

หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมาย
ไทย

นายฉัตรชัย เอมราช

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2564
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37



5986551934_461585606



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

461585606  CU iThesis 598651934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

THE PRINCIPLE OF EQUALITY WITH PROTECTING THE RIGHT TO COHABITATION OF
ALTERNATIVE-SEX PEOPLE IN THAI LAW

Mr. Chatchai Emraja

A Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Doctor of Juridical Science in Laws

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2021

Copyright of Chulalongkorn University



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

หัวข้อวิทยานิพนธ์

หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกัน

ของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทย

โดย

นายฉัตรชัย เอมราช

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต



คณบดีคณะนิติศาสตร์

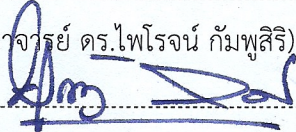
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



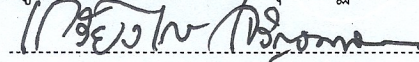
ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)



อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์)



กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)



กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์โชติกา วิทยารากุล)



กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์)



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

ฉัตรชัย เอมราช : หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคล
เพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทย. (THE PRINCIPLE OF EQUALITY
WITH PROTECTING THE RIGHT TO COHABITATION OF ALTERNATIVE-SEX
PEOPLE IN THAI LAW) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์

การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก
ควรเป็นไปในแนวทางที่ยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกมีศักดิ์ศรีและควรได้รับความคุ้มครองตาม
กฎหมายอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม โดยการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับ
การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในกรณีที่เพศของบุคคลมิได้สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของ
กฎหมายนั้น ผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายย่อมสามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมา
ใช้กับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้โดยตรง เว้นแต่ในกรณีของบทบัญญัติเงื่อนไข
ด้านเพศของคู่สมรสและข้อสันนิษฐานฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมาย
ประสงค์ให้ถือเอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญ ขณะที่การกำหนดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและ
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขึ้นเป็นการเฉพาะควรเป็นไปใน
ลักษณะที่ครอบคลุมถึงเพศของบุคคลโดยมิได้ยึดโยงอยู่กับสรีระร่างกายเพียงอย่างเดียว ภายใต้
ข้อพิจารณาสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับรูปแบบ
การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและความสอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศใน
สังคมที่มีได้จำกัดเพียงบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อนิติ

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก



5986551934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Principle of Equality, Cohabitation, Alternative-Sex People

Chatchai Emraja : THE PRINCIPLE OF EQUALITY WITH PROTECTING THE
RIGHT TO COHABITATION OF ALTERNATIVE-SEX PEOPLE IN THAI LAW.

Advisor: Asst. Prof. SUPHASIT TAWEEJAMSUP

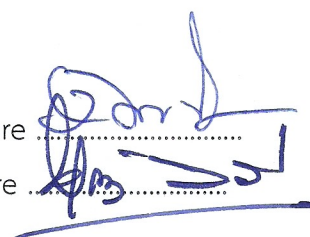
Applying the principle of equality in order to protect the right to cohabitation of alternative-sex people should be in the direction of recognizing that alternative-sex people have dignity and should be protected by law equal with other people in society. Enforcing and interpreting the provisions of the law on the cohabitation of alternative-sex people in the case that sex is not related to the purpose of the law. Those who have the duty to enforce and interpret the law can directly apply the provisions of the said law to the cohabitation of alternative-sex people. Except in the case of the provisions of the spouse's sex and the presumption of legitimacy, which are intended by law that sex of the person as the subject matter. Whilst the specific provision of the constitution and laws relating to the cohabitation of alternative-sex people should be in such a way as to include the gender of the individual without relying solely on physique. Under two important considerations that the consistency between the objective of the law and the lifestyle of alternative-sex people and the consistency with the diversity of gender in society that not limited to alternative-sex people only.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2021

