

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎีเรื่องเพศ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ

ในสังคมปัจจุบันหากจะกล่าวถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคลนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศของมนุษย์ว่า มีความสัมพันธ์อย่างไรกับสังคมในปัจจุบัน เพราะคำว่าเพศได้ถูกนำมาเป็นกลไกที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดคุณค่าตัวบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกัน และกลายมาเป็นเหตุผลที่นำมาสู่การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในสังคมเดียวกันเพียงเพราะบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติที่มีความแตกต่างในเรื่องเพศหรือการดำรงชีวิตตามเพศวิถีของบุคคล ซึ่งในบทนี้ผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษา ในเรื่องค่านิยม ทฤษฎีเรื่องเพศ และหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

#### 2.1 ค่านิยมและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกลุ่มความหลากหลายทางเพศ

เมื่อคนเราลืมตาขึ้นมาดูโลก ธรรมชาติได้กำหนดให้คนแต่ละคนมีอวัยวะสืบพันธุ์และรูปลักษณ์ของร่างกายเป็นเพศหญิงหรือเป็นเพศชายซึ่งมีความแตกต่างกัน<sup>1</sup> ความหลากหลายทางเพศจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจ ในการแบ่งออกความคิดเป็นสองขั้วใหญ่ๆ ระหว่างความที่เชื่อในระบบสองเพศ หรือความเชื่อในเรื่องเพศตามธรรมชาติที่มีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น และพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศตามธรรมชาติ โดยทำความเข้าใจจากแนวคิดทฤษฎีต่างๆ เพื่อที่จะทำให้เห็นว่า ความหลากหลายทางเพศ เป็นเรื่องปกติที่ทำให้มนุษย์สามารถแสดงอารมณ์ความปรารถนาต่างๆ ได้ตามที่เขาคิดว่ามีคุณค่าสำหรับการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม<sup>2</sup> โดยอธิบายหลักการต่างๆ ดังนี้

<sup>1</sup> ชาญภัทส ทองมุสิก. (2562). *กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 44.

<sup>2</sup> นฤพนธ์ ค้วงวิเศษ. (2560). *บทความ แนวคิดทฤษฎี เรื่องความหลากหลายทางเพศ*. หน้า 1.

### 2.1.1 คำนิยามของกลุ่มความหลากหลายทางเพศ

ในปัจจุบันความเข้าใจในสังคมหรือการสื่อความหมายของภาษาที่เกี่ยวกับ "เพศ Sex" ของบุคคลนั้น ไม่ได้ยึดโยงแค่เพศที่เป็นอวัยวะร่างกาย หรือเพศตามคำนำหน้าชื่อเท่านั้น ในความเข้าใจของสังคมในปัจจุบัน คำเรียกหรือคำศัพท์ที่ใช้เรียกบุคคลซึ่งไม่ได้แสดงออกเป็นหญิงหรือชายตรงตามเพศกำเนิดได้ปรากฏขึ้นเรียกกันมากมายหลายอย่าง เช่น เกย์ กะเทย ทอม ดี ผู้หญิงข้ามเพศ ผู้ชายข้ามเพศ เป็นต้น หรือเรียกย่อว่า LGBTQ ซึ่งคำนิยามเรื่องเพศนั้นประกอบไปด้วย 3 มิติที่ต้องพิจารณาร่วมกัน ได้แก่ เพศทางร่างกายสรีระ (Sex) เพศที่เป็นบทบาททางสังคม (Gender) และเพศในทางกามารมณ์ เพศสัมพันธ์ และอารมณ์ความรู้สึก (Sexuality, Sexual Orientation) ดังนี้<sup>3</sup>

2.1.1.1 “เพศสรีระ (sex)” หมายถึง โครงสร้างทางกายวิภาค หรือสรีรวิทยาที่แสดงออกให้เห็นว่าเป็นเพศหญิง เพศชาย<sup>4</sup> หรือมักใช้คำว่าเพศโดยกำเนิดขึ้นเองโดยตามธรรมชาติและเป็นข้อกำหนดทางสภาพชีววิทยา ซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หมายถึง อวัยวะเพศ ลักษณะเพศทางกายภาพที่มองเห็นจากภายนอก และเพศที่ถูกระบุทางพันธุกรรมหรือโครโมโซม เช่น คนที่เกิดมามีอวัยวะเพศชาย หรือ โครโมโซม XY หรือคนที่เกิดมามีอวัยวะเพศหญิง หรือมีโครโมโซม XX เพศสรีระมักเป็นถูกใช้เป็นตัวกำหนดเพศ ที่ถูกรับรองในทางกฎหมายหรือถูกรับรองอย่างเป็นทางการโดยระบบของรัฐ<sup>5</sup>

โดยธรรมชาติแล้วนั้น ยังมีบุคคลที่เกิดมามีอวัยวะเพศ หรือมีลักษณะทางกายภาพหรือพันธุกรรมที่ไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่ง หรือที่เรียกว่า Intersex จากการบันทึกทางสถิติของ Intersex Society of North America เด็กที่เกิดมาแล้วมีลักษณะของ Intersex มีประมาณ 1 คน ต่อเด็กที่เกิด 1,000 – 2,000 คน<sup>6</sup> การเกิดขึ้นของบุคคลที่เป็น Intersex แสดงให้เห็นว่าแม้แต่เพศทางสรีระที่เกิดโดยธรรมชาตินั้น ก็ไม่ได้มีแค่สองเพศเท่านั้น แต่ยังมีหลากหลายทางเพศสรีระอื่นๆ หลากหลายรูปแบบที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติเช่นเดียวกัน ดังนั้นในหลายๆ ประเทศจึงมีการปกป้องสิทธิของเด็กที่เป็น Intersex โดยไม่ทำการผ่าตัด เปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศของเด็กแต่รอให้เด็กเติบโตพอที่จะรับรู้และเลือกเพศที่ตนเองต้องการจะเป็น เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการออกกฎหมายให้เด็กแรกเกิดที่ยังไม่สามารถระบุเพศได้

<sup>3</sup> ชีรา ทองกระจ่าง. *ความเท่าเทียมกันทางเพศสภาพ*. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 5.

<sup>4</sup> บุญสืบ โสโสม. (2560). การคำนึงถึงเรื่องเพศสภาพ: ประเด็นสำคัญสำหรับการปฏิบัติในคลินิก และการศึกษาพยาบาล. *วารสารคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา*, 25(2). หน้า 2.

<sup>5</sup> ธัญญภัต ทองมุสิก. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้าที่ 44.

<sup>6</sup> Intersex Society of North America. (2008). InterACT: Advocates for Intersex Youth. Page 1

รับการจดทะเบียนการเกิดในเพศ “X” โดยเป็นประเทศแรกในยุโรป ให้สิทธิ์พ่อแม่เว้นช่องแสดงสถานะเพศของลูกหากไม่แน่ใจอนาคตเจ้าตัวสามารถเลือกกำหนด “ เพศที่ 3 ” ลงในสูติบัตรได้ตามกฎหมาย จนกว่าเด็กจะเติบโตและสามารถตัดสินใจเลือกเพศของตนเองได้<sup>7</sup>

2.1.1.2 “เพศสภาพ (Gender)”<sup>8</sup> หมายถึง บทบาทความเป็นเพศที่ถูกกำหนดและประกอบสร้างขึ้นจากขนบธรรมเนียม ประเพณี โครงสร้างอำนาจ และกลไกทางสังคมต่างๆ ซึ่งส่งผลต่อการนิยามตนเองหรืออัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) และการแสดงบทบาททางเพศหรือตัวตนทางเพศของบุคคลในสังคม เช่น การแสดงบทบาทความเป็นหญิงหรือความเป็นชายหรือความเป็นเพศอื่นๆ ในสังคมของบุคคล เพศสภาพเป็นผลลัพธ์จากกระบวนการขัดเกลาทางสังคมที่เชื่อมโยงกับทัศนคติ ความเชื่อ วัฒนธรรม ค่านิยม ขนบธรรมเนียม ประเพณี ซึ่งไม่มีสถานะตายตัว สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยตามความแตกต่างทางสังคมและวัฒนธรรมและไม่จำเป็นจะต้องสอดคล้องกับเพศสรีระหรือเพศกำเนิดก็ได้

คำว่า “เพศสภาพ” ได้เคยถูกบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสถาปนาปฏิรูปแห่งชาติ โดยท่านศาสตราจารย์วรศักดิ์ อุวรรณโณ ประธานกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้มีการบัญญัติถ้อยคำใหม่ เช่น คำว่า “พลเมือง” “สมาชิกพลเมือง” และ “เพศสภาพ” เป็นต้น โดยเฉพาะคำว่า “เพศสภาพ” ถือเป็นถ้อยคำใหม่ ได้ถูกบัญญัติในมาตรา 35<sup>9</sup> ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งตามพจนานุกรม ฉบับบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้บัญญัติศัพท์ให้ ความหมาย คำว่า “เพศสภาพ” <sup>10</sup>ไว้ดังนี้ คือ

- 1) ความหมายทั่วไป หมายถึง ความแตกต่างระหว่างผู้ชายกับ ผู้หญิงตามเพศในทางกายวิภาค
- 2) ความหมายทางสังคมวิทยา หมายถึง การจำแนกทางสังคม ซึ่งไม่จำเป็นต้องแบ่งตามลักษณะทางกายวิภาคเสมอไป

<sup>7</sup> ไทยรัฐออนไลน์. (2556). *ฮือฮา! เยอรมนี ให้สิทธิ์เลือกเพศที่ 3 ได้*. หน้า 1.

<sup>8</sup> ชีรา ทองกระจ่าง. *อั่งแล้วเชิงจรรยาที่ 3*. หน้า 6.

<sup>9</sup> ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 35

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ **เพศสภาพ** อายุความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือ สังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

<sup>10</sup> วิชาญ ทรายอ่อน. (2558). *เพศสภาพ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1.

3) ตามความหมายในเชิงสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม “เพศ (sex)” หมายถึง ลักษณะทางชีวภาพที่ใช้ในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ออกเป็นผู้หญิง ผู้ชาย ส่วน “เพศสภาพ (gender)” หมายถึง ลักษณะในเชิงสังคมและจิตวิทยาสังคมที่ใช้เป็นพื้นฐานในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ว่า “เป็นหญิง (feminine)” “เป็นชาย (masculine)” หรือ “เป็นหญิงชาย (androgynous)” ซึ่งเป็นลักษณะผสมระหว่างลักษณะเด่นของความเป็นชายและความเป็นหญิง

“เพศสภาพ (Gender)”<sup>11</sup> สรุปได้ว่า ความเป็นหญิง ความเป็นชาย ที่มาจากความรู้สึกร่วมตัวหรือจากสถานภาพทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่สังคมและวัฒนธรรมปลูกฝัง ให้แสดงบทบาทหญิงหรือบทบาทชาย ดังนั้น เพศที่ถูกกำหนดโดยสังคมนี้อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาวะการณ์และเงื่อนไขในอีกยุคสมัยหนึ่งก็ได้คุณลักษณะของแต่ละเพศที่ปรากฏไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติแต่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยผ่านกระบวนการขจัดเกลางทางสังคมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นตัวตนทางสังคม ดังนั้น ความเป็นเพศจึงเป็นตัวกำหนดความเป็นตัวตน ทักษะและความสัมพันธ์ที่มีต่อผู้อื่นของคนในแต่ละเพศ ดังนั้น คำว่า เพศ (Sex) กับเพศสภาพ (Gender) จึงมีความแตกต่างกัน เนื่องจากเพศ (Sex) เป็นลักษณะทางกายภาพที่อาจเปลี่ยนไม่ได้ แต่เพศสภาพ (Gender) เปลี่ยนแปลงได้เพราะเป็นสิ่งที่ถูกสร้างและให้คุณค่าจากสังคม

2.1.1.3 “เพศวิถี (Sexuality)” หมายถึง ค่านิยม บรรทัดฐาน และระบบวิถีคิด วิถีปฏิบัติ การแสดงออกเกี่ยวกับความปรารถนาทางเพศ คู่รัก ชีวิตคู่ ที่มีความสัมพันธ์กับสังคมและวัฒนธรรม<sup>12</sup> และในด้านความรักความรู้สึกซึ่งหมายรวมถึงรสนิยมทางเพศ ความรู้สึกดึงดูด ความปรารถนาทางเพศ ความรู้สึกรักใคร่ชอบพ หรือพฤติกรรมในความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคล ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ดังนี้ การรักเพศตรงข้าม (Heterosexuality) หมายถึงการที่บุคคลรักใคร่ชอบพ ฟังพอใจ หรือมีความรู้สึกดึงดูดทางเพศต่อบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศที่ตรงข้ามกับตนเอง เช่น ความรักระหว่างชายกับหญิง การรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) หมายถึงการที่บุคคลรักใคร่ชอบพ ฟังพอใจ หรือมีความรู้สึกดึงดูดทางเพศต่อบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศแบบเดียวกับตนเอง การรักสองเพศ (Bisexuality) การที่บุคคลรักใคร่ชอบ พอฟังพอใจ หรือมีความรู้สึกดึงดูดทางเพศต่อบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศที่ตรงกันข้ามกับตนเอง และบุคคลที่มีอัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศแบบเดียวกับตนเอง<sup>13</sup> ซึ่งปัจจุบันองค์การสหประชาชาติได้ให้ความคุ้มครองเพศวิถีของคนส่วนน้อยหรือที่รู้จักกันในนามของ “กลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ” ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายในวิถีทางเพศ

<sup>11</sup> วิชาญ ทราญอ่อน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 2.

<sup>12</sup> บุญสืบ โสโสม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 2.

<sup>13</sup> ชีรา ทองกระจาย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 7.

และอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ กลุ่มบุคคลซึ่งมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน หรือมีอัตลักษณ์หรือความสัมพันธ์แบบบุคคลรักเพศเดียวกัน (Same-sex behaviour, Identities or Relations) ได้แก่ หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) และบุคคลรักสองเพศ (Bisexual) กลุ่มบุคคลซึ่งมี อัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสภาพตามกำเนิด (Non-binary gender identities) ได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบางครั้งยังรวมถึงกลุ่มบุคคลซึ่งมีความซับซ้อนในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่บุคคลอินเทอร์เซ็ก (Intersex Person) ในทางระหว่างประเทศจึงรู้จักกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในอีกชื่อหนึ่งว่า “กลุ่ม LGBTQ”

คำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ”<sup>14</sup> เคยเป็นคำที่มีการเสนอให้บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาแล้ว โดยนายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง ในฐานะสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ได้พยายามนำเสนอคำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” ที่หมายถึงเพศที่สามเข้าไปในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ แต่เมื่อมีการลงคะแนนก็แพ้ไปอย่างกำลัง ในรายละเอียดส่วนที่เป็นเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติทางเพศ ระบุให้ปกป้องคุ้มครอง ครอบคลุมถึงบุคคลซึ่งมี “อัตลักษณ์ทางเพศ” ซึ่งเป็นเพศที่ต่างไปจากเพศชายและเพศหญิงไว้ด้วย

สำหรับประเทศไทย ความหลากหลายทางเพศน่าจะอยู่คู่กับสังคมไทยมานานแล้วจากหลักฐานกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่สันนิษฐานว่าใช้สืบต่อกันมาตั้งแต่สมัยต้นกรุงศรีอยุธยาหรือก่อนก่อตั้งกรุงศรีอยุธยา จนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ปรากฏการกล่าวถึง “กะเทย” ในพระอัยการ ลักษณะภยาน ในส่วนที่กล่าวถึงบุคคล 33 จำพวกที่จะเอามาเป็นพยานมิได้ ได้แก่ คนที่ไม่อยู่ในศีล คนที่ไม่มีเรือน คนจรจัด คนที่กุ่มนี้ยืมสินหรือเป็นลูกหนี้ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คนขอทาน คนที่เป็นทาสของของ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คนหูหนวก คนตาบอด คนที่เป็นญาติของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คนที่เป็นมิตรสหาย หรือเพื่อนสนิทของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หญิงโสเภณีหญิงแพศยา หญิงมีครรภ์คนที่ทะเลาะวิวาทกับ คู่ความ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กะเทย บัณเฑาะก์ คนมักมาก พ่อมดแม่มด คนที่เป็นโรคร้ายแรง คนวิกลจริต เด็กอายุไม่ถึง 7 ปี คนแก่อายุเกิน 70 ปี คนที่เป็นหมอเถื่อนไม่ได้เรียนตำราแพทย์ ช่าง เกือก คนที่พูดส่อเสียด ชาวประมง คนที่เดินกินรำกินเลี้ยงชีพ นักเลงพนัน คนเล่นดนตรีขอทาน โจร คนที่มีโทโสมาก และเพศฆมาต จากตัวอย่างนี้ จะเห็นได้ว่าบุคคลประเภทต่างๆ ที่ไม่สามารถมาเป็นพยานได้นั้น<sup>15</sup>

<sup>14</sup> วิชาญ ทราชอ่อน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 2.

<sup>15</sup> ชีรา ทองกระจาย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 16.

เท็ดสคัตต์ ร่มจำปา<sup>16</sup> กล่าวว่า “กะเทย” และ “บั้นเฑาะก์” ในกฎหมายตราสามดวง มีการบัญญัติคำแยกออกจากกันแสดงว่าคน 2 ประเภทนี้มีความแตกต่างกัน บั้นเฑาะก์ น่าจะหมายถึงคนที่ไม่ปรากฏเพศหญิงหรือเพศชาย หรือคนที่มีอวัยวะเพศที่ไม่สามารถระบุบอกเพศได้แน่ชัด (Intersex, hermaphrodite) ส่วนคำว่า กะเทย ในกฎหมายตราสามดวงน่าจะหมายถึง บุคคลซึ่งมีกิริยาท่าทางตรงข้ามกับเพศของตน จึงสามารถอนุมานได้ว่า กะเทยและบั้นเฑาะก์เป็นกลุ่มบุคคลซึ่งมีตัวตนเป็นส่วนหนึ่งในสังคมไทยตั้งแต่อดีต

อย่างไรก็ตามโดยธรรมชาติแล้วนั้น เพศที่ปรากฏและถูกบัญญัติรับรองก็คือเพศชายหรือเพศหญิงเท่านั้น ไม่ได้มีบัญญัติเกี่ยวกับเพศที่สามแต่อย่างใด ซึ่งในสังคมปัจจุบันมีบุคคลซึ่งแสดงออกทางกายภาพไม่ตรงกับเพศที่บัญญัติรับรองจำนวนมากขึ้น ในหัวข้อต่อไปจะได้อธิบายทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีรี่

### 2.1.2 ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีรี่ (Queer Theory) กับความหลากหลายทางเพศ

มนุษย์สามารถแสดงออกในบทบาททางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศได้หลายรูปแบบ แต่เนื่องด้วยสังคมถูกควบคุมด้วยบรรทัดฐานแบบรักต่างเพศและความรู้ทางวิทยาศาสตร์จึงทำให้การแสดงออกทางเพศถูกจำกัดอยู่แค่เพียง คำว่า “เพศ” ตามธรรมชาติเท่านั้น ทางชีววิทยาซึ่งแบ่งแยกเพศเป็นสองแบบเท่านั้น คือเพศชายและเพศหญิง และบุคคลก็ต้องแสดงออกให้ตรงตามเพศสรีระ ถ้าบุคคลแสดงบทบาททางเพศ ตรงข้ามกับเพศสรีระก็จะถูกมองว่า “ผิดปกติ” สตรีนิยมพยายามลบล้างความคิดมายาคติที่เกิดจากระบบสองเพศและเสนอให้มองการแสดงออกทางเพศในมิติทางสังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งชี้ให้เห็นว่ามีอำนาจทางสังคมบางประการเข้ามากำหนดและควบคุมความเข้าใจเกี่ยวกับเพศสภาพและเพศวิถีของมนุษย์ และมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจและทำลายอำนาจเหล่านั้น เพื่อจะไม่ทำให้เกิดการแบ่งแยกกีดกันและสร้างอคติให้กับกลุ่มคนซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศต่างไปจากบรรทัดฐานที่สังคมกำหนด<sup>17</sup>

การเกิดขึ้นของแนวคิดทฤษฎีควีรี่มาจากช่วงทศวรรษ 1990 ซึ่งนักวิชาการสายสตรีนิยมในคลื่นลูกที่สามพยายามตั้งคำถามเกี่ยวกับการแสวงหาความรู้ที่เกิดจากทฤษฎี Gender และ Sexuality รวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์ในฐานะเป็นการเมืองเชิงอัตลักษณ์ และผลพวงของการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ในทศวรรษ 1980 คำว่า “ควีรี่” จึงมีความหมาย

<sup>16</sup> เท็ดสคัตต์ ร่มจำปา. (2545). *วาทกรรมเกี่ยวกับ “เกย์” ในสังคมไทย พ.ศ. 2508-2542*. วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 16.

<sup>17</sup> ธัญญาภัส ทอมนุสิทธิ์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 62.

กว้าง และอยู่ภายใต้กระแสความคิดแบบ (Post Modern) โปสต์มอดิร์นนิสต์<sup>18</sup> แนวคิดหลังโครงสร้างนิยมและการรื้อสร้าง (Deconstructionism) หรืออาจอธิบายได้ว่าแนวคิดเคียวร์สนใจที่จะท้าทายทฤษฎีกระแสหลักที่อธิบายเรื่องเพศแบบเหตุผลและวิทยาศาสตร์รวมทั้งการตั้งคำถามต่อไปว่า วิธีคิดในการจัดประเภท Gender และ Sexuality ซึ่งมีรากเหง้ามาจากความรู้ทางการแพทย์และเพศศึกษาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งทำให้เรื่องเพศถูกจัดระเบียบกฎเกณฑ์ราวกับเป็นวัตถุสิ่งของการตั้งคำถามเหล่านี้อาศัยความคิดแบบหลังโครงสร้างนิยม (Post-Structuralist) มาใช้เพื่อชี้ให้เห็นว่าการสร้างความจริงต่อเรื่องเพศที่ผ่านมายายามแบ่งแยกกีดกันจนทำให้เกิดคู่ตรงข้ามระหว่าง “เพศปกติ (Normative)” และ “เพศผิดปกติ (Deviance)”<sup>19</sup>

ในปัจจุบัน ขอบเขตและความชัดเจนของนิยามของคำว่าเคียวร์ยังคงเป็นที่ถกเถียงอย่างกว้างขวาง เนื่องด้วยนักทฤษฎีเคียวร์ยังคงตั้งใจที่จะเปิดพื้นที่ของความหมายที่คลุมเครือ และเปิดกว้างไว้รองรับความเป็นไปได้อื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือขบวนการ LGBTQ ทั้งนี้จูดิธ บัตเลอร์ (Judith Butler) นักทฤษฎีเคียวร์คนสำคัญได้นำเสนอว่า แท้ที่จริงแล้ว เคียวร์จำเป็นต้อง ยืนยันความเป็นไปได้ในการที่จะปล่อยตัวมันเองให้ถูกปราบปรามโดยผู้ซึ่งถูกกีดกันออกจากคำศัพท์ดังกล่าว แต่เป็นผู้ซึ่งคาดหวังที่จะถูกนำเสนออย่างเป็นเหตุเป็นผลด้วย คำศัพท์ดังกล่าว ซึ่งจุดมุ่งหมายที่สำคัญของทฤษฎีเคียวร์ คือการทำลายสาร์ตอะทางเพศภาวะและเพศวิถีที่ผูกติดอยู่กับบรรทัดฐานแบบรักร่วมเพศและรักต่างเพศ ที่ได้รับอำนาจและความชอบธรรมจาก องค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่อธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ ดังที่สะท้อนให้เห็นในข้อเสนอของนฤพนธ์ ค้วงวิเศษ ที่กล่าวว่า การสร้างความรู้และความจริงเกี่ยวกับมนุษย์สังคม และวัฒนธรรม เกิดจากกระบวนการที่อ้างอิงความรู้เรื่องเพศแทบทั้งสิ้น แนวคิดทฤษฎีที่ใช้อธิบายสังคมจึงล้วนเต็มไปด้วยท่าทีที่มนุษย์มีต่อเพศในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง<sup>20</sup> ภารกิจหลักของเคียวร์คือการท้าทายโครงสร้างทางความคิดและ

<sup>18</sup> Post Modern คือ แนวความคิดที่มาหลังจากยุค modern ซึ่งเป็นช่วงหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมที่อะไรต่างๆถูกกำหนดอยู่ในหลักเกณฑ์และทฤษฎี แต่ยุค postmodern เป็นยุคที่ปฏิเสธสิ่งเดิมๆในยุค Modern โดยเน้นเสรีภาพและอิสระของบุคคล ไม่เชื่อในโลกของความจริง ไม่เชื่อเรื่องความเป็นสากล เพราะเชื่อว่าแต่ละคนแต่ละวัฒนธรรมนั้นมีเหตุผลของตัวเอง ไม่ควรจะให้ใครมาตัดสินว่าอันไหนสิ่งใดดีที่สุด แล้วคิดว่าสิ่งนั้นต้องดีสำหรับคนอื่นด้วย ดังนั้นจึงไม่คิดว่าสังคมที่คิดว่าเป็นสากลนั้นไม่มีจริง

<sup>19</sup> นฤพนธ์ ค้วงวิเศษ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 1.

<sup>20</sup> ดิฉณภพจ์ สีนสมบุรณ์ทอง. (2560). อัตลักษณ์รวมกลุ่มของสมาชิก “เพงน้องง” ในฐานะญาณวิทยาเคียวร์. มหาบัณฑิตสาขาการพัฒนาศึกษา วิทยาลัยเศรษฐศาสตร์และรัฐศาสตร์แห่งลอนดอน (LSE). *วารสารสังคมวิทยา มานุษยวิทยา*, 1(1). หน้า 69 – 71.

