่องเพศดังที่ได้กล่าวมานี้ นักเพศศาสตร์เห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความเป็นสากลและเป็นเอกภาพโดยสามารถใช้อธิบายได้กับทุกสังคมและวัฒนธรรม

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นว่าเพศตามแนวคิดสารัตถะนิยม มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสรีระอันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยาของมนุษย์ซึ่งตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Sex” โดยการใช้คำว่า Sex ในปัจจุบันอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ความหมายคือ Sex ในความหมายเพศสรีระทางชีววิทยา และ Sex ในความหมายของการร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์

การใช้คำว่า Sex ในความหมายของเพศสรีระทางชีววิทยา หมายถึง ผลของกระบวนการผสมและหลอมรวมคุณสมบัติเฉพาะทางพันธุกรรม และส่งผลทำให้เกิดความแตกต่างของระบบการทำงานซึ่งแบ่งออกเป็นเพศชาย (Male) หมายถึง ระบบเพศชายในทางชีววิทยา หรือระบบสืบพันธุ์ซึ่งทำหน้าที่ผลิตเซลล์สืบพันธุ์ (Gametes) หน่วยเล็ก ๆ ที่เรียกว่า สเปิร์มโตโซอ์ (Spermatozoa) และเพศหญิง (Female) หมายถึง ระบบเพศหญิงในทางชีววิทยา หรือระบบสืบพันธุ์ซึ่งทำหน้าที่ผลิตเซลล์ไข่ที่ไม่เคลื่อนที่ (Egg Cells) ดังนั้น คำว่า Sex ในทางชีววิทยา จึงหมายถึง เพศของบุคคลซึ่งพิจารณาจากสรีระของบุคคลนั้นเป็นสำคัญนั่นเอง

นอกจากนั้น การใช้คำว่า Sex ยังมีการใช้ในความหมายของการร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์ เนื่องจาก Sex ในภาษาต่างประเทศมีความเกี่ยวพันกับอวัยวะที่เกี่ยวข้องกับการเจริญพันธุ์หรือการสอดใส่ ด้วยเหตุนี้ การมี Sex ในภาษาต่างประเทศจึงเป็นเรื่องของการสอดใส่อวัยวะเพศชาย (Penis) ผ่านทางช่องคลอดของอวัยวะเพศหญิง (Vagina) โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือ เพื่อการสืบเผ่าพันธุ์ของมนุษย์หรือการมีบุตร (Procreation) ในประเด็นเรื่องนี้ Butler (1993) เคยอธิบายไว้ในงานเขียนเรื่อง Bodies that Matter: On the Discursive Limits of “Sex” ซึ่งสรุปได้ว่าวิถีปฏิบัติทางเพศตามแบบของคนรักต่างเพศนั้นถือว่าอวัยวะเพศชายและช่องคลอดของเพศหญิงเป็นคู่กันที่มีความเหมาะสมตามธรรมชาติมากที่สุด ซึ่งต่างจากการจับคู่กันระหว่างอวัยวะเพศชายกับทวาร (Anal) หรือระหว่างช่องคลอดเพศหญิงกับช่องคลอดเพศหญิงด้วยกันเอง แนวคิดดังกล่าวได้นำมาสู่ความเชื่อที่ว่า การมีเพศสัมพันธ์ผ่านทางช่องคลอด (Vaginal Intercourse) ถือเป็นกระทำที่เป็นไปตามธรรมชาติและเป็นที่ถูกต้อง ด้วยเหตุนี้การมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่เป็นไปตามกฎแห่งธรรมชาติของมนุษย์ไม่ว่าจะเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexual) หรือรักเพศเดียวกัน (Homosexual) ก็ตาม หากเป็นความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นผ่านทางทวาร (Anal) หรือทางปาก (Oral Sex) ย่อมถือว่าเป็นบาปและยังถือเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายของบางประเทศอีกด้วย

สรุปได้ว่า ทฤษฎีสารัตถะนิยมเป็นทฤษฎีอธิบายเรื่องเพศ โดยเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ และมีความสัมพันธ์กับสรีระ อันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญคือการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ดังนั้นในการวิจัยครั้งนี้จึงได้นำทฤษฎีนี้มาใช้เป็นข้อพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.3 ทฤษฎีเสรีภาพ

เสรีภาพนั้นเป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกับสิทธิ ซึ่งตามศาสตร์ของอังกฤษได้แยกเสรีภาพออกจากสิทธิซึ่งตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปไม่ได้แยกเสรีภาพออกไปต่างหากโดยจัดเข้าไปอยู่ในจำพวกสิทธิตามกฎหมายมหาชน แต่ตามกฎหมายอังกฤษเสรีภาพอาจเป็นเรื่องกฎหมายเอกชนก็ได้ แซลมอนด์ (Salmond) ได้ให้ความหมายของคำว่า เสรีภาพว่า เป็นประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใด ๆ ต่อตนเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย เป็นประโยชน์ที่บุคคลกระทำการใด ๆ ได้ตามชอบใจ

ส่วนเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล

มีแนวความคิด 2 ประการเกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพ คือแนวความคิดในด้านบวกและแนวความคิดในด้านลบ การมองเสรีภาพในด้านลบถือว่า เสรีภาพคือความสามารถของบุคคลที่จะกระทำการใด ๆ โดยปราศจากการเหนี่ยวรั้งจากบุคคลอื่น แนวความคิดนี้มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของหลายประเทศซึ่งใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องกำจัดอำนาจรัฐในการเข้าแทรกแซงการใช้เสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในด้านลบนี้ คือ เสรีภาพในฐานะที่เป็นข้อห้ามของรัฐ กล่าวคือ อำนาจที่รัฐเลือกจะทำอะไรก็ได้ตามเจตนารมณ์ ส่วนแนวความคิดที่มองเสรีภาพในด้านบวกนั้น ถือเป็นเจตนารมณ์ที่เป็นอิสระของบุคคลที่จะทำอะไรก็ได้ อย่างไรก็ตามถ้าบุคคลไม่มีทางเลือกที่จะใช้เจตนารมณ์นั้นเราจะกล่าวว่าบุคคลดังกล่าวมีเสรีภาพหาไม่ได้ ตัวอย่างเช่น นักโทษแม้มีเสรีภาพที่จะเดินแต่การเดินของนักโทษจะถูกจำกัดอยู่ภายในห้องขังเท่านั้น หรือกรณีของคนพิการแม้ตนจะมีอิสรภาพที่จะเดินได้อย่างเสรีแต่ตัวเองก็ไม่สามารถที่จะเดินได้ตามเจตนารมณ์ของตน ดังนั้นจะถือว่าบุคคลดังกล่าวมีเสรีภาพหาไม่ได้

จะเห็นได้ว่าทฤษฎีเสรีภาพเป็นการศึกษาถึงอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเองโดยอำนาจนี้บุคคลสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ตามที่ใจปรารถนา ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้นำทฤษฎี

นี้มาใช้ในการศึกษาถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.4 ทฤษฎีครอบครัว

ครอบครัวจัดเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีและสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ภายใน

จากการสำรวจสำมะโนประชากรแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (U.S. Bureau of the census) ครอบครัว หมายถึง บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิต อยู่ร่วมกันโดยการสมรสหรือปรับตัวอยู่ด้วยกัน มีบุคคลอย่างน้อย 2 คนขึ้นไปอาศัยอยู่ในบริเวณเดียวกัน มีความผูกพันกัน สังคม (พรศรี วรรณะวัณษ์, 2541, หน้า 9) โดยที่ครอบครัวนั้นคือการ บุคคลหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ตามปกติย่อมมีความเป็นอยู่ร่วมกัน มีความทุกข์สุขร่วมกันและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ทุกครอบครัวจะต้องมีจุดหมายอันเดียวกัน คือ ช่วยกันประกอบอาชีพเพื่อการดำรงชีวิตให้อยู่รอดในสังคมเป็นอย่างดี (ศรีทัตทิมา พานิชพันธ์, 2527, หน้า 15) ซึ่งครอบครัวนั้นจะประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ที่อยู่ร่วมกันด้วยความผูกพันและมีความเกี่ยวพันกัน โดยการสมรสสายโลหิตหรือการยอมรับตามกฎหมายสมาชิกของครอบครัวอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน สมาชิกทุกคนในครอบครัวต่างก็มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันในบทบาทของครอบครัวในสังคม เช่น บทบาทสามีบิดามารดา บุตร และมีหน้าที่รับผิดชอบต่อกันตามสถานภาพของตนในครอบครัวครอบครัวจะมีการเปลี่ยนวัฒนธรรมที่ได้รับจากสังคมมาอยู่ในรูปแบบลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล (บุญมา หลีสิน, 2535, หน้า 40) ครอบครัวที่ประกอบด้วยสามีและภรรยา โดยไม่มีบุตรของตนเองก็ได้ มีการก่อตั้งขึ้นเป็นครอบครัวมีปฏิภานได้ตอบซึ่งกันในฐานะที่เป็นสามีและภรรยา เป็นบิดาและมารดา เป็นบุตรชายบุตรหญิง เป็นพี่เป็นน้อง โดยการรักษาวรรณธรรมเดิม และอาจจะมีการสร้างสรรค์วัฒนธรรมใหม่เพิ่มเติมก็ได้ (สุพัตรา สุภาพ, 2528, หน้า 101)

สัมพันธภาพภายในครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ตามบทบาทที่คนเราที่มีต่อสมาชิกอื่นในครอบครัว ถ้าสัมพันธภาพมีลักษณะปรองดอง รักใคร่ กลมเกลียวในครอบครัว นับว่าเป็นลักษณะของสัมพันธภาพที่ดีแต่ถ้าเป็นความขัดแย้ง หรือ มีความรู้สึกว่าเป็นอริต่อกัน ถือว่าเป็นลักษณะที่ไม่ดีภายในครอบครัวซึ่งสัมพันธภาพในครอบครัวนั้นเป็นความสัมพันธ์แบบปฐมภูมิ (Primary Relationship) โดยมีพ่อ แม่ ผู้สั่งสอน ผู้เลี้ยงดู ผู้ช่วยเหลือ สมาชิกในครอบครัวจึงมีปฏิสัมพันธ์ต่อ

กัน ในหลายด้านทำให้เกิดเป็นค่านิยม ความเชื่อถือและบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล มีการสื่อสารแบบเปิด มีการพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างสมาชิก มีการก่อรูปขึ้นจากอารมณ์ต่าง ๆ ระหว่างสมาชิก ก่อให้เกิดความรัก ความเข้าใจ ความผูกพันรักใคร่ ความคิดถึง หรือความโกรธ สมาชิกจะมีความรู้สึกผูกพันเฉพาะเจาะจงยากที่จะเปลี่ยนแปลง ไพลิน คำไพรินทร์ (2538, หน้า 31) อย่างไรก็ตาม บุคคลทั่วไปยังมองสัมพันธภาพภายในครอบครัวว่าเป็นความสัมพันธ์แบบใกล้ชิด (Close Relationship) โดยพิจารณาจากระดับความเข้มข้นในการผูกพันกัน (intensity) ความคุ้นเคยสนิทสนมกัน (Intimacy) ความเชื่อถือไว้วางใจกัน (Trust) และการเข้าไปเกี่ยวข้องกัน (Commitment) โดยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรมีหลายแบบด้วยกัน ซึ่งในแต่ละแบบย่อมมีส่วนที่จะพัฒนาให้เด็กในแต่ละครอบครัวมีบุคลิกลักษณะแตกต่างกันออกไป เช่น ก่อสวัสดิพานิชย์ (ไพลิน คำไพรินทร์, 2538, หน้า 34) ได้แบ่งประเภทของความสัมพันธ์ในครอบครัวในแต่ละแบบ ดังนี้

1. ความสัมพันธ์แบบปล่อยตามใจ พ่อแม่หลายคนมีความเข้าใจผิดว่า หากปล่อยตามใจบุตรเป็นวิธีการประชาธิปไตย จึงมีความภูมิใจในการสร้างความสัมพันธ์กับบุตรแบบนั้นบางคนตามใจบุตรเพราะความรักและหลงใหล ทำให้เด็กควบคุมความประพฤติของตนเองไม่ได้ ขาดความเคารพและเชื่อฟังผู้ใหญ่ ขาดความรับผิดชอบ

2. ความสัมพันธ์แบบผู้ปกครองใช้อำนาจบังคับ ด้วยความปรารถนาดีพ่อแม่ บางคนก็ใช้อำนาจบังคับควบคุมอย่างเข้มงวดกดขี่ เด็กที่ได้รับความสัมพันธ์แบบนี้มักเป็นคนขาดความคิดริเริ่ม ปกครองตนเองไม่ได้

3. ความสัมพันธ์แบบใช้เหตุผลเพื่อทำความเข้าใจกัน พ่อแม่ใช้อำนาจบังคับควบคุมเด็กโดยอาศัยเหตุผล และความเข้าใจเป็นที่ตั้ง พ่อแม่มิได้ปล่อยตามใจเด็ก แต่เปิดโอกาสให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นและแลกเปลี่ยนความคิด จะทำให้เด็กมีความเห็นใจผู้อื่น มีความสามารถในทางวิเคราะห์ใช้เหตุผลได้ดี ปรับตัวได้ดีและมีความเป็นผู้นำสูง

การให้ความรักความอบอุ่นแก่บุตรก็เป็นสิ่งสำคัญที่จะก่อให้เกิดสัมพันธภาพที่ดีในครอบครัวซึ่งหัวใจของครอบครัวคือ พ่อแม่และลูก เพราะนั่นสัมพันธภาพระหว่างพ่อแม่ลูกจึงเป็นเรื่องสำคัญมาก การที่เด็กจะเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีบุคลิกภาพดีมีอนาคต จะต้องได้รับสิ่งสำคัญอันเป็นพื้นฐานอย่างเพียงพอ นั่นก็คือ ความรักความอบอุ่น และการเลี้ยงดู การอบรมสั่งสอนที่ดี ส่วนพฤติกรรมที่แสดงถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว นั้นเป็นพฤติกรรมที่เกิดจากการการพักผ่อนร่วมกันในครอบครัว หมายถึง การที่พ่อแม่และลูกได้มีกิจกรรมร่วมกันในการพักผ่อนหย่อนใจเมื่อมีเวลาว่าง การมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและรับรู้เรื่องราวต่าง ๆ หมายถึง การที่ลูกได้มีส่วนร่วมร่วมกับพ่อแม่ในการแสดงความคิดเห็นและรับรู้เกี่ยวกับทุกข์สุข ความลับในเรื่องต่าง ๆ ของพ่อแม่ เช่น ปัญหาการเงิน ปัญหาการงาน การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ หมายถึง การที่บุตรหลาน

ได้มีส่วนร่วมกับพ่อแม่ในการตัดสินใจกระทำสิ่งต่าง ๆ ภายในบ้าน เช่น การจัดระเบียบกฎเกณฑ์ ภายในบ้าน การเห็นชอบของพ่อแม่ หมายถึง พฤติกรรมที่พ่อแม่แสดงต่อลูกในลักษณะของการเห็นด้วยกับการกระทำและความคิดเห็นของลูก เช่น การไม่ปฏิเสธ ข้อเสนอแนะ ข้อคิดเห็นหรือการกระทำต่าง ๆ ของบุตร ความรักความห่วงใยของพ่อแม่ หมายถึง พฤติกรรมของพ่อแม่ที่ถูกรับรู้ว่าเป็นพฤติกรรมที่แสดงความรัก ความห่วงใยที่มีต่อบุตร เช่นการช่วยเหลือคลี่คลายปัญหาต่าง ๆ การให้ความเป็นกันเองกับลูก ความไว้วางใจของพ่อแม่ หมายถึง พฤติกรรมของพ่อแม่ที่แสดงถึงความไว้วางใจในตัวลูกว่า สามารถปฏิบัติตนได้เองอย่างเหมาะสม สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ มีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวเอง การที่พ่อแม่เห็นด้วยกับกิจกรรมของเพื่อน ๆ ของลูก หมายถึง พฤติกรรมของพ่อแม่ที่แสดงถึงการเห็นด้วยกับการที่ลูกไปมีกิจกรรมกับเพื่อน โดยไม่ขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคหรือแสดงออกถึงความไม่ไว้วางใจในการไปร่วมกิจกรรม การที่บุตรยอมรับเกณฑ์มาตรฐานของพ่อแม่ หมายถึง การที่ลูกแสดงพฤติกรรมยอมรับมาตรฐานพฤติกรรมและมาตรฐานการดำรงชีวิตของพ่อแม่ เช่น เห็นด้วยกับความคิดเห็นของพ่อแม่ ในเรื่องการเรียน การทำงาน ค่านิยม ทักษะคติและยินยอมกระทำตามเกณฑ์ที่พ่อแม่กำหนดด้วยความยินดีความรักและความเคารพของลูกที่มีต่อพ่อแม่ หมายถึง พฤติกรรมของลูกที่แสดงต่อพ่อแม่ซึ่งเป็นการแสดงถึงความเคารพต่อพ่อแม่ โดยการเชื่อฟังพ่อแม่ไม่ขัดใจ ไม่ทำให้พ่อแม่เสียใจ การไม่มีข้อกำหนดมากเกินไป หมายถึง การที่พ่อแม่ไม่แสดงพฤติกรรมที่เป็นการกำหนดหรือจำกัดความประพฤติของลูกมากเกินไป (พรศรี วรธนะวณิช, 2541, หน้า 30-33)

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นในครอบครัวมักจะเป็นปัญหาในหลาย ๆ ด้าน ได้แก่ ปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจครอบครัว ครอบครัวที่มีฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจในระดับต่ำ ได้แก่ การที่หัวหน้าครอบครัวหรือพ่อแม่มีการศึกษาน้อย ประกอบอาชีพที่มีรายได้ไม่เพียงพอกับค่าครองชีพ ทำให้ขาดความรู้และขาดปัจจัยที่จะมาสนองความต้องการและการส่งเสริมพัฒนาการอย่างเหมาะสม ทำให้สมาชิกในครอบครัวมีการพัฒนาล่าช้า ไม่แข็งแรงและเจ็บป่วยง่าย เมื่อมีปัญหาด้านร่างกาย ปัญหาด้านจิตใจและสังคมก็ตามมา ปัญหาจากสภาพแวดล้อมทางกายภาพของครอบครัว สภาพที่อยู่อาศัยที่มีปัญหาก่อความรบกวนแก่สมาชิกในครอบครัว เช่น บ้านไม่มีระเบียบ ผู้คนแออัด เป็นแหล่งส้วมสกปรก การถ่ายเทไม่ดี มีเสียงรบกวน ตลอดจนมลภาวะต่าง ๆ ที่ทำให้สมาชิกครอบครัวเกิดความรำคาญและเป็นอันตรายต่อสุขภาพกายและจิตปัญหาจากการอบรมเลี้ยงดูของพ่อแม่ การอบรมเลี้ยงดูจากพ่อแม่ที่มีความสำคัญต่อพฤติกรรมปรับตัว มีผลต่อสุขภาพจิตของสมาชิกในครอบครัวปัญหาความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ถ้าสมาชิกภายในครอบครัวขัดแย้งแตกแยกไม่ลงรอยกัน ย่อมทำให้ครอบครัวขาดความสงบสุข และ ปัญหาสุขภาพอนามัยและการเจ็บป่วยของสมาชิกในครอบครัวที่มีผลกระทบต่อครอบครัว การเจ็บป่วยของสมาชิกมีผลทำให้เกิด

ความเปลี่ยนแปลงทางด้านสถานภาพและบทบาทของสมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัว สมาชิกต้องกังวลกับการหารายได้ให้เพิ่มขึ้น เป็นคำรักษาพยาบาลทำให้เกิดความรู้สึกกดดันทางด้านอารมณ์ของบุคคลในครอบครัวมาก โดยเฉพาะกับบิดา มารดา บุตร (ไพลิน คำไพรินทร์, 2538, หน้า 32)

จะเห็นได้ว่าครอบครัวจัดเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดี และสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ภายในสังคม

3. หลักการ

3.1 หลักสิทธิมนุษยชน

1) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ที่สร้างขึ้นบนพื้นฐานของลักษณะทางธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด โดยพัฒนาการทางความคิดในเรื่องดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นเป็นครั้งแรกในโลกตะวันตกซึ่งพยายามอธิบายว่าสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาได้อย่างไร ในทางวิชาการมีการอธิบายเรื่องดังกล่าวโดยแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก อธิบายว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ได้รับมาจากพระเจ้าเนื่องจากพระเจ้าเป็นเจ้าของผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาโดยลอกเลียนจากรูปลักษณะของพระองค์ พร้อมกันนั้นพระเจ้าเป็นเจ้าของได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ทุกคน โดยเท่าเทียมกันซึ่งสิทธิเหล่านั้น ไม่อาจโอนแก่กันได้ และไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังนั้นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์จึงเป็นสิ่งมีคุณค่าและมีเกียรติ เพราะเป็นผลผลิตมาจากพระเจ้า มนุษย์จึงต้องเคารพมนุษย์ด้วยกันเองอันถือว่าเป็นหน้าที่ต่อพระเจ้า

แนวทางที่สอง อธิบายว่าสิทธิมนุษยชนไม่ได้มีที่มาจากพระเจ้าแต่สิทธิมนุษยชนเป็นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์จึงมีความชอบธรรมที่จะหวงแหนและรักษาไว้ซึ่งชีวิตของตนเอง ในแง่นี้สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (Natural Rights) ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และเป็นสิทธิที่ตกแก่บุคคลทุกคน โดยทุกคนสามารถใช้สิทธิตามธรรมชาติเหล่านี้ได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เพราะเหตุว่าบุคคลนั้นเกิดมาเป็นมนุษย์ และความเท่าเทียมนี้เป็นสิ่งสากล ไม่อาจแบ่งแยก จำหน่าย

จ่ายโอนได้ จึงเห็นได้ว่าการอธิบายตามแนวทางที่สองนี้ปฏิเสธการนำความคิดจากความเชื่อทางศาสนาอธิบาย แต่เห็นว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นเองโดยใช้ตรรกะและความมีเหตุผลของมนุษย์ สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนรัฐ และถูกทำให้เป็นรูปธรรมด้วยการรับรองโดยกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

การอธิบายถึงสิทธิมนุษยชนของทั้งสองแนวคิดมีความคล้ายคลึงกันตรงที่ต่างให้ความสำคัญและรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของมนุษย์ในแง่ที่ว่ามนุษย์เป็นสิ่งที่มีความค่าและมีความเท่าเทียมกัน จึงทำให้การอธิบายเรื่องสิทธิมนุษยชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) และความเสมอภาค (Equality) ซึ่งต่อมากลายเป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights) ขององค์การสหประชาชาติในเวลาต่อมา

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ไม่ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจน แต่ในปฏิญญานี้ได้ให้การรับรองหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนไว้ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่กำเนิด และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเสมอภาคกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้นอกจากนั้น สำนักงานข้าหลวงใหญ่ด้านสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้อธิบายถึงสิทธิมนุษยชนไว้ว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติ ที่อยู่อาศัย เพศ ชาติกำเนิดหรือเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ล้วนมีความสัมพันธ์ เชื่อมโยงซึ่งกันและกัน และไม่อาจแบ่งแยกได้ โดยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับคือ

สิทธิมนุษยชนระดับแรก ได้แก่ สิทธิที่ติดตัวบุคคลทุกคนมาแต่กำเนิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ เป็นสิทธิที่อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐ ได้แก่ สิทธิในชีวิต การห้ามฆ่าหรือทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการทรมาน ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย สิทธิในความเชื่อทางศาสนา ทางการเมือง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือแสดงออก หรือสื่อความหมายอื่นใด ซึ่งสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่ต้องมีกฎหมายมารับรองเพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในมโนธรรมสำนึกของแต่ละคน

สิทธิมนุษยชนระดับที่สอง ได้แก่ สิทธิที่ได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล เพื่อเป็นหลักประกันว่าทุกคนที่อยู่ในรัฐจะได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์ เช่น การได้รับสัญชาติ การได้รับความคุ้มครองด้านแรงงาน การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน การได้รับการบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถ

แสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ เป็นต้น ซึ่งสิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้จะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเท่านั้น

จากที่ได้กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ตกแก่บุคคลทุกคนในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีถิ่นที่อยู่อาศัย ชนชั้นวรรณะ ชาติพันธุ์ เพศ อายุ สีผิว ภาษา ความเชื่อทางศาสนาหรือทางการเมืองอย่างไร ซึ่งสิทธิมนุษยชนเหล่านี้เกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์และถูกทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นในภายหลังโดยกฎหมายของรัฐด้วยการรับรองและคุ้มครองเพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ ในแง่นี้สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนซึ่งรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย

สำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นในองค์การสหประชาชาติ นั้น มีรากฐานสำคัญมาจากการคุ้มครอง “เพศวิถี” ในฐานะเป็นสาระสำคัญขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ และเป็นศูนย์กลางของการพัฒนาความสามารถที่มีอยู่ในตัวบุคคล ซึ่งแนวคิดดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในปี ค.ศ. 1994 จากการที่องค์การสหประชาชาติได้การประชุมที่เมืองไคโรว่าด้วยเรื่องประชากรและการพัฒนา (UN Conference on Population and Development : the Cairo Conference) ผลจากการประชุมแผนปฏิบัติการเกี่ยวกับเรื่องอนามัยการเจริญพันธุ์ (Reproductive health) ในครั้งนั้น ได้ข้อสรุปว่าบุคคลย่อมมีความสามารถในการได้รับความพึงพอใจและมีชีวิตทางเพศที่ปลอดภัย รวมถึงความจำเป็นในการคุ้มครองรูปแบบการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีอยู่อย่างหลากหลาย (Diversity of Family Forms) ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีวิตอยู่ของบุคคล ซึ่งผลของการประชุมครั้งนี้เท่ากับเป็นการยอมรับว่า สิทธิในการกำหนดตนเองในเรื่องชีวิตทางเพศ (Self-determination in Sexual Life) ของบุคคล ไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบของบุคคลรักต่างเพศ หรือเฉพาะคู่สมรสตามกฎหมาย (Married Couple) เท่านั้น

สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทางด้านสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคมในองค์กรเอกชนได้แสดงความเห็นว่า การกล่าวถึง “เพศวิถี” ในที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติครั้งนี้ถือว่าเป็นการยอมรับเรื่องเพศวิถี ในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นสิทธิในการพัฒนาความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน ซึ่งการกล่าวถึงคำว่า “เพศวิถี” ในองค์การสหประชาชาติหมายความว่าถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพส่วนรวม ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม และนอกจากนั้นยังได้อธิบายถึงความสำคัญของเพศวิถีว่าเป็นสิ่งสำคัญต่อการกำหนดความเป็นตัวตนของมนุษย์ เพราะเพศวิถีเป็นสาระสำคัญขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ทุกคน และถือเป็นศูนย์กลางของการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคลทำนองเดียวกับเสรีภาพในทางความคิดและร่างกาย ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลในเรื่องเพศวิถีย่อมก่อให้เกิดการพัฒนาความสามารถหรือศักยภาพที่มีอยู่ภายในตัวของบุคคลซึ่งมิใช่เป็นเพียงกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นคนส่วนน้อยในสังคม

เท่านั้น หากแต่หมายถึงคนส่วนใหญ่ในสังคมด้วย อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องความหลากหลายในรูปแบบของการตั้งครอบครัวที่ปรากฏในการประชุมโคโร ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับของประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์อย่างเคร่งครัดตัวอย่างเช่น นครรัฐวาติกันได้ตั้งข้อสงวนในเรื่องดังกล่าวไว้โดยแสดงความเห็นว่า การสมรสเป็นเรื่องความเท่าเทียมของคู่สัญญา ระหว่างบุคคลในฐานะเป็นสามีและภริยาเท่านั้น

หากกล่าวถึงจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองเพศวิถีของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเป็นทางการในองค์การสหประชาชาติได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1994 จากการวางแนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Right Committee) ในคดี Toonen v. Australia ปี ค.ศ. 1994 โดยคณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎหมายอาญาของมลรัฐแทสมาเนียในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเพศชาย (Sexual Contact between Men) รวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นจากความยินยอมระหว่างชายที่เป็นบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งบรรลุนิติภาวะและได้กระทำในที่รโหฐาน (Sexual contact between consenting adult homosexual men in private) เป็นความผิดทางอาญานั้น ถือว่าเป็นมาตรการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยอำเภอใจ ซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 17 วรรค 1 ของ ICCPR และเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ซึ่งอยู่ในกลุ่มเดียวกับ “เพศ (Sex)” ตามมาตรา 2 วรรค 1 และมาตรา 26 ของ ICCPR อีกด้วย

การตัดสินคดี Toonen ถือว่าเป็นการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกันในระดับระหว่างประเทศเป็นครั้งแรก ซึ่งเป็นผลมาจากการนำหลักการความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชนและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้ในการคุ้มครองเพศวิถีของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะเป็นคนส่วนน้อยของสังคม โดยภายใต้หลักความเป็นสากลและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมเกิดมามีอิสรภาพและมีความเท่าเทียมกันทั้งในศักดิ์ศรีและสิทธิ...” (all human being are born free and equal in dignity and rights...)” ซึ่ง “บุคคลทุกคน (all human being)” ในที่นี้ย่อมหมายความรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่ หญิงรักหญิง ชายรักชาย บุคคลรักสองเพศ บุคคลข้ามเพศ และบุคคลอินเทอร์เซ็ก (LGBTI) ด้วยเช่นกัน ซึ่งในเรื่องนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเคยแสดงความเห็นยืนยันอย่างชัดเจนว่าเพศวิถีของคนส่วนน้อยย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคภายใต้บทบัญญัติมาตรา 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (ICCPR) ซึ่งเป็นบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในฐานะของการเป็นสมาชิก

ของชนกลุ่มน้อยในทางเผ่าพันธุ์ (Ethnic Minorities) ศาสนาหรือภาษา (Religious or Linguistic Minorities) แม้ว่ามาตราดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวถึงสมาชิกในกลุ่มเพศวิถีของคนส่วนน้อย (Sexual Minorities) ใ่ว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่สิทธิในความเสมอภาคเบื้องต้น

หน้ากฎหมาย (Right to be Equal Before the Law) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Right to Equal Protection of the Law) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Right to Nondiscrimination) ถือเป็นสิทธิที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้แก่บุคคลทุกคนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐสมาชิก และรัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพต่อสิทธิดังกล่าว โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลเหล่านั้นจะเป็นสมาชิกของชนกลุ่มน้อยตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 ของกติกาฉบับนี้หรือไม่

ดังนั้น การศึกษาหลักสิทธิมนุษยชนจึงเป็นการศึกษาถึงสิทธิการสมรสที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พึ่งมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิ สิทธิมนุษยชนมีความเป็นสากลและมีด้านต่าง ๆ ที่เชื่อมโยงเกี่ยวพันซึ่งกันและกันอย่างไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้

3.2 หลักความเสมอภาค

ภายใต้กฎหมายธรรมชาติบุคคลทุกคนเกิดมาพร้อมมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันการได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันของบุคคลจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติอย่างหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมของบุคคลจึงเป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลที่ไม่อาจเพิกถอน หรือโอนแก่บุคคลอื่นใดได้ รัฐจึงถูกจำกัดอำนาจโดยไม่สามารถออกกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งกับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ต่อมาเมื่อมีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของรัฐและในกฎหมายระหว่างประเทศ หลักความเสมอภาคจึงได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ซึ่งมีผลผูกพันทั้งรัฐและประชาชน ดังจะเห็นได้จากการรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 7 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (UDHR) ว่า “มาตรา 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยก...” และ “มาตรา 7 บุคคลทุกคนต่างมีความเสมอภาคเบื้องต้นหน้ากฎหมาย และชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ...”

หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองยืนยันอีกครั้งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง ค.ศ. 1966 (ICCPR) ซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 วรรคหนึ่งว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของ

ตนและภายในเขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกา นี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ” และมาตรา 26 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ...” จากบทบัญญัติดังกล่าวมาจึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคประกอบด้วยสิทธิต่าง ๆ ซึ่งแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 3 ประการคือ (1) สิทธิในความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Right to be Equal before the Law) (2) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Right to Equal Protection of the Law) และ (3) สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Right to Non-discrimination) ซึ่งในเรื่องนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติเคยยืนยันความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิทั้งสามนี้ว่า สิทธิในความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายและสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ก่อให้เกิดหลักพื้นฐาน (Basic) และหลักการ (Principle) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

วัตถุประสงค์สำคัญของการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มีขึ้นเพื่อเป็นข้อห้ามมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล เนื่องจากการเลือกปฏิบัตินั้นจะทำให้การรับรองตลอดจนการใช้สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นอันไร้ผลหรือเสื่อมคุณค่าลง ในประเด็นนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ เคยอธิบายถึงความผูกพันของรัฐสมาชิกต่อสิทธิในความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติว่าสิทธิในความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมายและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเรียกร้องให้รัฐมีหน้าที่กระทำการ (Positive obligations) เพื่อสร้างความมั่นใจว่า (Ensure) รัฐจะนำสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญาไปปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลภายในรัฐ โดยรัฐต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันหรือลดโทษการกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากองค์กรของรัฐหรือเอกชนอื่น ๆ นอกจากนั้นแล้วรัฐมีหน้าที่ต้องเยียวยาความเสียหายแก่ปัจเจกบุคคลที่เกิดขึ้นจากการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายด้วย

สำหรับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเสมอภาคเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมเกิดมามีอิสรภาพและมีความเท่าเทียมกันทั้งในศักดิ์ศรีและสิทธิ...” (all human being are born free and equal in dignity and rights...)” โดยคำว่า “บุคคลทุกคน” ซึ่งรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเสมอภาคเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ด้วย

1) ความเสมอภาคหญิงชาย

เพศที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดมีอิทธิพลต่อโอกาสในชีวิตของมนุษย์เช่นเดียวกับตัวแปรสำคัญอื่น ๆ เช่น ชนชั้นทางสังคม ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือวรรณะเชื้อชาติ การเกิดเป็นเพศหญิงเพศชาย ทำให้ทุกคนถูกสังคมคาดหวังว่าแต่ละเพศควรมีความประพฤติหรือการปฏิบัติตัวอย่างไร ติดตัวมาตั้งแต่แรกคลอดเป็นสมาชิกในสังคม โดยความคาดหวังและความเชื่อที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม บรรทัดฐาน และค่านิยมของสังคมแต่ละสังคม ความแตกต่างดังกล่าวส่งผลต่อความสัมพันธ์เชิงอำนาจในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง

การที่เพศชายมีสถานภาพเหนือกว่าเพศหญิงอันมีผลมาจากอคติทางเพศ ภาพเหมารวมความเป็นหญิงหรือความเป็นชาย พฤติกรรมที่มาจากการเรียนรู้ทางวัฒนธรรม และความคาดหวังของสังคมและบทบาทที่ได้รับมอบหมายเนื่องมาจากสภาพทางเพศ ย่อมนำมาซึ่งความไม่เสมอภาคระหว่างเพศและการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น ปัจจัยที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมทางเพศว่ามีสาเหตุมาจาก 3 ปัจจัยหลักด้วยกัน คือ

(1) ปัจจัยทางธรรมชาติและชีวภาพ ความแตกต่างของบทบาททางเพศนั้นเกิดจากพื้นฐานด้านสรีระหรือชีวภาพ กล่าวคือโครงสร้างของเพศชาย เช่น กระดูก กล้ามเนื้อ แข็งแกร่งกว่าเพศหญิงในขณะที่สภาพร่างกายของเพศหญิงอ่อนแอและใกล้ชิดธรรมชาติมากกว่า เช่น การมีประจำเดือน การตั้งครรภ์ การคลอดบุตร เป็นต้น สอดคล้องกับ อัญญาภิลักษณ์ รักจิตธรรม (2550, หน้า 17) ที่มองว่าความไม่เสมอภาคทางเพศเป็นผลจากการที่สังคมกำหนดบทบาทและความรับผิดชอบให้เหมาะสมกับมนุษย์แต่ละเพศ โดยกำหนดบทบาทหลักของผู้หญิงจากบทบาทตามธรรมชาติ คือ การเป็นแม่ที่ให้กำเนิดบุตร และการเป็นภรรยา บทบาทดังกล่าวทำให้เพศหญิงต้องเป็นผู้ดูแลบุตร และจัดการงานในครัวเรือนซึ่งเป็นงานซึ่งถูกมองว่าไม่มีค่าตอบแทน ต้องพึ่งพาและเชื่อฟังเพศชาย ซึ่งมีบทบาทในการเป็นผู้นำครอบครัว เป็นผู้หารายได้เลี้ยงครอบครัว จึงมีกิจกรรมภายนอกบ้านได้มากกว่าเพศหญิงเพื่อทำกิจกรรมที่ให้ค่าตอบแทนเป็นเงิน สิ่งของ ฐานะทางเศรษฐกิจ สังคม เป็นเหตุให้ชายมีสถานภาพเหนือกว่าเพศหญิงซึ่งนำไปสู่ความไม่เสมอภาคทางเพศและการเลือกปฏิบัติ

(2) โครงสร้างครอบครัว (Family Structure) เป็นการโยงแนวคิดเรื่องการกำหนดบทบาทเพศเข้าไว้กับสังคมวิทยาครอบครัว โดยสันนิษฐานว่าโครงสร้างครอบครัวเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการแบ่งงานระหว่างเพศ และยังผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสถานภาพหญิงและชายภายในครอบครัว กล่าวคือ เมื่อเกิดระบบการผลิตในครอบครัวเดียวมีการแบ่งงานกันทำ สามีมักจะอยู่ในฐานะผู้ผลิต เลี้ยงดูครอบครัวและประกอบกิจกรรมนอกบ้าน สามีจึงอยู่ในฐานะที่

เหนือกว่าและมีอำนาจมากกว่าภรรยา ในขณะที่งานที่อยู่ได้รับความรับผิดชอบของภรรยา เช่นงานบ้าน การอบรมเลี้ยงดูบุตร มิได้เปิดโอกาสให้ได้เข้าควบคุมการผลิต ฐานะของเพศหญิงจึงด้อยกว่า

(3) ปัจจัยทางวัฒนธรรม (Culture) และบรรทัดฐานทางสังคม (Social Norms) ในแต่ละวัฒนธรรมสมาชิกหญิงชายเมื่อแรกเกิดจะถูกปลูกฝังให้มีอุปนิสัยแตกต่างกันออกไป โดยสมาชิกใหม่แต่ละเพศต้องยอมรับเจตคติและบทบาทที่สังคมกำหนดไว้ให้โดยอาศัยพื้นฐานมาจากเพศที่กำหนดโดยธรรมชาติ ซึ่งเพศที่กำหนดโดยสังคมนั้นจะแตกต่างกันออกไปในเกือบทุกสังคมแล้วแต่ค่านิยมและความเชื่อของแต่ละวัฒนธรรม นอกจากนี้ยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้เพราะบทบาทที่กำหนดขึ้นเป็นของไม่ยั่งยืน เช่น ในวัฒนธรรมของประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามจะมองว่าผู้หญิงไร้เกียรติ เป็นทาสผู้ชาย ต้องพึ่งพาผู้ชาย หรือวัฒนธรรมของคนจีนในไทยยุคก่อนผู้หญิงที่เป็นลูกสะใภ้จะต้องมีหน้าที่รับใช้สามีและบิดามารดาของสามี แต่ปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป

สรุปได้ว่าหลักความเสมอภาค คือ หลักทำให้ประชาชนทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลโดยถือว่าหลักความเสมอภาคนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม ซึ่งถือเป็นหลักการที่สัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกได้จากหลักเสรีภาพ ความเสมอภาคนั้นทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพคนบางคนเข้าถึงได้ ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าไม่ได้ กรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ดังเช่น กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการเรียกร้องขอความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพของตน มีการจัดตั้งกลุ่มเป็นตัวแทนเพื่อเรียกร้องและต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับสถานะทางกฎหมายและทางสังคม เนื่องจากกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศรู้สึกว่าคุณเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในสังคมไม่ว่าในฐานะกฎหมายหรือทางสังคม

3.3 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การศึกษาเรื่องหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในหัวข้อนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ แนวคิดว่าด้วยเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนความหมายและสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งจะได้นำเสนอตามลำดับ ดังนี้

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

นักกฎหมายชาวเยอรมันชื่อ Guenter Duerig ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของตนเอง และมีอำนาจที่จะกำหนดตนเองและการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองด้วยการตัดสินใจของตน Klaus Stem ได้สรุปสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึงคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึง

เพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนด

ความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นด้วย

W. Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้นโดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้

“ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นการกล่าวถึง “คุณค่า” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมายเป็นที่สังเกตได้ว่ารัฐธรรมนูญของไทยได้ให้การรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน โดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพดังที่บัญญัติในมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้สถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งต้องให้การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังเป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงเพราะโดยสภาพพื้นฐานสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ นั้นเป็นผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อย่างไรก็ตาม แม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของไทยแต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 ที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” และมาตรา 26 ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญของไทยแยกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกจากสิทธิและเสรีภาพอย่างชัดเจน ในขณะที่ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่า มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ และเนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกับที่ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพ การเรียกร้องเรียกร้องเพื่อให้ความเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นในด้านหนึ่งเป็นการป้องกันการแทรกแซงจากรัฐ แต่อีกด้านหนึ่งเพื่อเรียกร้องให้รัฐ

กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ได้ผูกพันเฉพาะรัฐเท่านั้น ที่ห้ามละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล หากยังหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่รัฐด้วย เช่น ปัจเจกบุคคล หรือกลุ่มสังคมใดสังคมหนึ่ง หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เป็นการรับรองว่าสิทธิความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ ซึ่งหมายความว่า สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความเคารพนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องการแทรกแซงทั้งหลายโดยมิต้องคำนึงว่าการกระทำที่เป็นการแทรกแซงนั้นเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าบุคคลทุกคนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นี้ประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิตร่างกาย และสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีรากฐานทางความคิดมาจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Rights) และหลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) โดย John Locke ได้อธิบายว่าภายใต้ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ มนุษย์มีธรรมชาติที่ดี กล่าวคือ สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ ประกอบกับการที่มนุษย์เป็นคนที่มิมีเหตุผล สิ่งเหล่านี้จึงทำให้มนุษย์สามารถเข้าใจกฎหมายธรรมชาติและสามารถกำหนดการกระทำของตนเองภายในขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติได้ ภายใต้กฎหมายธรรมชาติมนุษย์จึงมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน (สมยศ เชื้อไทย, 2552, หน้า 101) ซึ่งอิสระหรือเสรีภาพดังกล่าวถือเป็นผลประโยชน์ส่วนบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายธรรมชาติที่เรียกว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” หมายถึง สิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติเป็นความชอบธรรมที่มนุษย์จะพึงมีและเป็นสิทธิที่ตั้งอยู่บนความต้องการของมนุษย์ (อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, 2553, หน้า 16) สิทธิตามธรรมชาติจึงมีสาระสำคัญอยู่ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการที่ติดตัวอยู่กับตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค โดยสิ่งเหล่านี้ไม่อาจโอนให้แก่กันและผู้ที่ละเมิดละเมิดมิได้ เพราะหากมีการล่วงละเมิดสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ย่อมมีผลกระทบกระเทือนหรือทำให้เสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ (วิระ โลจายะ, 2525, หน้า 1)

ในขณะที่หลักปัจเจกชนนิยมมีรากฐานจากมาความคิดของสำนักสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่าการได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติที่สมบูรณ์ที่สุดคือ อุดมคติสูงสุดของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์จะบรรลุถึงสภาวะดังกล่าวได้ มนุษย์ต้องมีความเป็นตัวของตัวเองและมีความมีเหตุผล และการที่มนุษย์จะมีความเป็นตัวของตัวเองได้ มนุษย์ต้องมีอำนาจหรือความสามารถในการกำหนดตนเองหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์และไม่สามารถโอนให้แก่กันหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนไปได้

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนพึงมีในฐานะปัจเจกบุคคล (อูคมศักดิ์ สินธิพงษ์, 2553, หน้า 18)

2) ความหมายและสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

นิยามความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในปัจจุบัน เกิดขึ้นโดยนักกฎหมายชาวเยอรมนีและจากแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมนี ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า ภายใต้สภาวะแห่งธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนย่อมมีอำนาจในการกำหนดตนเองและสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองภายในขอบเขตแห่งความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้น โดยอำนาจตัดสินใจในการกำหนดตนเองเช่นว่านี้ก็คือ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นคุณลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ ตลอดจนเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีความสำคัญในฐานะเป็นอำนาจของมนุษย์ในการแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลและใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตและพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงหมายถึง คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความ เป็นมนุษย์เท่านั้น ทั้งนี้โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล คุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์เหล่านี้จึงมีความมุ่งหมายเพื่อให้มีมนุษย์มีอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีอาจล่วงละเมิดได้ จากแนวคิดดังกล่าวทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบด้วยสิทธิอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย (Recht auf Leben) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht)

เมื่อวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (Naturalness) และเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด (Innateness) ดังนั้น วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความสำคัญต่อการกำหนดความเป็นตัวตนของบุคคล ซึ่งการที่บุคคลจะมีความเป็นตัวเองได้บุคคลนั้นต้องมีอำนาจหรือความสามารถในการกำหนดตนเองหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลีเคยให้การรับรองว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศมีรากฐานมาจากการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลตามบทบัญญัติมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ โคนสิทธิใน

การแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศ หมายความว่ารวมถึง สิทธิของบุคคลแปลงเพศ ในอันที่จะได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพและจิตใจของตนอย่างเต็มที่ รวมถึงการสร้างความสัมพันธ์ กับบุคคลอื่น ๆ อีกด้วย

กล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงรากฐานที่มาแห่งสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อันประกอบด้วยสิทธิอันเป็นสาระสำคัญสองประการคือสิทธิใน ชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และสิทธิใน ความเสมอภาคซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าการใช้สิทธิในชีวิตและร่างกายภายในขอบปริมณฑลส่วนบุคคลนั้น จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคมและจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติจาก ผู้ใช้อำนาจรัฐ การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นแก่นสารัตถะของสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศนี้เองทำให้รัฐต่าง ๆ มีอาจกระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ได้ ดังนั้น การกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตและร่างกายด้วยเหตุผลอันเกิด จากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นก็ดี หรือการกระทำอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการ เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของ บุคคลก็ดี ย่อมถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น

สรุปได้ว่าหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การศึกษาเกี่ยวกับรากฐานของศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ คือ สิทธิในชีวิต ร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นการกล่าวถึง คุณค่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าที่ไม่ได้ ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมาย ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ย่อมถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งต้องให้ การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญไทย ดังนั้นการศึกษาครั้งนี้จึงได้ ทำการศึกษาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงศึกษาไปถึงสิทธิการสมรสที่กลุ่มบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศได้รับ

3.4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

1) ความหมายและลักษณะของการเลือกปฏิบัติ

ในเรื่องนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้อธิบาย ความหมายของ “การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)” ว่าหมายถึง การกระทำใด ๆ อันเป็นการ แบ่งแยกกีดกัน จำกัด การให้สิทธิพิเศษ หรือการปฏิบัติใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความแตกต่างทั้งทางตรง หรือทางอ้อมบนพื้นฐานของข้อห้ามว่าด้วยการเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่าง ประเทศ โดยมีความประสงค์ที่จะทำให้เสื่อมเสียหรือลดคุณค่าซึ่งการรับรอง (Recognition) และ

การบังคับใช้ (Enjoyment or exercise) สิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมถึงความเท่าเทียม (Equal) ของบุคคลในการได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ให้

การใช้สิทธิและเสรีภาพบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันนี้มีได้หมายความว่า จะมีการปฏิบัติอย่างเดียวกันในทุก ๆ สถานการณ์ แต่การปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันอาจเป็นที่ยอมรับได้ หากเป็นเรื่องที่มีเหตุผล (Reasonable) และมีวัตถุประสงค์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (Objective Criteria) จึงจะทำให้การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Purpose) ดังนั้น รัฐอาจมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในสถานการณ์ที่แตกต่างไป หากความแตกต่างกันเป็นสิ่งที่ต้องมีเหตุผล โดยจะต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างความแตกต่างที่มีอยู่ กับ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่รัฐใช้บังคับการกระทำที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติจึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีฐานะหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่ต่างกันจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

สำหรับลักษณะของการเลือกปฏิบัติ ยังแบ่งออกเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

(1) การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เกิดขึ้นจากการที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของรัฐอาจบัญญัติให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภทแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป อันอาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งการเลือกปฏิบัติในกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ เพราะวัตถุประสงค์ของการเลือกปฏิบัติเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และในบางครั้งวัตถุประสงค์ของการเลือกปฏิบัติอาจเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากการยอมรับของสังคม ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคและถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (Positive Discrimination) มีแนวคิดมาจากหลักความเสมอภาคในผล (Equality of Result) ซึ่งเห็นว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจะเน้นถึงผลที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น เพศ ศาสนา ร่างกาย เป็นต้น ให้มีความเท่าเทียมกับบุคคลธรรมดาทั่วไปบนพื้นฐานของหลักแห่งความพอสมควรแก่เหตุ (Proportionality) และหลักการปรับเปลี่ยนอย่างเหมาะสม (Reasonable Adjustment) การปฏิบัติที่เป็นธรรมจึงอาจเป็นกำหนดมาตรการพิเศษบางอย่างเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลที่มีลักษณะเฉพาะ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมของสัดส่วนระหว่างการใช้สิทธิพิเศษแก่บุคคลกับการพิจารณาความสามารถที่แท้จริง และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น การกำหนดโควตาทำงานสำหรับคนพิการ นอกจากนั้น การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมยังต้องคำนึงถึงหลักการปรับเปลี่ยนอย่างเหมาะสม โดยการปรับเปลี่ยน

หลักเกณฑ์บางเรื่องเพื่อให้บุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะเหล่านั้นได้รับสิทธิพิเศษหรือความช่วยเหลือ
อีกด้วย (อริป จันท์โรจน์, 2549, หน้า 69-70)

การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจึง
อาจเกิดขึ้นได้ 3 กรณีคือ กรณีแรก การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอันเกิดจากสภาพของเรื่อง
ที่แตกต่างกัน กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอันเกิดจากความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม
และกรณีที่สาม การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ ซึ่งมีลักษณะเป็นการ
ดำเนินตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวตามที่รัฐกำหนดโดยมีวัตถุประสงค์ในการ
ส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่น ทั้งนี้เพื่อทดแทน
ความไม่เท่าเทียมที่ดำรงอยู่ (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2542, หน้า 167-171)

การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็น
การตรากฎหมายที่ต่างกันภายใต้เงื่อนไขสถานการณ์ที่ต่างกัน ซึ่งจะต้องเป็นเรื่องที่มีเหตุผลและ
สามารถอธิบายได้หรือในกรณีที่เป็นจำเป็นต้องมีการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างก็เพราะเพื่อเหตุ
ผลประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีดังกล่าวมานี้ต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่
สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย ในทางกลับกัน หากเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลัก
ความเสมอภาค ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม
เช่นกัน

(2) การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อความเสมอภาค คือ การปฏิบัติที่ต่างกันต่อบุคคลที่มี
ฐานะหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร โดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบ
ด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และ
เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ในทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในรัฐมักมีการ
กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติที่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น
3 ลักษณะ คือ

2.1) การกำหนดแบบ Open-textured หมายถึง บุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอ
ภาคเบื้องต้นกฎหมาย โดยกฎหมายไม่จำเป็นต้องกำหนดเหตุพื้นฐานใด ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ
ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้เท่ากับเปิดโอกาสให้ศาลวางแนวคำวินิจฉัยเพื่อกำหนดเหตุพื้นฐานของ
การเลือกปฏิบัติเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับ
แก้ไขเพิ่มเติมข้อที่ 14 กำหนดห้ามมิให้แต่ละมลรัฐ ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองที่เท่ากันในทาง
กฎหมายแก่บุคคลซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น

2.2) การกำหนดระบุเหตุของการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคไว้ใน
บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐทั้งหมด ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้ศาลไม่อาจวินิจฉัยโดยนำ

เหตุอื่นที่อยู่นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้กฎหมายมาอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้ ดังนั้น เหตุของการเลือกปฏิบัติจึงปรากฏโดยวิธีการบัญญัติกฎหมายของรัฐเท่านั้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรป ในประเทศอังกฤษ หรือในประเทศไทย เป็นต้น

2.3) การกำหนดแบบระบุเหตุพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคไว้ในลักษณะที่เป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถพัฒนาขยายหรือเพิ่มเติมเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมักระบุถ้อยคำว่า “สถานะอื่น ๆ (Other Status)” ไว้ ตัวอย่างเช่น มาตรา 26 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง ค.ศ. 1966 มาตรา 2 วรคสองของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 และ มาตรา 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ค.ศ. 1951

2) รูปแบบของการเลือกปฏิบัติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ได้แบ่งการเลือกปฏิบัติออกเป็น 2 รูปแบบ คือ การเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (Discrimination in Law) หมายถึง การเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริง (Discrimination in Fact) หมายถึง การกระทำต่าง ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล เช่น การประณามทางสังคม การกีดกันรวมถึงการมีอคติต่าง ๆ ที่มีต่อบุคคลในที่ทำงาน โรงเรียน สถานที่ให้บริการด้านสุขภาพ ฯลฯ ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในทางข้อเท็จจริงมากกว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากตัวบทกฎหมาย โดยในเรื่องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติเคยมีความเห็นว่าการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอาจเป็นการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน (Proportion) โดยที่กฎหมายเหล่านั้นอาจมิได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติเลยก็ได้

การเลือกปฏิบัติโดยกฎหมายและการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาในข้างต้น อาจเกิดขึ้นได้ทั้งที่เป็นการเลือกปฏิบัติทางตรง (Direct Discrimination) หรือเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติทางตรงจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุคคลหนึ่งได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าอีกบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้บนพื้นฐานที่กำหนด ซึ่งลักษณะของการเปรียบเทียบดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทุกประการ แค่เพียงมีหลักฐานแสดงให้เห็นถึงมีการปฏิบัติต่อผู้กล่าวอ้างด้อยกว่าบุคคลอื่นในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกัน หรือมีความแตกต่างกันเพียงเหตุพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ ความเชื่อศาสนา ฯลฯ ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางตรงทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น การกำหนด

ความผิดจากการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือการจำกัดสิทธิในการแสดงออกของบุคคลบนพื้นฐานแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงต่อบุคคลบนพื้นฐานของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อม เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าด้วยหลักความเสมอภาคในโอกาส ซึ่งเห็นว่าการสร้างความเท่าเทียมในโอกาสของบุคคลในบางกรณี ไม่อาจเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นกลาง เพราะการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเดียวกันบางครั้งก็ไม่สามารถก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจึงเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีความเป็นกลางได้ทำให้บุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะบางอย่างอันเนื่องมาจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเหล่านั้น ไม่อาจใช้สิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของกฎหมายได้ และทำให้บุคคลเหล่านี้เกิดความเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น ๆ โดยความเสียเปรียบเหล่านั้นยังคงเป็นเรื่องที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ถึงความชอบด้วยวัตถุประสงค์ และความจำเป็นและความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าว ตัวอย่างเช่น การปฏิเสธสิทธิในการรับรองสถานะและความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือการปฏิเสธสิทธิในการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศ เป็นต้น

การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจึงมักเป็นเรื่องของการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริงที่ขึ้นเกิดจากการใช้มาตรการทั่วไปและส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะเป็นจำนวนมาก โดยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในบริบทของการจ้างงาน การศึกษา ปัญหาเรื่องสุขภาพ และการแสดงออกรวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในบางครั้งก็ขึ้นจากการใช้ความรุนแรงร่วมด้วย อย่างไรก็ตาม หากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเป็นกลางเหล่านั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และมาตรการเหล่านั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีความจำเป็น กรณีย่อมต้องถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมที่เป็นธรรม

สรุปว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นการให้ความเสมอภาคกับทุกคน โดยไม่กีดกันใคร ไม่เลือกปฏิบัติใคร มาตรฐานเดียวกันหมด ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันการหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ศิว เชื้อชาติ ศาสนา การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมามีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือบางคนอาจเกิดมาพร้อมกับความผิดปกติทางร่างกายบางประการ หากความแตกต่างเหล่านี้กลายเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิ หรือการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งทำให้ไม่ได้รับสิทธิ หรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสถานะปกติจะพึงมีหรือได้รับ

3.5 หลักนิติสัมพันธ์

ครอบครัวเป็นสถาบันมูลฐานที่มั่นคงที่สุด เป็นการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์กัน ในทางใดทางหนึ่งนานับเป็นเวลาหลายพันปี แม้ว่าครอบครัวจะเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่ก็ยังเป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด ครอบครัวยังเป็นสถาบันสากลที่ทำหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ให้แก่ประเทศ การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามีภริยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างครอบครัว ซึ่งการแบ่งประเภทของนิติสัมพันธ์แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การวางระเบียบแบบแผนนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยรัฐอยู่เหนือเอกชน การใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว และนิติสัมพันธ์ของบุคคลระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน

ดังนั้น หลักนิติสัมพันธ์จึงเป็นความเกี่ยวข้องกับการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์กัน ในทางใดทางหนึ่งนานับเป็นเวลาหลายพันปี แม้ว่าครอบครัวจะเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่ก็ยังเป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด ครอบครัวยังเป็นสถาบันสากลที่ทำหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ให้แก่ประเทศ การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามีภริยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างครอบครัว ดังนั้นการศึกษาหลักนิติสัมพันธ์จะทำให้ทราบถึงกฎหมายที่มีผลในการกำหนดการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

4. กฎหมายระหว่างประเทศ

4.1 ปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้มีการจัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ และได้มีการลงมติยอมรับหลักการดังกล่าว และประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548, หน้า 32) ปฏิญญาดังกล่าวนี้อธิบายได้ว่าเป็นเครื่องที่แสดงถึงการมีเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่าง ๆ ในการมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนร่วมกัน โดยวัตถุประสงค์หลักของการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็เพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ควรจะได้รับ การคุ้มครอง (วารสารอินทนนท์, 2552) โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ประกอบไปด้วยข้อความที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหมด 30 ข้อ และสามารถจำแนกประเภทของสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน ซึ่งในรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น

เรียกว่า “สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” (Civil and Political Rights) และ “สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม” (Economic and Social Rights) โดยเนื้อหาของสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ 21 ข้อ โดยข้อแรกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นการกล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีแต่ดั้งเดิม ได้แก่ สิทธิในการดำรงชีวิต (The Right to Life), เสรีภาพ (Liberty), ทรัพย์สิน (Property), ความเสมอภาค (Equality), ความยุติธรรม (Justice) และการแสวงหาความสุข (The Pursuit of Happiness) ส่วนในประเภทของสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม สิทธิดังกล่าวได้มีการรับรองไว้เริ่มตั้งแต่ข้อที่ 22 เป็นต้นไป ได้แก่ สิทธิในการศึกษา (The Right to Education) สิทธิในการทำงาน (The Right to Work) สิทธิที่จะจัดตั้งสหภาพแรงงาน (The Right to Form Trade Union) เป็นต้น (วารสาร อินทนนท์, 2552)

สิทธิมนุษยชนเกิดจากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้นำเอาหลักการและแนวคิดตามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปฏิญญาฉบับนี้ และรวมเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นมาบนโลกอย่างเป็นทางการ โดยปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชน ไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 (1) เนื้อหาในปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้กับความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น หรือแม้แต่ในกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 ก็ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ในข้อที่ 23 เช่นเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการสมรสซึ่งมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการสิทธิมนุษยชนจะถูกกำหนดขึ้นจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 โดยการบัญญัติสิทธิต่าง ๆ ไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 แล้วมีการเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้ก็มิได้นำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติมาปรับใช้อย่างถูกต้องครบถ้วน ทำให้หลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นจากการนิยามความหมายของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้ไม่มีความสมบูรณ์แบบตามหลักของสิทธิโดยธรรมชาติอย่างแท้จริง ส่งผลให้หลักของสิทธิมนุษยชน ตามปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้มีสถานะเป็นเพียง หลักสิทธิ

มนุษยชนขั้นพื้นฐานเท่านั้น หากมีความเป็นไปได้ในอนาคตที่ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้จะได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์แบบขึ้น โดยการนำหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานมาปรับใช้อย่างถูกต้องทั้งหมด ก็จะส่งผลให้หลักสิทธิมนุษยชนมีสถานะเทียบเท่ากับหลักการของสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิขั้นพื้นฐานและมีสถานะกลายเป็นหลักสิทธิมนุษยชนขั้นสูงอย่างแท้จริง แม้ว่าในปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะมิได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่มีพฤติกรรมทางเพศที่หลากหลายไว้อย่างชัดเจน แต่หากเมื่อพิจารณาจากคำปรารภของปัญญาฉบับนี้ที่เริ่มว่า

“ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด และสิทธิในความเสมอภาคและรวมถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่กัน ได้ของสมาชิกทั้งปวงในครอบครัวของมนุษย์นั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพของโลก... ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชายและหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม ตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้น” (วาระ โลกยะ, 2525)

ในปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้ ได้มีการกล่าวถึงสิทธิอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ว่ามีความเสมอภาคกัน โดยเฉพาะในเรื่องของการแสดงออกของความ ต้องการด้านความรัก ประกอบกับแนวคิดในเรื่องสิทธิความเสมอภาคระหว่างเพศ ที่ควรจะได้มีการรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง รวมไปถึงพฤติกรรมในการแสดงออกด้านความรักของพวกเขาเหล่านั้นในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นความรักที่แสดงออกกับเพศเดียวกัน หรือความรักที่มีต่อเพศสรีระที่ต่างจากตน แต่สิ่งที่ปรากฏคือปัญญาสากลฉบับนี้ได้ให้การรับรองเฉพาะความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ โดยเฉพาะเรื่องของความหลากหลายของรสนิยมและความพึงพอใจทางเพศของบุคคลซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน ทั้งที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงประกอบกับเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกของความ ต้องการด้านความรักดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากต่อการสร้างความเข้าใจให้กับมนุษย์โดยทั่วไป

ดังนั้น จึงต้องศึกษาเพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวทางที่สามารถที่จะพัฒนาไปสู่การสร้าง ความเข้าใจแก่คนในสังคม เพื่อนำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ให้แก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งในระดับของข้อตกลงระหว่างประเทศ และใน ข้อตกลงระดับภูมิภาค ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น หากจะพิจารณาว่าเหตุใดปัญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชนไม่มีการรับรองสิทธิการสมรสอย่างชัดเจนและตรงประเด็นในชนิดที่ว่าไม่ต้องอาศัย

การตีความนั้น เป็นเพราะประเด็นที่เกิดขึ้นเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคมระหว่างประเทศ หลังจากปี ค.ศ. 1948 ที่ได้มีการประกาศใช้ปฏิญญาฉบับนี้ หรือเป็นเพราะว่าการที่มีรัฐที่ให้การยอมรับและออกกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิการสมรสนั้นยังมีไม่มากพอ และยังมีใช้ประเด็นที่จะสามารถนำเสนอในวาระการประชุมของสหประชาชาติในแต่ละครั้งได้โดยง่าย จึงทำให้การรับรองสิทธิในทางกฎหมายของกลุ่มที่มีเพศเดียวกัน ยังไม่ถูกหยิบยกขึ้นมาอภิปราย ทั้งนี้เพราะการประชุมในแต่ละครั้ง การจัดลำดับของวาระการประชุมมีปัญหามากมาย เพราะปัญหาที่ประชาคมโลกหรือรัฐสมาชิกส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการแก้ไขก็จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก่อน หรืออาจเป็นเพราะสาเหตุที่ประเด็นดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นปัญหาที่มีความจำเป็นและเร่งด่วนที่ควรจะได้รับแก้ไข ส่งผลให้ประเด็นดังกล่าวจึงยังมิได้มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเวทีสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

เนื้อหาของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ก็จะพบว่าหลักการของสิทธิประเภทนี้มีความหมายที่กว้างกว่าหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เนื่องจากหลักสิทธิมนุษยชนที่ถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักสิทธิโดยธรรมชาติ ไม่ใช่หลักการที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมด ดังจะเห็นได้จากหลักการในเรื่องสถานะแห่งสิทธิในการสมรส ที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐต่าง ๆ ที่ให้การยอมรับจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่จำกัดเฉพาะรูปแบบความรักของมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกันเท่านั้น ซึ่งหากศึกษาจะพบว่า ไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีพฤติกรรมความรักในรูปแบบใด ก็ต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน แต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้ กลับนำหลักสิทธิโดยธรรมชาติมากำหนดให้เป็นสิทธิมนุษยชนเพียงด้านเดียว โดยคำนึงถึงหลักการที่สำคัญแล้วว่า ต้องเป็นแนวคิดที่สังคมให้การยอมรับเท่านั้น จึงจะสามารถนำมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้

ต่อมาได้ทำการศึกษาและค้นพบว่าในสถานการณ์ปัจจุบัน กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้พยายามรณรงค์ต่อสู้เพื่อให้ได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายจากรัฐ และยึดแนวทางในการต่อสู้ในประเด็นสิทธิของความหลากหลายทางเพศ หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้ประเด็นดังกล่าวเป็นแนวทางเริ่มแรกของการรณรงค์ว่า สิทธิที่ควรจะได้รับจะต้องมีความเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิง ซึ่งในเรื่องนี้วิเคราะห์ได้ว่า เป็นการต่อสู้ที่ผิดถูกวิธีและมีลักษณะที่เป็นไปได้ยากที่จะได้รับชัยชนะ เพราะการต่อสู้ในลักษณะเช่นนี้จะต้องสร้างความเข้าใจให้กับคนในสังคมที่จะยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก่อน และต่อจากนั้นจึงเป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในทางสังคมประเภทอื่น ๆ ต่อไป ซึ่ง

ในความเป็นจริงแล้วการต่อสู้ในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ยากที่จะทำให้ประชาชนยอมรับแนวความคิดดังกล่าวรวมไปถึงปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ก็ไม่ได้กล่าวถึงหรือให้นิยามความหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในบทบัญญัติข้อใดเลย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ยากที่จะทำให้แนวความคิดในเรื่องสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับการยอมรับในระดับสากล

ในปัจจุบันไม่ได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวในทางกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม แต่ในขณะที่นี้ได้มีการพยายามที่จะเสนอแนวทางและหลักการในการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจากการถูกเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุที่เป็นเพราะการมีพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลดังกล่าว โดยกลุ่มนักวิชาการผู้มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้นำเสนอหลักการเพื่อเป็นแนวทางร่วมกันระหว่างรัฐภาคีขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศทั้งนี้เนื่องจากในปัจจุบันการเสริมสร้างความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของบุคคล โดยอาศัยกลไกหลักด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติของรัฐภาคี ในเรื่องดังกล่าวนี้ยังมีความแตกต่างและขัดแย้งกันอยู่มาก ซึ่งเป็นไปตามแนวความเชื่อและสภาพสังคมวัฒนธรรมที่มีต่อเรื่อง อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้พยายามวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางให้แก่กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเสนอให้ควรมีแนวทางในการรณรงค์ต่อสู้ในรูปแบบใหม่ โดยใช้หลักการพื้นฐานของสังคมมาเป็นสาระสำคัญ โดยเริ่มจากการนำแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิง มีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคล มีเสรีภาพในการเลือกคู่ครองในการจัดตั้งครอบครัวของตนโดยเสรี ไม่ว่าจะคู่ครองของตนนั้นจะเป็น เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศใดก็ตาม แนวคิดดังกล่าวนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงสิทธิและความเท่าเทียมที่เกิดขึ้นกับมนุษย์โดยไม่ได้ยึดเพศสรีระเป็นตัวกำหนด เพราะหากมีความเป็นไปได้ในอนาคต กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศอาจจะได้รับการยอมรับภายใต้ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ โดยการแก้ไขปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติฉบับนี้ เพื่อให้สิทธิดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย

4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ได้มีการรับรองไว้โดยเนื้อหา ประกอบด้วยวรรคอารัมภบทและบทบัญญัติ 53 ข้อ โดยแบ่งเนื้อหาได้เป็นหกส่วน (วารภรณ์ อินทนนท์, 2552) ดังนี้

อารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐ ด้านสิทธิมนุษยชน ตามกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่ 1 (ข้อ 1) กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self Determination)

ส่วนที่ 2 (ข้อ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะรับรองว่าจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นภายในประเทศ เพื่อเป็นการประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าจะบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การรื้อถอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการตีความตามกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ลง

ส่วนที่ 3 (ข้อ 6-27) กล่าวถึงสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อันได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามมิให้มีการจับกุมบุคคลตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกรื้อถอนสิทธิเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามจำคุกบุคคลด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ บุคคลมีเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน บุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลัง สิทธิที่จะได้รับการรับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามที่จะแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของบุคคล การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามมิให้การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงคราม หรือการก่อให้เกิดการเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะสามารถชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยเหมาะสมในการที่จะมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิของเด็ก การรับรองว่าพลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะของรัฐการรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและพึงที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ 4 (ข้อ 28-45) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐที่ได้มีการกำหนดไว้ในกติกา รวมทั้งพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องเสนอรายงาน การยอมรับถึงอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและขั้นตอนของการพิจารณาข้อร้องเรียน

ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) กล่าวถึงการห้ามการตีความไปในทางที่จะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการห้ามมิให้ตีความไปในทางที่จะเป็นการรื้อถอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อที่ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคีและการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

ความมีอยู่ของการคุ้มครอง การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างแล้ว แม้ว่าจะในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 จะมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าวแต่ยังมีการรับรองการต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ ซึ่งในประเด็นเรื่องนี้เคยได้มีการถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่ได้รับการพิจารณาแก้ไขอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในประเด็นเรื่องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็ได้เคยมีโอกาสนำขึ้นมากล่าวในคดี Nicholas Toonen v. Australia 1994 (วารสารอินทนนท์, 2552) ซึ่งในคดีดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติมีความเห็นว่า การที่กฎหมายของประเทศออสเตรเลียได้มีการลงโทษแก่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้น เป็นการกระทำของรัฐที่ไม่สมควรอย่างยิ่งเพราะการที่บุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันเป็นเพียงการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างเท่านั้น และบุคคลเหล่านั้นก็ได้บรรลุนิติภาวะแล้ว โดยการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในทีร์โทฐานและเกิดจากความยินยอมของบุคคลทั้งสอง ดังนั้น ถือได้ว่าการที่กฎหมายได้ลงโทษการกระทำดังกล่าวในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันในประเทศออสเตรเลียนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของ กติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่ว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในเรื่องรสนิยมทางเพศของบุคคล

จากคดีดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังเห็นว่า ควรที่จะถือว่าการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของมนุษย์นั้น ควรที่จะรวมอยู่ในเหตุผลของการที่จะไม่นำมาเป็นเหตุที่จะเลือกปฏิบัติในทางเพศของบุคคลตามมาตรา 2 และมาตรา 26 ของกติกาฉบับนี้ด้วย เพราะเกิดจากหลักการและเหตุผลเดียวกันที่สมควรจะนำไปปรับใช้กับกรณีที่มีการขัดขวาง การอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย และให้ถือว่าการกระทำในลักษณะต่อต้านการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเพศที่ขัดต่อกติกาด้วยเช่นกัน เนื่องจากเห็นว่าการเลือกคุ้มครองในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น ควรเปิดโอกาสให้ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกในความต้องการด้านความรักอย่างเท่าเทียมกัน

บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในเรื่องส่วนตัว โดยเฉพาะสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ นั่นคือครอบครัวมีบทบาทในการเป็นรากฐานของสังคมที่บ่มเพาะความเป็นมนุษย์ และบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเรื่องนี้ คือ ข้อ 23 ที่บัญญัติว่า

- 1) ครอบครัวคือกลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ
- 2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรส และมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ
- 3) การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรี และบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้
- 4) บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสม เพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรส และการสิ้นสุดของการสมรส ในกรณีเกี่ยวข้อง การสิ้นสุดของการสมรสย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าทุกคนมีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งถือเป็นวิถีชีวิตปกติโดยทั่วไปของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามรัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขบางประการ แต่ต้องไม่เป็นการละเมิดกติกาดังกล่าว โดยเงื่อนไขของกฎหมายอาจกำหนดให้มีความแตกต่างกันตามประเพณีขนบธรรมเนียมค่านิยม วัฒนธรรม และศาสนาของแต่ละประเทศ

การที่รัฐจะมีหรือไม่มีการบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวและการสมรสของบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นก็เป็นแนวทางที่รัฐจะสามารถกำหนดเองได้เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นนโยบายของรัฐในเรื่องของค่านิยม วัฒนธรรมที่สังคมของรัฐนั้นเชื่อว่าจะทำได้หรือทำไม่ได้ ตามแนวทางที่รัฐเห็นว่ามีความเหมาะสมกับสถานะทางสังคมของรัฐนั้น ๆ และหากมีการพิจารณาตามบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้แล้ว ก็จะพบว่าไม่ได้มีการบังคับให้รัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีจะต้องให้การรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่คู่รักเพศเดียวกันแต่อย่างใด

ดังนั้น ในการศึกษาถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ฉบับนี้พบว่าไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันไว้เฉพาะนั้น เพราะกติกาฯ ฉบับนี้มีลักษณะเป็นกติกามาตรฐานสากล เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ จึงต้องมีการบัญญัติการรับรองสิทธิการจัดตั้งครอบครัวไว้ในความหมายอย่างกว้าง และมีลักษณะที่เป็นกลาง โดยการรับรองสิทธิของชายหญิงในวัยที่สมรสได้และมีครอบครัวได้ ก็ย่อมอาจขยาย

ความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายและจัดตั้งครอบครัวของ คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้ด้วยเช่นกันก็เป็นได้ ขึ้นอยู่กับสังคมที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้อาศัยนั้นให้การ ยอมรับหรือไม่และมีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐ นั้นหรือไม่

4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

โดยสภาพในเนื้อหาของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ได้มีการบัญญัติถึงเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และ สร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น โดยสอดคล้องกับแนวความคิดของการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมนั้นมีความมุ่งหวังที่จะให้มนุษย์เข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ ทางวัฒนธรรมของตนในฐานะที่บุคคลเป็นพลเมืองของรัฐ

สำหรับในประเด็นเรื่องความมีอยู่ของการรับรองความเสมอภาคของการแสดงออกใน ความต้องการด้านความรักที่แตกต่างกัน และภาวะความพึงพอใจในพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้น ในกติกาฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการรับรองเรื่องความเสมอภาคของบุคคลในการเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ไว้ ในบทบัญญัติตามมาตรา 2 วรรคสอง โดยจะเห็นได้ว่าการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติใน กติกาฉบับดังกล่าวนี้ มิได้มีการบัญญัติการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลในเรื่องความหลากหลายของ พฤติกรรมทางเพศอยู่เลยแม้แต่เรื่องเดียว แต่ในกติกาฉบับนี้กลับมีการบัญญัติห้ามมิให้มีการเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเพศระหว่างชายและหญิง หรือความเสมอภาคระหว่างเพศ ในประเด็นของสิทธิและความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งแม้แต่ในมาตรา 7468 ของกติกา ฉบับนี้ในส่วนของเรื่องการจ้างงานนั้น ก็ยังมีเพียงแค่การบัญญัติรับรองความเสมอภาคในการจ้าง งานระหว่างเพศชายและเพศหญิงไว้เท่านั้น

4.4 หลักการยกยอการต่าง

หลักการยกยอการต่างว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็น วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นหลักการที่สร้างความเข้าใจร่วมกันในด้านมาตรฐานของสิทธิ และความเสมอภาคระหว่างเพศในระดับสากล โดยได้มีการรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกัน โดย การไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเรื่องเพศสรีระ (Sex) เพศภาวะ (Gender) และเพศวิถี (Sexuality) ไว้ ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ แต่เนื่องจากปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อ บุคคลที่มีเพศวิถีที่แตกต่างยังเป็นที่พบได้ทั่วไป นักสิทธิมนุษยชน นักเคลื่อนไหว รวมถึง ผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ จึงได้ร่วมกันร่างหลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่อง เกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ (Principles on the Application of International

Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity) หรือที่เรียกกันว่า หลักการ Yogyakarta Principles (คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554)

ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะในประเด็นสิทธิด้านความหลากหลายทางเพศ หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หลักการนี้เป็นผลจากการประชุมเชิงปฏิบัติการของผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน นักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศเพื่อพัฒนาหลักการต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ณ มหาวิทยาลัย Gadjah Mada เมืองยอกยAKARTA ประเทศอินโดนีเซีย เมื่อวันที่ 6 - 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 2006 โดยการประชุมดังกล่าว ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ จากประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองหลักการยอกยAKARTA ในฐานะประธานร่วมของการประชุม โดยหลักการยอกยAKARTA ได้ยืนยันมาตรฐานกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาค เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่าการเคารพสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีข้อเสนอแนะที่เป็นรายละเอียดในทางปฏิบัติสำหรับรัฐภาคีสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ สื่อมวลชน องค์กรพัฒนาเอกชนให้ดำเนินการเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีประสิทธิภาพปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยได้กำหนดหลักการไว้ทั้งสิ้น จำนวน 29 ข้อ ดังนี้

หลักการข้อที่ 1 สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

หลักการข้อที่ 2 สิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

หลักการข้อที่ 3 สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย

หลักการข้อที่ 4 สิทธิในชีวิต

หลักการข้อที่ 5 สิทธิในหลักประกันของบุคคล

หลักการข้อที่ 6 สิทธิในความเป็นส่วนบุคคล

หลักการข้อที่ 7 สิทธิในความเป็นอิสระจากการถูกเพิกถอนเสรีภาพโดยพลการ

หลักการข้อที่ 8 สิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม

หลักการข้อที่ 9 สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว

หลักการข้อที่ 10 สิทธิในความเป็นอิสระจากการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษ

ในลักษณะทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

หลักการข้อที่ 11 สิทธิในการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์การค้า และการ
ลักพามนุษย์ในทุกรูปแบบ

หลักการข้อที่ 12 สิทธิในการทำงาน

หลักการข้อที่ 13 สิทธิในประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ

หลักการข้อที่ 14 สิทธิในมาตรฐานการครองชีพตามสมควร

หลักการข้อที่ 15 สิทธิในการมีที่อยู่อาศัยตามสมควร

หลักการข้อที่ 16 สิทธิในการศึกษา

หลักการข้อที่ 17 สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ

หลักการข้อที่ 18 ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์

หลักการข้อที่ 19 สิทธิในความเห็นและการแสดงความคิดเห็น

หลักการข้อที่ 20 สิทธิในอิสระด้านการชุมนุมโดยสงบและสมาคม

หลักการข้อที่ 21 สิทธิในอิสระด้านความคิด ความเชื่อ และศาสนา

หลักการข้อที่ 22 สิทธิในอิสระด้านการย้ายถิ่นฐาน

หลักการข้อที่ 23 สิทธิในการแสวงหาที่พักพิง

หลักการข้อที่ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว

หลักการข้อที่ 25 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางปกครอง

หลักการข้อที่ 26 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางวัฒนธรรม

หลักการข้อที่ 27 สิทธิในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน

หลักการข้อที่ 28 สิทธิในการเยียวยาแก้ไขและการชดใช้ในลักษณะเกิดผลใช้บังคับได้

หลักการข้อที่ 29 ภาระความรับผิดชอบ

ซึ่งในหลักการขอยกยกอาร์ตา ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มคนที่
เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไว้ในหลักการข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ว่า

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ
ครอบครัวมีหลายรูปแบบ ห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่ง
วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัว ซึ่งรัฐจะต้อง

1) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิในการ
สร้างครอบครัว รวมทั้งโดยให้มีโอกาสในการอุปการะบุตรบุญธรรมหรือการตั้งครรภ์โดยใช้
เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วย (รวมถึงการผสมเทียม) โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทาง
เพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

2) ใช้กฎหมายและนโยบายต่าง ๆ ให้การยอมรับความหลากหลายของรูปแบบครอบครัวรวมทั้งที่ไม่ได้มาจากสายเลือดหรือการสมรส และต้องใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่น ๆ ที่จำเป็น เพื่อมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว รวมทั้งด้านสวัสดิการสังคมในครอบครัวและสิทธิประโยชน์จากรัฐ การจ้างงาน หรือการเข้าประเทศ

3) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่น ๆ ที่จำเป็น เพื่อให้การกระทำหรือการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กไม่ว่ากระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล อำนาจอปกครอง หรือนิติบัญญัติ ต้องถือเอาประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และต้องไม่ถือว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งคนใดขัดกับประโยชน์ดังกล่าว

4) ให้เด็กที่มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นดังกล่าวตามสมควรแก่วัย และวุฒิภาวะของเด็ก ในการกระทำหรือการตัดสินใจใด ๆ เกี่ยวกับเด็ก

5) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใด ๆ แก่การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกันเท่าเทียมกับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างต่างเพศ ในรัฐที่ยอมรับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน

6) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่น ๆ ที่จำเป็น เพื่อรับรองสิทธิ สิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใด ๆ ต่อคู่ไม่ได้สมรสระหว่างเพศเดียวกันเท่าเทียมกันกับคู่ไม่ได้สมรสระหว่างต่างเพศ

7) ให้การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลกึ่งต่อเมื่อบุคคลทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์

หลักการขอยกการ์ตาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมีลักษณะที่เป็นแนวทางในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และการสร้างความเข้าใจในเรื่องความเสมอภาคจากการแสดงออกในด้านความรักที่แตกต่างของเพศชายและเพศหญิงและไม่เลือกปฏิบัติจากเหตุผลดังกล่าวโดยการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นในสังคม หรือสร้างบทลงโทษในทางกฎหมายหรือบทลงโทษในทางสังคมต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเหล่านี้จากการที่กลุ่มคนเหล่านี้มีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักการดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจร่วมกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่บันทึกความเข้าใจฉบับนี้