Student's Signature

Advisor's Signature



กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ดร.ศรีวรรณ เอมราช มารดาของผู้เขียน ที่ปลูกฝังและจุดประกายให้ผู้เขียนมองเห็นความสำคัญของการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา ตลอดจนให้กำลังใจและให้การสนับสนุนผู้เขียนในทุกด้านเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศ.ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์ ที่ได้กรุณาประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ในการวิจัยทางนิติศาสตร์ระดับสูงให้แก่ผู้เขียน ทั้งยังช่วยฝึกฝนให้ผู้เขียนสามารถใช้ความคิดในการทำงานวิจัยได้อย่างเป็นระบบ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รศ.ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ผู้ล่อลวง ที่ได้กรุณาชี้แนะให้ผู้เขียนเข้าใจความหมายที่แท้จริงของการศึกษาในระดับปริญญาเอก โดยเฉพาะการแข่งขันต่อแนวความคิดดั้งเดิมเพื่อนำไปสู่การสร้างสรรค์สิ่งใหม่

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ที่ได้กรุณาให้การสนับสนุนและให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ตั้งแต่วาระแรกที่ผู้เขียนตั้งใจจะศึกษาต่อในระดับปริญญาเอก

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผศ.ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ อาจารย์ที่ปรึกษาของผู้เขียน ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำในการเขียนวิทยานิพนธ์ โดยเฉพาะเทคนิคในการสร้างความโดดเด่นและเอกลักษณ์ของผลงาน ทั้งยังช่วยสนับสนุนและติดตามความก้าวหน้าของการศึกษาวิจัยอยู่เสมอจนกระทั่งการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ในที่สุด

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรุ่นพี่และเพื่อนร่วมรุ่นของผู้เขียน ได้แก่ ดร.ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์ ผศ.ตามร คำไตรย์ อ.โคกิต ชีวะพานิชย์ อ.ปิยอร เปลิ้นผดุง และ อ.ณภัทร บุญประสาท ที่ได้ให้ความช่วยเหลืออย่างมากทั้งทางด้านวิชาการและกำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการศึกษา

การทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงขอแสดงความขอบคุณอย่างสูงด้วย

ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ นพ.บรรพต ปีกสันเทียะ คู่ชีวิตของผู้เขียน ที่ได้ให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนอย่างมากในการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ตลอดจนการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ฉัตรชัย เอมราช

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1	19
บทนำ.....	19
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา	19
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	23
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	23
1.4 นิยามศัพท์	23
1.5 ขอบเขตของการศึกษา	24
1.6 วิธีการศึกษา.....	24
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา.....	24
บทที่ 2	26
ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับหลักความเสมอภาค	26
2.1 ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค	26
2.1.1 ความคิดดั้งเดิมและการพัฒนาการของหลักความเสมอภาค	26
2.1.1.1 ความเสมอภาคเชิงปริมาณและความเสมอภาคเชิงสัดส่วนในปรัชญากรีกโบราณ.....	27
2.1.1.2 การเปลี่ยนแปลงที่ส่งผลต่อพื้นฐานความคิดของหลักความเสมอภาค	28
2.1.1.3 บทบาทของหลักความเสมอภาคในปัจจุบัน	29

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์และผลต่อสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาค	32
2.1.2.1 ความเป็นมนุษย์ในปรัชญากฎหมายธรรมชาติ	32
2.1.2.1.1 ความเท่าเทียมกันและเสรีภาพของมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ	32
2.1.2.1.2 เจตจำนงร่วมกันของมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแบบกลุ่ม	33
2.1.2.2 ความเป็นมนุษย์ในปรัชญาปฏิฐานนิยมกฎหมาย	33
2.1.2.2.1 ความเท่าเทียมกันของมนุษย์และสภาวะสงครามในธรรมชาติ	34
2.1.2.2.2 สัญญาประชาคมกับข้อจำกัดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	34
2.1.3 หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมาย	35
2.1.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพ	36
2.1.3.1.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุณสมบัติของมนุษย์ที่จะมีสิทธิตามธรรมชาติ	36
2.1.3.1.2 สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน	39
2.1.3.2 หลักความเสมอภาคกับบทบาทในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ	41
2.1.3.2.1 การใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค	42
2.1.3.2.2 ระดับความเคร่งครัดในการตรวจสอบความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาค	44
2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคกับความยุติธรรม	47
2.2 นิติวิธีของหลักความเสมอภาค	48
2.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักความเสมอภาค	49
2.2.1.1 ผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค	49
2.2.1.1.1 ผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาค	49