โครงสร้างทางสังคมแบบปิตาธิปไตย<sup>21</sup> (patriarchy) ที่เข้าควบคุมเพศภาวะและเพศวิถีในนามของระเบียบวินัย ความเหมาะสมและความปกติ ในขณะที่เดียวกันก็สร้างความไร้ระเบียบวินัย ความไม่เหมาะสมความผิดปกติและความเป็นอื่นให้เป็นคู่ตรงข้ามที่ด้อยกว่า ทั้งนี้ การใช้คำว่า “เคเวียร์” ในฐานะคำกริยา ซึ่งหมายถึง “การสั่นคลอนสมมติฐานว่าด้วยการกระทำที่ถูกแบ่งแยกเพศและเกี่ยวกับเรื่องเพศ” สะท้อนให้เห็นว่า สมมติฐานของความรู้ที่มักได้รับการอธิบายผ่านกรอบวิทยาศาสตร์ที่จำแนกคู่ตรงข้ามในแง่เพศภาวะและเพศวิถีซึ่งผูกติดไว้ด้วย เพศสรีระภายใต้กรอบคิดแบบคู่ตรงข้ามที่มีอำนาจและสถานะไม่เท่าเทียมกันอันได้แก่ ธรรมชาติ-อธรรมชาติ สิ่งปกติ - ผิดปกติ และเหมาะสม - ไม่เหมาะสม แท้ที่จริงแล้วเป็นสิ่งที่สามารถทำลายได้

เมื่ออัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏอยู่ในตัวคนเป็นสิ่งที่ไม่มีเอกภาพ ดังนั้น อัตลักษณ์ หญิงชาย เลสเบียน เกย์ กะเทย คนข้ามเพศ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นอัตลักษณ์ที่ไม่มีแก่นแท้แน่นอน หากแต่มีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปตามความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างตัวบุคคลกับสังคม ข้อวิจารณ์ของแนวคิดแบบเคเวียร์จึงเปิดพรมแดนให้เกิดข้อถกเถียงว่าอะไรคือ “ตัวตน” หรือ “อัตลักษณ์” ที่แท้จริงของมนุษย์ เคเวียร์จึงไม่เชื่อในเรื่องความ “จริงแท้” ของเพศสภาพและเพศวิถี เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นผลที่เกิดจากการสร้างความรู้และความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันในสังคม เพราะขบวนการสร้างความรู้แยกไม่ออกจากการใช้อำนาจของกลุ่มคน ไม่ว่าจะป็นกลุ่มคนรักเพศเดียวกันหรือคนรักต่างเพศก็ล้วนแล้วแต่อ้างความรู้เพื่อการต่อสู้ขัดขืนบางอย่างเพื่อตอกย้ำอัตลักษณ์ของตนเอง เพื่อปลดปล่อยและเพื่อต่อต้าน เพื่อกดทับและควบคุมอัตลักษณ์ของคนบางกลุ่มในการช่วงชิงความหมายดังกล่าวนี้ทำให้ขบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเรื่องที่ถูกสร้างและเปลี่ยนแปลงไปตามช่วงเวลาในประวัติศาสตร์<sup>22</sup>

ซึ่งข้อถกเถียงข้างต้นคู่ได้จากการศึกษาของ Sedgwick (1990) เรื่อง Epistemology of the Closet<sup>23</sup> ซึ่งอธิบายว่า วัฒนธรรมตะวันตกพยายามสร้างความจริงเกี่ยวกับเพศวิถีแบบคู่ตรงข้ามระหว่าง “รักต่างเพศ และรักเพศเดียวกัน” คู่ตรงข้ามนี้ทำให้บุคคลนำตัวเองเข้าไปอยู่ในกล่องเพื่อที่จะต่อสู้ซึ่งกันและกัน เช่น กลุ่มเกย์และเลสเบียน เชื่อว่าอัตลักษณ์ของตนเองเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับผู้ชายผู้หญิง จึงพยายามที่จะเรียกร้องความเท่าเทียมทางสังคม ตัวอย่างนี้สะท้อนวิถีคิดแบบคู่ตรง

<sup>21</sup> ปิตาธิปไตย (patriarchy) เป็นระบบสังคมแบบหนึ่งที่ซึ่งเพศชายเป็นผู้กุมอำนาจหลักและครอบงำบทบาทในด้านผู้นำการเมือง อำนาจหน้าที่ทางศีลธรรม เอกสิทธิ์ทางสังคม และการควบคุมทรัพย์สิน สังคมปิตาธิปไตยบางแห่งยังเป็นสังคมแบบสืบทอดทางพ่อ (patrilineal) ด้วย หมายความว่า ทรัพย์สินและยศฐาบรรดาศักดิ์นั้นสืบทอดโดยสายสกุลเพศชาย

<sup>22</sup> รัชัญญาภัต ทองมุสิทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 63-64.

<sup>23</sup> รัชัญญาภัต ทองมุสิทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 64.



ข้ามที่ถูกสร้างขึ้นในสังคมตะวันตก ถ้าคนในสังคมยังเชื่อว่าวิถีคิดแบบคู่ตรงข้ามเป็นความจริง ก็จะมียิ่งสร้างความรุนแรงมากเท่านั้น ในการศึกษาของไมเคิล วอร์เนอร์ เรื่อง Fear of the Queer Planet<sup>24</sup> อธิบายในทำนองเดียวกันว่าสังคมรักต่างเพศพยายามจัดระเบียบกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่แบ่งแยกเพศออกเป็นสองขั้วระหว่างรักต่างเพศที่ถือว่า “ปกติ” และ รักเพศเดียวกันที่ถูกจัดให้เป็นความ “ผิดปกติ” สิ่งเหล่านี้คืออำนาจที่รักต่างเพศพยายามกดทับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมและอัตลักษณ์แบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งวอร์เนอร์เสนอคำว่า “Heteronormativity” เพื่อที่จะวิพากษ์วิจารณ์อำนาจและความรู้ที่มาจากรักต่างเพศ อำนาจดังกล่าวนี้มองอัตลักษณ์ทางเพศ แบบความจริงแท้ โดยละเอียดที่จะมองความหลากหลายของการแสดงความหมายการแสดงพฤติกรรมและอารมณ์ความรู้สึกทางเพศในแบบอื่นๆ

นอกจากนี้ ความหลากหลายที่เกิดขึ้นกับอัตลักษณ์ทางเพศแล้ว ในการศึกษาเรื่อง The Trouble with Normal วอร์เนอร์ยังอธิบายให้เห็นว่าภายในกลุ่มอัตลักษณ์ทางเพศแต่ละกลุ่มก็ยังมี ความหลากหลาย เช่น ในกลุ่มเกย์ เลสเบียน มีการแสดงออกที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับฐานะทางสังคม ฐานะทางเศรษฐกิจ เชื้อชาติ หรือศาสนา แต่ความหลากหลายเหล่านี้จะถูกมองข้ามไปในกลุ่มเกย์ที่เป็นนักต่อสู้และนักเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิทางกฎหมาย เช่น สิทธิการแต่งงาน วอร์เนอร์วิจารณ์ว่าเกย์ที่เป็นนักต่อสู้พยายามนำระบบครอบครัวแบบรักต่างเพศมาใช้กับชาวเกย์ เพื่อให้ชีวิตเกย์เหมือนกับรักต่างเพศ การกระทำดังกล่าวนี้เบียดขับให้เกย์ที่ใช้ชีวิตคู่ที่ต่างไปจากรักต่างเพศ กลายเป็นกลุ่มคนที่แปลกแยก หรือถูกมองข้ามไป ดังนั้นเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกย์ตกอยู่ได้วิถีคิดแบบรักต่างเพศ นักต่อสู้เพื่อสิทธิเกย์ทั้งหลายควรเปิดพื้นที่ให้มีการแสดงออก และการใช้ชีวิตทางเพศได้หลายรูปแบบ โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดอยู่กับระบบครอบครัวแบบรักต่างเพศเพียงแบบเดียว<sup>25</sup>

จากทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีเยอร์ จะเห็นได้ว่า เพศของมนุษย์ไม่ได้จำกัดเพียงเพศกำเนิด คือ เพศชายและหญิงเท่านั้น แต่มนุษย์ยังมีความแตกต่างหลากหลายทางเพศซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าอัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศ ไม่จำเป็นต้องตรงกับความคิดหรือมาตรฐานของสังคม หรือจะกล่าวได้ว่าไม่จำเป็นที่บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายจะต้องคู่กับบุคคลซึ่งมีเพศกำเนิดเป็นหญิง และเพศของมนุษย์นั้นไม่สามารถจัดได้แค่เพศหญิงหรือเพศชายเท่านั้น ดังนั้น การศึกษาทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีเยอร์ จึงศึกษาไปถึงการให้การสนับสนุนสิทธิการสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยทางเพศ และบุคคลเหล่านั้น ไม่สมควร

<sup>24</sup> ธัญญาภัส ทองมูลทิพย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 64.

<sup>25</sup> กนกพร อริยา. (2561). *การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์ สาธารณสุขศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาสาธารณสุขศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่. หน้า 25.

ถูกเลือกปฏิบัติเหมือนบุคคลชายขอบของสังคม และกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองบุคคลเหล่านั้น โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ<sup>26</sup>

นอกจากทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเกย์รัยยังมีแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องเพศของมนุษย์ที่ใช้ในการอธิบายแนวคิดเรื่องเพศ ผู้วิจัยจะทำการศึกษา นำเสนอทฤษฎีสารัตถะนิยมเรื่องเพศของมนุษย์ ลำดับต่อไปนี้

### 2.1.3 ทฤษฎีสารัตถะนิยมเรื่องเพศของมนุษย์

ในสังคมได้แบ่งคนให้แยกออกเป็น 2 เพศที่มีลักษณะแบบคู่ขั้วตรงข้าม (binary opposition) คือ เพศหญิงและเพศชาย โดยเชื่อว่ามนุษย์เกิดมาพร้อมกับมีแก่นแกนของความเป็นตัวตน (essence) ที่กำหนดโดยธรรมชาติอยู่แล้ว ดังนั้น คนที่เกิดมาเป็นผู้ชายและผู้หญิงจึงมีลักษณะแตกต่างกันตามอวัยวะเพศ เมื่อคนเกิดมาเป็นผู้ชาย (มีอวัยวะเพศแบบชาย) หรือเกิดมาเป็นผู้หญิง (มีอวัยวะเพศหญิง) ก็จะต้องเป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง และไม่อาจเป็นทั้งสองอย่างได้ ความเข้าใจเช่นนี้ มิได้น้อมรับตรรกะของความต่อเนื่องเชื่อมโยงหรือตรรกะของการอยู่ร่วมกัน<sup>27</sup>

แนวคิดสารัตถะนิยมถือเป็นแนวคิดกระแสหลักที่มีอิทธิพลต่อความคิดความเชื่อของคนในสังคม แนวคิดนี้เชื่อในเรื่องระบบความจริงที่เป็นหนึ่งหรือเป็นแก่นแกนของความเป็นธรรมชาติมีความเป็นสากลคือลักษณะแน่นอนตายตัว ไม่มีการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ มองเรื่องเพศ (sexuality) เป็นเรื่อง ปกติ ธรรมดา ที่ตายตัวไม่มีวันเปลี่ยนแปลง<sup>28</sup> เป็นเรื่องของสัญชาตญาณ หรือแรงขับซึ่งต้องการการเติมเต็มโดยผ่านกิจกรรมทางเพศ โดยเป็นแรงขับระหว่างชายหญิงรักต่างเพศที่ลงเอยด้วยหน้าที่สืบทอดเผ่าพันธุ์ผ่านการมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอด ในการอธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ตามแนวคิดสารัตถะนิยมได้เริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษ ที่ 18 ภายใต้องค์ความรู้ของศาสตร์วิชา “เพศศึกษา (Sexology)” ซึ่งเป็น ผลมาจากการที่นักเพศศาสตร์ (Sexologist) ได้นำความรู้ทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์สาขาต่างๆ เช่น ชีววิทยา จิตเวชศาสตร์ ประสาทวิทยา เป็นต้น มาใช้อธิบายเรื่องเพศของมนุษย์ในทางกายภาพ (Physical Sex) จนกระทั่งได้ข้อสรุปว่าเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและมีความสัมพันธ์กับสรีระ อันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญคือการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรมวิปปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศ

<sup>26</sup> ธัญญาภัส ทองมุสิกข์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 65.

<sup>27</sup> สุชาดา ทวีสิทธิ์. (2547). *เพศภาวะ: การทำทนายร่าง การค้นหาตัวตน*. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง. หน้า 227.

<sup>28</sup> สุมาลี โตกทอง. (2549). *การให้ความหมายและการต่อรองในชีวิตคู่ของหญิงรักหญิง*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (สตรีศึกษา) วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11.

สตรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความเป็ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็ยความเจ็บป่วยหรือเป็ยโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษาความรู้เรื่องเพศดังที่ได้กล่าวมานั้นนักเพศศาสตร์เห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความเป็นสากลและเป็นเอกภาพโดยสามารถใช้อธิบายได้กับทุกสังคมและวัฒนธรรม<sup>29</sup>

โดยแนวคิดนี้เชื่อมโยงมองอีกว่าเพศยังเป็นตัวการสำคัญที่กำหนด บุคลิกภาพ เป็นเพศหรือเพศสภาพรวมถึงวิถีทางเพศอีกด้วยกล่าวคือ แนวคิดนี้มีสมมุติฐานว่าด้วย “ธรรมชาติ” ถ้าคุณเกิดมาพร้อมอวัยวะเพศชนิดหนึ่ง (อวัยวะเพศหญิง/ชาย) อวัยวะเพศนั้นจะเป็นเครื่องบ่งว่าเราเป็นเพศอะไร(ชายหรือหญิง) และคนๆนั้นจะปรากฏมีความเป็นผู้ชายหรือความเป็นผู้หญิงโดยธรรมชาติที่ถูกต้องสอดคล้องกับเพศของตนเอง และคุณจะมีความรู้สึกและความต้องการโดยธรรมชาติทางเพศกับเพศอื่นที่มีอวัยวะทางเพศที่ต่างไปจากตัวเอง ในวิธีคิดเช่นนี้ เพศ เพศสภาพและวิถีทางเพศจึงเป็ยสิ่งที่เชื่อมโยงสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน โดยสังคมจะทำทุกทางในการทำให้เพศชายดำรงลักษณะของ “ความเป็นชาย” และผู้หญิงดำรงลักษณะของ “ความเป็นหญิง” ไว้เพื่อที่จะรักษาระเบียบทางธรรมชาติและความสะดวกของสังคมไว้<sup>30</sup>

สรุปได้ว่า ทฤษฎีสารัตถะนิยมเป็ยทฤษฎีอธิบายเรื่องเพศ โดยเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็ยสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและมีความสัมพันธ์กับสตรีระอันเป็ยเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญ คือ การสืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้น ได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสตรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความความเป็ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็ยความเจ็บป่วยหรือเป็ยโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ดังนั้น ในการศึกษานี้จึงต้องนำทฤษฎีต่างๆ มาพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายในการคุ้มครองของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ต่อไป

## 2.2 การรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(The Universal Declaration of Human Rights)ได้เป็ยที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในเวทีประชาคมโลก ถึงแม้จุดเริ่มต้นของปฏิญญานี้จะมีได้มีสถานะเป็ยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในเวลาต่อมาก็กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันระดับสากล ซึ่งรัฐต่างๆในประชาคมโลก ต่างก็ยังต้องการให้หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนี้มีผล

<sup>29</sup> ชัยญาภัส ทงมูสิทธิ. อ่างแล้วเชิงอรอดที่ 1. หน้า 65-66.