ก็เป็นแนวทางที่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกควรจะต้องสร้างความเข้าใจ และตระหนักถึงวางแนวทาง ในทางปฏิบัติร่วมกันกับแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีการแสดงออก ซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน

4.5 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกตัวอย่างหนึ่งของประเทศต่าง ๆ ที่มีการ รวมกลุ่มกันในระดับภูมิภาค โดยได้มีการรวมตัวกันในด้านเศรษฐกิจ สังคมและ วัฒนธรรม รวมทั้ง ได้กำหนดแนวทางการดำเนินกิจกรรมของรัฐในรูปแบบของกลุ่มความร่วมมือ กว่าที่จะกลายมา เป็นสหภาพยุโรปดังเช่นปัจจุบันนี้ ที่ประกอบไปด้วยรัฐสมาชิกครอบคลุมพื้นที่ส่วนใหญ่ของทวีป ยุโรป โดยได้มีการลงนามร่วมกันของรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปเพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรปใน สนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรปหรือที่เรียกว่า สนธิสัญญามาสทริกท์ เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 สหภาพยุโรปนั้น ถือได้ว่าเป็นวิวัฒนาการของการพัฒนาที่ก้าวหน้าไปอีกระดับหนึ่งของ ประชาคมยุโรป รวมไปถึงการขยายเขตความร่วมมือกันในด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน ระหว่างรัฐสมาชิก ที่ได้ร่วมลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เพื่อที่จะดำเนินการให้ เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งประชาคมยุโรปร่วมกัน (วราภรณ์ อินทนนท์, 2552)

ในการจัดตั้งสหภาพยุโรปนั้นสิ่งที่รัฐสมาชิกในสหภาพยุโรป ให้ความสำคัญและมุ่งที่จะ ให้เกิดขึ้นในภูมิภาคนี้ คือ การยกระดับมาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนใน สหภาพยุโรป ดังจะเห็นได้จาก มีรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายร่วมกันในการรับรองและ คุ้มครองสิทธิพื้นฐานต่าง ๆ ของปัจเจกชน และมีผลบังคับใช้ในสถานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐ สมาชิกได้ทันที ซึ่งเป็นลักษณะกฎหมายที่เป็นแบบ Direct Effect เช่น กฎบัตรว่าด้วยการคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 2000 (The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000) โดยในเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของ บุคคลโดยที่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามพันธะ ภาระที่ได้มีการทำความตกลงร่วมกันในกฎบัตร ซึ่งได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของ ปัจเจกชนที่ต้องรับรองให้ นั้น รวมถึงสิทธิที่รับรองไว้ในกฎบัตรและความร่วมมือต่าง ๆ สิทธิที่เกิด จากการตีความของศาลในคดีที่ศาลประชาคมยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยมีการตัดสิน ในเรื่องดังกล่าวไว้และให้ถือว่าหน้าที่ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวตามกฎบัตรเป็นเสมือน กฎหมายภายในของรัฐอันจะกล่าวอ้างได้เมื่อมีการกระทำการละเมิดสิทธิที่กฎบัตรให้การรับรอง

โดยเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีการรับรอง ที่ก่อให้เกิดความเสมอภาค และได้มีการกล่าวถึงการที่จะไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยรับรองไว้ใน

มาตรา 20 ว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย และทุกคนจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ เพศ สีผิว ความเชื่อทางศาสนา ภาษา การเป็นชนกลุ่มน้อยความพิการ อายุ การมีรสนิยมหรือความพึงพอใจในทางเพศ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสหภาพยุโรปนั้น ได้มีการคำนึงถึงความเสมอภาคในการแสดงออกในด้านต่าง ๆ ของบุคคล ในประเด็นเรื่องเพศวิถีถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะนำมาเป็นเหตุผลที่จะเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเนื่องจากการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของแต่ละบุคคลอาจมีความแตกต่างกัน และเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานที่รัฐสมาชิกจะต้องออกกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

นอกจากนี้ในสหภาพยุโรป แนวคิดในประเด็นเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนโดยคำนึงถึงความเสมอภาคในเพศวิถีนั้นยังได้มีการกำหนดนโยบายร่วมกันในอีกหลายฉบับที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่า มีการกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวว่าควรจะมีการรับรองและสร้างความเสมอภาคในเรื่องเพศวิถีเพศ โดยจะไม่นำเหตุของความแตกต่างในเพศวิถีมาใช้เป็นเหตุผลของการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานดังที่ปรากฏใน Council Directive 2000/78/EC ที่มีการเสนอ เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ซึ่งรัฐสมาชิกต้องนำไปออกเป็นกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการและให้เสรีภาพแก่รัฐในการที่จะสร้างมาตรการหรือกฎหมายภายในแต่ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่ได้รับรองไว้ใน Council Directive ฉบับนี้

ตัวอย่างเช่น สหราชอาณาจักรที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ Council Directive 2000/78 ดังกล่าว โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เรียกว่า The Equality Act 2006 ขึ้นมา เพื่อสร้างความเสมอภาคและขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของความแตกต่างในเรื่องเพศวิถี ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงการบังคับให้ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องความเสมอภาค การตีความ และให้นิยามเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักที่แตกต่างของบุคคลไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นกลุ่มบุคคลใดบ้างที่อยู่ในนิยามที่ต้องรับความเสมอภาคในการจ้างงาน โดยได้กำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวเพื่อให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสมอภาคในการจ้างแรงงานไว้ในหมวดที่ 3 มาตรา 81-82

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหลายประเทศ ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อตอบสนองกับรูปแบบการใช้ชีวิตของปัจเจกชนในรัฐ แต่กฎหมายดังกล่าวก็เป็นเพียงการให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันภายในรัฐของตนเท่านั้น ยังไม่มีความเป็นสากล ซึ่งในปัจจุบันได้มีการพยายามที่จะกำหนดแนวทางร่วมกันสำหรับการรับรองกฎหมายดังกล่าว

4.6 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 เป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในยุโรป โดยองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญคือ คณะมนตรียุโรป จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1949 โดยมีประเทศสมาชิกจำนวนทั้งหมด 46 ประเทศ ซึ่งเป็นประเทศในภูมิภาคยุโรปและได้มีการจัดทำความตกลงร่วมกันในทางระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกเพื่อมุ่งคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในยุโรป

โดยคณะมนตรียุโรป ได้มีการจัดทำอนุสัญญายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ฉบับนี้ขึ้น หรือที่เรียกชื่อโดยย่อว่า “ECHR” ซึ่งอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ได้เปิดลงนามเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 ในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้มีการบรรจุเนื้อหาและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและได้มีการจัดตั้งกลไกสำหรับการควบคุมดูแลและบังคับใช้บทบัญญัติในฉบับดังกล่าว นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับดังกล่าวยังใช้เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งคณะมนตรียุโรปได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเนื่องจากความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศ โดยมีหลักการพิจารณาจากรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันของมนุษย์ โดยจะพบว่า ในอนุสัญญาฉบับนี้ยังมิได้มีการบัญญัติรับรองเรื่องดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจน ดังเช่นในตัวอย่างของบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 12 โดยมีเนื้อหา ดังนี้ คือ ชายหญิงเมื่อถึงวัยเจริญพันธุ์หรือวัยอันสมควรที่จะทำการสมรสและมีสิทธิในการเลือกคู่ครองของตนเอง เพื่อจัดตั้งครอบครัว โดยสิทธิดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้โดยรัฐเจ้าของสัญชาติ

แม้ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะรับรองสิทธิในการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือเรียกว่า การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวไว้ว่าเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อนุสัญญาฉบับนี้ให้การคุ้มครองก็ตาม แต่จากการตีความสิทธิที่อนุสัญญาฉบับนี้รับรองเป็นการรับรองสิทธิแก่การสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีการตีความในเรื่องนี้โดยในขณะนั้นยังไม่ได้มีการขยายความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่ได้รับการคุ้มครองและรับรองตามอนุสัญญา ฉบับนี้ แม้ว่าในขณะนั้นจะมีบางประเทศ ที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาฉบับนี้ ได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่

โดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันบ้างแล้วก็ตาม แต่ในขณะนั้น คำตัดสินของศาลก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสิทธิและความเสมอภาคในความต้องการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่าง

ในส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้ถึงความมีอยู่ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลโดยอาศัยความเสมอภาคระหว่างเพศ จะพบว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลที่อนุสัญญาฉบับนี้รับรองนั้น เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายอย่างกว้าง มิได้มีการบัญญัติแต่เฉพาะการปฏิบัติเพื่อความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น หากแต่หมายความรวมถึงความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งความต้องการในรูปแบบความรักที่แตกต่างของชายและหญิงด้วย ซึ่งในที่นี้ก็คือ ความหลากหลายในรสนิยม และความพึงพอใจทางเพศของทั้งชายและหญิง

การรับรองว่าการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากรสนิยมทางเพศของบุคคลถือเป็นสิ่งที่ไม่ควรนำมาเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแต่ในช่วงเวลาที่ผ่านมาในกระบวนการของกรณีวินิจฉัยคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้เคยมีการพิจารณาคดีหลายคดีในประเด็นดังกล่าวซึ่งตัวอย่างคดีต่าง ๆ ที่ได้มีการกล่าวถึงในที่นี้ เพื่อให้เห็นถึงแนวทางและการมีสภาพบังคับของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ที่เป็นการนำมาบังคับใช้กับศาลระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป ประกอบกับผู้วิจัยต้องการเสนอให้เห็นว่าการตีความของอนุสัญญาดังกล่าวมีความสอดคล้องและคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในสังคมยุคปัจจุบันของประเทศในแถบยุโรปหรือไม่ ดังนั้น จึงขออธิบายถึงกรณีของการตีความตามบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ที่มีลักษณะเฉพาะของการเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ที่เคยได้มีการตีความและมีสภาพบังคับที่เกิดขึ้นในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และศาลยุติธรรมยุโรป โดยได้มีการพัฒนาหลักการของอนุสัญญาดังกล่าวและสร้างแนวทางในการตีความอนุสัญญาดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองและรับรองสิทธิแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อป้องกันปัญหาจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อันเนื่องมาจากสาเหตุของการมีรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากบุคคลโดยทั่วไป ดังนี้

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งเป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการตัดสินกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งได้จัดตั้งตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ซึ่งเป็นการจัดทำของ The Council of Europe แต่เดิมนั้นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาดังกล่าวมีองค์กรเกี่ยวข้องร่วมสามองค์กรด้วยกัน คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ศาลสิทธิมนุษยชน และคณะกรรมการรัฐมนตรี ต่อมาหลังจากได้มีการแก้ไขอนุสัญญาในพิธี

สารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 ทำให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป กลายมาเป็นองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาดังกล่าวข้างต้น

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่าง ๆ ในอนุสัญญายุโรปฯ และพิธีสารที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาฉบับนี้ โดยอำนาจในการพิจารณาคดีก่อนหน้านี้ เอกชนผู้ถูกละเมิดสิทธิไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง เพราะศาลเองก็ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีได้โดยตรงที่รับจากการฟ้องร้องของประชาชนได้ แต่ต้องยื่นคำฟ้องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป กล่าวคือ ก่อนการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 การนำคดีขึ้นสู่ศาลที่ทำกรพิจารณาจะเกิดขึ้น ได้ก็ต่อเมื่อ การระงับข้อพิพาทเบื้องต้นในกรอบของคณะกรรมการนั้นไม่บรรลุผล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปมีมติเห็นชอบให้นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อไป แต่มีเงื่อนไขว่ารัฐที่ตกเป็นผู้ถูกล่าม้างต้องให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วย แต่ต่อมาหลังจากการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 แนวทางกระบวนการพิจารณาในระบบใหม่นั้น ได้มีการอนุญาตให้นำข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐที่เกิดขึ้นนั้น ยื่นโดยตรงต่อศาลได้เลย กล่าวคือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีสิทธิรับคำร้องของรัฐสมาชิกที่ได้กล่าวหาว่ารัฐสมาชิกอื่น ละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่าง ๆ ในอนุสัญญาและพิธีสารอื่น ๆ ได้โดยตรง อีกทั้งยังให้สิทธิกับปัจเจกชนและองค์การเอกชนที่ไม่ใช่ขององค์กรของรัฐหรือกลุ่มบุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรงอันมีลักษณะพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ

แนวความคิดในการให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิ ตามที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้กำหนดไว้ สามารถยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โดยตรงนั้นพัฒนามาจากการนำเอาหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบการพิจารณาคดีของศาลภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีการตีความว่า ประชาชนสามารถเป็นโจทก์โดยอาศัยสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อฟ้องประชาชนด้วยกันหรือรัฐที่ได้กระทำการละเมิด แล้วก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิที่ได้รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแก่ตน โดยแนวคิดดังกล่าวได้มีการพัฒนาและนำมาใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 และได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีของศาลภายในของประเทศแถบยุโรปหลายประเทศ รวมทั้งในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในปี ค.ศ. 1998

ในการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ก็เคยวินิจฉัยคำร้องขอของปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้เสียหาย โดยให้สิทธิแก่ผู้เสียหายหรือตัวแทนของผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอเยียวยา

ความเสียหายกรณีการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนตามที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

คดี Goodwin v. United Kingdom 2002 คดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นเอกชนได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาและได้พิพากษาว่า ประเทศอังกฤษนั้นละเมิดต่อพันธกรณีในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยถือว่าเป็นคดีที่นำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศและการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในเวลาต่อมา ซึ่งเนื้อหาในคดีมีดังนี้คือ

คดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ Christine Goodwin บุคคลซึ่งได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศและมีความประสงค์ที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่ถูกปฏิเสธจากรัฐ จากนั้นจึงไปฟ้องศาลอังกฤษ และศาลก็ได้ปฏิเสธผู้ร้อง จากนั้นผู้ร้องจึงตัดสินใจนำคดีดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยทั้งนี้ผู้ร้องให้เหตุผลว่าผู้ร้องแม้เดิมจะเป็นชายแต่เมื่อผู้ร้องได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วนั้นผู้ร้องมีความต้องการที่จะใช้ชีวิตแบบเพศหญิงและต้องการที่จะมีครอบครัวและได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อผู้ร้องไปร้องขอต่อศาลภายในของประเทศอังกฤษ แต่ผู้ร้องก็ถูกปฏิเสธ

ผู้ร้องจึงร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าประเทศอังกฤษละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 8 ว่าด้วยเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวและครอบครัวและมาตรา 12 สิทธิในการสมรส

ตามคำฟ้อง ผู้ร้องอ้างว่าเขาได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในสหราชอาณาจักร เพราะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามปกติได้ เช่นการถูกล่วงละเมิดและเหยียดหยามทางเพศ การไม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายแรงงาน ทั้งนี้เพราะตามกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร ยังเห็นว่าผู้ร้องเป็นเพศชาย ซึ่งเป็นเพศโดยกำเนิดเดิมก่อนการผ่าตัดแปลงเพศ ผู้ร้องไม่สามารถเรียกเงินบำนาญได้เมื่อผู้ร้องเกษียณตอนอายุ 60 ปี ซึ่งตามกฎหมาย ผู้ใช้แรงงานหญิงทุกคนในอังกฤษจะต้องได้รับนอกจากนี้ในด้านการจ่ายเบี้ยประกันการขั้รถยนต์ผู้ร้องยังคงต้องชำระตามอัตราของเพศชายซึ่งมีอัตราที่สูงกว่าเพศหญิง และในหลายครั้งที่ผู้ร้องไปติดต่อราชการหรือการเข้ารับบริการต่าง ๆ ของรัฐ ผู้ร้องจะต้องมีการแสดงสูจิบัตร เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ร้องมีความยากลำบากกว่าบุคคลอื่น และการที่ผู้ร้องไม่สามารถได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั้นผู้ร้องเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้อง

การตัดสินของศาลในคดีนี้ศาลมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ เห็นว่าการที่ประเทศอังกฤษปฏิเสธการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องถือเป็น

การละเมิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 8 และมาตรา 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การที่ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการจัดทำกฎหมายที่ชัดเจน ศาลได้มีการเรียกร้องให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย และความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ซึ่งผลกระทบจากคดีนี้ทำให้เกิดการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวอย่างกว้างขวางและนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิของชายและหญิงที่มีการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักที่แตกต่างกัน อันเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนสถานะทางเพศของบุคคลผู้ซึ่งผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศ และการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเวลาต่อมา

นอกจากนี้ในคดี *Norris v. Ireland* ที่ศาลมีคำตัดสินว่าการที่กฎหมายภายในของ Ireland ได้มีการกำหนดโทษที่รุนแรงแก่ผู้ที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้น ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิ สิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาฯ ในคดีนี้แม้ Ireland จะยอมรับปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล แต่เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้เกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนา ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ใน Ireland นับถือศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิก โดยตามความเชื่อของศาสนาคริสต์นิกายนี้เห็นว่าการมีพฤติกรรมที่แสดงออกในทางเพศกับผู้ที่มีเพศเดียวกันกับตนเป็นการกระทำที่ผิดบาปอย่างร้ายแรงสมควรได้รับการลงโทษที่รุนแรง ผลจากความเชื่อในลักษณะดังกล่าว ทำให้การแก้ไขกฎหมายภายในเกี่ยวกับการกำหนดโทษในเรื่องนี้ รัฐบาล Ireland ต้องใช้เวลานานในการสร้างความเข้าใจให้แก่ประชาชนเพื่อทำการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

ต่อมาศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) ซึ่งเป็นศาลยุติธรรมกลางแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งมีหน้าที่หลักคือ การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายของสหภาพยุโรป รวมไปถึงพิจารณาและชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปที่บัญญัติมานั้นมีการนำมาปรับใช้และมีความสอดคล้องตามเจตนารมณ์ผู้ร่างของกฎหมายหรือไม่ โดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรปนอกจากจะมีหน้าที่ในการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปโดยรัฐสมาชิกแล้ว ศาลยังให้สิทธิแก่พลเมืองของรัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรง เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้ศาลพิจารณาและวินิจฉัยในกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรในสหภาพยุโรป รวมไปถึงเพื่อให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาก่อตั้งองค์การ และเพื่อกรณีที่กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาก่อตั้งองค์การและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องว่าเรื่องที่บุคคลดังกล่าวร้องเรียนต่อศาลนั้น อยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ได้มีการรับรองสิทธิไว้หรือไม่ อย่างไร

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปมีเขตอำนาจตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาโรม ค.ศ. 1957 ข้อที่ 220 และตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในข้ออื่น ๆ เป็นกรณีเฉพาะเช่น ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป

ค.ศ. 1992 ในข้อที่ 35 วรรคหนึ่ง ซึ่งภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อนี้โดยพิจารณาประกอบกับ บทบัญญัติในธรรมนูญศาลยุติธรรมแห่งยุโรปข้อที่ 1 ที่กล่าวว่าศาลประชาคมยุโรปได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อ มีหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ค.ศ. 1992 และตามธรรมนูญศาลยุติธรรมแห่ง ยุโรปฉบับนี้

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปถือได้ว่าเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกลไกหนึ่งใน ระดับภูมิภาค โดยที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในประชาคมยุโรปและได้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่อง ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิ ความเสมอภาคระหว่างเพศซึ่งรวมไปถึงความแตกต่างในการ แสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของบุคคลนั้น ซึ่งเคยได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลมาแล้ว หลายคดีด้วยกัน โดยในที่นี้ผู้วิจัยจะขอนำเสนอคดีที่ศาลได้เคยวินิจฉัยมาแล้ว และรวมถึงผลของคำ วินิจฉัยของศาลที่นำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคล ในประเด็นเรื่องการห้ามเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศ ซึ่งศาลได้ร่วมประเด็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความ รักที่แตกต่างหรือ ความพึงพอใจในรสนิยมทางเพศของบุคคลไว้ด้วยว่าไม่ควรที่จะนำมาเป็นเหตุใน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ซึ่งมีความรักในลักษณะที่แตกต่าง

คดี Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. 1998 (Case C-249/96) คดีที่จะ นำเสนอต่อไปนี้เป็นคดีที่ศาลของประเทศอังกฤษ เป็นผู้ร้องขอให้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่ง ยุโรปเพื่อให้ศาลดังกล่าวตีความบทบัญญัติในมาตรา 119 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เนื่องจากผู้เสียหายได้มาฟ้องต่อศาลของประเทศอังกฤษ เนื่องจากเห็นว่าตนไม่ได้รับการคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องของความเสมอภาคในการทำงานและการจ้างงานในประเด็นเรื่องของ สวัสดิการจากการทำงานที่เท่าเทียมกัน โดยการเลือกปฏิบัติทางเพศด้วยเหตุผลของความแตกต่างใน รสนิยมทางเพศ โดยศาลของประเทศอังกฤษ มีความต้องการให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตีความ บทบัญญัติในมาตราที่ได้กล่าวมาข้างต้น

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ร้องคือ Lisa Jacqueline Grant เจ้าหน้าที่ธุรการของบริษัท South-West Trains Ltd. ในสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นผู้ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยได้ใช้ชีวิตร่วมกัน กับ Jillian Percy ในลักษณะที่เป็นข้อตกลงของปัจเจกชนในการใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งในขณะที่ฟ้องคดี นั้นอังกฤษยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มี เพศเดียวกันมาบังคับใช้

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรปว่าการที่บริษัทไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ร้องและ คนรักของผู้ร้องที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในการได้รับสวัสดิการต่าง ๆ ของบริษัทที่ให้สิทธิแก่ พนักงานและครอบครัวในการได้รับส่วนลดค่าบริการในการเดินทางที่เป็นสวัสดิการของพนักงาน และครอบครัว โดยทางบริษัทได้อ้างเหตุผลว่าการที่ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องไม่ได้มีการรับรอง

โดยกฎหมาย ว่าการอยู่ร่วมกันในลักษณะครอบครัว ดังเช่นการอยู่ร่วมกันระหว่างคู่สมรสชายหญิง และคู่รักต่างเพศที่ทำข้อตกลงในการใช้ชีวิตร่วมกันที่เป็นชายกับหญิง ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลต่างเพศกันที่มีกฎหมายรับรองดังนั้นจึงส่งผลให้ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องไม่มีสิทธิในการใช้สวัสดิการดังกล่าว จากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ผู้ร้องได้นำคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศอังกฤษ และศาลของประเทศอังกฤษได้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมยุโรปตีความบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว และศาลยุติธรรมยุโรปได้ตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวว่า การกำหนดเงื่อนไขในเรื่อง สวัสดิการพนักงานของบริษัท South-West trains Ltd. นั้น ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในการจ้างงานตามมาตรา 119 ของอนุสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป จากการที่บริษัทปฏิเสธในการให้สิทธิแก่พนักงานบริษัทของผู้ร้อง และคู่รักของผู้ร้อง ที่จะได้รับส่วนลดในการใช้บริการการเดินทางของบริษัท เพราะเหตุที่ผู้ร้องมีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกัน

อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลได้ให้ความเห็นว่า เนื่องจากในกฎหมายของประชาคมยังมีได้มีการบัญญัติว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลเพราะแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่ควรนำมาใช้ในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเป็นอย่างยิ่ง จึงควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายของประชาคม โดยเพิ่มเหตุดังกล่าวบรรจุเข้าไปเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลดังกล่าวอีก ซึ่งคดีดังกล่าวทำให้มีการแก้ไขสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ค.ศ. 1957 มาตรา 13 โดยเพิ่มข้อ 6 (a) เข้าไปในสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัมซึ่งเป็นสนธิสัญญาแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1997 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา

คดี Tadao Maruko v. Versorgungsamt der deutschen Buhnen Case C-267/06 คดีนี้ถือว่าเป็นอีกคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมไปถึงการมีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมายในฐานะคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กัน โดยในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องสิทธิของคู่รักที่ได้จดทะเบียนสัมพันธ์ที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ที่เรียกว่า Life of Partnership ตามกฎหมายภายในของประเทศเยอรมนี เพื่อจะขอรับเงินบำนาญของคู่รักที่ได้จดทะเบียนสัมพันธ์ที่ได้เสียชีวิต แต่ถูกบริษัทที่บริหารจัดการกองทุนบำนาญของรัฐนั้นปฏิเสธ โดยอ้างว่าสิทธิการขอรับเงินบำนาญของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่เสียชีวิตนั้นเป็น สิทธิที่ได้กำหนดไว้สำหรับคู่สมรสหรือบุคคลที่มีรสนิยมรักต่างเพศเท่านั้น ซึ่งคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ซึ่งเป็นคนที่มีเพศเดียวกัน ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ในเงื่อนไขการขอรับเงินบำนาญในฐานะของคู่สมรสของผู้ตายซึ่งเป็นสมาชิกของกองทุนดังกล่าว

จึงเป็นเหตุให้ผู้ร้อง คือ Mr. Tadao Maruko ซึ่งเป็นคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กับผู้ตายผู้ซึ่งประกอบอาชีพนักร้องแบบเสิร์ฟในโรงละครและ เป็นสมาชิกของกองทุนเงินบำนาญ

ตามนโยบายสวัสดิการสังคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 โดยทั้งสองได้จดทะเบียนความสัมพันธ์เมื่อปี ค.ศ. 2001 ตามกฎหมาย Life or Partnership ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ให้สิทธิแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ โดยทั้งสองจะได้รับสิทธิในทางกฎหมายเสมือนคู่สมรสชายหญิงที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ในคดีผู้ร้องได้ยกข้อกล่าวหาอ้างการคุ้มครองตาม The Council Directive 2000/78: Article 1, 2 และ มาตรา 141 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป (The Treaty of Establishing the European Community 1957) ซึ่งได้แก้ไขใหม่ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ. 1997 ต่อศาลภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่าการที่บริษัทที่จัดการกองทุนบำนาญของรัฐนั้นปฏิเสธการจ่ายเงินแก่ตน เนื่องจากเป็นผู้ร้องและคู่รักของผู้ร้องมีเพศเดียวกัน การกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างตามนโยบายส่งเสริมความเสมอภาคในการทำงานและสิทธิประโยชน์จากอาชีพของสหภาพยุโรป

ทั้งนี้เพราะตามข้อตกลงที่คู่รักของผู้ร้องผู้ซึ่งเสียชีวิตไปแล้วนั้น ได้ทำกับบริษัทจัดการกองทุนซึ่งมีหน้าที่บริหารเงินที่ได้จากเงินที่หักจากส่วนหนึ่งของเงินเดือนผู้ตาย โดยเมื่อผู้จ่ายเงินตายลงนั้น ให้ทายาทหรือคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินแทนได้ (ซึ่งคู่สมรสในเงื่อนไขนั้นต้องเป็นกรณีของคู่สมรสที่เป็นคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น) ทั้งนี้เพราะในขณะที่ลงนามในเงื่อนไขข้อตกลงระหว่าง คู่รักของผู้ร้องกับบริษัทดังกล่าว ในขณะที่บริษัทยังไม่ออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีสิทธิเฉกเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งมีผลให้ผู้ร้องและคู่รักที่เสียชีวิต แม้ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบ Life of Partnership ตามที่กฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ แต่การลงนามในข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เกิดขึ้นก่อนที่บริษัทจะออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเยอรมนี มีสิทธิได้รับเงินบำนาญแทนเฉกเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส

เมื่อข้อเท็จจริงประกอบกับหลักกฎหมายของผู้ร้อง โดยผู้ร้องได้ยกข้อต่อสู้ที่เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนั้นศาลภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผู้รับคำร้องจึงส่งคำร้องดังกล่าวนี้ เพื่อให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้พิจารณาและตีความข้อกฎหมายที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ทั้งสองประเด็นคือประเด็นแรก กรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้บริบทของเรื่องความเสมอภาคในสิทธิประโยชน์จากอาชีพตาม The Council Directive 2000/78 และมาตรา 141 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป ค.ศ. 1957 (The Treaty of Establishing The European Community 1957) ซึ่งแก้ไข