2.2.1.1.2 ผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค	50
2.2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน	51
2.2.1.2.1 สารสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	52
2.2.1.2.2 นิติวิธีของหลักความเสมอภาคภายใต้อิทธิพลของหลักความได้ สัดส่วน	56
1) การจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้	56
2) ความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์ สาธารณะ	60
2.2.2 ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค	62
2.2.2.1 หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม: ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน์ ของปัจเจกบุคคล	62
2.2.2.2 ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน: ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจาก การรักษาประโยชน์ของสังคมส่วนรวม	65
2.3 เพศและความสำคัญของเพศในระบบกฎหมาย	69
2.3.1 ความหมายโดยทั่วไปของเพศ	69
2.3.1.1 เพศบนพื้นฐานของสรีระร่างกาย	69
2.3.1.2 เพศบนพื้นฐานของจิตใจ.....	72
2.3.2 เพศในระบบกฎหมาย	74
2.3.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างเพศของบุคคลกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย.....	74
2.3.2.2 เพศในระบบกฎหมายภายใต้บริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป.....	76
2.3.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายแพ่งที่มีบทบาทต่อการใช้หลักความเสมอภาค ในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	78
2.3.2.3.1 แนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีหรือบิดาเป็นหัวหน้า ครอบครัว	79
2.3.2.3.2 แนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีและภริยามีความเสมอ ภาคกัน.....	82

1) ความเสมอภาคและความยินยอมในการสมรส	82
2) การคลี่คลายของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในครอบครัว. 84	
3) ความเปลี่ยนแปลงในแนวคิดเรื่องอำนาจปกครองของบิดา.....	85
2.4 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาค	87
2.4.1 ความเปลี่ยนแปลงของหลักความเสมอภาคอันเนื่องมาจากการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้ สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับเพศ	88
2.4.1.1 การเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ	88
2.4.1.2 การกำหนดให้เพศบนพื้นฐานของจิตใจเป็นหนึ่งในข้อห้ามการเลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรม	91
2.4.2 ความเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากการใช้หลักความเสมอภาคให้สอดคล้องกับบริบททาง สังคม.....	93
2.4.2.1 ความเปลี่ยนแปลงในข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ	93
2.4.2.2 การใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศทางเลือก	95
2.5 อิทธิพลของบริบททางสังคมต่อหลักความเสมอภาค	98
2.5.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคมกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย	98
2.5.1.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคม.....	98
2.5.1.2 การขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สอดคล้องกับบริบททางสังคม	100
2.5.2 ความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล	102
2.5.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล..	102
2.5.2.2 อิทธิพลของบริบททางสังคมต่อการเปลี่ยนแปลงในประโยชน์ของสังคมและ ประโยชน์ของปัจเจกบุคคล	104
2.6 สรุป	105
บทที่ 3	108
หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	108



461585606

3.1 ความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลเพศ	
ทางเลือก	108
3.1.1 หลักความเสมอภาคกับบทบาทในการชดเชยโอกาสแก่กลุ่มบุคคลชายขอบ	108
3.1.2 ความสำเร็จของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในสังคม	
.....	111
3.1.2.1 บทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชาย	
กับหญิง.....	111
3.1.2.2 บทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำอัน	
เนื่องมาจากเชื้อชาติและสีผิว	114
3.1.3 การคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลัก	
ความเสมอภาค	116
3.1.3.1 สภาวะทับซ้อนระหว่างสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับสิทธิ	
เสรีภาพขั้นพื้นฐานประการอื่น	117
3.1.3.2 อิทธิพลของหลักความเสมอภาคต่อการคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของ	
บุคคลเพศทางเลือก.....	118
3.1.3.3 แนวโน้มและบทบาทของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกใน	
อนาคต.....	122
3.2 แนวทางในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	123
3.2.1 ข้อเท็จจริงพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	124
3.2.1.1 สารสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับ	
บุคคลทั่วไป.....	124
3.2.1.2 สารสำคัญอันแตกต่างกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	
กับบุคคลทั่วไป.....	126
3.2.2 สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	128
3.2.2.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัว	128
3.2.2.2 สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว	130