<sup>30</sup> สุธรรม ธรรมรงค์วิทย์. (2548). *อำนาจและการจัดขึ้น: ชายรักชายในสังคมที่ความสัมพันธ์ต่างเพศเป็ยใหญ่*. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11-12.

ผูกพันในทางระหว่างประเทศในฐานะสนธิสัญญา โดยนอกจากจะมีผลทั้งในแง่เป็นแรงบันดาลใจในการผลักดันให้นานาประเทศสร้างกฎหมายภายในเพื่อรองรับหลักการสิทธิมนุษยชนที่อยู่ในปฏิญญาแล้ว ปฏิญญาดังกล่าวยัง กระตุ้นการเกิดสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนเฉพาะด้านต่างๆ มากมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า การที่ประชาคมโลกยอมรับหลักการในปฏิญญาดังกล่าวในข้อกำหนดต่างๆ นั้น โดยปฏิญญาสากลจึงน่าจะพัฒนาไปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันมีผลผูกพันรัฐต่างๆ ได้<sup>31</sup> ซึ่งผู้วิจัยจะได้ศึกษาหลักการ ที่มาของการคุ้มครองสิทธิตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองบุคคล ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights - UDHR)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยสมาชิกประเทศต่างๆ ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลกได้รับการรับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491<sup>32</sup> ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่างๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมโดยวัตถุประสงค์หลักของการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็เพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนที่จะได้รับการคุ้มครอง<sup>33</sup>

<sup>31</sup> วรพจน์ สืบประเสริฐกุล. (2558). สถานะของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สมัยปัจจุบัน. *วารสารรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี*. 4(1). หน้า 80 -81.

<sup>32</sup> คณะผู้จัดทำและปรับปรุงคำแปลปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1.นายอิทธิพร บุญประคอง รองอธิบดีกรมองค์การระหว่างประเทศ 2.นายฉัฐวัฒน์ กฤษณามระ ผู้อำนวยการกองการสังคม กรมองค์การระหว่างประเทศ 3.นางศิริลักษณ์ นิยม เจ้าหน้าที่การทูต 7 กองการสังคม กรมองค์การระหว่างประเทศ 4. นางสาวปริม มาศรีนวล เจ้าหน้าที่การทูต 5 กองกฎหมาย กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย 5.นางสาวพรพรม เพชรคล้าย เจ้าหน้าที่การทูต 5 กองการสังคม กรมองค์การระหว่างประเทศ 6. นายกันตภณ พร้อมมูล นักศึกษาฝึกงาน ปฏิบัติหน้าที่ ที่กองการสังคม กรมองค์การระหว่างประเทศ. (2551). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. จัดพิมพ์กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. หน้า 18.

<sup>33</sup> ธรรมนูญส ทงมูสิทธี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 87.

โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีเนื้อหาประกอบไปด้วยข้อความที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหมดจำนวน 30 ข้อ ซึ่งพิจารณาจำแนกสิทธิมนุษยชนออกเป็นประเภทต่างๆ โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้ดังนี้

1) สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ซึ่งปรากฏบัญญัติ 21 ข้อ โดยข้อแรกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม คือ “สิทธิในการดำรงชีวิต (The Right to Life)” “เสรีภาพ (Liberty) ทรัพย์สิน (Property)” “ความเสมอภาค (Equality)” “ความยุติธรรม (Justice)” “การแสวงหาความสุข (The Pursuit Happiness)”

2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic Social and Cultural Rights) สิทธิดังกล่าวได้มีการบัญญัติรับรองไว้เริ่มตั้งแต่ข้อที่ 22 เป็นต้นไป เช่น “สิทธิในการศึกษา (The Right to Education)” “สิทธิในการทำงาน (The Right to Work)” “สิทธิที่จะจัดตั้งสหภาพแรงงาน (The Right to Form Trade Union)” เป็นต้น<sup>34</sup>

โดยปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 เนื้อหาในปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้ด้วยความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ทำให้กลุ่มบุคคลซึ่งมีเพศวิถีแบบรักต่างเพศ เป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ยังไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น<sup>35</sup>

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของปฏิญญาฯ ทำให้เห็นถึงแนวความคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนได้แก่

- 1) ความอิสระเสรี และมีศักดิ์ศรีและสิทธิเท่าเทียมกัน
- 2) การปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง
- 3) การมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่าง ในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใดชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด

<sup>34</sup> ธรรมนูญฯ ทอมุสทิธี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 88.

<sup>35</sup> ธรรมนูญฯ ทอมุสทิธี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 88.

4) การจำแนกข้อแตกต่างของแต่ละบุคคลโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางการเมืองการศาล หรือทางการเมืองระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลดังกล่าวจะกระทำมิได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะมีได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศไว้อย่างชัดเจน หากเมื่อพิจารณาจากคำปรารภของปฎิญญาฉบับนี้ที่เริ่มว่า

"ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิดและสิทธิในความเสมอภาคและรวมถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงในครอบครัวของมนุษย์นั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพของโลก...ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชายและหญิงและได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้น..."<sup>36</sup>

จากคำปรารภจะเห็นได้ว่า ปฎิญญาสากลฉบับ นี้ได้ให้การรับรองเฉพาะความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลซึ่งมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แต่อย่างใด โดยได้มีการรับรองสิทธิอันเป็นสิทธิโดยกำเนิดของมนุษย์ว่ามีความเสมอภาคกันและแม้ว่าในเรื่องสิทธิความเสมอภาคในทางเพศจะได้มีการรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิของเพศชายและเพศหญิง แต่มิได้มีการกล่าวถึงเรื่องความหลากหลายทางเพศของมนุษย์นั้น ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็นเรื่องความหลากหลายทางเพศของบุคคลนั้นเป็นเรื่องของ

ความหลากหลายทางรสนิยมและความพึงพอใจในทางเพศของบุคคล ซึ่งถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ในมนุษย์ที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศดังกล่าวเป็นการแบ่งเพศของมนุษย์ตามเพศสภาพโดยเรื่องเพศของบุคคลเท่านั้น<sup>37</sup>

ในลำดับถัดไปผู้วิจัยจะได้นำเสนอการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในระดับสากลตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 (พุทธศักราช 2509) ในเรื่องการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในลำดับต่อไป

<sup>36</sup> คำปรารภ ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1948

<sup>37</sup> วราภรณ์ อินทนนท์. (2555). *การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69.

## 2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 (พุทธศักราช 2509)

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม การให้สัตยาบันการภาคยานุวัติ รวมทั้งการที่บางรัฐอาจตั้งข้อสงวนการเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา ซึ่งสมาชิกใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พุทธศักราช 2519 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 (พุทธศักราช 2509) ได้มีการรับรองไว้โดยเนื้อหา ประกอบด้วยวรรคอารัมภบทและบทบัญญัติ 53 ข้อ โดยแบ่งเนื้อหาได้เป็นหกส่วน ดังนี้<sup>38</sup>

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 เพื่อเป็นการประกันว่าบุคคลซึ่งถูกละเมิด จะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการตีความตามกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ลง

ส่วนที่ 3 (ข้อ 6-27) กล่าวถึงสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอันได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพจากการทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาสการห้ามมิ

<sup>38</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง*. กรุงเทพฯ : SM เซอร์คิตเพรส. หน้า 15-17.

ให้มีการจับกุมบุคคลตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกกีดรอนสิทธิเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามจำคุกบุคคลด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ บุคคลมีเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน บุคคลย่อมมีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลัง สิทธิที่จะได้รับการรับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามที่จะแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของบุคคล การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามมิให้การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงคราม หรือการก่อให้เกิดการเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะสามารถชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยเหมาะสมในการที่จะมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิของเด็ก การรับรองว่าพลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะของรัฐ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและพึงที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

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

ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) กล่าวถึงการห้ามการตีความไปในทางที่จะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการห้ามมิให้ตีความไปในทางที่จะเป็นการกีดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อที่ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคีและการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ซึ่งมีการบัญญัติรับรองของการสมรส และสร้างครอบครัวไว้ในข้อ 23<sup>39</sup> บัญญัติไว้ว่า

- 1) ครอบครัวเป็นหน่วยรวมของสังคมซึ่งเป็นพื้นฐานและเป็นธรรมชาติ และย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ
- 2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรสและมีครอบครัวย่อมได้รับการรับรอง
- 3) การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมอย่างเต็มที่ของผู้ที่เจตนาจะสมรสกันมิได้

<sup>39</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 54.



4) รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะดำเนินการที่เหมาะสมเพื่อประกันความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของกลุ่มสมรสในการที่จะสมรสระหว่างการสมรสและเมื่อการสมรสสิ้นสุดลงในกรณีการสิ้นสุดของการสมรสจะต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองที่จำเป็นแก่บุตร

โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พุทธศักราช 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 29 มกราคม พุทธศักราช 2540<sup>40</sup> แม้ว่าในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 (พุทธศักราช 2509) จะมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นของการสมรสของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศก็ตาม การแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของมนุษย์นั้น ควรที่จะรวมอยู่ในเหตุผลของการที่จะไม่นำมาเป็นเหตุที่จะเลือกปฏิบัติในทางเพศของบุคคลตามข้อ 2 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคล ทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานการณือื่น ๆ และประกอบกับข้อ 26 ของกติกาฉบับนี้ บัญญัติไว้ว่า บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาค และเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดอื่นใดเผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานการณือื่น ๆ<sup>41</sup>

โดยจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองเพศวิถีของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศอย่างเป็นรูปธรรมในองค์การสหประชาชาติได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี คริสต์ศักราช 1994 (พุทธศักราช 2537) จากการวางแนวทางของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Right Committee) ในคดี Toonen v. Australia ปี คริสต์ศักราช 1994 (พุทธศักราช 2537) โดยคณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎหมายอาญาของมลรัฐแทสมาเนียในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีการกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเพศชาย (Sexual Contact between Men) รวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นจากความยินยอมระหว่างชายที่เป็นบุคคลรักเพศเดียวกันซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วซึ่งได้กระทำในที่รโหฐาน (Sexual contact between consenting adult homosexual men in private) เป็นความผิดทางอาญานั้น ถือว่าเป็นมาตรการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรของรัฐและเป็นการแทรกแซงสิทธิในความ

<sup>40</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 18.

<sup>41</sup> ธรรมนูญส ทงมุสิทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 93.

เป็นส่วนตัวของบุคคลโดยอำเภอใจ ซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 17 วรรค 1 ของ ICCPR และเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ซึ่งอยู่ในกลุ่มเดียวกับ “เพศ (Sex)” ตามมาตรา 2 วรรค 1 และมาตรา 26 ของ ICCPR ซึ่งการตัดสินคดีของ Toonen v. ถือเป็น การวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับสิทธิของบุคคลรักเพศเดียวกัน ในระดับระหว่างประเทศ เป็นครั้งแรก ซึ่งเป็นผลมาจากการนำหลักการความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชนและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้ในการคุ้มครองเพศวิถีของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในฐานะเป็นคนส่วนน้อยของสังคม โดยภายใต้หลัก ความเป็นสากลและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 (พุทธศักราช 2491) ได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมเกิดมามีอิสรภาพ และมีความเท่าเทียมกันทั้งในศักดิ์ศรีและสิทธิ...” ซึ่ง “บุคคล ทุกคน (all human being)” ในที่นี้ย่อม หมายความว่ารวมถึงบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศด้วย ซึ่งเป็นการยืนยันอย่างชัดเจนว่าเพศวิถี ของคนส่วนน้อยย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคภายใต้บทบัญญัติมาตรา 27 ของ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (ICCPR)<sup>42</sup>

หลักการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในระดับสากล ตามหลักการออกยาคาร์ตาว่า ด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ผู้วิจัยจะได้ทำการขอล่าไว้ในลำดับต่อไปนี้

### 2.2.3 หลักการออกยาคาร์ตาว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใน ประเด็น วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (Yogyakarta Principles: The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในด้านศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ บรรดา สิทธิมนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความเชื่อมโยงซึ่งกันและกันไม่สามารถแบ่งแยกจาก กันได้ และมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน “วิถีทางเพศ (Sexual Orientation)”<sup>43</sup> และ “อัตลักษณ์ทาง เพศ (Gender Identity)”<sup>44</sup> เป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคลและจัก

<sup>42</sup> รัญญาภัธ ทองมุสิก. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 1. หน้า 74-75.