เพิ่มเติมตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ. 1997 หรือไม่ และประเด็นที่สอง การที่บริษัทผู้มีหน้าที่จัดการกองทุนบำนาญปฏิเสหการจ่ายเงินของผู้ร้อง เนื่องจากผู้ร้องไม่ใช่คู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายของผู้ตาย แต่เป็นคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ จึงถือว่าไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการจ่ายเงิน เพราะคู่สมรสในเงื่อนไขของกองทุนนั้นให้สิทธิเฉพาะคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ เงื่อนไขดังกล่าวเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่าง

ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ในประเด็นเรื่องการตีความเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่ได้จากการประกอบอาชีพตามมาตรา 141 โดยจากข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวเมื่อเงินรายได้จากกองทุนบำนาญของรัฐนั้นเป็นรายได้อันเกิดจากการหักเงินส่วนหนึ่งของเงินเดือนของผู้ตาย ดังนั้นสิทธิประโยชน์ในเงินบำนาญจึงอยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตราดังกล่าวที่ว่าด้วยความเสมอภาคในการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานของคู่ตายและจะต้องมีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานตามมาตรา 1 และ 2 ของ The Council Directive 2000/78 ที่ได้วางหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ที่เกิดจากการทำงานว่าต้องมีการกระทำการไปด้วยความเสมอภาค และไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ และตลอดจนรสนิยมทางเพศของบุคคล ดังนั้น จากคำวินิจฉัยในประเด็นแรก จึงเป็นเหตุผลที่ศาลใช้ประกอบการวินิจฉัยในประเด็นต่อมาเรื่องการที่บริษัทบริหารเงินบำนาญปฏิเสหค่าของคู่ตายซึ่งเป็นคู่สัมพันธ์ที่จดทะเบียนของผู้ตายตามกฎหมาย Life of Partnership ว่าไม่อยู่ในเงื่อนไขการจ่ายเงินตามข้อตกลงที่บริษัทได้ทำไว้กับคู่สัมพันธ์ของผู้ร้องที่เสียชีวิตแล้ว ซึ่งในกรณีนี้ผู้ตายเป็นผู้ทำสัญญากับบริษัทไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 ก่อนที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะรับรองสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ให้กับบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน

โดยในกรณีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า แม้ในขณะที่คู่รักของผู้ร้องในคดีได้ทำสัญญากับบริษัทจัดการเงินกองทุนบำนาญจะได้มีข้อตกลงที่ให้สิทธิในการรับเงินบำนาญของผู้ทำสัญญาเมื่อผู้ทำสัญญาได้เสียชีวิตให้ตกแก่คู่รักของผู้ตายซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาแม้จะให้ความหมายถึงคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายและหญิงก็ตาม แต่เมื่อในเวลาต่อมากฎหมายภายในของรัฐได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและบัญญัติเพื่อให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่ออยู่ร่วมกันในลักษณะเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสของคนต่างเพศ

ดังนั้น คู่รักที่ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศที่ได้รับรองไว้ในสัญญาระหว่างบริษัท

กับคู่รักของผู้ร้อง คือ มีสิทธิเลิกเช่นเดียวกับคู่สมรสที่จะขอรับเงินบำนาญของผู้ตายซึ่งเป็นผู้สัญญาของบริษัทได้ ด้วยเหตุนี้การที่บริษัทจัดการกองทุนเงินบำนาญได้ปฏิเสธการจ่ายเงินแก่ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันของประเทศเยอรมนี จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติตาม The Council Directive 2000/78 และสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (The Treaty of Establishing the European Community) ซึ่งแก้ไขใหม่ตามสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม ค.ศ. 1997 มาตรา 141 ว่าด้วยความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงาน และการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวในเรื่องการจ้างงานและสิทธิประโยชน์จากการทำงานด้วยเหตุจากรสนิยมทางเพศของบุคคล

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะเห็นว่าแนวทางในการตีความของศาลได้นำเอาหลักในการตีความกฎหมายตามหลักการของสภาพสังคมที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบัน คือ เมื่อสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไปการตีความกฎหมายของศาลนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการตีความให้เป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับบริบทของสังคมและบริบทของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย

4.7 อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969

สำหรับความเป็นมาของ อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 เกิดขึ้นจากการประชุมร่วมกันของ Inter-American Commission on Human States (OAS) เพื่อส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในสหรัฐอเมริกา และต่อมาในปี ค.ศ. 1959 ได้มีการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้น โดยอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นการเตรียมการเพื่อก่อตั้งศาล Inter-American Court of Human Rights สำหรับให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ต่อมาได้มีการลงนามในอนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Inter American Convention on Human Rights) เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 อนุสัญญาดังกล่าวได้มีการจัดตั้งศาลและคณะกรรมการขึ้น และอนุสัญญาดังกล่าวนี้ ก็ได้เริ่มมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการในวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 โดยมีการบัญญัติถึงการรับรองสิทธิมนุษยชนในด้านต่าง ๆ ดังเช่นปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยในกรณีของการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลในเรื่องของความแตกต่างในเพศวิถี โดยพิจารณาจากการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของบุคคลนั้นในการจัดตั้งสถาบันครอบครัว ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังเช่นในข้อ 17

ข้อ 17 (1) ครอบครัวถือได้ว่าเป็นกลุ่มทางสังคม โดยธรรมชาติของมนุษย์และควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

(2) ชายและหญิงที่ถึงวัยอันสมควรแก่การสมรสมีสิทธิในการสมรสและจัดตั้งครอบครัว และควรที่จะได้รับการรับรองโดยรัฐ การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดกับหลักที่บัญญัติไว้ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้

(3) การสมรสจะเกิดขึ้นมิได้หากปราศจากเสรีภาพและความยินยอมของกลุ่มสมรส”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันหรือการก่อตั้งครอบครัว ดังนั้น หากพิจารณาหลักการดังกล่าว หากรัฐยินยอมหรือไม่ที่จะให้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้น ย่อมสามารถทำได้หากสังคมในรัฐนั้นให้การยอมรับหรือไม่ยอมรับแนวคิดดังกล่าว เพราะข้อตกลงระหว่างประเทศก็มีได้บังคับไว้แต่ประการใด

4.8 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และประชาชน ค.ศ. 1981

แนวคิดในการร่างกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และประชาชน ค.ศ. 1981 เริ่มต้นมาจากประวัติศาสตร์ในการสถาปนาองค์การ African Union มีที่มาจากแนวคิดที่ว่าประชาชนชาวแอฟริกันยังไม่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพจากผู้นำทางการเมืองหรือถ้าได้ก็ในลักษณะที่น้อยมาก จนมีการกล่าวว่าผู้นำทางการเมืองมีลักษณะของการใช้อำนาจในการปกครองแบบเบ็ดเสร็จจนอาจเรียกได้ว่าเป็นผู้นำเผด็จการ (Dictators) ดังนั้นจึงได้ริเริ่มก่อตั้งองค์การที่จะทำหน้าที่ในเรื่องของการคุ้มครองในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของประชาชน โดยมีการตั้งองค์การที่ชื่อว่า Organization of African Unity (OAU) ขึ้นในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1963

ต่อมาแนวคิดในการก่อตั้ง African Union ถูกรื้อฟื้นขึ้นในกลางปี ค.ศ. 1990 อันเป็นผลจากความพยายามของการรวมตัวของชาวแอฟริกัน ซึ่งผู้นำของ OAU ได้ประกาศจัดตั้งเมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1999 อันเป็นการจัดตั้ง African Union ขึ้น โดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมสุดยอดรัฐสมาชิกที่กรุงโรมปี 2000 และมีการจัดทำตราสารก่อตั้ง African Union ซึ่งเรียกว่า “Constitutive Act of the African Union” ขึ้น ซึ่งในปัจจุบันมีประเทศสมาชิกจำนวน 53 ประเทศ โดย Constitutive Act of the African Union มีการกำหนดให้ African Union สนับสนุนและคุ้มครองสิทธิของมนุษยย์และประชาชน โดยวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง African Union เป็นไปตามที่กำหนดไว้โดย Constitutive Act of the African Union ข้อ 3...h ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองมนุษยย์และสิทธิพลเมืองตามบทบัญญัติของกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของประชาชน (African Charter People’s Rights) และบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (John C. Domino, 1994)

โดยกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของประชาชนนั้น ได้รับความเห็นชอบ เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1981 ในการประชุมสุดยอดของรัฐสมาชิกครั้งที่ 18 ซึ่งรัฐสมาชิกของ Organization of African Unity ได้เสนอให้มีการตั้งชื่อว่า “กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน” ซึ่งในกลุ่มประเทศแอฟริกันนั้น มีการจัดทำกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน ในปี ค.ศ. 1981 โดยในกฎบัตรดังกล่าวได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนแอฟริกาเอาไว้และหากจะศึกษาว่าในกฎบัตรฉบับดังกล่าวได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกละเมิดปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุอันเนื่องมาจากการแสดงออกของความต้องการในด้านความรักที่แตกต่างกัน โดยจากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในบางประการเช่น ในเรื่องสิทธิของการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยรัฐและสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว กฎบัตรฉบับนี้ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐและการจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 18 โดยมีใจความดังนี้ว่า ครอบครัวเป็นสถาบันธรรมชาติขั้นพื้นฐานของสังคมที่จะต้องได้รับการคุ้มครองโดยรับ โดยการดูแลทางด้านกายภาพและด้านสุขภาพจิต รัฐควรมีหน้าที่ในการปลูกฝังศีลธรรมอันดีและค่านิยมทางจารีตประเพณี อันเป็นที่ยอมรับจากสังคม เป็นต้น

บทบัญญัติดังกล่าวยังมีได้มีการกล่าวถึงการที่รัฐจะต้องรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวที่ให้ความหมายรวมไปถึงกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศเพราะตามเนื้อหาในกฎบัตรฯ ดังกล่าว ได้วางหลักไว้แต่เพียงว่าครอบครัวควรจะได้รับ การรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยกฎหมายของรัฐเท่านั้น

5. กฎหมายต่างประเทศ

5.1 Civil Solidarity Pact, 1999

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเรื่องการสมรสให้สิทธิเฉพาะชายกับหญิงเท่านั้นที่จะทำการสมรส กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายในการสมรส นอกจากนี้กฎหมาย ในเรื่อง Cohabitation ที่ให้คู่ที่ต้องการอยู่ร่วมกันซึ่งไม่ต้องการสมรสได้รับ สิทธิและการรับรองตามกฎหมาย แม้กฎหมายดังกล่าวจะให้สิทธิกับกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน แต่สิทธิของคู่คนรักเพศเดียวกันที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ไม่เท่าเทียมกับพวกต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) โดยในปี ค.ศ. 1989 “Cour de cassation” (ศาลสูงของฝรั่งเศส) ได้วางหลักไว้ว่า สิทธิในเรื่องการโอนสิทธิการเช่าในสัญญาเช่าพวกคู่รักร่วมเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ไม่มีสิทธินี้ซึ่งก็คือกรณีที่คู่ที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเช่าไว้

แล้วหลังจากนั้นตายลง สิทธิการเช่นนั้นจะสิ้นสุด คือ สิทธิการเช่นนั้นจะไม่โอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นจึงเกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้นตามกฎหมาย กล่าวคือ แมื่กลุ่มคนรักเพศเดียวกันจะอยู่กินร่วมกันเหมือนพวกต่างเพศที่สมรสหรือพวกต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) แต่สิทธิก็ยังไม่เท่าเทียมกัน

การที่กฎหมายมิได้คุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าเทียมกับพวกต่างเพศ จึงเกิดการเรียกร้องและเสนอขอจดทะเบียนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ข้อเรียกร้องนี้ได้ถูกปฏิเสธ โดยรัฐและได้รับการต่อต้านอย่างรุนแรงจากองค์กรในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เช่น องค์กรเอดส์ แต่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ยังคงเรียกร้องให้กฎหมายรับรองสิทธิ โดยให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทำการสมรสกันได้ ในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 1998 ได้มีร่างกฎหมายที่เรียกว่า Pacs โดย Michel และ Bloche และในเดือนมิถุนายน รัฐมนตรียุติธรรม ได้ให้รัฐบาลยอมรับกับร่างกฎหมายนี้ แต่ประธานาธิบดี Jacques Chirac ได้ต่อต้านการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ต่อมาในปี 1999 รัฐสภาของฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมายใหม่ที่เรียกว่า “Civil Solidarity Pact” อันเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่บุคคล 2 กลุ่มคือ

- 1) กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน
- 2) พวกรักต่างเพศที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรส ให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายเสมือนคู่รักต่างเพศที่ทำการสมรส

ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่มิใช่การสมรส แต่กฎหมายดังกล่าวให้สิทธิในเรื่องการอยู่ร่วมกันเสมือนเป็นการสมรส โดยกฎหมายให้สิทธิบุคคล ทั้งที่มีเพศเดียวกันและต่างเพศกันที่จะผูกพันตามกฎหมายนี้ ในกรณีของบุคคลต่างเพศกันแม้จะมีสิทธิสมรสตามกฎหมาย แต่พวกรักต่างเพศที่ไม่ต้องการสมรสแต่ต้องการอยู่กินร่วมกันมีสิทธิที่จะผูกพันตาม ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ได้ และมีได้ถือว่าเป็นการสมรส ตามกฎหมาย

ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มีแนวความคิดมาจาก

- 1) กฎหมายยอมรับว่ามีคู่ที่อยู่ร่วมกัน โดยมิได้สมรสเป็นจำนวนมาก อีกทั้งคู่ที่รักร่วมเพศ Homosexual มีคุณค่าที่เท่าเทียมกันกับพวกรักต่างเพศ
- 2) การยอมรับว่ารูปแบบในการดำเนินชีวิตมีหลายรูปแบบ การสมรสเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้นและมีข้อบรรทัดฐานที่ยาวนานกว่าทางเลือกอื่น ๆ

ดังนั้น ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) บัญญัติขึ้นมาบนพื้นฐานความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) บัญญัติแยกออกจากส่วนอื่นของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) เงื่อนไขการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

การที่บุคคลจะผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) (Pacs) จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด เงื่อนไขในการเข้าสู่ข้อตกลง (Pacs) นั้น กฎหมายได้วางหลัก 4 ประการ คือ

- (1) จะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศ
- (2) ต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ
- (3) ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด
- (4) ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ซ้อน ซึ่งรายละเอียด

จะกล่าวต่อไป

(1) บุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศ

กฎหมายวางหลักว่า ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) เป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นโดยบุคคลสองคนที่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งเป็นผู้ที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันเพื่อจัดการความเป็นอยู่ร่วมกันจากบทบัญญัติดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดบุคคลที่จะผูกพันในการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันไว้ 2 ประเภท คือ ให้สิทธิทั้งบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และต่างเพศกัน

จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้เปิดกว้าง โดยให้สิทธิบุคคลอย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดเฉพาะบุคคลเพศเดียวกันเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีบุคคลต่างเพศ ตามปกติกฎหมายรับรองให้มีสิทธิสมรสกันอยู่แล้ว แต่ตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ยังให้สิทธิพวกคู่รักต่างเพศที่ไม่ต้องการสมรส ให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยทำการจดทะเบียนเพื่อผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

การที่กฎหมายให้สิทธิกับบุคคลต่างเพศด้วยนั้น เพราะในสาธารณรัฐฝรั่งเศส บุคคลไม่นิยมจดทะเบียนสมรส แต่อยู่กินร่วมกัน หรืออยู่กินร่วมกันก่อนสมรส ปัญหาคือ บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับสิทธิที่คู่สมรสพึงมีพึงได้ เช่น ในเรื่องภาษี พวกต่างเพศที่อยู่ร่วมกันไม่ได้รับสิทธิลดหย่อนภาษี เหตุนี้จึงมีการออกกฎหมายขึ้นมาโดยให้สิทธิแก่บุคคลต่างเพศที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส

(2) บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า บุคคลที่จะผูกพันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ได้ ต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันแล้ว บุคคลเหล่านี้จะต้องเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วย แสดงว่ากฎหมายประสงค์ให้บุคคลที่จะทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา เพราะกฎหมายต้องการให้

บุคคลที่มีวุฒิภาวะดีพอและมีความสามารถในการตัดสินใจโดยสมบูรณ์เท่านั้น ที่จะเข้าผูกพันตามตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

นอกจากนี้ ตามมาตรา 2 ของ Civil Solidarity Pact บัญญัติว่า หลังจากมาตรา 506 ของประมวลกฎหมายแพ่งให้เพิ่มมาตรา 506-1 อันมีหลักว่า ผู้ที่บรรลุนิติภาวะที่อยู่ภายใต้การดูแล (ผู้ไร้ความสามารถ) ไม่สามารถเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ได้ ดังนั้น เจื้อนใจ ของบุคคลในการเข้าเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันต้องประกอบด้วย 2 ประการคือ 1. บุคคลนั้นต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว 2. ยังต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถถ้าบุคคลนั้นไร้ความสามารถ จะไม่มีสิทธิเป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

(3) ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

กฎหมายวางหลักว่าข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะไม่เกิดขึ้นระหว่างผู้บุพการี และผู้สืบสันดานในทางตรง ที่เกี่ยวพันโดยการสมรสโดยตรงและระหว่างญาติพี่น้อง จนถึงทายาทลำดับที่สาม

เหตุที่กฎหมายไม่ให้สิทธิทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะกฎหมายมีประสงค์ให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บิดามารดา หรือญาติพี่น้อง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาครอบครัว เช่น กฎหมายมิให้บิดาทำข้อตกลงกับบุตรชาย แต่ในส่วนกรณีญาติกฎหมายจำกัดไว้จนถึงทายาทลำดับที่สาม เท่านั้น

(4) มิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่สมรสหรือทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันอยู่ก่อนแล้ว

ตามมาตรา 515-2(2)(3)76 ของ Civil Solidarity Pact วางหลักว่า มิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ถ้าบุคคลหนึ่งเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น หรือได้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่น อยู่ก่อนแล้ว

หลักดังกล่าวเป็นการวางเงื่อนไขในการทำข้อตกลงทางแพ่งในการอยู่ร่วมกัน โดยไม่ให้มีการตกลงซ้อน เพราะกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

2) ผลตามกฎหมายของการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

เมื่อบุคคลผูกพันหรือเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันเสมือนคู่สมรส ซึ่งผลตามกฎหมายจะได้พิจารณาดังนี้

(1) สิทธิและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่ที่ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

- หน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

คู่ตกลงตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันรวมถึงทางการเงิน การช่วยเหลือนี้จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลง

คู่ตกลงต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ที่เกิดขึ้นจากคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นจำนวน 1 ใน 3 ในการดำรงชีวิต และร่วมกันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับที่อยู่อาศัย

จากหลักกฎหมายดังกล่าวคู่ที่ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ต้องทำข้อตกลงในการช่วยเหลือกันไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน

- ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน

คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจะมีความสัมพันธ์กันในทางทรัพย์สิน คู่ตกลงอาจกำหนดการจัดการทรัพย์สินไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน หากคู่ตกลง ตกลงในการจัดการทรัพย์สิน อันเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ กฎหมายให้สันนิษฐานว่าไม่สามารถแบ่งครึ่งได้

(2) สิทธิในเรื่องอื่น ๆ

สิทธิในเรื่องการเช่า สิทธิในการเช่าสามารถโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่งได้ถ้าฝ่ายหนึ่งไม่อยู่หรือตาย กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน ได้ทำสัญญาเช่าไว้เมื่อฝ่ายหนึ่งตายสัญญาเช่านั้นมีได้สิ้นสุดลงแต่สิทธิการเช่าจะโอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากสิทธิในเรื่องการเช่าแล้วกฎหมายยังให้สิทธิร่วมกันในการประกันภัย สิทธิในเรื่องงานแม้กฎหมายจะให้สิทธิต่าง ๆ แต่สิทธิบางประการคู่ตกลงไม่มีสิทธิ เช่น การรับบุตรบุญธรรม การผสมเทียม เมื่อพิจารณาข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กฎหมายดังกล่าวมีความเท่าเทียมกันเพราะกฎหมายมิได้จำกัดหรือแบ่งแยกคู่ที่มีเพศเดียวกันเช่นกฎหมายมิได้บัญญัติปฏิเสธสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมไว้ในข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) แต่การจำกัดสิทธิหรือการแบ่งแยกเป็นไปตามกฎหมายอื่นของฝรั่งเศสกล่าวคือ หลักเกณฑ์ในการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ผู้จะรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ โดยอาจเป็นชาวต่างชาติ หรือเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ หรือจะเป็นบุคคลที่มีสถานภาพโสดหรือทำการสมรสแล้วก็ได้ ซึ่งอาจเป็นการรับบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวหรือเป็นการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสร่วมกันก็ได้ การรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสร่วมกันนั้น คู่สมรสต้องทำการสมรสกันมาเป็นเวลาอย่างน้อย 5 ปีโดยมิได้แยกกันอยู่ แต่หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายมีอายุเกินกว่า 30 ปี ระยะเวลาการสมรสอาจจะน้อยกว่า 5 ปีก็ได้ การเป็นบุตรบุญธรรมต้องเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเพียงคนเดียวจากหลักการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวบุคคลที่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ และการรับบุตรบุญธรรมฝ่ายเดียวหรือร่วมกับคู่สมรส ดังนั้นกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมมิได้ห้ามกลุ่มคนรักเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมคือกลุ่มคนรักเพศเดียวกันโดยลำพังคนเดียวมีสิทธิ ตาม

กฎหมายที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ หรือคู่สมรสต่างประเทศเพียงฝ่ายเดียวมีสิทธิรับบุตรบุญธรรมได้ เช่นกัน แต่กฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมให้มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมเฉพาะกับคู่สมรสกรณีคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ทั้งในระหว่างคู่ต่างเพศกันหรือเพศเดียวกัน มิได้ถือว่าเป็นการสมรสตามกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม เหตุดังกล่าวทำให้คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ในกรณีการผสมเทียมก็เช่นเดียวกันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มิได้จำกัดสิทธิเอาไว้แต่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันก็ไม่มีสิทธิในการผสมเทียมเพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในเรื่องการผสมเทียม

(3) การสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

การทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) จะสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังนี้ (มาตรา 515-7 วรรค)

- เมื่อคู่ตกลงได้ร่วมกันตัดสินใจโดยตกลงกันในการสิ้นสุด ซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และ คู่ตกลงได้ประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร
- เมื่อคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และแสดงการตัดสินใจต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้วเป็นเวลาสามเดือนนับแต่การแสดงการตัดสินใจ
- ในวันที่คู่ตกลงสมรสหรือถึงแก่ความตาย

(4) วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้นจะแยกพิจารณาตามเหตุของการสิ้นสุดได้ 4 กรณี คือ

4.1) ในกรณีที่การสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงได้ร่วมกันตัดสินใจที่จะสิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน คู่ตกลงจะต้องประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร โดยยื่นต่อศาลชั้นต้นซึ่งมีเขตอำนาจของคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภูมิลำเนาของคู่ตกลง ศาลรับประกาศไปจดทะเบียนและเก็บไว้ (มาตรา 515-7 วรรค 1)

4.2) ในกรณีที่การสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ให้แสดงการตัดสินใจต่อคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่ง และให้ส่งสำเนาการแสดงการตัดสินใจไปยังจำศาลชั้นต้นซึ่งได้รับเรื่องเดิมไว้แล้ว (มาตรา 515-7 วรรค 2)

4.3) ในกรณีที่การสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลง ในการอยู่ร่วมกันโดยการสมรส คู่ตกลงจะต้องแจ้งอีกฝ่ายหนึ่งและส่งสำเนาการ

แสดงการตัดสินใจ พร้อมกับสูติบัตร และทะเบียนสมรสไปยังจำศาลชั้นต้นซึ่งได้รับเรื่องเดิมไว้แล้ว (มาตรา 515-7 วรรค 3)

4.4) ในกรณีที่เหตุสิ้นสุดด้วยความตาย คู่ตกลงไม่ว่าทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายเดียว ผู้ที่เหลืออยู่หรือผู้ที่มีส่วนได้เสีย จะต้องส่งสำเนามรณะบัตรไปยังจำศาลชั้นต้นที่ได้รับเรื่องเดิมไว้ (มาตรา 515-7 วรรค 4)

เมื่อมีการดำเนินตามวิธีการข้างต้นแล้ว หรือจำศาลได้รับคำประกาศแล้ว จำศาลจะต้องดำเนินการให้ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงตามเหตุดังกล่าว และต้องนำการขอยกเลิกนี้ไปจดทะเบียน (มาตรา 515-7 วรรค 5)

5.2 Act on Life Partnership, 2001

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียอมรับสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในเรื่องการสมรสให้เท่าเทียมกับพวกต่างเพศ แม้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่รับรองให้ทำการสมรสกันได้ แต่กฎหมายก็เล็งเห็นถึงความสำคัญว่า ตามสภาพความเป็นจริง บุคคลที่มีเพศเดียวกันในปัจจุบันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างคู่สมรสมีเป็นจำนวนมากแต่บุคคลเหล่านี้มิได้รับการรับรองตามกฎหมายเลย ดังนั้นกฎหมายเยอรมนีจึงบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อให้สิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน เพื่อให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสของพวกต่างเพศ

เยอรมนีได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ซึ่งเรียกว่า “Act on Life Partnership” อันเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิพวกเพศเดียวกันที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมายเสมือนกับการสมรสของพวกต่างเพศ กฎหมายดังกล่าวให้สิทธิกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) มีสิทธิ ตามกฎหมายเหมือนสิทธิของกลุ่มสมรสต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส เช่น สิทธิในการประกันภัย สิทธิในการรับมรดก สิทธิในเรื่องทรัพย์สิน สิทธิในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งเงื่อนไขและหลักเกณฑ์จะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป กฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

1) เงื่อนไขโดยชอบด้วยกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

(1) ต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน

ตาม Act on Life Partnership บุคคลภายใต้กฎหมายที่สามารถจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันได้ต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกัน อันเป็นไปตามมาตรา 1 (1) ของ Act on Life Partnership ที่บัญญัติว่า “บุคคลเพศเดียวกันสองคน ที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน” ดังนั้นหลักการสำคัญของการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน บุคคลนั้นต้องเพศเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ในระหว่างบุคคลต่างเพศกัน จึงมีอาจจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) จะ

ต้องจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) ของเยอรมนี ปัญหาที่ควรพิจารณา คือ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้นั้นเป็นกรณี ชายกับชาย (Gay) หรือระหว่างหญิงกับหญิง (Lesbian) กฎหมายระบุเพียงว่าบุคคลเพศเดียวกันสอง คนที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน มิได้ระบุจำกัดประเภทไว้ ดังนั้นบุคคลเพศเดียวกันที่ได้รับความ คู่ครองตามบทบัญญัตินี้ จึงหมายถึง กรณีเพศเดียวกันที่เป็นหญิงกับหญิง (Lesbian) ชายกับชาย (Gay)

(2) ไม่มีคู่สมรสหรือจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอยู่ก่อน (Life Partnership)

การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าบุคคลที่จดทะเบียน ในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น สมรสหรือจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่น อยู่ก่อนแล้ว มาตรา 1(2) ของ Act on Life Partnerships หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็คือห้ามจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันซ้อนนั่นเอง

ผลของการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันซ้อน การจดทะเบียนนั้นเป็นการจดทะเบียน ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) อายุของผู้ที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขอายุในการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไว้ตาม มาตรา 1.(2)1 ของ Act on Life partnership บัญญัติหลักว่า การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะไม่ชอบด้วย กฎหมาย ถ้าใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life partnership) กับบุคคลซึ่งเป็นผู้เยาว์ หรือเยาวชน ตามประมวล แพ่งของเยอรมนี (Civil code) ได้วางหลักว่า ผู้เยาว์ตามกฎหมายของเยอรมนี หมายถึง บุคคลที่มีอายุ ไม่เกิน 18 ปี ดังนั้นบุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันได้จะต้องเป็น ผู้ใหญ่ คือบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 18 ปีแล้ว

การที่กฎหมายวางหลักมิให้ผู้เยาว์ทำการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะที่ดีพอในการตัดสินใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ไม่ ต้องการกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่เป็นผู้เยาว์จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้เยาว์ อาจตัดสินใจตามกระแสของสังคมตามเพื่อน หรือตัดสินใจด้วยอารมณ์ชั่ววูบ

หลักในเรื่องอายุในการจดทะเบียนของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน เป็นเงื่อนไขในการ จดทะเบียน โดยกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า กลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จะจดทะเบียนตามบทบัญญัตินั้น ต้องไม่เป็นผู้เยาว์และถ้าบุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ ผลตามกฎหมายจะถือว่า การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) มิให้จดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

กฎหมายให้สิทธิกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ก็ ตามแต่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนไว้ โดยจะทำการจดทะเบียน (Life Partnership) ระหว่างบุคคลที่เป็นญาติโดยตรงหรือระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมเฉพาะบิดา หรือ มารดา มิได้อันเป็นไปตามมาตรา 1(2) 2,3 ของ Act on Life Partnership จากหลักดังกล่าวกฎหมาย วางเงื่อนไขโดยห้าม มิให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันทำการจดทะเบียนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ ใกล้ชิด เพราะกฎหมายเกรงว่าจะเกิดปัญหาความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ตามมา โดยกฎหมายมี ประสงค์ให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างญาติ หรือบุคคลในครอบครัวอันเป็นการไม่เหมาะสม เช่น พี่ชายจดทะเบียนกับน้องชาย เป็นต้น

ผลตามกฎหมายในการฝ่าฝืนเงื่อนไขโดยจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life partnership) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กฎหมายวางหลักไว้ว่าการจดทะเบียนหรือ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(5) การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกัน

หลักดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 1(2) 4 การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในขณะที่ตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไม่ต้องการ ก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกัน ซึ่งก็คือกฎหมายกำหนดให้สิทธิกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ เหตุนี้ในระหว่างกันจะต้องมีภาระหน้าที่ตามกฎหมาย กฎหมายจึงวางเงื่อนไขในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไว้ว่า คู่รักร่วมเพศที่ ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องยอมรับที่จะมีภาระหน้าที่หรือหนี้ในระหว่างกัน

ถ้ากลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) ไม่ต้องการผูกพัน ในการมีภาระหน้าที่ในระหว่างกันในขณะตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว ผลตามกฎหมายถือว่า การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership) นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership)

เมื่อคู่รักร่วมเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดำเนินตามเงื่อนไขและวิธีการ จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว การจดทะเบียนนั้นย่อมสมบูรณ์ และมีผลบังคับตาม กฎหมาย ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เสมือนกับคู่รักต่างเพศพึงมีต่อกันใน การจดทะเบียนสมรส ซึ่งตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ได้วาง หลักในเรื่องผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังนี้

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

- หน้าที่รับผิดชอบซึ่งกันและกัน

คู่รักร่วมเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตด้วยกันมีหน้าที่ตามกฎหมายในระหว่างกันอันเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 2 ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกัน การดูแลกันต้องให้ดีเท่ากับความต้องการทั่วไปในการดำเนินชีวิต คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องมีความรับผิดชอบซึ่งกันและกัน ดังนั้นจะเห็นได้ว่า คู่ที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เสมือนสามี ภรรยา พึงมีต่อกันและมีหน้าที่ระหว่างกันในการช่วยเหลือ และดูแลซึ่งกันและกัน ตามกฎหมาย

- ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

คู่รักร่วมเพศที่จดทะเบียนตามบทบัญญัตินี้ ดังได้กล่าวแล้วว่ามีสิทธิได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย รวมทั้งมีสิทธิเสมือนคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส นอกจากนี้ บทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ยังให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเรื่องการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันดังนี้

กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิที่จะเปลี่ยนชื่อสกุลเหมือนกับการสมรสของพวกต่างเพศอันเป็นไปตามหลักในมาตรา 3(1) ซึ่งบัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถใช้ชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) เป็นชื่อปกติทั่วไป คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถที่จะเลือกชื่อเดิมของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่ง สำหรับใช้เป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) โดยการแจ้งชื่อสกุลนี้ให้กระทำในขณะที่ตกลงใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การแจ้งชื่อสกุลจะเป็นผลหากได้กระทำที่ Competent Office ซึ่งจะเป็นผลสมบูรณ์ ตามกฎหมายต่อไปภายหลังจากการแจ้ง และขึ้นอยู่กับ การรับรองโดยรัฐ

จากหลักดังกล่าว คู่รักร่วมเพศที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมายมีสิทธิเปลี่ยนชื่อสกุล โดยกฎหมายให้สิทธิทั้งสองฝ่ายตัดสินใจเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาเป็นชื่อสกุลของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หลักดังกล่าวเหมือนการเปลี่ยนชื่อสกุลของพวกคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส

นอกจากนี้ ในกรณีคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ฝ่ายที่ไม่ได้ใช้ชื่อสกุลของตนเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สามารถเพิ่มชื่อสกุลของตนลงในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพิ่มชื่อที่ใช้ในขณะที่แจ้งชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยอาจจะเพิ่มเข้าไปหน้าชื่อหรืออาจเติมเข้าไปในชื่อสกุล ในกรณีที่ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) มีหลายชื่ออยู่แล้ว หลักในการเพิ่มชื่อสกุลดังกล่าวข้างต้นจะไม่นำมาใช้ ในกรณีการเพิ่มชื่อสกุลนี้หากคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดมีหลายชื่อ หนึ่งในชื่อนั้นอาจนำไปเพิ่มในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) ได้ การแจ้งชื่อสกุลนี้ จะมีผลเมื่อได้กระทำที่ Competent Office การแจ้ง

ดังกล่าวสามารถเพิกถอนได้ ซึ่งผลถือว่าไม่มีการแจ้งมาแต่แรก การเพิกถอนนี้จะเป็นผลเมื่อกระทำที่ Competent Office การแจ้งและการเพิกถอนนี้ ต้องได้รับการรับรองโดยรัฐ อันเป็นไปตามมาตรา 3(2) ของ Act on Life Partnership

ดังนั้น ตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) ให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นผู้รักที่จะจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิเปลี่ยนชื่อสกุลได้โดยกฎหมายได้วางหลักไว้ สรุปลักษณะได้คือ กฎหมายให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิที่จะเลือกใช้ชื่อสกุลในการที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยกฎหมายบัญญัติให้คู่รักร่วมเพศนั้นเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ ตัวอย่างเช่น Michael Meyer จะจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับ Tomas Schmid พวกเขาสามารถเลือกชื่อสกุล Meyer หรือ Schmid เป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ และถ้าเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งอาจจะให้เพิ่มชื่อสกุลของตนเข้าไปในชื่อสกุลที่ใช้ในการจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันได้ ตัวอย่างเช่น Michael Meyer จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับ Thomas Schmid ถ้าเลือกใช้ชื่อสกุล Schmid ดังนั้นก็จะเป็น Michael Schmid ซึ่งสามารถขอเพิ่มชื่อสกุลของตนเองเข้าไปได้ เป็น Michael Schmid-Meyer

ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ ในกรณีที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นคู่รักจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดความสัมพันธ์ สิทธิในการใช้ชื่อสกุลจะเป็น เช่นไร ยังมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันหรือไม่ มาตรา 3(3) ของ Act on Life Partnership บัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันยังคงสามารถใช้ชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) อยู่ แม้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลงแล้ว หรือจะกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมก่อนที่จะใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) หรืออาจจะเพิ่มชื่อสกุลของตนเข้าไปในชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) ทั้งการเพิ่มเข้าไปข้างหน้า หรือเพิ่มเข้าไปในชื่อสกุล ดังนั้น เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นคู่รักที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดความสัมพันธ์แล้ว มีสิทธิใช้ชื่อสกุลในการจดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือกลับไปใช้ชื่อสกุลของตนเองก็ได้ เป็นสิทธิที่จะเลือก จากหลักดังกล่าวข้างต้น ผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น ผู้ที่จดทะเบียนมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการเปลี่ยนชื่อสกุล โดยใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติให้สิทธิในการใช้ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้ว่าการจดทะเบียนนั้นจะสิ้นสุดลงแล้ว

- หน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน

การจดทะเบียนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามบทบัญญัตินี้ ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นคือในระหว่างกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน มีหน้าที่ดูแลซึ่งกันและกันอันเป็นไปตามมาตรา 4 ของ Act on Life Partnership ซึ่งบัญญัติว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องดูแลซึ่งกันและกัน เพียงเท่าที่ตนเคยดูแลเรื่องส่วนตัวของตนเองเท่านั้น ดังนั้น ตามหลักดังกล่าวกฎหมายกำหนดหน้าที่ของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันให้มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องดูแลซึ่งกันและกัน

- หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกัน

คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน อันเป็นไปตามมาตรา 5 ของ Act on Life Partnership และให้นำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 1360 a และ 1360 b มาปรับใช้ ซึ่งก็คือคู่ที่รวมเพศที่จดทะเบียนมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยจำนวนเงิน ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น ขึ้นอยู่กับรายได้ซึ่งแต่ละฝ่ายหาได้

- หน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สิน

เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นคู่รักที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินในระหว่างกัน ปัญหาคือ ทรัพย์สินต่าง ๆ ควรเป็นของใคร ฝ่ายใดมีอำนาจในทรัพย์สินและระบบทรัพย์สินควรจะเป็นอย่างไร มาตรา 6(1) ของ Act on Life Partnership บัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะต้องแจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อนที่จะมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งคู่จะต้องแจ้งทรัพย์สินทั้งตามระบบ Regime of Aquests หรือตามสัญญาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งก็คือ กฎหมายวางหลักให้ผู้ที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ต้องแจ้งทรัพย์สินของตนก่อนมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตามปกติแล้วกฎหมายให้สิทธิผู้ที่จดทะเบียนเลือกจะผูกพันตามระบบทรัพย์สิน Regime of Aquests หรือทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน อย่างไรก็ตามไม่ว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะเลือกระบบใด จะต้องมีการแจ้งบัญชีทรัพย์สินก่อน

ในระบบทรัพย์สิน Regime of Aquests ทรัพย์สินของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ทั้งที่มีอยู่ก่อนและได้มาระหว่างอยู่ร่วมกันจะไม่ตกเป็นสินสมรส แต่ละคนมีสิทธิจัดการทรัพย์สินของตน และเมื่อระบบทรัพย์สินดังกล่าวสิ้นสุดลงส่วนที่ทั้งคู่ได้มาเพิ่มเติมจะถูกกำหนดให้เป็นของฝ่ายนั้น อันเป็นไปตามมาตรา 6(2) ของ Act on Life Partnership ระบบ Regime of Aquests คือบทบัญญัติทั่วไปของเรื่องสินสมรสในกฎหมายครอบครัวเยอรมนี โดยทรัพย์สินซึ่งคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองคนหามาได้ร่วมกันในขณะที่สมรสกัน หรือใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันควรเป็นของทั้งสองคนเท่า ๆ กัน ในระหว่างคู่สมรส หรือคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และจะไม่มีการแบ่งจนกว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดด้วยเหตุคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่ตายหรือหย่า ในกรณีของการสิ้นสุดด้วยการตายฝ่ายที่มีชีวิต

อยู่จะได้รับ 1 ใน 4 ของทรัพย์สินรคตามที่เป็นจริงของ Aquests regime โดยจะไม่ได้รับส่วนอื่นอีก
ในกรณีที่มีการสิ้นสุดด้วยการหย่า จะต้องแบ่งทรัพย์สินเท่า ๆ กัน

- สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายวางหลักคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้
ตามที่กล่าวมาแล้วว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตามกฎหมายย่อมมีความผูกพันในเรื่องทรัพย์สิน
ระหว่างกัน กฎหมายกำหนดให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องแจ้งทรัพย์สินของตน โดยมีสิทธิเลือกใช้
ระบบ Regime of Aquests หรือทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Contract) หลัก
สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีดังนี้

มาตรา 7(1) ของ Act on Life Partnership ได้วางหลักไว้ว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน
อาจวางระเบียบด้านการเงิน โดยการทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สัญญานี้จะต้องกระทำต่อ
หน้าทั้งคู่ และจะต้องบันทึกเป็นหนังสือโดย Notary อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในการใช้ชีวิตอยู่
ร่วมกัน จะไม่นำมาใช้ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อนตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเลือกใช้ระบบ Regime
of Aquests มาตรา 7(2) หลักดังกล่าวเห็นได้ว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามบทบัญญัตินี้มีผลตาม
กฎหมายจะต้องผูกพันกันในเรื่องทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้กำหนดความสัมพันธ์ใน
เรื่องทรัพย์สินของคุณ โดยอาจผูกพันตามระบบ Regime of Aquests หรือจะเลือกทำสัญญาในการ
ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ สัญญานี้เป็นการวางระเบียบทางการเงินในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดย
กระทำตามสัญญา (สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน)

กรณีที่ทำในต่างประเทศ วิธีการขอยกเลิกจะเหมือนกับที่กล่าวมาแล้ว แต่
เจ้าหน้าที่ ที่ดำเนินการจะเป็นเจ้าหน้าที่สถานทูตหรือสถานกงสุลฝรั่งเศส (มาตรา 515-7 วรรค 6)

ปัญหาถ้าในระหว่างที่เป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้
ความสามารถคือต้องอยู่ภายใต้การดูแล และถ้ามีเหตุการณ์สิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันขึ้น
กฎหมายให้ผู้ดูแลซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ปรึกษาครอบครัว หรือผู้พิพากษาดิสามารถให้
ข้อตกลงนั้นสิ้นสุดลงได้ (มาตรา 2)

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทำการสมรส
ตามกฎหมายแต่ฝรั่งเศสได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันโดยให้สิทธิทั้ง
พวกคู่รักร่วมเพศ ที่ต้องการอยู่ร่วมกัน และพวกรักต่างเพศที่ต้องการอยู่ร่วมกันซึ่งมิได้สมรส การ
ผูกพันตามข้อตกลง ในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้น กฎหมายให้สิทธิต่าง ๆ เสมือนกับ
การสมรส

3) การสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายให้สิทธิในการจดทะเบียนเพื่อผูกพันกันตามกฎหมาย มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันแต่การอยู่ร่วมกันตามกฎหมายอาจสิ้นสุดลงตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) เหตุการณ์สิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่ผูกพันตามบทบัญญัติ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) จะสิ้นสุดเมื่อมีเหตุและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด โดยการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลงโดยคำสั่งศาล เมื่อคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนร้องขอ อันเป็นไปตามมาตรา 15(1) ของ Act on Life Partnership และศาลจะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดด้วยเหตุ ตามมาตรา 15(2) ของ Act on Life Partnership ดังนี้

- คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 12 เดือน นับตั้งแต่แสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

- คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 36 เดือน นับตั้งแต่แสดงความต้องการให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

- หากใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปผู้ร้องจะรับทุกข์ทรมานเกินสมควรอันเนื่องมาจากคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของตน

จะเห็นได้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะสิ้นสุดก็ด้วยคำสั่งศาลเท่านั้น และศาลจะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดต่อเมื่อมีเหตุตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งก็คือคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายสมัครใจ ที่ไม่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือมีเหตุที่การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปจะเป็นการทุกข์ทรมาน

นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิฟ้องขอการแสดงเจตนาให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้าศาลยังมิได้สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง ในกรณีที่มีการแสดงเจตนาเพราะเหตุตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะฟ้องขอการแสดงเจตนาดังกล่าว ศาลก็จะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้ามีการแสดงเจตนาร่วมกันให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงแล้วเป็นระยะเวลา 36 เดือน อันเป็นไปตาม มาตรา 15(3) ของ Act on Life Partnership การแสดงเจตนาของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายเดียวว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และการฟ้องขอการแสดงเจตนาขึ้นต้องมีการรับรองโดยรัฐ ถ้าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวศาลอาจไม่สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงอันเป็นไปตามมาตรา 15(4) ของ Act on Life Partnership

(2) ค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังการสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) กฎหมายให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเสมือนกับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส ปัญหาคือถ้าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะมีสิทธิ ในค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือไม่ ตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) เห็นว่าเมื่อคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่ต้องดูแลและอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันแล้ว เมื่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงควรให้สิทธิในค่าอุปการะเลี้ยงดูเช่นกัน

กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ภายหลังจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงอันเป็นไปตาม 16(1) ของ Act on Life Partnership มีหลักว่า ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูตนเองได้ภายหลังจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง สามารถเรียกร้องให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งให้ค่าอุปการะเลี้ยงดู ซึ่งหลักเกณฑ์ค่าอุปการะเลี้ยงดูเหมือนระหว่างใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นจะให้ทราบเท่าที่อีกฝ่ายหนึ่งยังไม่มีเงินเดือน หลักดังกล่าวให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งที่ไม่สามารถเลี้ยงดูหรืออุปการะเลี้ยงดูตนเอง มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายหนึ่ง

หน้าที่ในการจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูจะสิ้นสุดถ้าผู้ที่เรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูทำการสมรสหรือทำการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันใหม่ และการกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดู คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนก่อนมีสิทธิก่อนคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใหม่และญาติอื่น ๆ แต่ในระหว่างบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นบุคคลภายนอกมีสิทธิดีกว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนก่อน อันเป็นไปตามมาตรา 16(2)(3) ของ Act on Life Partnership

5.3 The Domestic Partnership, 1990

กฎหมายที่มีชื่อว่า Domestic Partnership (การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน) อันเป็นกฎหมายที่รับรองการอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยพื้นฐานมาจากแนวความคิดของความเท่าเทียมกันของบุคคลว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันกับคู่สมรส ดังนั้น จึงได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิ โดยกฎหมายดังกล่าวมีหลักดังต่อไปนี้

1) บุคคลที่อยู่ภายใต้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)

แม้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม แต่กฎหมาย ก็บัญญัติหลักของบุคคลที่จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติดังกล่าวหรือบุคคลใดที่อยู่ภายใต้ Domestic Partnership

ตามหลักกฎหมายนั้นบุคคลที่จะอยู่ภายใต้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) จะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว 2 คน ที่ตกลงกันจะใช้ชีวิตร่วมกันมีความผูกพันและเกี่ยวเนื่องซึ่งกันและกัน และบุคคลทั้งสองจะต้องมีเพศเดียวกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นคือ กรณีที่เป็นบุคคลต่างเพศกัน ซึ่งตามปกติสามารถทำการสมรสตามกฎหมายได้อยู่แล้ว ไม่สามารถเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic partners) ได้ แต่กฎหมายก็มีข้อยกเว้นให้สิทธิพวกต่างเพศผูกพันในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic partnership) ได้ในกรณีที่บุคคลทั้งสองอายุเกิน 62 ปี อันเป็นไปตามหลักมาตรา 297(b)(6)95

จากหลักดังกล่าวการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) บัญญัติคุ้มครองพวกเพศเดียวกันที่ต้องการอยู่ร่วมกันให้มีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือ การที่กฎหมายมีข้อยกเว้นให้พวกต่างเพศจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partner) นั้นเพราะเหตุใด ในเมื่อบุคคลเหล่านั้นมีกฎหมายที่รับรองอยู่แล้วในประเด็นนี้น่าจะมาจากแนวความคิดพื้นฐานที่บัญญัติกฎหมายที่ต้องการรับรองบุคคลผู้มีความประสงค์ที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันและเกี่ยวเนื่องซึ่งกันและกัน ดังนั้นพวกต่างเพศที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องอายุเกิน 62 ปี ทั้งสองฝ่ายนี้บุคคลที่อายุ 62 ปีนี้ไม่สามารถมีบุตรได้ บุคคลอายุขนาดนี้การอยู่ร่วมกันก็เพื่อดูแลซึ่งกันและกันและใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ดังนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิบุคคลต่างเพศดังกล่าวสามารถจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic partner) ได้โดยไม่จำเป็นต้องทำการสมรสตามหลักทั่วไปแต่อย่างใดไม่

นอกจากนี้หลักการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) ที่กำหนดให้สิทธิบุคคลบรรลุนิติภาวะที่มีเพศเดียวกันสองคนนั้น ก็เนื่องจากการเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partner) มีผลทางกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันกฎหมายมุ่งประสงค์ให้บุคคลนั้นมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะตัดสินใจที่จะผูกพันตามกฎหมาย มีต้องการให้เด็กที่ยังมิได้มีวุฒิภาวะเพียงพอตัดสินใจผูกพัน ตามกฎหมาย เพราะอาจเกิดกรณีคู่รักร่วมเพศที่เป็นเด็กตัดสินใจตามอารมณ์ชั่ววูบหรือกระทำ ตามกระแสของสังคม อันอาจก่อปัญหาการอยู่ร่วมกันตามมาได้

2) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) จะสมบูรณ์ตามกฎหมายต้องกระทำตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นตามหลักมาตรา 297(b) ที่มีหลักว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) จะสมบูรณ์ภายใต้กฎหมาย มลรัฐ California ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) บุคคลทั้งสองฝ่ายมีที่อยู่อาศัยร่วมกันซึ่งก็คือ คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) ทั้งสองมีการอยู่ร่วมกัน โดยไม่จำเป็นว่าทั้งสองฝ่ายจะต้องมีชื่อเป็นผู้ครอบครองที่อยู่อาศัยนั้น
- (2) บุคคลทั้งสองตกลงที่จะรับผิดชอบซึ่งกันและกันในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในระหว่างใช้ชีวิตร่วมกัน
- (3) บุคคลทั้งสองไม่เป็นบุคคลที่สมรสแล้ว หรือใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) อยู่แล้วในกรณีนี้ก็คือหลักเรื่อง การสมรสซ้อนนั่นเอง
- (4) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่เกี่ยวข้องกันตามสายโลหิต ตามที่บทกฎหมายของรัฐต้องห้าม
- (5) บุคคลทั้งสองจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี
- (6) บุคคลทั้งสองจะต้องมีความสามารถในการยินยอมในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)
- (7) บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องไม่เคยถูกปฏิเสธการจดทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) มาก่อนเว้นแต่คำปฏิเสธนี้ถูกยกเลิกไปแล้ว
- (8) การประกาศรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) ของบุคคลทั้งสองจะต้องจัดทำต่อ The Secretary of State

5.4 Civil Marriage Act 2003

ในประเทศแคนาดา แต่เดิมการให้อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์จะต้องมีการรับรองเป็นเฉพาะในแต่มลรัฐ แต่กฎหมายที่มีการรับรองดังกล่าวนี้เป็นเพียงการอนุญาตให้จดทะเบียนความสัมพันธ์เท่านั้น

ดังนั้น ในมลรัฐ Quebec ที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนเพื่อใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันใน Civil Code of Quebec เพื่อรับรองให้ขยายสิทธิการจดทะเบียนความสัมพันธ์ไปยังบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย แต่รูปแบบของกฎหมายนั้นยังมีได้มีการรับรองเรื่องการใช้ชีวิตเหมือนกับคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ ด้วยเหตุนี้ เมื่อในประเทศแคนาดาได้มีการรับรองในกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแคนาดา (The Charter of Rights and Freedoms) ที่มีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 1985 โดยในบทบัญญัติของมาตรา 15 ที่ว่าด้วยเรื่องความเสมอภาค ได้มีการตีความขยายขอบเขตของการห้ามเลือกปฏิบัติทางเพศต่อบุคคล โดยห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลจากรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันและคดีที่ถือว่าเป็นคดีที่มีผลต่อการมีกฎหมายรับรองในเรื่องดังกล่าวได้แก่คดี North v. Matheson และคดี Layland v. Ontario

จากแนวคิดในบัญญัติดังกล่าวทำให้ประเทศแคนาดาได้มีการพิจารณาที่จะจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในแคนาดา เพื่อเป็นการรับรองสิทธิแก่บุคคลกลุ่มดังกล่าวให้มีการรับรองโดยกฎหมายดังเช่นคู่สมรสต่างประเทศ แม้ว่าแต่เดิมจะมีกฎหมายในระดับมลรัฐที่มีการอนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ร่วมกันแต่ก็ยังมีได้รับรองสิทธิที่เหมือนการสมรสในคนต่างเพศและการรับรองสิทธิยังจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีภูมิลำเนาในมลรัฐนั้น ๆ เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ประเทศแคนาดาจึงได้มีการพิจารณาและเห็นว่าประเทศแคนาดาควรที่จะมีการรับรองสิทธิแก่บุคคลดังกล่าวในระดับที่เป็นกฎหมายในของประเทศที่เป็นแนวทางสำหรับใช้ร่วมกันในทุกรัฐภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า Civil Marriage Act ค.ศ. 2003

โดยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อจะได้มาซึ่งการรับรองสิทธินั้นในกฎหมายกำหนดสิทธิแก่บุคคลที่มีสัญชาติแคนาดา ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปและเป็นคู่สัมพันธ์ที่เป็นแบบรักเพศเดียวกันที่จะสามารถทำการจดทะเบียนเหมือนคู่สมรสที่เป็นบุคคลต่างเพศได้ โดยเมื่อผ่านการจดทะเบียนสมรสแล้วก็จะได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่สัมพันธ์ดังเช่นกรณีของการสมรสของคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ

6. กฎหมายไทย

6.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) สิ่งที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ความสำเร็จของบุคคล และผลประโยชน์ของรัฐหรือของส่วนรวมซึ่งเป็นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนมารวมกันนั้น เรียกว่า “ปัจเจกชนนิยม (Individualism)” ลัทธินี้สอนว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและปรากฏออกมาในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-Determination) (วรพจน์ วิสฤตพิชญ์, 2543, หน้า 15) บุคคลรักร่วมเพศชายถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมโลกตามหลักทฤษฎีสัญญาประชาคมซึ่งเชื่อว่า “ทุกคนเป็นเจ้าของสิทธิพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและทุกคนมีอาจปฏิเสธได้ว่าทุกคนมีความเสมอภาคในเรื่องดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ มนุษย์แต่คนจะมีความสามารถเช่นนี้ได้ก็ต่อเมื่อแต่ละคนนั้นมี “แดนแห่งเสรีภาพ (Sphere of Individual Liberty)” ซึ่งมีความหมายว่าทุกคนจะคิดหรือจะทำอะไรก็ได้อย่างอิสระปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของรัฐเสรี

ประชาธิปไตยเช่นประเทศไทย จึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ที่ประชาชนแต่ละคนจำเป็นจะต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจซึ่งรวมกันเรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights and Liberties) ในสังคมไทยปัจจุบัน แม้มีการยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มมากขึ้น แต่เรื่องราวของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มนี้ยังเป็นประเด็นที่จะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์กัน

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 (ฉบับชั่วคราว)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 (ฉบับชั่วคราว) ได้ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ โดยรัฐธรรมนูญนี้ให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชน โดยมีสาระสำคัญคือ

ความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยยังให้สอดคล้องกับหลักหลักการอนุสัญญาว่าด้วย การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้น โดยสหประชาชาติ ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุ แห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา และเพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การกระทำ การทารุณกรรม จับกุมขังต่าง ๆ จะกระทำมิได้ ดัง มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง และ มาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ปวงชนชาวไทยไม่ว่าเหล่าถิ่นกำเนิด เพศ หรือ ศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” มาตรา 29 ยังย้ำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง และมาตรา 34 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

ส่วนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ สิทธิในการสมรสและครอบครัว เป็นการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างเพศเดียวกัน อาจเรียกคู่ชีวิต ไม่ใช่การสมรส

สิทธิเกียรติยศ ข้อมูลส่วนบุคคล ความเป็นอยู่ การได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบจากข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในกระบวนการยุติธรรมเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว ทัวถึงเท่าเทียมกันและเสียค่าใช้จ่ายน้อย สิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 38 สิทธิของบุคคลในการสมรสและในครอบครัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง ข้อมูลส่วนบุคคล ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือในกรณีที่เป็นบุคคลสาธารณะ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนตามที่กฎหมายบัญญัติ การแสวงหาประโยชน์จากการเชื่อมโยงข้อมูลส่วนบุคคลโดยผ่านระบบต่าง ๆ จะกระทำได้เฉพาะเพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 43 สิทธิในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 44 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเรื่อง สิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

หลักความเสมอภาค ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งรัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้

อีกทั้งหลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคได้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

ส่วนหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการยอมรับของบุคคลในสังคมในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ที่ได้รับการยอมรับจากสังคมและเรื่องดังกล่าวต้องเป็นเรื่องดีงามเท่านั้น ซึ่งบุคคลในที่นี่ หมายถึง บุคคลทั่วไป ไม่เลือกที่จะเป็นชนชาติใด เผ่า ศาสนา ผิวสี ภาษา และอื่น ๆ ที่มีสภาพเป็นที่ยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสังคมตลอดจนองค์กรต่าง ๆ ก็ให้ถือเป็นบุคคลด้วยเช่นกัน ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน โดยในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เสมอกัน ตามความในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

การบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ก็เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคน อีกทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังเป็นรากฐานสำคัญของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงซึ่งมนุษย์ทุกคนควรได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา หรือถิ่นกำเนิด ตามหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ อีกทั้ง ยังเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ซึ่งทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกัน โดยไม่แบ่งแยกเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนา ดังที่มีการบัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล

เกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างด้านถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ ความพิการ จะกระทำไม่ได้ รวมถึงเจตนารมณ์ตามมาตราดังกล่าวยังให้ความหมายคำว่า “เพศ” ว่ามิได้หมายความเพียงแค่ว่า เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดด้วย

จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนโดยไม่จำกัดเรื่องเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนา ซึ่งผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ คือบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น คนต่างด้าวหรือผู้ที่ไม่มีสัญชาติไทยจะมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมากน้อยเพียงใด ก็เป็นไปตามสนธิสัญญาที่

ประเทศของผู้มีสัญชาตินั้น ได้ทำการตกลงไว้กับประเทศไทย หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยได้ลงนามไว้ อีกทั้งเป็นไปตามกฎหมายภายใน เช่น พระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ เป็นต้น

ในกรณีการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติของบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติไทยนั้น จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากทำการร้องขอมีสัญชาติไทย และได้สัญชาติไทยแล้ว สิทธิเสรีภาพก็จะเหมือนคนไทยทุกประการหรืออาจมีข้อยกเว้นบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติสัญชาติของไทย ซึ่งจะศึกษาในหัวข้อต่อไป

6.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ว่าด้วยครอบครัว

1) เงื่อนไขว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว...” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิทำการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องเป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องเพศไว้โดยตรง แต่ในถ้อยคำในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสมรสก็จะมีการบ่งบอกเพศของบุคคลเอาไว้ สาเหตุที่กฎหมายไม่ได้เขียนระบุเงื่อนไขเรื่องเพศของผู้มีสิทธิจดทะเบียนสมรสไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากเห็นว่าเป็นสาระสำคัญที่วิญญูชนสามารถเข้าใจได้ว่าการที่มนุษย์จะร่วมประเวณีและให้กำเนิดบุตรได้จะต้องมีเพศตามธรรมชาติที่ต่างจากกันเท่านั้น

2) เงื่อนไขในการจดทะเบียน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ 8 ประการ คือ

(1) อายุของผู้ทำการสมรส มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์ แล้วแต่กรณีที่มีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่บุคคลสามารถทำการสมรสกันได้ นั่นคือ ชายและหญิงอายุ 17 ปีบริบูรณ์ แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอายุต่ำกว่า 17 ปี การสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆียะ แต่เงื่อนไขอายุของบุคคลนั้น กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการอนุญาตให้สามารถทำการสมรสได้ก่อนอายุ 17 ปี โดยมีเหตุอันสมควรได้

(2) ความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” กล่าวคือ การสมรสเป็นสัญญาเฉพาะตัวของบุคคลที่จะสมรสกัน โดยจะให้ความยินยอมแทนกันไม่ได้ ซึ่งในการแสดง

ความยินยอมการเป็นสามีภรรยากันนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และนายทะเบียนต้องจดบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

(3) ความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความใน มาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม” กล่าวคือ จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์จะทำการสมรสได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองก่อน หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1509 เนื่องจากผู้เยาว์เป็นบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งการจะเข้าทำสัญญาใด ๆ ก็ต้องได้รับการอนุญาตจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองก่อน การสมรสถือเป็นสัญญาอย่างหนึ่งกฎหมายจึงกำหนดให้ผู้เยาว์ที่จะทำการสมรส ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองก่อนนั่นเอง

(4) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว มาตรา 1452 บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” กล่าวคือ ตั้งแต่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะครอบครัวเป็นต้นมา ประเทศไทยจึงมีการสมรสในลักษณะัวเดียวเมียเดียวมาโดยตลอด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสกับคู่สมรสเพียงคนเดียว หากมีการสมรสซ้อนจะมีผลให้การสมรสครั้งหลังนั้นตกเป็นโมฆะนั้นเอง

(5) ห้ามสมรสกับญาติสืบสายโลหิต มาตรา 1450 บัญญัติว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวนี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” จากบทบัญญัติดังกล่าว เป็นเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการห้ามสมรสเฉพาะญาติสืบสายโลหิตสายตรงเท่านั้น มิได้ห้ามการสมรสระหว่างญาติสายข้างเคียงไว้ด้วย ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด ส่วนญาติสืบสายโลหิตลงมา ได้แก่ บุตร หลาน เหลน ลื้อ อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดว่า พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาจะสมรสกันไม่ได้ เหตุผลที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ เป็นเพราะเหตุผลทางการแพทย์ที่จะป้องกันมิให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสดังกล่าว ต้องมีสุขภาพไม่แข็งแรง เนื่องจากบุคคลในครอบครัวเดียวกันมีพันธุกรรมที่เหมือนกัน อีกทั้งเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วยเพราะการที่ญาติสืบสายโลหิตจะสมรสกันย่อมขัดต่อความรู้สึกของสังคม และหากมีการฝ่าฝืนการสมรสนั้นจึงตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1495

(6) ห้ามสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม มาตรา 1451 บัญญัติว่า “ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้” กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีสถานะเป็นบิดามารดาและบุตร การที่จะสมรสกันนั้นย่อมขัดต่อความรู้สึกทางสังคม แต่การสมรสนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดซึ่งกันและกัน อีกทั้ง กฎหมายยังกำหนดไว้ใน มาตรา 1598/32 บัญญัติว่า “การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกเมื่อมีการสมรสฝ่าฝืน มาตรา 1451” กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดให้การสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นโมฆะหรือโมฆียะ แต่หากมีการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรมนั้นถือเป็นอันยกเลิกไป การสมรสดังกล่าวจึงเป็นสมบูรณ์ตามกฎหมาย

(7) ห้ามสมรสกับบุคคลวิกลจริต มาตรา 1449 บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำมิได้ ถ้าชายหรือหญิงเป็นบุคคลวิกลจริตหรือ เป็นบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ” จากบทบัญญัติดังกล่าว การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ เนื่องจากบุคคลวิกลจริตไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือศาลยังไม่ได้สั่งก็ตาม เป็นบุคคลที่ไม่มีความรู้สึกรับผิดชอบหรือ มีสภาพจิตที่บกพร่อง ไม่สามารถที่ใช้สิทธิหรือปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นสามีภริยากันได้ซึ่งอาจจะส่งผลต่อการมีบุตร ดังนั้นกฎหมายจึงสั่งเป็นข้อห้ามในการสมรส หากฝ่าฝืนการสมรสดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 1495

3) รูปแบบการจดทะเบียน

มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดว่า การสมรสที่สมบูรณ์จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ นั่นคือการจดทะเบียนสมรส แม้จะมีการสมรสเกิดขึ้นโดยพิธีกรรมทางศาสนาหรือประกอบพิธีสมรสใด ๆ ขึ้น การสมรสดังกล่าวถือว่ายังไม่สมบูรณ์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลผู้สมรสจะไม่มีสิทธิใด ๆ ตามกฎหมายเช่นกัน ซึ่งรูปแบบการจดทะเบียนตามกฎหมายไทยที่กำหนดไว้เป็นไปตาม มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” กล่าวคือ จะต้องมีการยินยอมที่จะสมรสและจดทะเบียนอย่างเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน การสมรสดังกล่าวจึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย

4) สิทธิและหน้าที่

การสมรสเป็นการก่อตั้งครอบครัวอย่างหนึ่งของมนุษย์ ซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างคู่สมรสไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ต้องรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งตามกฎหมายไทยได้กำหนดหน้าที่และสิทธิต่าง ๆ ของคู่สมรสที่ทำการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้

(1) การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน มาตรา 1461 วรรค 1 บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยา สามี ภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตาม

ความสามารถและฐานะของตน” จากบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ ผู้เป็นสามีภริยาจะต้องอยู่กินร่วมกันและต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยการช่วยให้อีกฝ่ายได้รับความสะดวกสบายตามอัธยาศัยและความสามารถของตน อีกทั้ง ต้องช่วยเหลือในกรณีที่เป็นซึ่งสามีและภริยาควรทำเมื่ออีกฝ่ายได้รับความเดือดร้อนแม้ในยามเจ็บป่วย เป็นต้น

(2) การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ของกลุ่มสมรส มาตรา 1463 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว หากกลุ่มสมรสกลายเป็นคนวิกลจริตจนถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ศาลย่อมมีคำสั่งให้สามีหรือภริยาของผู้นั้นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ได้ เว้นแต่จะมีเหตุสำคัญศาลอาจแต่งตั้งบุคคลอื่นก็ได้

(3) กลุ่มสมรสจะต้องซื่อสัตย์ซึ่งกันและกัน มาตรา 1516 บัญญัติว่า “เหตุฟ้องหย่า มีดังต่อไปนี้ (1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้...” จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้กลุ่มสมรสต้องซื่อสัตย์ต่อกัน ไม่ยกย่องผู้อื่นฉันทภริยาหรือสามี หากฝ่าฝืนสามีหรือภริยาสามารถฟ้องหย่าและเรียกว่าทดแทนจากอีกฝ่ายได้ตามกฎหมาย

(4) ต้องร่วมกันจัดการทรัพย์สินและหนี้สิน การจัดการทรัพย์สินดังกล่าว หมายถึง “สินสมรส” ซึ่งตาม มาตรา 1474 บัญญัติว่า “สินสมรสได้แก่ทรัพย์สิน (1) ที่กลุ่มสมรสได้มาระหว่างสมรส (2) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าสินสมรส (3) ที่เป็นดอกของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นสินสมรส” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้กลุ่มสมรสจะต้องมีหน้าที่จัดการทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสที่ได้มาระหว่างการสมรส หรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อีกทั้งในกรณีของการทำนิติกรรมที่สำคัญ เช่น ในมาตรา 1476 จะจัดการเพียงลำพังไม่ได้และต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ในกรณีหนี้สินของกลุ่มสมรส ตามมาตรา มาตรา 1490 บัญญัติว่า “หนี้ที่สามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้นให้รวมถึงหนี้ที่สามีหรือภริยาก่อให้เกิดขึ้นในระหว่างสมรส ดังต่อไปนี้

(1) หนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัธยาศัย

(2) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินสมรส

(3) หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานซึ่งสามีภริยาทำด้วยกัน

(4) หนี้ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว แต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสมีหน้าที่ต้องเป็นลูกหนี้และรับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวร่วมกันตลอดระยะเวลาที่มีการสมรสตามนัยมาตราดังกล่าวนั่นเอง

(5) สิทธิเรื่องอื่น ๆ คู่สมรสที่ทำการสมรสกันตามกฎหมายยังได้รับสิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการเลือกใช้นามสกุล สิทธิในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิในเงินบำเหน็จ สิทธิเรื่องการประกันสังคม ฯลฯ รวมถึงสิทธิในการได้สัญชาติตามกฎหมายด้วย

6.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรกบัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรกและมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ...”

เหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 71 วรรคแรกนี้ เป็นข้อยกเว้นในความผิดอันเกี่ยวกับทรัพย์ และจำกัดเฉพาะบางมาตราที่ระบุไว้เท่านั้น กล่าวคือความผิดฐานลักทรัพย์และฉ้อทรัพย์เฉพาะที่ไม่เป็นเหตุให้สามีภริยาได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ความผิดฐานฉ้อโกง ฐานโกงเจ้าหนี้ ฐานยักยอก ฐานรับของโจร ฐานทำให้เสียทรัพย์ และฐานบุกรุก ส่วนที่มีความรุนแรง เช่น ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือกรรโชกทรัพย์ ริดเอาทรัพย์ไม่ได้รับการยกเว้นโทษด้วย ซึ่งความเป็นสามีหรือภริยาตามมาตรา 71 ต้องเป็นสามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือ มาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้” ซึ่งความผิดที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 193 นี้ เช่น ความผิดในการทำลาย ซ่อนเร้น ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด หรือการให้ที่พำนักแก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาไม่ให้ถูกจับกุม และการให้ที่พำนัก ซ่อนเร้นแก่ผู้หลบหนีจากการคุมขัง

มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พำนักที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 ยังได้กำหนดให้การหมิ่นประมาทที่เป็นการใส่ความแก่คนตายอันเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง บุคคลดังกล่าวสามารถดำเนินคดีแก่ผู้ใส่ความในความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ และกรณีผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทตายเสียก่อนร้องทุกข์ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย

6.4 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

กฎหมายสัญชาติไทยแบ่งหลักเกณฑ์การได้สัญชาติของบุคคลเป็น 2 ประเภทคือ 1) การได้สัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักสายโลหิตและหลักดินแดน 2) การได้สัญชาติไทยภายหลังการเกิด โดยวิธานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาการได้สัญชาติไทยภายหลังการเกิดซึ่งเป็นที่มาของการได้สัญชาติโดยการสมรส โดยแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1) การได้สัญชาติโดยการแสดงเจตนา ประกอบไปด้วย การได้สัญชาติโดยการสมรส และการได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ

2) การได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดและสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การได้สัญชาติโดยการแสดงเจตนา

1.1) การได้สัญชาติโดยการสมรส (Marriage)

ตามมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 กำหนดว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทยให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ได้สัญชาติไทยให้อยู่ในดุลยพินิจของรัฐมนตรี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

- สิทธิยื่นคำขอมีสัญชาติไทยโดยการสมรส

โดยบุคคลที่มีสิทธิยื่นคำขอมีสัญชาติไทยตามกรณีนี้ มี 2 ประการ คือ 1) เป็นหญิงต่างด้าว และ 2) หญิงนั้นได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายไทย

คำว่า “ต่างด้าว” ในมาตรา 9 นี้ มีความหมายว่า ผู้ที่ไม่มีสัญชาติไทย ดังนั้นหญิงต่างด้าวอาจจะเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศอื่น ๆ หรือเป็นผู้ที่ไม่มีสัญชาติใด ๆ เลยก็ได้ ซึ่งผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 9 จะต้องเป็นหญิงเท่านั้น แม้ว่าในบางประเทศจะยินยอมให้ชายที่ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วสมรสกับชายได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ชายผู้แปลงเพศเป็นหญิงก็ไม่อาจจะขอใช้สิทธิตามมาตรา 9 ได้ เว้นแต่ชายนั้นจะได้รับการรับรองจากกฎหมายของประเทศเจ้าของสัญชาติแล้วว่ามีสถานะเป็นหญิงตามกฎหมายนั้นด้วย แม้กฎหมายจะไม่ได้ระบุว่า ผู้มีสัญชาติไทย

ดังกล่าวจะเป็นชายหรือหญิง แต่ก็พึงทราบได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า ผู้มีสัญชาติไทยนั้น หมายถึง ชายไทยเท่านั้น

การขอเข้าถือสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวที่สมรสกับผู้มีสัญชาติสัญชาติไทยนี้เป็นผลมาจาก หลักการที่ว่า “บุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน” การที่หญิงต่างด้าวได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย หากหญิงต่างด้าวไม่ได้รับสัญชาติไทยตามสามี ก็จะก่อให้เกิดความลำบาก เพราะเมื่อตนเป็นคนต่างด้าวก็ต้องขอต่อวีซ่าเข้าเมืองอยู่ตลอดเวลาที่กฎหมายคนเข้าเมืองกำหนดไว้ อีกทั้งยังไม่สะดวกในการดำรงชีวิต กฎหมายไทยจึงเปิดกำหนดให้หญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายไทยสามารถเข้าถือสัญชาติไทยตามสามีได้

โดยกฎหมายยังกำหนดอีกว่า “หญิงนั้นได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายไทย” แม้ว่าตัวบทจะใช้คำว่าสมรสเท่านั้น แต่ศาลไทยก็ได้ตีความว่า หมายถึง เป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่เพียงแต่การสมรสในทางประเพณีซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของการสมรสก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายไทย เพราะกรณีนี้เป็นการขอมิสิทธิที่จะถือสัญชาติไทย แต่กฎหมายไทยในที่นี้ มิใช่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เนื่องจากว่าการสมรสในกรณีนี้เป็นนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งเงื่อนไขแห่งการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายตามมาตรา 19 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และแบบแห่งการสมรส ตามมาตรา 20 ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้นแต่ถ้าเป็นการสมรสระหว่างคนไทยด้วยกันหรือคนไทยกับคนต่างด้าวที่ได้ทำในต่างประเทศ แบบแห่งการสมรสก็อาจจะเป็นไปตาม มาตรา 1459 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้โดยให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียนสมรส

- วิธีการได้สัญชาติไทยโดยการสมรส

การที่หญิงมีองค์ประกอบครบ 2 ประการนั้น ยังไม่ทำให้หญิงมีสิทธิในการขอถือสัญชาติไทย สิทธิที่เกิดในขั้นตอนนี้เป็นเพียงสิทธิที่จะยื่นคำขอมีสัญชาติไทยและพนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่จะต้องรับคำขอนี้ไปพิจารณาแต่รัฐมนตรีไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องอนุญาต เพราะมาตรา 9 ให้เรื่องนี้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเท่านั้น กรณีที่พฤติกรรมของหญิงที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศไทยรัฐมนตรีอาจมีความเห็นที่ไม่อนุญาตตามคำขอก็ได้¹³¹

อีกทั้งการได้สัญชาติไทยโดยการสมรสเป็นการได้สัญชาติไทยโดยเจตนาของบุคคลที่มีความประสงค์จะสมรส บุคคลดังกล่าวจึงต้องเป็นฝ่ายแสดงเจตนาขอมีสัญชาติไทย

หลังจากมีคุณสมบัติครบถ้วนตามองค์ประกอบ 2 ประการข้างต้น และการแสดงเจตนา นั้นจะต้อง
 เป็นไปตามวิธีการและแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้

- อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยต่อการอนุญาตให้
 สัญชาติไทยโดยการสมรส

รัฐมนตรีมีอำนาจในการอนุญาตต่อคำขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรสที่ยื่นมา
 ตามมาตรา 9 โดยจะมีผลต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา กล่าวคือ หญิงนั้นจะได้สัญชาติ
 ไทยตั้งแต่วันที่มีการประกาศคำสั่งของรัฐมนตรีในราชกิจจานุเบกษา มิใช่วันที่รัฐมนตรีลงนามใน
 คำสั่ง 132 และมีผลเฉพาะตัวหญิงต่างด้าวผู้ยื่นคำขอตามมาตรา 5133 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ
 เท่านั้น

สิทธิที่จะถือสัญชาติไทยโดยการสมรสตามมาตรา 9 เป็นสิทธิเฉพาะตัวของ
 หญิง จึงไม่ขยายไปถึงบุคคลอื่น เช่น บุตรผู้เยาว์ของหญิงจากการสมรสครั้งก่อน แต่หากบุตรผู้นี้
 ต้องการจะมีสัญชาติไทยจะต้องรอจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะและขอแปลงสัญชาติเป็นไทย ตาม
 มาตรา 10134 อีกทั้ง บุตรต่างด้าวของหญิงไทย ตามมาตรา 9 ไม่อาจใช้สิทธิขอแปลงสัญชาติเป็น
 ไทยโดยวิธีพิเศษตามมาตรา 11 (2)135 เพราะเขามีฐานะบุตรของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทย

- สัญชาติไทยโดยการสมรสอาจถูกถอนได้

ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ให้อำนาจแก่
 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่จะถอนสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวตามมาตรา 9 ที่กระทำ
 การเป็นภรรยาต่อความมั่นคงแห่งรัฐหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
 หรือการสมรสนั้นเกิดขึ้น โดยการปกปิดข้อเท็จจริงหรือแสดงข้อความเท็จอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่ง
 อำนาจในการถอนสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวที่ได้สัญชาติไทยโดยการสมรสอยู่ภายใต้ดุลพินิจ
 ของรัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียว แม้ว่าจะมีคณะกรรมการคณะหนึ่งที่มีหน้าที่พิจารณาเรื่องและเสนอ
 ความเห็น แต่อย่างไรก็ตามศาลก็อาจเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีได้ ถ้าปรากฏว่าเหตุตามมาตรา 16
 ไม่มีอยู่จริง กล่าวคือ สิทธิในการได้มาซึ่งสัญชาตินั้นอาจไม่ได้รับอนุญาตให้ได้สัญชาติหรือถูกเพิก
 ถอนโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หากพบข้อเท็จจริงว่า

(1) บุคคลนั้นเป็นภรรยาต่อรัฐ โดยมีการกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือน
 ต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ

(2) บุคคลนั้นเป็นภรรยาต่อสังคม โดยมีการกระทำใด ๆ อันขัดต่อความสงบ
 เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาตินั้น ได้มาโดยไม่สุจริตซึ่งในกฎหมายสัญชาติไทย “กระบวนการได้สัญชาติไม่สุจริต” หมายถึง การแปลงสัญชาตินั้นได้เป็นไปโดยปกปิดข้อเท็จจริง หรือแสดงข้อความเท็จอันเป็นสาระสำคัญ

หากพบข้อเท็จจริงดังกล่าวรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจมีความเห็นไม่อนุญาตให้ได้รับสัญชาติไทยตามคำขอ อีกทั้งยังใช้ในการพิจารณาในกรณีขอยื่นแปลงสัญชาติ และได้สัญชาติโดยหลักดินแดนที่ชอบด้วยกฎหมายหากพบว่ามีกรกระทำดังกล่าวอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนสัญชาติของบุคคลนั้นได้

- สัญชาติไทยโดยการสมรสจะเสียไปโดยผลของการที่หญิงแปลงสัญชาติเป็นต่างด้าว

ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 กำหนดว่า “ผู้มีสัญชาติไทยและได้แปลงสัญชาติเป็นคนต่างด้าวหรือสละสัญชาติไทยหรือสละสัญชาติไทย หรืออาจถูกถอนสัญชาติไทยย่อมเสียสัญชาติไทย” กล่าวคือ กรณีผู้แปลงสัญชาติเป็นคนต่างด้าวจะต้องเสียสัญชาติไทย รวมถึงผู้ที่ได้สัญชาติโดยการสมรส หากมีการร้องขอแปลงสัญชาติเป็นต่างด้าวก็อาจเสียสัญชาติไทยด้วย

1.2) การได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ (Naturalization)

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ได้วางเงื่อนไขและกำหนดคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่อาจขอแปลงสัญชาติเป็นคนไทยไว้ในมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 ซึ่งได้แบ่งประเภทคนต่างด้าวที่อาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทย เป็น 3 ประเภทคือ

- คนต่างด้าวที่บรรลุนิติภาวะแล้วโดยทั่วไป ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 10

- คนต่างด้าวที่บรรลุนิติภาวะแล้วซึ่งมีความสัมพันธ์พิเศษกับประเทศไทย ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 11

- คนต่างด้าวที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือในกรณีที่ เป็นผู้เยาว์ ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 12 วรรค 2

เงื่อนไขในส่วนของคุณสมบัติของผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทยที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 อธิบายได้ ดังนี้

ตามมาตรา 10 “คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนดังต่อไปนี้ อาจแปลงสัญชาติเป็นไทยได้

- (1) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายไทยและกฎหมายที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ
- (2) มีความประพฤติดี

(3) มีอาชีพเป็นหลักฐาน

(4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี

(5) มีความรู้ภาษาไทยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

(1) อายุของคนต่างด้าว

คนต่างด้าวที่จะสามารถขอแปลงสัญชาติได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1.1) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายไทย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปี บริบูรณ์ หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสตามกฎหมาย คือ เมื่อชายมีอายุ 17 ปี และหญิงมีอายุ 17 ปีขึ้นไป ได้ทำการสมรสกัน

(1.2) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายที่คนต่างด้าวนั้นมีสัญชาติ ซึ่งหมายความว่า จะต้องปรากฏว่าผู้ร้องขอนั้นบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายภายในของประเทศที่ตนมีสัญชาติอยู่นั้นด้วย

การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศที่คนต่างด้าวนั้นมีสัญชาตินั้น ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ร้องขอหรือประเทศของผู้ที่ร้องขอแปลงสัญชาติ คัดค้านภายหลังว่า ในขณะที่แปลงสัญชาตินั้น ผู้ร้องไม่มีความสามารถเพียงพอ อันจะเป็นเหตุให้ยกขึ้นอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ของการแปลงสัญชาติ

(2) เป็นบุคคลที่มีความประพฤติดี

โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความประพฤตินั้น ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบให้มีการสอบสวนหรือสืบสวน เพื่อให้แน่ใจได้ว่าคนต่างด้าวผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทยนั้นจะไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประเทศไทย

(3) การประกอบอาชีพ

กฎหมายกำหนดให้ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติไทย จะต้อง มีอาชีพเป็นหลักเป็นฐาน ซึ่งหมายความว่า ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติจะต้องมีอาชีพที่เป็นหลักแหล่งและสามารถหารายได้เลี้ยงตนเองและครอบครัวได้ เงื่อนไขข้อนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวผู้ขอแปลงสัญชาตินั้นต้องมาเป็นภาระของรัฐบาลไทยที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในเรื่องการประกอบอาชีพ

(4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายกำหนดให้ ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติจะต้องมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องกันมาจนถึงวันยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยระยะเวลา 5 ปีต้องอาศัยอยู่ในประเทศไทยอย่างต่อเนื่อง การที่กฎหมายกำหนดเรื่องภูมิลำเนาไว้ ก็เพื่อต้องการให้คนต่างด้าวผู้ร้องขอแปลงสัญชาติมีความผูกพันอยู่กับประเทศไทยในระดับหนึ่ง