3.2.2.3 สิทธิในการสืบมรดก	133
3.2.3 ข้อพิจารณาในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	134
3.2.3.1 ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับเพศในบริบทของหลักความเสมอภาค	135
3.2.3.2 ความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	137
3.2.3.3 ความเหมาะสมของรูปแบบการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	138
3.2.3.3.1 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมาย	138
3.2.3.3.2 การออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	139
3.3 ข้อท้าทายในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	140
3.3.1 รูปแบบรัฐบาลเสียงข้างมากกับอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก.....	141
3.3.2 อิทธิพลของระบบกฎหมายที่ยังคงอยู่ภายใต้ความคิดทางเพศแบบทวินิยม	146
3.3.3 ความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกกับแรงต้านจากสังคม	148
3.4 สรุป	150
บทที่ 4	153
หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของต่างประเทศ ...	153
4.1 เพศและเพศทางเลือกในบริบททางสังคมและกฎหมาย	153
4.1.1 การปฏิเสธข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก.....	153
4.1.1.1 อิทธิพลของศาสนาต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	154
4.1.1.2 การปฏิเสธเพศทางเลือกในสังคมตะวันตก	156

4.1.2 อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตกต่อสถานะทางกฎหมายของเพศทางเลือกในเอเชีย	158
4.1.2.1 การนำระบบกฎหมายของประเทศเจ้าอาณานิคมมาใช้กับประเทศในอาณานิคม	159
4.1.2.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตก	162
4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกับเพศของบุคคลและเพศทางเลือก	164
4.2.1 สารสำคัญของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับเพศและเพศทางเลือก	165
4.2.1.1 ความเป็นมนุษย์และความแตกต่างระหว่างบุคคลในเรื่องเพศ	165
4.2.1.1.1 คุณค่าของความเป็นมนุษย์ซึ่งอยู่เหนืออิทธิพลของเพศ	165
4.2.1.1.2 ข้อสงวนอันเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติของเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ	171
4.2.1.2 การจำแนกกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานด้านเพศหรือข้อเท็จจริงอื่นซึ่งยากจะเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล	172
4.2.1.2.1 ความหมายของเพศในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม	172
4.2.1.2.2 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับเพศทางเลือก	174
4.2.2 ข้อจำกัดของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	176
4.2.2.1 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	176
4.2.2.1.1 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในรัฐธรรมนูญปี ...	177
4.2.2.1.2 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	179
4.2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรกับความสงบเรียบร้อยของสังคม	181

4.2.2.2.1 อิทธิพลของความสงบเรียบร้อยของสังคมต่อสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส	182
4.2.2.2.2 อิทธิพลของวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรในสมัยอาณานิคมต่อระบบกฎหมายลึงค์โปร์	183
4.3 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก	185
4.3.1 อิทธิพลของการปฏิรูปประเทศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในญี่ปุ่น	185
4.3.1.1 เพศทางเลือกในญี่ปุ่นก่อนการปฏิรูปเมจิ	185
4.3.1.2 เพศทางเลือกในญี่ปุ่นภายหลังการปฏิรูปเมจิ	187
4.3.2 อิทธิพลของกระแสการปฏิรูปทางเพศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในยุโรป	188
4.3.2.1 กระแสการปฏิรูปทางเพศกับผลต่อเพศทางเลือกในประเทศเยอรมนี	189
4.3.2.2 กระแสการปฏิรูปทางเพศกับผลต่อเพศทางเลือกในประเทศฝรั่งเศส	189
4.4 ผลของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	191
4.4.1 การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	191
4.4.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต	191
4.4.1.1.1 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต (Pacs) ของประเทศฝรั่งเศส	192
4.4.1.1.2 รัฐบัญญัติคู่ชีวิต (Lebenspartnerschaftsgesetz) ของประเทศเยอรมนี	194
4.4.1.2 กฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน	195
4.4.1.2.1 สาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส	198
4.4.1.2.2 สาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี	199
4.4.2 การใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	201