<sup>43</sup> "วิถีทางเพศ" หรือ Sexual Orientation หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจลึกซึ้ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่ และทางเพศ และในสัมพันธภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์ และในทางเพศ ที่มีต่อปัจเจกบุคคล ซึ่งมีเพศสภาพ (gender) ที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกัน หรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ

<sup>44</sup> "อัตลักษณ์ทางเพศ" หรือ Gender Identity หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพ (gender) อันสามารถรู้สึกได้ ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อเกิด รวมทั้ง ความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ หรือระบบการทำงานของร่างกาย

ต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรม ได้มีความก้าวหน้าต่างๆ เป็นอันมากในการให้หลักประกันแก่ผู้ที่มีวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศต่างๆ ที่จะสามารถดำรงชีวิตด้วยศักดิ์ศรีที่เสมอภาคกัน และการให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีดังกล่าวซึ่งบุคคลทั้งมวลสามารถใช้สิทธิได้ ปัจจุบันรัฐต่างๆ หลายรัฐได้มีกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ที่เป็นหลักประกันถึงสิทธิต่างๆ ในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยปราศจากความแตกต่างทางด้านเพศวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

หลักการ Yogyakarta<sup>45</sup> เป็นหลักการที่สร้างความเข้าใจร่วมกันในด้านมาตรฐานของสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศในระดับสากล โดยได้มีการรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกัน โดยการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเรื่อง “เพศสรีระ (Sex)” “เพศภาวะ (Gender)” และ “เพศวิถี (Sexuality)” ไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีเพศวิถีที่แตกต่างยังเป็นที่ยอมรับได้ทั่วไป นักสิทธิมนุษยชน นักเคลื่อนไหว รวมถึงผู้เชี่ยวชาญต่างๆ จึงได้ร่วมกันร่างหลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนสากลในเรื่องเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภาวะ (Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)<sup>46</sup> ซึ่งการประชุมได้จัดขึ้นที่มหาวิทยาลัย Gadjah Mada เมืองยอกยAKARTA ประเทศอินโดนีเซีย การสัมมนาในครั้งนั้นเปิดโอกาสให้มีการทำความเข้าใจเกี่ยวกับขอบเขตและการปฏิบัติตามข้อผูกพัน ด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐในประเทศที่เกี่ยวข้องกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภายใต้สนธิสัญญาและกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 6-8 พฤศจิกายน คริสต์ศักราช 2006 (พุทธศักราช 2549) ในการประชุมครั้งดังกล่าว ประเทศไทยโดยศาสตราจารย์วิทิต มั่นตากรณ์ ได้ร่วมลงนามรับรองหลักการยอกยAKARTA

---

ด้วยวิถีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระและการแสดงออกต่างๆ ทางเพศสภาพรวมทั้ง การแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่างๆ

<sup>45</sup> หลักการยอกยAKARTA เป็นหลักการที่เกิดจากการระดมความคิดของนักวิชาการผู้มีความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน จำนวน 29 คน ซึ่งมาจาก 25 ประเทศซึ่งหนึ่งในนั้นรวมถึงนักวิชาการจากประเทศไทยด้วย คือ ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตากรณ์ โดยการประชุมดังกล่าวได้จัดขึ้นที่มหาวิทยาลัย Gadjah Mada เมือง ยอกยAKARTA ประเทศอินโดนีเซีย ระหว่างวันที่ 6-9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549

สาระสำคัญในหลักการดังกล่าวคือการสร้างแนวทางการคุ้มครองและรับรองสิทธิแก่บุคคลตามเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องพันธกิจของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่และส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่นุชนทุกคนบนหลักพื้นฐานของความเสมอภาคโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ

<sup>46</sup> ธรรมนูญส ทองมุสิทธิ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 95-96.

ในฐานะประธานรวมของการประชุมได้ยืนยันมาตรฐานกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อสร้าง หลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาค การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่าการเคารพสิทธิทางเพศวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทาง เพศ โดยการมีข้อเสนอแนะที่เป็นรายละเอียดในทางปฏิบัติสำหรับรัฐภาคีสถาบันสิทธิมนุษยชน ระดับชาติ องค์กรพัฒนาเอกชนให้ดำเนินการเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มี ประสิทธิภาพปราศจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยได้ กำหนดหลักการไว้ทั้งสิ้น จำนวน 29 ข้อ ดังต่อไปนี้<sup>47</sup>

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 สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุม

ตัว

หลักการข้อที่ 10 สิทธิในความเป็นอิสระจากการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษ

ในลักษณะทรมานโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

หลักการข้อที่ 11 สิทธิในการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์การค้า และการลักพาตัวในทุกรูปแบบ

หลักการข้อที่ 12 สิทธิในการทำงาน

หลักการข้อที่ 13 สิทธิในประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ

หลักการข้อที่ 14 สิทธิในมาตรฐานการครองชีพตามสมควร

หลักการข้อที่ 15 สิทธิในการมีที่อยู่อาศัยตามสมควร

<sup>47</sup> ไพศาล ลิขิตปรีชากุล. (2552). *หลักการขอยกการไต่สวนด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใน ประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ไอเดียสแควร์. หน้า 22.

- หลักการข้อที่ 16 สิทธิในการศึกษา
- หลักการข้อที่ 17 สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ
- หลักการข้อที่ 18 ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์
- หลักการข้อที่ 19 สิทธิในการเห็นและการแสดงความคิดเห็น
- 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

ในหลักการขอกษการ์ตา ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มบุคคลซึ่งมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไว้ในหลักการข้อ 24<sup>48</sup> สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการก่อสร้างครอบครัว โดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศครอบครัวมีหลายรูปแบบ โดยห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัว ซึ่งรัฐจะต้อง

1) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติทางปกครองและอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัว รวมทั้งโดยให้มีโอกาสในการอุปการะบุตรบุญธรรมหรือการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วย (รวมถึงการผสมเทียม) โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

2) ใช้กฎหมายและนโยบายต่าง ๆ ให้การยอมรับความหลากหลายของรูปแบบครอบครัวรวมทั้งที่ไม่ได้มาจากสายเลือดหรือการสมรส และต้องใช้มาตรการทางนิติบัญญัติปกครองและอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัว รวมทั้งด้านสวัสดิการสังคมในครอบครัวและสิทธิประโยชน์จากรัฐ การจ้างงาน หรือการเข้าประเทศ

<sup>48</sup> ไพศาล ลิขิตปรีชากุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 78-80.

3) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครองและอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้การกระทำหรือการตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับเด็กไม่ว่ากระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชนศาลอำนาจปกครอง หรือนิติบัญญัติ ต้องถือเอาประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และต้องไม่ถือว่าวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือสมาชิกครอบครัวคนหนึ่งคนใดขัดกับประโยชน์ดังกล่าว

4) ให้เด็กที่มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นดังกล่าวตามสมควรแก่วัย และวุฒิภาวะของเด็ก ในการกระทำหรือการตัดสินใจใด ๆ เกี่ยวกับเด็ก

5) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อรับรองสิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใดๆ แก่การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกันเท่าเทียมกับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างต่างเพศ ในรัฐที่ยอมรับการสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตระหว่างเพศเดียวกัน

6) ใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่นๆ ที่จำเป็น เพื่อรับรองสิทธิ สิทธิประโยชน์ ผลประโยชน์ หรือหน้าที่ใดๆ ต่อคู่ไม่ได้สมรสระหว่างเพศเดียวกัน เท่าเทียมกันกับคู่ไม่ได้สมรสระหว่างต่างเพศ

7) ให้การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลดีต่อเมื่อบุคคลทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์

หลักการยกยอการแต่งงานที่ได้กล่าวมาข้างต้น แม้จะมีลักษณะที่เป็นแนวทางในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และการสร้างความเข้าใจในเรื่องความเสมอภาคจากการแสดงออกในด้านความรักที่แตกต่างของเพศหญิงและเพศชาย โดยไม่เลือกปฏิบัติจากเหตุผลดังกล่าวโดยการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นในสังคม หรือสร้างบทลงโทษในทางกฎหมายหรือบทลงโทษในทางสังคมต่อกลุ่มบุคคลซึ่งมีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ด้วยเหตุที่จากการที่กลุ่มคนเหล่านี้มีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักการดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจร่วมกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใดแต่บันทึกความเข้าใจฉบับนี้ ก็เป็นแนวทางที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกควรที่จะต้องสร้างความเข้าใจ และตระหนักถึงการวางแผนทางในการปฏิบัติร่วมกัน ในแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้กับกลุ่มบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ

ในลำดับถัดไป ผู้วิจัยจะได้นำเสนอในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามที่บัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่มีหลักการสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ และความเสมอภาค ในเรื่องต่อไป

## 2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นย่อมกระทำมิได้ ทุกคนที่อยู่ร่วมกันในสังคมต่างมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอิสระในการคิดตกลงใจที่จะกระทำการใดๆ ด้วยตนเองโดยไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับของใคร ซึ่งปัจจุบันสังคมไทยนั้น ต่างก็ได้ให้ความสำคัญในเรื่องความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายมากยิ่งขึ้น รวมทั้งการยอมรับหลักการในเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และโดยส่วนใหญ่ยอมรับว่าสังคมในปัจจุบัน ประกอบด้วยบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศหรือเพศวิถีที่หลากหลายหรือเพศสภาพและมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัว

ในขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังมิได้รับรองให้บุคคลเหล่านี้สามารถทำการจดทะเบียนสมรสกันได้ เป็นเหตุให้บุคคลเหล่านี้ต้องเสียสิทธิตามกฎหมายหลายประการ ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอหลักการสำคัญในการคุ้มครองบุคคลซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามหลักการดังต่อไปนี้

### 2.3.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้มีการบัญญัติ เรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาได้บัญญัติหลักการดังกล่าวเรื่อยมา<sup>49</sup> โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง" มาตรา 26 บัญญัติว่า "การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้" และมาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า "บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน" ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจนถึงฉบับปัจจุบัน จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เอง มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้อง

<sup>49</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 105.

ศึกษารายละเอียดในเรื่องความเป็นมาดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>50</sup>

บุคคลหรือมนุษย์ทุกคนในสังคมต้องได้รับการปฏิบัติและรับความเคารพเช่นเดียวกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นรวมอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกเหนือจากสิทธิในชีวิตและร่างกายและจิตใจ ความเสมอภาคนั้น ถือว่าเป็นหลักประกันพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ทุกคนในสังคมจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งต้องศึกษาที่มาและหลักการในการคุ้มครองของบุคคล ในเรื่องดังนี้

### 2.3.1.1 ความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของต่างประเทศ

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”<sup>51</sup> ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยที่มาจาก การกระทำอัน โหดร้ายทารุณของพวกนาซีที่ได้กระทำต่อชาวยิวในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีการดำเนินการต่างๆ ที่มนุษย์ไม่ควรจะปฏิบัติต่อกัน เช่น การทดลองฉีดสารเข้าสู่ร่างกายของชาวยิว การโกนผมผู้หญิงแล้วนำไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่ม โดยไม่คำนึงถึงเจ้าของผมว่าจะเห็นับหนาวเพียงใดในฤดูหนาว หรือการนำชาวยิวที่อ่อนแอเข้าห้องก๊าซพิษมาทำลายชีวิตของพวกเขา แล้วค้นหาทรัพย์สินของผู้ตาย รวมถึงการเปิดปากศพเพื่อเอาฟันปลอมที่เป็นทองคำออกมาด้วย จากเหตุการณ์ดังกล่าวเหล่านี้ ด้วยความสำนึกต่อการกระทำที่เกิดขึ้น ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 1949 (พุทธศักราช 2492) ฉบับปัจจุบัน จึงได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” กล่าวได้ว่า การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีที่มาจาก การปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์อย่างโหดร้ายทารุณ หรือการกระทำที่ไม่เหมาะสมไม่ควร การยืนยันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะของ “ความเป็นมนุษย์”

### 2.3.1.2 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในทางกฎหมายของ ต่างประเทศ โดยเฉพาะของเยอรมัน ได้มีความพยายามอย่างยิ่งที่จะให้ความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างไรก็ตามจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่มียุติธรรมใดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ของคำว่าศักดิ์ศรีซึ่งในทางประวัติศาสตร์ได้มีการนิยามความหมายของศักดิ์ศรีไว้แตกต่างกันออกไป โดยมีนักกฎหมายหลายคน ได้อธิบาย ความหมายในทางกฎหมายของ คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ เช่น ดังนี้

<sup>50</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 85.

<sup>51</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า. 86-87.



Klaus Stern อธิบายว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>52</sup> หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะ และเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล ซึ่งในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า ศักดิ์ศรี<sup>53</sup> ว่ามนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน<sup>54</sup> ยังเคยอธิบายเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในคดี KPD - Urteil ว่า เป็นการเรียกร้องการสร้างตนเองอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในรัฐเสรีประชาธิปไตย ถือว่ามีคุณค่าสูงสุดเป็นสิ่งที่มิอาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งที่ต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์ คือ คุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล จะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

จากแนวคิดในการให้ความหมายดังกล่าว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการด้วยกัน คือ

1) สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและจำเป็นต่อการดำรงชีวิตเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจถูกพรากไปจากมนุษย์ได้ โดยมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดตนเองได้อย่างอิสระ สามารถสร้างสภาพแวดล้อมและพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยไม่มีใครมาบังคับ และบุคคลทุกคนย่อมต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของแต่ละคนด้วย

<sup>52</sup> Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, S. 1113. อ้างถึงใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 89

<sup>53</sup> Duerig, Grundgesetz - Kommentar, Art.1, Abs., Rdnr. 17 อ้างถึงใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 89.

<sup>54</sup> บรรณเจ็ด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 90.

2) สิทธิในความเสมอภาค เป็นสิทธิที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคล ต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม โดยสิทธิในความเสมอภาคนี้แสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน และต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคกับบุคคลอื่นในสังคม<sup>55</sup>

จากปัญหาในการนิยามความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้การอธิบายถึงการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถทำได้ โดยการอธิบายในเชิงปฏิเสธ และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยใช้ถ้อยคำต่างๆ เช่น “การทำให้ได้รับความอับอาย (Erniedrigung)” “การติดตามไล่ล่า (Verfolgung)” “การเนรเทศ (Aechtung)” และการลงโทษที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย หรือการกระทำที่เป็นการบังคับให้ทำงาน การใช้คนเป็นทาส การก่อการร้าย การทำลายล้างชาติพันธุ์ หรือการนำมนุษย์ไปใช้ในทางทดลอง ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันยังได้มีการพัฒนาแนวคิดออกมาในรูปแบบภาวะวิสัย โดยกล่าวว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความกระทบกระเทือน หากมนุษย์ได้ถูกลดคุณค่ามาเป็นเพียงวัตถุของการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว<sup>56</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4<sup>57</sup> ส่งผลให้ผูกพันกับการกระทำของรัฐ โดยเป็นตัวกำหนดและจำกัดความชอบธรรมในการดำเนินการต่างๆ ของรัฐและยังบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าอำนาจอื่นๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐจะไม่สามารถละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ และแม้ว่าจะไม่ถึงขั้นก่อให้เกิดสิทธิมหาชนในการเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็ตาม แต่จากการบัญญัติรับรองในลักษณะดังกล่าวก็ต้องตีความว่า รัฐไม่มีหน้าที่แต่ประการใดในการเข้าไปร่วมในการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และรัฐยังต้องปกป้องคุ้มครองไม่ให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย<sup>58</sup>

แม้คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จะไม่มีคำนิยามตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน แต่ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่าน พยายามศึกษา วิจัยเพื่ออธิบายความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ชัดเจนเป็นที่เข้าใจตรงกันมากขึ้น สรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่า หรือมาตรฐาน

<sup>55</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 91.