(5) ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติเป็นไทยจะต้องมีความรู้ภาษาไทยตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงในเรื่องนี้ คือ กฎกระทรวง พ.ศ. 2510 ออกตามความในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ข้อ 2 ได้กำหนดไว้เพียงว่าต้องพูดภาษาไทยและฟังภาษาไทยเข้าใจได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเงื่อนไขและคุณสมบัติที่คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะขอแปลงเป็นไทยจะต้องมีให้ครบข้อทั้ง 5 ข้อ ถ้าขาดข้อใดข้อหนึ่งไป ถือว่าคนต่างด้าวผู้นั้นมีคุณสมบัติไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับผู้ที่ขอถือสัญชาติไทยได้

อย่างไรก็ตาม ยังมีกรกำหนดข้อยกเว้นคุณสมบัติในการแปลงสัญชาติในบางกรณี ซึ่งกฎหมายได้ผ่อนผันให้แก่คนต่างด้าวบางคนไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติตามเงื่อนไข ข้อ 4 และ 5 คือ ไม่จำเป็นต้องมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรตามกำหนดระยะเวลา 5 ปี หรือไม่จำเป็นต้องมีความรู้ภาษาไทยจนถึงขั้นที่กำหนดไว้ในกระทรวง ก็อาจขอแปลงสัญชาติได้ หากผู้ขอแปลงสัญชาตินั้นเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ ดังนี้

ตามมาตรา 11 ผู้ขอแปลงสัญชาติไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 10 (4) และ (5) ถ้าผู้ขอแปลงสัญชาตินั้น

(1) ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษต่อประเทศไทย หรือ ได้ทำคุณประโยชน์ให้แก่ทางราชการซึ่งรัฐมนตรีเห็นสมควร

(2) เป็นบุตร ภริยา หรือสามีของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทยหรือของผู้ได้กลับคืนสัญชาติไทย

(3) เป็นผู้ได้เคยมีสัญชาติไทยมาก่อน

(4) เป็นสามีของผู้มีสัญชาติไทย

จากความในมาตรา 11 (4) เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยสัญชาติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในกรณีบุคคลจะได้รับสัญชาติไทยกรณีต่าง ๆ ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยสัญชาติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่สอดคล้องกับความเสมอภาคระหว่างชาย-หญิง ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมในส่วนนี้ ได้แก่ การปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับการให้สิทธิแก่ชายชาวต่างด้าวผู้เป็นสามีของผู้มีสัญชาติ

ไทยขอแปลงสัญชาติตามคู่สมรสได้ ซึ่งก่อนหน้านี้นี้มีแต่หญิงต่างด้าวเท่านั้นที่สมรสกับชายไทยแล้วสามารถขอมีสัญชาติไทยตามสามีได้ โดยยกเว้นคุณสมบัติบางประการเกี่ยวกับเงื่อนไขของการขอแปลงสัญชาติไทยตามมาตรา 11 เนื่องจากเดิมพระราชบัญญัติสัญชาติของไทยอนุญาตให้หญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายไทยมีสิทธิถือสัญชาติไทยตามสามีได้ โดยต้องแสดงความประสงค์ยื่นคำขอมีสัญชาติไทยต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ยังไม่อนุญาตให้ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยขอถือสัญชาติไทยตามภริยา แต่กลับให้ไปแปลงสัญชาติเป็นไทยหากประสงค์จะขอมีสัญชาติไทย อีกทั้งพระราชบัญญัติสัญชาติฉบับที่ 4 พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ก็ไม่ได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 9 ในเรื่องการขอถือสัญชาติของชายต่างด้าวโดยการสมรส โดยมีการให้เหตุผลว่าเนื่องจากชายต่างด้าวไม่ใช่คนในสังกัดของไทยที่รัฐไทยจะไปอำนวยความสะดวกเท่าเทียมเช่นเดียวกับหญิงต่างด้าวในการขอถือสัญชาติตามสามี โดยยึดหลักตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นจารีตประเพณีที่ยังมีอยู่เดิมในเรื่องของการให้สามีเป็นหัวหน้าของครอบครัว

ตามมาตรา 12 วรรค 2 ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติ มีบุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายไทยและบุตรนั้นมีภูมิลานาอยู่ในประเทศไทย อาจขอแปลงสัญชาติเป็นไทยให้แก่บุตรพร้อมกับผู้ขอแปลงสัญชาติได้ โดยบุตรนั้นได้รับการยกเว้นไม่ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 10 (1) (3) (4) และ (5)

เห็นได้ว่า มีข้อยกเว้นบางกรณีที่กฎหมายยอมผ่อนผันให้คนต่างด้าวที่ขอแปลงสัญชาติเป็นไทยไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติตามเงื่อนไข ข้อ 4 และ 5 คือ ไม่จำเป็นต้องมีภูมิลานาในราชอาณาจักรไทยตามกำหนดระยะเวลา 5 ปี หรือไม่จำเป็นต้องมีความรู้ภาษาไทยจนถึงขั้นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ก็อาจขอแปลงสัญชาติได้ หากผู้ขอแปลงสัญชาตินั้นเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 คือ

(1) ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษต่อประเทศไทย หรือได้ทำคุณประโยชน์ให้แก่ทางราชการซึ่งรัฐมนตรีเห็นสมควร โดยกฎหมายยกเว้นให้เพราะเห็นว่าผู้ร้องขอนั้นเป็นผู้ที่ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษให้แก่ประเทศไทย

(2) เป็นบุตร ภริยา หรือสามีของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทย หรือของผู้ได้กลับคืนสัญชาติไทย กฎหมายได้เปิดโอกาสให้บุตรหรือภริยา ซึ่งเป็นคนในครอบครัวเดียวกันกับผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ ได้มีโอกาสได้สัญชาติไทยเช่นเดียวกันผู้ร้องขอแปลงสัญชาติ เพื่อให้สอดคล้องกับที่ว่าบุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน

(3) เป็นผู้ที่เคยได้สัญชาติไทยมาก่อน กล่าวคือ เป็นบุคคลที่เคยได้สัญชาติไทย และได้เสียสัญชาติไทยไปไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตามเช่น เป็นผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติไทยแต่ได้สละสัญชาติไทย หรือหญิงซึ่งเป็นต่างด้าวและได้สัญชาติไทยโดยการสมรส ตามมาตรา 9

แต่ถูกถอนสัญชาติไทยโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงเสียสัญชาติไทย เป็นต้น ถ้าบุคคลเหล่านี้จะกลับมาขอแปลงสัญชาติเป็นไทย จะได้รับการยกเว้นในเรื่องภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยและเรื่องความรู้ภาษาไทยดังกล่าว

(4) เป็นสามีของผู้มีสัญชาติไทย ในข้อนี้กฎหมายได้แก้ไขเพิ่มเติมให้สามีของผู้ขอแปลงสัญชาติซึ่งเป็นหญิงต่างด้าวได้ยกเว้นเงื่อนไขในการขอแปลงสัญชาติเรื่องภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยและเรื่องความรู้ภาษาไทยด้วย

ส่วนกรณีที่มาตรา 12 วรรค 2 เปิดโอกาสให้ผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทย ทำการขอแปลงสัญชาติให้บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะพร้อมกับตนก็ได้ โดยบุตรนั้นมีภูมิลำเนาในประเทศไทยและได้รับการยกเว้นไม่ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 10 (1) (3) (4) และ (5) คือ ได้รับการยกเว้นเรื่องอายุที่สามารถขอแปลงสัญชาติได้ก่อนบรรลุนิติภาวะ ไม่จำเป็นต้องมีอาชีพเป็นหลักแหล่งหรือมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรเป็นระยะเวลา 5 ปี และความรู้ภาษาไทยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ส่วนเงื่อนไขในแบบและวิธีการได้สัญชาติไทย กำหนดไว้ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 สรุปได้ดังนี้

(1) ผู้ที่ประสงค์จะขอแปลงสัญชาติเป็นไทย ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง (พ.ศ. 2510) ออกตามความในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 โดยผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพมหานครให้ยื่นคำขอต่อผู้บังคับการตำรวจสันติบาล สำหรับผู้มีภูมิลำเนาในจังหวัดอื่นให้ยื่นคำขอต่อผู้บังคับการตำรวจจังหวัดนั้น

(2) การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยรัฐมนตรีต้องรับฟังคำเสนอแนะและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสัญชาติประกอบด้วย เมื่อรัฐมนตรีเห็นสมควรอนุญาตแล้วให้นำความกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชานุญาต

(3) เมื่อได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องจัดให้ผู้ขอแปลงสัญชาติปฎิญาณตนว่าจะมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อประเทศไทย และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือสำคัญการแปลงสัญชาติเป็นไทยให้ไว้แก่ผู้นั้นเป็นหลักฐาน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อบุคคลใดเป็นบุคคลซึ่งมีองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ในการแปลงสัญชาติย่อมสามารถแปลงสัญชาติได้ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ ทั้งนี้ ผลของการแปลงสัญชาติมีดังต่อไปนี้

(1) ผู้ร้องขอได้สัญชาติไทยเมื่อมีประกาศอนุญาตให้ถือสัญชาติไทยได้ในราชกิจจานุเบกษา และมีผลเป็นการเฉพาะตัว ตามมาตรา 5

(2) ผู้ขอแปลงสัญชาติไทยอาจถูกถอนสัญชาติได้เมื่อปรากฏพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังปรากฏตาม มาตรา 19

(3) การได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย

กรณีนี้พระราชบัญญัติสัญชาติไทย พ.ศ. 2508 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายสัญชาติหรือการเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวกับความเป็นรัฐ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

(1) การได้สัญชาติภายหลังการเกิด โดยผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายสัญชาติไทยกล่าวคือ การที่กฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้แทนกฎหมายสัญชาติฉบับเก่า อันเป็นผลให้ผู้ที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายเก่ากลายเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติตามกฎหมายใหม่ จึงถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมายใหม่

(2) การได้สัญชาติไทยภายหลังการเกิด โดยผลของการเปลี่ยนแปลงอันเกี่ยวกับความเป็นรัฐ กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงอันเกี่ยวกับความเป็นรัฐอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณีด้วยกัน เช่น การเกิดรัฐใหม่แทนที่รัฐที่สิ้นสุดลงหรือการเปลี่ยนแปลงการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตแห่งรัฐ ซึ่งทำให้บุคคลได้สัญชาติโดยผลของกฎหมายภายหลังการเกิดได้

6.5 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 มาตรา 47 กฎหมายอนุญาตให้ผู้มีเงินได้ มีสิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีของผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายตาม มาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี โดยให้หักลดหย่อนได้ในกรณี คู่สมรสของผู้มีเงินได้รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้มีเงินได้และคู่สมรสของผู้มีเงินได้อีก ดังนี้

1) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ 30,000 บาท

ข้อสังเกต

(1) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ที่มีสิทธิหักค่าลดหย่อน จะต้องเป็นสามีหรือภริยาชอบด้วยกฎหมาย แม้การสมรสไม่ครบปีภาษีก็มีสิทธิหักลดหย่อนได้

(2) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ที่จะนำมาหักลดหย่อนจะต้องไม่มีเงินได้พึงประเมิน

2) เบี้ยประกันภัย

ผู้มีเงินได้สามารถนำเบี้ยประกันภัยสำหรับการประกันชีวิตที่จ่ายในปีภาษีมาหักลดหย่อนได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 10,000 บาท และเนื่องจากมีการยกเว้นเงินได้สำหรับเงินที่จ่ายเป็นเบี้ยประกันตามจำนวนที่จ่ายจริงในส่วนที่เกิน 10,000 บาท สามารถนำมาหักได้ไม่เกิน

เงินได้หลังจากหักค่าใช้จ่ายแต่ไม่เกิน 90,000 บาท ดังนั้น จึงมีผลเสมือนกับให้หักค่าลดหย่อนได้ไม่เกิน 100,000 บาท

ทั้งนี้เฉพาะในกรณีที่กรมธรรม์ประกันชีวิตมีกำหนดเวลาตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และการประกันชีวิตนั้น ได้เอาประกันไว้กับผู้รับประกันภัยที่ประกอบกิจการประกันชีวิตในราชอาณาจักร

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้มีการประกันชีวิต และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเบี้ยประกันที่จ่ายสำหรับการประกันชีวิตของสามีหรือภริยานั้นตามเกณฑ์ข้างต้น

3) เงินสะสม

เงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ตามจำนวนที่จ่ายจริง แต่ไม่เกิน 10,000 บาท

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้จ่ายเงินสะสม เข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ตามวรรคหนึ่งและความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเงินสะสมของสามีหรือภริยาที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพนั้นตามเกณฑ์ข้างต้น

(เงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ของค่าจ้าง เฉพาะส่วนที่เกิน 10,000 บาท แต่ไม่เกิน 490,000 บาท เป็นเงินที่ได้รับการยกเว้นภาษี สามารถหักออกจากเงินได้ก่อนคำนวณหักค่าใช้จ่ายและหักลดหย่อน)

4) เงินสมทบ

ที่ผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคม ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมตามจำนวนที่จ่ายจริง

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ซึ่งเป็นผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมตามวรรคหนึ่ง และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเงินสมทบของสามีหรือภริยาที่จ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ข้างต้น

5) ค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้คนละ 30,000 บาท

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรซึ่งมีผลใช้บังคับสำหรับคนไทยทุกคนที่มีรายได้ถึงเกณฑ์ต้องมีหน้าที่ในการเสียภาษีให้แก่รัฐ แต่จากบทบัญญัติในส่วนของ การหักค่าลดหย่อนดังกล่าวหมายความว่า ผู้ที่ตกอยู่ในฐานะภาษีซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ซึ่งตามกฎหมายมีหน้าที่จ่ายภาษีอัตราก้าวหน้าให้แก่รัฐ กฎหมายให้สิทธิหักค่าลดหย่อนในกรณีต่าง ๆ ของผู้มีเงินได้และสามีหรือภริยาของตนเองได้ในกรณีคู่สมรสไม่มีเงินได้ แต่การเป็นสามีภริยานั้นต้องเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นในการศึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560 ผู้วิจัยได้นำมาศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกจะได้รับจากการลดหย่อนภาษีจากการสมรส

6.6 พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

ตามมาตรา 58 กรณีที่สมาชิกถึงแก่ความตายในระหว่างรับราชการและความตายนั้นมิได้เกิดขึ้นเนื่องจากการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงของตนเอง หรือในกรณีที่ผู้รับบำนาญถึงแก่ความตายให้จ่ายบำเหน็จตกทอด แก่ทายาทของสมาชิกหรือผู้รับบำนาญตามเกณฑ์ต่อดังต่อไปนี้

1) บุตรให้ได้รับสองส่วน ถ้าสมาชิกผู้ตายมีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไปให้ได้รับสามส่วน

2) สามีหรือภริยาให้ได้รับหนึ่งส่วน

3) บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาที่มีชีวิตอยู่ให้ได้รับหนึ่งส่วน

ดังนั้นในการศึกษารุ่นนี้ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 ได้ให้ความต่อการจ่ายบำเหน็จบำนาญให้กับทายาทของสมาชิกดังนั้นในการศึกษาจึงได้นำมาใช้ในการศึกษาถึงสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศที่เกี่ยวกับการรับบำนาญข้าราชการตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

6.7 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555

การรักษาพยาบาล เป็นการให้บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขโดยตรงแก่ผู้มีสิทธิและบุคคลในครอบครัวของผู้มีสิทธิ เพื่อการรักษาโรค การตรวจวินิจฉัย การฟื้นฟูสมรรถภาพที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต และให้หมายความรวมถึงการตรวจสุขภาพ การสร้างเสริมสุขภาพและการป้องกันโรคเพื่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามที่กระทรวงการคลังกำหนด แต่ไม่รวมถึงการเสริมความงาม ตามมาตรา 8 ผู้มีสิทธิมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลสำหรับตนเองหรือบุคคลในครอบครัวของตน ในกรณีดังต่อไปนี้

1) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของทางราชการ ทั้งประเภทผู้ป่วยนอกหรือผู้ป่วยใน

2) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด ประเภทผู้ป่วยใน

3) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนที่มีใช้สถานพยาบาลตาม (2) ประเภทผู้ป่วยใน เฉพาะกรณีที่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวประสบอุบัติเหตุ อุบัติภัย หรือมีความจำเป็นรีบด่วน ซึ่งหากมิได้รับการรักษาพยาบาลในทันทีทันใดอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต

4) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนตามที่กระทรวงการคลังกำหนดประเภทผู้ป่วยนอก เป็นครั้งคราว เพราะเหตุที่สถานพยาบาลของทางราชการมีความจำเป็นต้องส่งตัวให้แก่สถานพยาบาลของเอกชนนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็สถานพยาบาลของเอกชนตามพระราชกฤษฎีกานี้หรือไม่ก็ตาม

สำหรับการจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ให้จ่ายเป็นค่ารักษาพยาบาล โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ประเภท และอัตราที่กระทรวงการคลังกำหนด ตามมาตรา 9 ในกรณีที่มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้เข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลและก่อนที่การรักษาพยาบาลจะสิ้นสุดลง ผู้มีสิทธิได้พ้นสภาพความเป็นข้าราชการ ถูกจ้างประจำถูกจ้างชาวต่างประเทศ ผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ หรือถูกสั่งพักราชการ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนหรือบุคคลในครอบครัวพ้นสภาพความเป็นบุคคลในครอบครัวตามพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ผู้มีสิทธิมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลสำหรับตนเองหรือบุคคลในครอบครัวจนถึงสิ้นสุดการรักษาพยาบาลในคราวนั้น

สำหรับกรณีบุคคลในครอบครัวเป็นผู้อาศัยสิทธิของผู้อื่นซึ่งมีสิทธิได้รับเงินค่ารักษาพยาบาลสำหรับบุคคลในครอบครัวจากหน่วยงานอื่นในขณะเดียวกัน ให้ผู้มีสิทธิมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลสำหรับบุคคลในครอบครัวตามพระราชกฤษฎีกานี้ มาตรา 11 กรณีที่มีการทำสัญญาประกันภัยซึ่งให้ความคุ้มครองในการรักษาพยาบาลแก่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัว หากสิทธิที่จะได้รับเงินค่ารักษาพยาบาลตามสัญญาประกันภัยนั้นต่ำกว่าค่ารักษาพยาบาลในคราวนั้น ให้ผู้นั้นมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้เฉพาะส่วนที่ขาดอยู่ แต่ต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด มาตรา 12 ในกรณีที่มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้รับค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุละเมิดเป็นค่ารักษาพยาบาลจากบุคคลอื่นแล้ว ผู้มีสิทธิไม่มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้ เว้นแต่ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับนั้นต่ำกว่าเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลที่มีสิทธิจะได้รับตามพระราชกฤษฎีกานี้ ให้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้เฉพาะส่วนที่ขาดอยู่

ในกรณีที่ได้มีการจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลไปแล้ว และปรากฏว่าผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้รับค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุละเมิดเป็นค่ารักษาพยาบาลจากบุคคลอื่นในภายหลัง ให้ผู้มีสิทธิส่งคืนเงินเท่ากับจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 การให้บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุข โดยตรงแก่ผู้มีสิทธิและบุคคลในครอบครัวของผู้มีสิทธิ เพื่อการรักษาโรค การตรวจวินิจฉัย การฟื้นฟูสมรรถภาพ

ที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต และให้หมายความรวมถึงการตรวจสุขภาพ การสร้างเสริมสุขภาพและการป้องกันโรคเพื่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข ผู้วิจัยจึงนำมาใช้ในการกำหนดสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศที่สาม ในการรับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล

6.8 พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505

พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของคู่สมรสในการใช้ชื่อสกุลของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ได้ตกลงกัน รวมไปถึงเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส ให้ฝ่ายซึ่งใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน แต่หากการสมรสสิ้นสุดลงด้วยความตายของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ให้คู่สมรสฝ่ายซึ่งยังมีชีวิตอยู่ และใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้ชื่อสกุลนั้นได้ต่อไป แต่เมื่อจะสมรสใหม่ ให้กลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน ซึ่งสิทธิที่ได้กล่าวมานี้เป็นสิทธิของการที่ได้เป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรส ซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิตามกฎหมาย ที่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้ โดยอนุโลม

6.9 พระราชบัญญัติค่านำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติค่านำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของหญิงซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วว่าหญิงผู้นั้นมีสิทธิที่จะใช้ค่านำหน้านามว่า “นาง” หรือ “นางสาว” ได้ตามความสมัครใจ โดยแจ้งต่อนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว และหากหญิงผู้ซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วนั้น ต่อมาภายหลังการสมรสได้สิ้นสุดลง หญิงผู้นั้นจะยังคงใช้ค่านำหน้านามว่า “นาง” อยู่เช่นเดิมหรือกลับมาใช้คำว่า “นางสาว” ก็ได้ตามความสมัครใจ ซึ่งเป็นสิทธิของการใช้ค่านำหน้าของหญิงที่ได้จดทะเบียนสมรสที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิที่ได้จากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติค่านำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลมแต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า สิทธิที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จะเกิดขึ้นได้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่มีความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกันเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงความรักในรูปแบบ

ของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกัน และไม่ได้หมายความรวมถึงความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายแต่มีเพศสภาพภายนอกมีลักษณะเป็นหญิงด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้สิทธิในการเลือกใช้นำหน้านามเฉพาะผู้มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น

6.10 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หมายถึง การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด หากบุคคลใดเห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และมีใช่เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (วทพ.) เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (วทพ.) ให้เป็นที่สุด ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (วทพ.) อาจกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองหรือบรรเทาทุกข์แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเท่าที่จำเป็นและสมควรแก่กรณีก็ได้ เมื่อคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (วทพ.) มีคำวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ให้ผู้เสียหายมีสิทธิขอรับการชดเชยและเยียวยาได้

7. งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีดังนี้

อารยา สุขสม (2559, หน้า 562-577) ศึกษา สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์ไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติเท่านั้น หากแต่ยังเป็นผลผลิตทางสังคมด้วย พฤติกรรม วิธีปฏิบัติ และการแสดงออกทางเพศของบุคคลสามารถปรับเปลี่ยนไปตามเวลาและตามบริบทของสังคมในแต่ละวัฒนธรรม และมีความหลากหลายแตกต่างกันไปทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเพศวิถี (Sexuality) ของบุคคลนั้น ๆ ความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) จึงมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับเรื่องเพศวิถีของมนุษย์

อันหมายถึงความหลากหลายในเพศวิถีของบุคคลซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ 2 ประการคือวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) โดยความหลากหลายในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเหล่านี้นำไปสู่เพศวิถีทางเลือกของบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องตามบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ของสังคม

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในองค์การสหประชาชาติเกิดขึ้นจากการนำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ หลักการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ความหลากหลายในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นสำคัญ ดังนั้น สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในที่นี้ จึงหมายถึงอำนาจอิสระของบุคคลในการกำหนดชะตากรรมของตนเองในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศโดยผ่านทาง การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมหรือวิถีปฏิบัติทางเพศ อัตลักษณ์ ตลอดจนความสามารถในการสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ ซึ่งบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นมนุษย์และเป็นพลเมืองของรัฐ ในแง่นี้ สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีสาระสำคัญภายใต้ขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคล ซึ่งประกอบด้วยสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง สิทธิในการกำหนดตนเอง และสิทธิในการมีส่วนร่วมของบุคคลซึ่งจำแนกแยกย่อยออกเป็นสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม และสิทธิทางวัฒนธรรม

ฉัตรวุฒิ ชัยสายัณห์ (2558, หน้า 449 - 460) ศึกษากฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน รัฐออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่มนุษย์โดยนำเอาพฤติกรรมทางเพศมาเป็นหลักการสำคัญ ซึ่งรัฐคำนึงถึงแต่เพียงเรื่องเพศสัมพันธ์ที่สืบพันธุ์ได้ และใช้แนวคิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหลักในการออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากร รัฐไม่ได้ยึดหลักการและแนวคิดในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์โดยคำนึงถึงพฤติกรรมที่เกิดจากความรัก ที่สามารถเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ที่มีเพศสรีระที่ต่างกัน หรือมนุษย์ที่มีเพศสรีระเดียวกัน การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์จึงจำเป็นต้องเกิดขึ้นกับทุกรูปแบบของความรัก เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิโดยธรรมชาติ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องให้การรับรองไม่ใช่รัฐให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสกันได้และเฉพาะรูปแบบความรักในรูปแบบนี้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น หากแต่ความเป็นจริงนั้นรัฐต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วยเช่นกัน รัฐไม่ได้นำแนวคิดที่มาจากทฤษฎีรูปแบบของการสมรสมาเป็นส่วนประกอบในการพิจารณาการออกกฎหมาย รัฐไม่เข้าใจว่ารูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาตินั้นเป็นรูปแบบการสมรสที่แท้จริงในตัวอยู่แล้ว เพราะเป็นกฎของธรรมชาติ เป็นเรื่อง

ระหว่างธรรมชาติกับมนุษย์และมีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพศจึงเป็นสาระสำคัญของการสมรสเฉพาะในรูปแบบนี้เท่านั้น ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบการสมรสตามเจตนาของรัฐ ที่เป็นเรื่องที่รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้แก่มนุษย์ขึ้นมาเองในรูปแบบของกฎหมาย โดยรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชาชนในรัฐ อันเป็นการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในฐานะคนที่รักกันและประสงค์จะใช้ชีวิตร่วมกันและเป็นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ให้แก่ประชากรตามความประสงค์ของรัฐอย่างแท้จริง เพศจึงไม่ใช่สาระสำคัญของการสมรสในรูปแบบนี้ ถ้าหากรัฐมีแนวคิดในลักษณะเช่นนี้แล้ว รัฐก็จะออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่ประชากรในรัฐ โดยคำนึงพฤติกรรมการแสดงออกซึ่งความรัก ที่ไม่ได้นำเรื่องเพศสรีระมาเป็นองค์ประกอบหลักในการพิจารณา ทำให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรัก และเกิดความเสมอภาคแก่มนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน การที่รัฐได้ให้การรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในลักษณะของการออกกฎหมายพิเศษอีกฉบับ แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวที่เป็นการจดทะเบียนสมรสของคู่รักที่มีเพศสภาพเป็นชายและหญิง การใช้กฎหมายคนละฉบับเช่นนี้อาจต้องพบกับอุปสรรคในเรื่องของการตีความความหมายของคำว่าคู่สมรสในบริบทของกฎหมายต่าง ๆ ที่จะหมายความรวมถึงกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนในกฎหมาย โดยต้องให้คำจำกัดความและใ้สนิยามความหมายของคำว่าคู่สมรสที่อยู่ในบริบทของกฎหมายต่าง ๆ ว่าจะต้องมีความหมายรวมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมายด้วย จึงจะส่งผลให้การได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ จากกฎหมายเหล่านั้นครอบคลุมถึงคู่รักที่มีเพศสรีระเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในทางกฎหมาย ประกอบกับสิทธิและหน้าที่ของความเป็นคู่สมรสหรือความเป็นสามีภริยาที่มีความเกี่ยวพันกันนั้นต้องสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลม กับกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน และการนำมาปรับใช้ร่วมกันได้อย่างเหมาะสมนั้นก็ต้องเกิดขึ้นได้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติที่ต้องอยู่ภายใต้เพศสภาพและความเป็นไปได้ในทางสรีระของผู้ที่ใช้กฎหมายด้วย