<sup>56</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 103.

<sup>57</sup> มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

<sup>58</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 112-113.

ที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ อันมิอาจล่วงละเมิดได้ และผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพื่อให้มนุษย์มีอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้อำนาจของรัฐในอันที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง และผูกพันต่อมนุษย์ทุกคน ในอันที่จะต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น ๆ<sup>59</sup>

### 2.3.1.3 สถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นอาจแสดงให้เห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ และการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่ดำรงอยู่เพื่อรัฐด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐาน ของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค สิทธิเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิ ที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ<sup>60</sup>

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิเสรีภาพไว้อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิเสรีภาพของบุคคลเช่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรค 2<sup>61</sup> ห้ามมิให้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และหลักการจำกัดเสรีภาพและเสรีภาพจากกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ หลักสิทธิของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเพียงหลักการกว้างๆที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตน ดังนั้น การคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศก็ควรจะได้รับคุ้มครองหรือสิทธิเสรีภาพในการสร้างครอบครัวเช่นกัน

<sup>59</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 107.

<sup>60</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 93-95.

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรค 2 บัญญัติไว้ว่า ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษา อันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

#### 2.3.1.4 แนวคำพิพากษาที่สนับสนุนเกี่ยวกับเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550<sup>62</sup> การที่การรถไฟแห่งประเทศไทย อนุญาตให้มีการติดตั้งป้ายโฆษณาที่กระจกหน้าต่างตู้โดยสารรถไฟจนทำให้ผู้โดยสารไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่าง ทำให้ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นรถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ เป็นกรณีที่ต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และถือว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ในการดูแลเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะในกิจการรับขนส่งผู้โดยสารตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ดังนั้น การที่การรถไฟติดป้ายจนผู้โดยสารมองไม่เห็นทางเป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเหมือนผู้โดยสารเป็นสิ่งของ จึงเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.129/2554<sup>63</sup> การที่ผู้ฟ้องเคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีฐานฟ้องเท็จและฐานเบิกความเท็จเป็นคดีประเภทที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ ผู้ฟ้องคดีจึงขาดคุณสมบัติตามมาตรา 35 (6) แห่งพระราชบัญญัติความ 2528 การไม่รับจดทะเบียนจึงถือได้ว่าเป็นไปโดยสุจริตและมีใช่เป็นการละเมิดสิทธิโดยไม่ถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1540/2554<sup>64</sup> การวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็น "โรคจิตถาวร" ตามข้อ 2 (11) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 4 และมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ 2550 อันเป็นผลทำให้ใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 (แบบ สด. 5) และใบสำคัญ (แบบ สด. 9) ของผู้ฟ้องคดีในส่วนที่ระบุว่าผู้ฟ้องคดี "เป็นโรคจิตถาวร" ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีโดยคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทำละเมิดโดยผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนหรือแก้ไขข้อความในใบรับรองที่ระบุว่า "เป็นโรคจิตถาวร" เนื่องจากมีผลในการสมัครเข้าทำงาน ศาลรับคดีนี้ไว้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วศาลพิพากษาให้เพิกถอนใบรับรองเฉพาะในส่วนที่ระบุข้อความดังกล่าวและให้ระบุข้อความใหม่ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ กระทรวงกลาโหมได้แก้ไขเพิ่มเติม คำว่า "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด" แทน

<sup>62</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550.

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.129/2554

<sup>64</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1540/2554

หลักการสำคัญอีกหนึ่งหลักการในการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่ได้ถูกบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็คือหลักความเสมอภาค ผู้เขียนจะได้นำเสนอหลักการดังกล่าวดังต่อไปนี้

### 2.3.2 หลักความเสมอภาคตามหลักกฎหมายไทย

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>65</sup> กล่าวคือเป็นหลักที่ยอมรับว่ามนุษย์ทุกคนนั้นต่างมีความเท่าเทียมกันและห้ามมิให้รัฐในฐานะที่เป็นองค์กรใช้อำนาจปกครองเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพสถานะของบุคคล สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นในทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยหลักความเสมอภาคนั้นอาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักการที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจธิปไตยตามอำเภอใจ การกระทำของรัฐที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใด โดยเฉพาะ รัฐจะต้องสามารถให้คำอธิบายอันสมเหตุสมผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงดำเนินการเช่นนั้น หากเหตุผลที่ให้ไม่สามารถรับฟังได้ อาจแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐกำลังใช้อำนาจธิปไตยตามอำเภอใจและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยความไม่เป็นธรรม

หลักความเสมอภาคมีรากฐานมาจากสำนักแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตั้งแต่กำเนิด แนวคิดนี้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือต่อต้านระบบชนชั้นทางสังคม และจำกัดอำนาจของรัฐเพื่อมิให้ใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชน จะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับคุณค่าและสิทธิของปัจเจกชน อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ในมุมมองของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law) ได้มองหลักความเสมอภาคว่าเป็นส่วนหนึ่งในหลักสิทธิมนุษยชน ที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและควรได้รับการพิจารณาในมุมมองทางกฎหมาย มิใช่แต่เพียงในขอบเขตทางปรัชญาอย่างเดียว อันเป็นผลมาจากการประนีประนอม ผสมผสานทางความคิดระหว่างสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการแปรสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย<sup>66</sup>

<sup>65</sup> อภิวัฒน์ สุดสาว. (2554). *หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. คอถัมน์ คมความคิด เข้มทิศรัฐธรรมนูญ. หน้า 1.

<sup>66</sup> เกรียงไกร เจริญชนาวัดณ์. (2563). *หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 148-149.

ภายใต้กฎหมายธรรมชาติบุคคลทุกคนเกิดมาย่อมมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน การได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันของบุคคลจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติอย่างหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมของบุคคลจึงเป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลที่ไม่อาจเพิกถอนหรือโอนแก่บุคคลอื่นใดได้ รัฐจึงถูกจำกัดอำนาจโดยไม่สามารถออกกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งกับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ต่อมาเมื่อมีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของรัฐและในกฎหมายระหว่างประเทศหลักความเสมอภาคจึงได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ซึ่งมีผลผูกพันทั้งรัฐและประชาชน<sup>67</sup> ดังจะเห็นได้จาก การรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 7 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (UDHR) ว่า "มาตรา 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสภาพที่พึงปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยก..." และ "มาตรา 7 บุคคลทุกคนต่างมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย และชอบที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ..." ซึ่งหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาค ทั้งที่เป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องตามรัฐธรรมนูญ ข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องและที่น่าสนใจ รวมถึงความเป็นมา แนวคิดต่างๆ ดังนี้

### 2.3.2.1 ความเป็นมาของแนวคิดเรื่องความเสมอภาค

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)<sup>68</sup> ความเสมอภาคจึงเป็นสิทธิอันเป็นพื้นฐานของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>69</sup> ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิที่มนุษย์มีอยู่แล้วตามธรรมชาติก่อนการถือกำเนิดของรัฐ<sup>70</sup> โดยที่มนุษย์ทุกคนมีอำนาจเช่นนั้นอยู่ในสภาพจิตใจของตนเอง มนุษย์สามารถบรรลุซึ่งเป้าหมายในการกำหนดตนเอง

<sup>67</sup> ธีัญญาภัส ทองมุสิทธิ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 75.

<sup>68</sup> เกรียงไกร เจริญชนาววัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>

<sup>69</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 130.

<sup>70</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 49.

และในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง และมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่อยู่กับความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล

ปฏิกฤษฏาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับการจำแนกสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสองระดับตามลำดับก่อนหลังที่สิทธิมนุษยชนรูปแบบนั้นๆ ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการในรัฐธรรมนูญของรัฐ ระดับแรกเป็นแนวคิดที่ยืนพื้นบนหลักเสรีภาพของบุคคล (Civil Liberties) ซึ่งเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการพูด และเสรีภาพในทางการเมือง ซึ่งมักรู้จักกันในนามของสิทธิประชาชนและพลเมือง (Civil and Political Right) อันเป็นสิทธิที่มีลักษณะป้องกัน (Defensive Right) กล่าวคือป้องกันปัจเจกชนจากการแทรกแซงของรัฐ ในขณะที่แนวคิดเรื่อง ความเสมอภาค เป็นพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนระดับที่สอง (Second Generation Right) ในปฏิกฤษฏาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งถือกำเนิดขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา เนื่องจากอิทธิพลของปัญหาสังคมจากความยากจนอันเป็นผลของการปฏิวัติอุตสาหกรรมในทวีปยุโรป ซึ่งเป็นแนวคิดบนพื้นฐานของวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องความอยู่รอดของมนุษย์ เพื่อให้มนุษย์สามารถเข้าถึงและสามารถมีส่วนร่วมในปัจจัยต่างๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตรวมถึงการได้รับสวัสดิการจากรัฐ ทั้งในด้านความปลอดภัย การจ้างงาน การศึกษา โดยปราศจากการแทรกแซงอันไม่เป็นธรรมซึ่งรวมถึงการไม่ได้รับการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในการเข้าถึงสวัสดิการและผลประโยชน์ทำนองเดียวกันนั้นจากรัฐด้วย<sup>71</sup>

ซึ่งหลักความเสมอภาคนั้น (egalite) นับได้ว่าเป็นหนึ่งในสามหลักการสำคัญที่ถือเป็นคำขวัญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (the Republic motto) อันได้แก่ เสรีภาพ (la liberte) เสมอภาค (l'egalite) และภราดรภาพ (a fraternite) ที่เดียว ดังมีผู้กล่าวถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคไว้ว่า หลักความเสมอภาค (le principe d'egalite) เป็นหลักการที่สัมพันธ์อย่างไม่อาจแยกออกได้จากหลักเสรีภาพ (liberte) เพราะเป็นหนึ่งในสามของเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน หลักการนี้เป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย<sup>72</sup>

### 2.3.2.2 หลักการความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

หลักความเสมอภาคได้ถูกหมายเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) การปฏิบัติตามหลักความ

<sup>71</sup> ฉัตรชัย เอมราช. (2557). *ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...* .วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 29.

<sup>72</sup> Raymond Young. (1998). *English, French and German Comparative Law*. (London: Cavendis Publishing Limited. P 147.

เสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้<sup>73</sup> การที่จะสามารถเข้าถึงสาระของหลักความเสมอภาคได้นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสามารถเข้าใจถึงเนื้อหาของการเลือกปฏิบัติเสียก่อน เนื่องจากการปฏิบัติ (Treatment) โดยรัฐต่อสิ่งๆ เดียวกันแต่ในสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติเสมอไป<sup>74</sup> หากปรากฏว่ามีเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญหรือมีลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย ซึ่งหากขาดความเข้าใจในสาระสำคัญของการเลือกปฏิบัติอย่างถ่องแท้แล้วย่อมจะทำให้ความเข้าใจหลักความเสมอภาคคลาดเคลื่อนไป

โดยหลักการแล้ว การเลือกปฏิบัติกินความหมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างโดยปราศจากการค้ำประกันในทางภาวะวิสัยอย่างมีเหตุผล (Without an Objective and Reasonable Justification) ต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์ (Situation) เดียวกัน ซึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว การเลือกปฏิบัติในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศนิยามการเลือกปฏิบัติว่าเป็นการกระทำซึ่งมุ่งประสงค์หรือส่งผลอันเป็นการก่อให้เกิดความแตกต่างบนพื้นฐานของชาติพันธุ์ เพศ การถือกำเนิด ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุผลอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นเหตุผลที่อยู่บนพื้นฐาน ของคุณลักษณะพื้นฐานที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล และในทุกๆ กรณี การเลือกปฏิบัติก่อให้เกิดผลทางลบต่อบุคคลโดยค้ำประกันถึงแต่ปัจจัยที่ซึ่งมีในบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติ และบุคคลนั้น ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงตนเองไปในทางอื่นได้หรืออาจกระทำได้อีกแต่โดยการลดศักดิ์ศรี (Dignity) ของตนเองลงเท่านั้น<sup>75</sup>

### 2.3.2.3 หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the Law)

แนวคิดเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เป็นพื้นฐานสำคัญของการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคล โดยมีหลักการว่ามนุษย์ไม่ควรถูกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเพียงเพราะความแตกต่างใน เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด เพศ ศาสนา พื้นฐานทางสังคม (Social Origin) และอื่นๆ แต่ควรถูกปฏิบัติบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกับผู้อื่น โดยไม่คำนึงถึงลักษณะเฉพาะตัวต่างๆ ดังกล่าว<sup>76</sup>

แนวคิดเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เป็นแนวคิดทางกฎหมายที่เป็นหลักสำคัญของระบบกฎหมายใดๆ ก็ตามซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนหลักนิติธรรม (The Rule of Law) หมายความว่า ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายและบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีฐานะหรือตำแหน่งอะไร

<sup>73</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 150-151.

<sup>74</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 137.

<sup>75</sup> ฉัตรชัย เอมราช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 29 -30.

<sup>76</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 160.



ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของอังกฤษและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของอังกฤษ<sup>77</sup> และแนวคิดดังกล่าวยังสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องปฏิบัติต่อผู้เสมอกันอย่างเท่าเทียม (Treating Equals Equally) กับหลักการปฏิบัติซึ่งแบ่งแยกความแตกต่างโดยสภาวะธรรมชาติระหว่างชายหญิง (His or Her Due) เป็นแนวคิดหลักของความยุติธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นอยู่กับสภาวะการเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ การกระทำทางกฎหมายใดๆ ซึ่งแตกต่างกันในสภาวะการณ้อย่างเดียวกัน ซึ่งมีได้อยู่บนพื้นฐานทางภาวะวิสัยของสถานการณ์นั้นๆ และไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้าม นอกจากนี้ยังห้ามมิให้กระทำการบนพื้นฐานอย่างเดียวกันต่อสิ่งซึ่งมีองค์ประกอบแตกต่างกันอย่างมีนัยยะสำคัญ (Essentially Different) ซึ่งต้องการการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

2.3.2.4 ประเภทของหลักความเสมอภาคหลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภท คือ

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป<sup>78</sup>

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้ว ก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ความเสมอภาคในการสอบบรรจุข้าราชการ กล่าวคือ หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นสิทธิของบุคคลที่จะเรียกร้องไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหาหรือไม่มีเหตุผลสนับสนุนที่จะรับฟังได้ ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคทั่วไป ดังนั้น การดำเนินการทางปกครอง หากขัดต่อหลักความเสมอภาคย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย นำไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองต่อไป

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง<sup>79</sup>

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือหลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไป

<sup>77</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ. หน้า 6.

<sup>78</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 66. หน้า 149.

<sup>79</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 66. หน้า 150.

นั้นสามารถใช้ได้กับทุกๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องเฉพาะกลุ่มบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป

#### 2.3.2.5 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

เมื่อพิจารณา หลักแห่งความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันแต่โดยการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติ เนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้น การปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมแตกต่างกันไปทั้งนี้ ย่อมต้องเป็นความแตกต่างที่ยอมรับได้ซึ่งหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมมีดังนี้

1) สิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน คือ ไม่แตกต่างกันความเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาค ไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกันทุกประการคือ เท่าเทียมกันในสาระสำคัญ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย หมายความว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้นในการพิจารณาหลักความเสมอภาคในหลักเกณฑ์ข้อนี้ จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณีกลุ่มบุคคลสองกลุ่ม หรือบุคคลสองคน หากพบว่ามีเหมือนกันหรือแตกต่างกันในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญต้องได้รับการปฏิบัติและผลทางกฎหมายเหมือนกัน

2) สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน คือ แตกต่างกันตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันหลักเกณฑ์ข้อนี้ ต้องมีการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ข้อแรกเปรียบเทียบแล้วพบว่ามีความแตกต่างกันในข้อเท็จจริงแห่งคดี การปฏิบัติต่อสิ่งที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปฏิบัติให้แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงแห่งคดี แต่ถ้ามีความแตกต่างกันในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญแล้ว ต้องถือว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการปฏิบัติในทางตรงกันข้าม หากใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ขัดต่อหลักความเสมอภาค ตัวอย่างเช่น การประท้วงหยุดงานของข้าราชการกับเอกชน มีความแตกต่างกัน คือ การประท้วงหยุดงานของข้าราชการอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน ข้าราชการมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ การประท้วงหยุดงานย่อมกระทบต่อความต่อเนื่องของ

บริการสาธารณะซึ่งแตกต่างจากการประท้วงของเอกชน มาตรการที่รัฐจะนำมาใช้กับการประท้วง  
หยุดงานจึงต้องแตกต่างกัน<sup>80</sup>

### 2.3.2.6 แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคที่น่าสนใจ

แนวคำวินิจฉัยของศาลที่เห็นว่ากฎหมายไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34 – 53/2553 วันที่ 11 ตุลาคม พุทธศักราช 2543<sup>81</sup>  
เรื่อง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสรุปได้ว่า แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง  
มาตรา 286 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) จะบัญญัติแตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาสถานะของข้าราชการและ  
ลูกจ้างของรัฐบาลซึ่งจะต้องอยู่ในระเบียบวินัยตามกฎหมาย กฎ และระเบียบ ย่อมไม่มีสิทธิและ  
เสรีภาพเช่นบุคคลทั่วไป ประกอบกับการประกอบอาชีพอื่นถูกจำกัดบางประการ โดยเฉพาะ  
ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐบาลบางตำแหน่งไม่อาจประกอบอาชีพอื่นได้ คงอาศัยเงินรายได้จาก  
เงินเดือนและเงินอื่นตามที่กฎหมายกำหนด การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา  
286 วรรคสอง กำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลเป็นผู้กำหนดสิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำ  
พิพากษาซึ่งเป็นพนักงาน ลูกจ้างหรือคนงาน ตามมาตรา 286 วรรคหนึ่ง (3) ที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบ  
แห่งการบังคับคดี โดยใช้อัตราเงินเดือนขั้นต่ำสุดของข้าราชการพลเรือนเป็นเกณฑ์ และยังให้สิทธิ  
อุทธรณ์การกำหนดจำนวนเงินดังกล่าวของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์ได้อีกด้วย เป็นการให้ดุลพินิจ  
แก่ศาลที่พิจารณาคดีจะพิจารณากำหนดจำนวนเงินได้ตามความเหมาะสมตามพฤติการณ์แห่งคดี  
ด้วยความเป็นธรรม จึงมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 วันที่ 30 เมษายน พุทธศักราช 2545<sup>82</sup> เรื่อง  
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติระเบียบ  
ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 มาตรา 26 (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบ  
ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบ  
ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 มาตรา 26 (10) คำว่า “มีกาย... ไม่เหมาะสมที่  
จะเป็นข้าราชการ ตุลาการ ” จะใช้ควบคู่กับมาตรา 26 (11) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจ

<sup>80</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 66. หน้า 150-151.

<sup>81</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34 – 53/2543 วันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2543. อ้างถึงใน อภิวัฒน์ สุดสาว. *หลักความ  
เสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. หน้า 151-152.

<sup>82</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 วันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2545. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 152-153.

ร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นว่าสมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 มาตรา 26 (10) ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนุญมาตรา 30 แต่อย่างใด

3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 วันที่ 1 สิงหาคม พุทธศักราช 2545<sup>83</sup> เรื่องพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช 2521 มาตรา 33 (11) มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช 2521 มาตรา 33 (11) คำว่า “มีกาย...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ” จะใช้ควบคู่กับ มาตรา 33 (12) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคนซึ่ง ก.อ. จะได้กำหนด ได้ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช 2521 มาตรา 33 (11) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ จึงเห็นว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช 2521 มาตรา 33 (11) ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนุญ มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 แต่อย่างใด

ข้อตั้งเกตเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และ 44/2545

1) ในข้อกฎหมายทั้งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 มาตรา 26 (10) และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช

<sup>83</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 วันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2545. อ้างถึงใน อภิวัฒน์ สุดสาว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 153.

2521 มาตรา 33 (11) บัญญัติคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ทำนองเดียวกัน คือ “มีกาย... ไม่เหมาะสม”ซึ่งเป็นการบัญญัติให้เป็นดุลพินิจแก่ผู้มีอำนาจรับสมัครสอบที่จะพิจารณาเป็นรายกรณีว่า ผู้สมัครสอบรายใดมีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมบ้าง เช่น ตำแหน่งผู้พิพากษา หากผู้สมัครสอบตาบอดทั้งสองข้างก็ถือว่ามิสภาพร่างกายที่ไม่เหมาะสมได้ เพราะการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นต้องอาศัยการสืบพยานบุคคล ผู้พิพากษาจึงต้องเห็นการเบิกความของพยาน หากตาบอดย่อมเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่เป็นต้น เช่นนี้แล้วบทบัญญัติที่กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามจึงเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ไว้เท่านั้นไม่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด

2) ข้อเท็จจริงที่น่าจะถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค คือ การที่ผู้มีอำนาจรับสมัครสอบตัดสินสิทธิในการสมัครสอบของผู้พิการทางขาที่เป็นโพลิโอ โดยวินิจฉัยว่ามีสภาพร่างกายไม่เหมาะสม โดยให้เหตุผลว่าตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาหรืออัยการผู้ช่วย ต้องอาศัยร่างกายที่สมบูรณ์จึงจะทำงานได้ดีนั้น เห็นว่าเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักไม่เพียงพอ เพราะว่าการสง่างามของผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรืออัยการไม่น่าจะอยู่ที่การมีสภาพร่างกายที่สมบูรณ์แข็งแรง แต่ความสง่างามของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวคือความยุติธรรมที่ผู้พิพากษา หรืออัยการจะแสดงให้ประจักษ์ในการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีหรือในการว่าต่างหรือแก้ต่างคดีด้วยความเที่ยงธรรม ดังนั้น การวินิจฉัยตัดสินสิทธิการสมัครสอบของผู้พิการทางขาเนื่องจากเป็นโพลิโอจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

แนวคำวินิจฉัยของศาลที่เห็นว่ากฎหมายไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547<sup>84</sup> เรื่อง การไม่รับสมัครสอบบุคคลในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการเพราะมีสภาพทางกายพิการขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษารูปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปร่างพิการ แต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การทำงานโดยปกติได้ โดยงานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะที่เป็นทนายความมาแล้วนั้นก็มีลักษณะทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการแม้สภาพทางกายจะพิการแต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ การไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พุทธศักราช 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

<sup>84</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547. อ้างถึงใน อภิวัฒน์ สุดสาว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 154.

ข้อสังเกต คำพิพากษานี้เป็นการยืนยันหลักความเสมอภาคที่ว่า “ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค”

2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 325/2547<sup>85</sup> เรื่อง การยกเว้นคุณสมบัติเรื่องอายุและคะแนนเฉลี่ยให้กับบุตรของพนักงานหรือบุตรของอดีตพนักงานการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) เห็นว่า การที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) กำหนดให้ยกเว้นคุณสมบัติในเรื่องอายุและคะแนนเฉลี่ยให้กับผู้สมัครที่เป็นบุตรของพนักงานหรือบุตรของอดีตพนักงานการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จึงมีผลให้ข้อเท็จจริงซึ่งมีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไป ประกอบกับการยกเว้นคุณสมบัติดังกล่าวให้กับผู้สมัครที่เป็นบุตรของพนักงานหรือบุตรของอดีตพนักงานการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ในกรณีนี้เป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลบางกลุ่มและมีใช่เป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น อันจะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งเป็นเหตุให้ยกเว้นหลักความเสมอภาคที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

ผู้วิจัย พิจารณาแล้วเห็นว่า หลักความเสมอภาคนั้นเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้มีความเสมอภาคกันในทางกฎหมายและให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือหลักที่ว่ารัฐจักต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน และห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง แต่การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุอันเกิดจากสภาพข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ หรือการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนการเลือกปฏิบัติเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น สามารถกระทำได้โดยไม่ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมดังนั้น การแก้ไข

<sup>85</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 325/2547. อ้างถึงในอภิวัฒน์ สุดสา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 154-155

ปัญหาความไม่เป็นธรรมและลดความเหลื่อมล้ำอันเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของสังคมไทย ในปัจจุบัน ทางออกประการหนึ่งของปัญหานี้คือการนำหลักความเสมอภาคมาใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการกระจายความเป็นธรรมในสังคม

หลักการสำคัญอีกหนึ่งที่สนับสนุนในการสร้างครอบครัวหรือการแสดงออกทางความคิด ทางด้านรสนิยม หลักการในการคุ้มครองบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่ได้ถูกบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็คือหลักความเสมอภาค ผู้วิจัยจะได้นำเสนอหลักการดังกล่าวดังต่อไปนี้

### 2.3.3 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับ และการตีความกฎหมาย ทั้งปวง นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้หลายประการ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ (Wesenge-haltsgarantie)<sup>86</sup>

#### 2.3.3.1 ความหมายของ "สิทธิ" ตามรัฐธรรมนูญไทย

สิทธิ<sup>87</sup> ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรอง คุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

สิทธิ<sup>88</sup> หมายถึง ความรู้สึกที่รับรู้ได้ในตัวมนุษย์ มาตั้งแต่เกิดหรือเกิดขึ้นโดยกฎหมาย เพื่อให้มนุษย์ได้รับประโยชน์ และมนุษย์จะเป็นผู้เลือกใช้สิ่งนั้นเอง โดยไม่มีผู้ใดบังคับได้ เช่น สิทธิในการกิน การนอน แต่สิทธิบางอย่างมนุษย์ได้รับโดยกฎหมายกำหนดให้มี เช่น สิทธิในการมี การใช้ทรัพย์สิน สิทธิในการร้องทุกข์เมื่อตนถูกกระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น

<sup>86</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 35.

<sup>87</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2538), *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, หน้า 21, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 50-51.

<sup>88</sup> นิรันดร์ ทรงนิรันดร์ และ ศิริลักษณ์ ประสันแพงศรี, (2561), ปัญหาทางกฎหมายกับการจดทะเบียนสมรสของเพศทางเลือก, *วารสารศิลปะศาสตร์และวิทยาการจัดการ*, 5(2), หน้า 58.

ความหมายของสิทธิที่กล่าวข้างต้นเป็น "สิทธิ" ตามความหมายทั่วไป แต่ "สิทธิตามรัฐธรรมนูญ" นั้น ถือว่าเป็น "สิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective oeffentliche Recht)" หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายความรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ (die institutionellen Garantien)<sup>89</sup> ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครอง "กรรมสิทธิ์" หรือ "เสรีภาพทางวิชาการ" เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

### 2.3.3.2 ความหมายของ "เสรีภาพ" ตามรัฐธรรมนูญไทย

"เสรีภาพ"<sup>90</sup> หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพ จึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" จึงอยู่ที่ว่า "สิทธิ" เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ "เสรีภาพ" นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเอง ในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า สิทธิและเสรีภาพแล้วนั้น ปัจเจกบุคคลย่อมมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิต มีความเสมอภาคกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ย่อมได้รับการคุ้มครองจากรัฐ และรัฐมิอาจแทรกแซงในขอบเขตสิทธิและเสรีภาพในขอบเขตของบุคคล ซึ่งมีแนวความคิด 2 ประการเกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพ คือแนวความคิดเชิงบวกและแนวความคิดในเชิงลบ การมองเสรีภาพในเชิงลบถือว่า เสรีภาพคือความสามารถของบุคคลที่จะกระทำการใด ๆ โดยปราศจากการเหนี่ยวรั้งจากบุคคลอื่น แนวความคิดนี้มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของหลายประเทศซึ่งใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องกำจัดอำนาจรัฐในการเข้าแทรกแซงการใช้เสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในเชิง

<sup>89</sup> Albert Bleckmann, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 51.

<sup>90</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 53.



ลบนี เสรีภาพในฐานะที่เป็นข้อห้ามของรัฐกล่าวคือ อำนาจที่รัฐเลือกจะทำอะไรก็ได้ตามเจตนาธรรม ส่วนแนวความคิดที่มองเสรีภาพในด้านบวกนั้น ถือเป็นเจตนาธรรมที่เป็นอิสระของบุคคลที่จะทำอะไรก็ได้ อย่างไรก็ตามถ้าบุคคลไม่มีทางเลือกที่จะใช้เจตนาธรรมนั้น เราจะกล่าวว่าบุคคลดังกล่าวมีเสรีภาพได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น นักโทษในเรือนจำ แม้นักโทษมีเสรีภาพที่จะเดินไปไหนก็ได้ แต่การเดินของนักโทษจะถูกจำกัดอยู่ภายในห้องขังเท่านั้น หรือกรณีของคนพิการแม้นคนจะมีอิสรภาพที่จะเดินได้อย่างเสรี แต่ตัวเองก็ไม่สามารถที่จะเดินได้ตามเจตนาธรรมของตน ดังนั้นจะถือว่าบุคคลดังกล่าวมีเสรีภาพหาไม่ได้<sup>91</sup>

อย่างไรก็ดี สิทธิในการสมรส ถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่จะแสดงออกถึงความชอบธรรมที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยชอบตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งโทมัส ฮอบส์ ได้กล่าวไว้ว่า เสรีภาพเป็นสิ่งที่มนุษย์แต่ละคนมีในการที่จะใช้อำนาจของเขาตามเจตนาของตนเอง เพื่อจะรักษาชีวิตของเขา เพื่อกระทำการใดก็ตามจากการตัดสินใจและการใช้เหตุผลโดยตัวของเขาเองที่เขาเห็นว่าเป็นวิธีการเหมาะสม สิทธิของการสมรสจึงเป็นเรื่องพื้นฐานที่ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอาศัยอยู่ ณ ที่ใด ๆ ในโลกก็มีสิทธิที่จะได้รับในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์คนหนึ่ง<sup>92</sup>

จะเห็นได้ว่าทฤษฎีสัทธิและเสรีภาพเป็นการศึกษาถึงอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเองโดยอำนาจนี้บุคคลสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ตามที่ใจปรารถนา ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้นำทฤษฎีนี้มาศึกษาเพิ่มเติมถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในการสร้างครอบครัวหรือการแสดงออกทางความคิดในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

## 2.4 ความหมายและแนวคิดเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว

ครอบครัว เป็นสถาบันที่เล็กที่สุดและเป็นรากฐานที่สำคัญที่สุดของสังคม เพราะเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรกที่มีมนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย<sup>93</sup> ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพันการช่วยเหลือเกื้อกูลการอบรมเลี้ยงดูการแก้ไข

<sup>91</sup> รัชฎาภัส ทอมุสิทธิ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 67.

<sup>92</sup> กนกวรรณ แม้นเมฆ. (2560). *การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา: ศึกษารณี ผู้ต้องขังตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 38.

<sup>93</sup> สดางค์ สุกผล. *แนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับครอบครัวและการประเมินครอบครัว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [https://cpird.in.th/editors/userfiles/files/SG\\_Family.pdf](https://cpird.in.th/editors/userfiles/files/SG_Family.pdf)

ปัญหาจนรวมถึงการดูแลเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานทางสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและสามารถดำรงอยู่กับผู้อื่นได้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้รวบรวมความหมาย แนวคิด ของคำว่าครอบครัวที่นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายเอาไว้ดังนี้

#### 2.4.1 ความหมายของครอบครัว

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้ให้ความหมายของครอบครัวไว้ว่า หมายถึง ผู้ร่วมครัวเรือน คือ สามี ภรรยาและบุตร<sup>94</sup> ครอบครัวเป็นหน่วยสังคมที่เล็กที่สุดและเป็นสถาบันสังคมที่มีความสำคัญ ที่เป็นการอยู่ร่วมกันของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป มีความสัมพันธ์กันโดยสายเลือดหรือโดยกฎหมาย ซึ่งสมาชิกในครอบครัวทุกคนมีบทบาทหน้าที่รับผิดชอบซึ่งกันและกัน

ครอบครัว<sup>95</sup> หมายถึง การที่บุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันช่วยเหลือพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ครอบครัวเป็นส่วนประกอบที่เล็กที่สุดและสำคัญที่สุดของสังคม สมาชิกในครอบครัวนับแต่บิดามารดาจนถึงบุตรหลานมีความรักใคร่กลมเกลียวปรองดองกัน ร่วมมือร่วมใจกันเข้าใจในสิทธิหน้าที่ ตลอดจนมีความรับผิดชอบซึ่งกันและกัน

คำว่า “ครอบครัว” นั้น นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวไว้ว่า "ครอบครัว"<sup>96</sup> มีความหมาย 3 ประการด้วยกัน คือ

1. ครอบครัวที่ถูกต้องตามกฎหมาย (la famille legime) หมายถึง การรวมกันของบุคคลซึ่งมีเพศต่างกันโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย
2. ครอบครัวตามธรรมชาติ (La famille naturelle) หมายถึง การรวมกันของบุคคลต่างเพศโดยไม่มีการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย
3. ครอบครัวบุญธรรม (La famille adoptive) หมายถึง ครอบครัวที่เกิดขึ้นตามกฎหมายหรือโดยอำนาจแห่งกฎหมาย

อีกนิยามของครอบครัวที่กินความหมายกว้างและเข้าใจได้ง่าย คือ นิยามของ Christie-Seely J. ใน Working with the family in primary care. : A systems approach to health and

<sup>94</sup> สำนักหอสมุดกลาง มหาวิทยาลัยรามคำแหง. *ความหมายของสถาบันครอบครัว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.lib.ru.ac.th/journal/apr/apr14-FamilyDay.html>

<sup>95</sup> วารี นาสกุล. (2546). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 1.

<sup>96</sup> Droit Civil 2 Jean Carbonnier. presses Univeratiales de France, page 6 . อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

illness. (1984) ครอบครัว หมายถึง กลุ่มคนที่มารวมตัวกัน อาจไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กันทางสายเลือดหรือการแต่งงาน แต่ตกลงที่จะอยู่ร่วมกันและดูแลกันไปตลอด<sup>97</sup>

#### 2.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว

การสมรส เป็นพื้นฐานที่สำคัญทางสังคมในการก่อเกิดครอบครัว<sup>98</sup> โดยการตกลงใจอยู่กินร่วมกันนั้นสามีกิริยาระหว่างชายและหญิง การสมรสจึงเป็นเรื่องระหว่างชายและหญิง ไม่ใช่ระหว่างชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง แม้ว่าความก้าวหน้าในทางการแพทย์จะสามารถผ่าตัดแปลงเพศ โดยตัดอวัยวะเพศชายออกแล้วสอดใส่อวัยวะเพศหญิงเทียมไว้แทนก็ไม่ทำให้กลายเป็นเพศหญิงไปได้ โดยตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>99</sup> ได้บัญญัติไว้ว่า "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย" อีกประการหนึ่งชายที่ผ่าตัดแปลงเพศก็ไม่สามารถตั้งกรรมสิทธิ์บุตรไว้ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524<sup>100</sup> เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาเพศตามเพศที่ถือกำเนิดมา หญิงตามพจนานุกรมคือ คนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ฉะนั้นโดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศได้

แนวคิดทฤษฎีพัฒนาการครอบครัว<sup>101</sup> (developmental family theory) มีจุดเริ่มต้นราวทศวรรษที่ 1930 ฮิลล์แอนด์ แฮนสัน (Hill & Hanson) ได้กล่าวไว้ว่า ระบบครอบครัวมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ไม่ใช่สิ่งที่ตายตัว มีขอบข่ายมุมมองที่กว้างขวาง รวมทั้งมีลักษณะที่เป็น "พลวัต (dynamic)" กล่าวคือ ชีวิตครอบครัวมักเริ่มต้นที่การแต่งงานของหญิงชายและสิ้นสุดลงเมื่อคู่แต่งงานสิ้นชีวิต ในช่วงของการดำเนินชีวิตครอบครัว ลักษณะของสมาชิกในครอบครัวจะเป็นตัวกำหนดกิจกรรมต่างๆ เป็นระยะ ๆ ซึ่งครอบครัวส่วนใหญ่จะผ่านระยะต่างๆ และกิจกรรมหลักที่คล้ายคลึงกัน แต่จะแตกต่างกันถ้าลักษณะโครงสร้างของสมาชิกในครอบครัวแตกต่างกัน ระยะต่างๆ ของครอบครัวตั้งแต่หญิงชายเริ่มแต่งงานกันจนกระทั่งคู่แต่งงานสิ้นชีวิตลงไปนี้ เรียกว่า

<sup>97</sup> สดางค์ สุกผล. *แนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับครอบครัวและการประเพณีครอบครัว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :

[https://cpird.in.th/editors/userfiles/files/SG\\_Family.pdf](https://cpird.in.th/editors/userfiles/files/SG_Family.pdf)

<sup>98</sup> สมชาย กษิติประดิษฐ์. (2547). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 73 –74.

<sup>99</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15

<sup>100</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 157/2524. อ้างถึงใน สมชาย กษิติประดิษฐ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 73.

<sup>101</sup> นรินทร์ ทรงนรินทร์ และ ศิริลักษณ์ ประสันแพงศรี. (2561). ปัญหาทางกฎหมายกับการจดทะเบียนสมรสของเพศทางเลือก. *วารสารศิลปศาสตร์และวิทยาการจัดการ*. 5(2). หน้า 59.

“วงจรชีวิตครอบครัว (family life cycle)” กล่าวอีกนัยหนึ่งชีวิตเป็นสิ่งมหัศจรรย์ และการได้มีชีวิตเป็นมนุษย์เป็นสิ่งละเอียดอ่อนสลับซับซ้อน ชีวิตมนุษย์จะเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับระบบครอบครัวที่ทำให้กำเนิดชีวิตนั้น

### สรุป

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีพื้นฐานมาจากสิทธิในชีวิตร่างกายมนุษย์และสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคและคุ้มครองจากรัฐ ซึ่งถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือรากฐานในการดำเนินการต่างๆ ของรัฐ โดยที่รัฐจะต้องดำเนินการไปเพื่อมนุษย์เพราะมนุษย์นั้น เป็นเป้าหมายการสำคัญในการดำเนินการของรัฐ ซึ่งจำต้องให้การคุ้มครองปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นหลักประกันการคุ้มครองประชาชน ซึ่งบุคคลทุกคนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นด้วย และรัฐจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการป้องกันคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกละเมิด และการป้องกันขัดขวางความทุกข์ยากทรมานของมนุษย์ย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองปัจเจกชนของรัฐ

ในขณะที่การสมรสในประเทศไทยนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์และสิทธิหน้าที่ของกลุ่มสมรสไว้ตามหลักกฎหมายครอบครัวซึ่งบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ซึ่งจากบทบัญญัติในมาตรา 1448 ที่กล่าวถึงเงื่อนไขของการสมรส กฎหมายจะใช้คำว่า “ชายหญิง” แสดงให้เห็นว่ากลุ่มสมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหญิง จะเป็นบุคคลเพศเดียวกันไม่ได้

ซึ่งผู้วิจัยวิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่า แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลรักเพศเดียวกันมีเจตนาที่จะอยู่ร่วมกันหรือมีความยินยอมโดยสมัครใจที่จะอยู่กินร่วมกัน แต่เมื่อกฎหมายกำหนดเงื่อนไขประการสำคัญให้เฉพาะบุคคลซึ่งจะกระทำการสมรสได้เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น หน่วยงานของรัฐจึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศที่มีเพศเดียวกันได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศ และห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ รวมไปถึงหลักเสรีภาพในการสร้างครอบครัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองจากรัฐ รัฐจึงควรมีหน้าที่ที่จะต้องให้การคุ้มครองบุคคลทุกคนไม่ว่าจะหญิงและชาย หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการให้ความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในทางกฎหมาย นโยบายหรือการปฏิบัติ ซึ่งจะส่งผลทางตรงหรือทางอ้อมในการจำกัดโอกาสที่ประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจะได้รับสิทธิของตน หรือจะเข้าถึงความเสมอภาคที่ทุกคนในฐานะพลเมืองควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐ ตามหลักการต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้น ซึ่งในบทต่อไปผู้วิจัยจะได้นำเสนอเงื่อนไขการสมรส

ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่มีการยอมรับให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายทางเพศสามารถสมรสหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ถูกต้องตามกฎหมาย