4.4.2.1 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการให้บริการสาธารณะ	201
4.4.2.2 บทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	207
4.4.2.2.1 การขยายสิทธิหน้าที่ในการสมรสแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	207
4.4.2.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	211
4.5 สรุป	217
บทที่ 5	220
หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของประเทศไทย	220
5.1 หลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	220
5.1.1 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	220
5.1.1.1 ความเป็นไปได้ในการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศทางเลือก	221
5.1.1.2. ความหมายของชายและหญิงในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ	222
5.1.2 เพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	224
5.1.2.1 การรับรู้ถึงเพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	224
5.1.2.1.1 เพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ	224
5.1.2.1.2 เพศทางเลือกในบริบทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม	227
5.1.2.2 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อระบบกฎหมาย.....	229

5.1.2.2.1 การใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคของเพศทางเลือก	229
5.1.2.2.2 กระบวนการนิติบัญญัติภายใต้บริบทของการยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. 231	
5.2 เพศทางเลือก การสมรส และครอบครัวในบริบทของประเทศไทย.....	232
5.2.1 การรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย.....	232
5.2.1.1 พื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับเพศและเพศทางเลือก	233
5.2.1.1.1 ความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงภายใต้บริบททางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมของประเทศไทย.....	233
5.2.1.1.2 อิทธิพลของคติความเชื่อทางศาสนาต่อการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย	238
5.2.1.2 การยอมรับเพศทางเลือกในประเทศไทย.....	239
5.2.1.2.1 การยอมรับพฤติกรรมเพศทางเลือกและบุคคลเพศทางเลือกในบริบทสังคมไทย.....	239
5.2.1.2.2 การยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทย	243
5.2.2 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศและความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย.....	244
5.2.2.1 การรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวสมัยใหม่เข้าสู่ระบบกฎหมายไทยผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	245
5.2.2.1.1 ระบบการสมรสและครอบครัวในประเทศไทยก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	245
5.2.2.1.2 การผสานระบบคู่เดียวเมียเดียวและแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย.....	247
5.2.2.2 อิทธิพลของการเรียกร้องสิทธิสตรีและสิทธิความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย.....	250



461585606

5.2.2.2.1	กระแสการปลดปล่อยสตรีและผลต่อความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง	250
5.2.2.2.2	พัฒนาการของสิทธิความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์	254
5.3	การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทสังคมและระบบกฎหมายของประเทศไทย	259
5.3.1	ความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย.....	260
5.3.1.1	ความสอดคล้องระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	260
5.3.1.1.1	สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	260
1)	สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว	261
2)	สิทธิในครอบครัว	263
3)	สิทธิในการสืบมรดก	266
5.3.1.1.2	บทบาทที่แตกต่างกันของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ	268
5.3.1.1.3	ความสอดคล้องของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	271
5.3.1.2	ข้อท้าทายของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย	272
5.3.1.2.1	ความสอดคล้องระหว่างเพศทางเลือกกับเพศของบุคคลในระบบกฎหมายไทย	272
1)	เพศของบุคคลในกฎหมายที่มุ่งถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศสรีระแตกต่างกัน.....	273

2) เพศของบุคคลในกฎหมายที่มีได้มุ่งถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งมีเพศสรีระแตกต่างกัน.....	276
5.3.1.2.2 ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก กับศีลธรรมและศาสนา.....	278
5.3.1.2.3 บทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก.....	284
5.3.2 การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสม กับบริบทของประเทศไทย	293
5.3.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกบนพื้นฐานของ หลักความเสมอภาค	293
5.3.2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์กับสิทธิหน้าที่ใน ระบบกฎหมายไทย	294
1) สิทธิหน้าที่อันเนื่องมาจากความจำเป็นของการใช้ชีวิตร่วมกัน	294
(1) การอุปการะเลี้ยงดู	295
(2) ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีและภรรยา.....	296
(3) ส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต.....	298
(4) การพักลดหย่อนตามประมวลรัษฎากร.....	300
(5) สวัสดิการเกี่ยวกับครอบครัว	301
2) สิทธิหน้าที่อันเนื่องมาจากสถานะของบุคคล	304
(1) ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย	304
(2) การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์	305
(3) การขอถือสัญชาติไทย	307
(4) การเป็นทายาทโดยธรรม.....	309
(5) การจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญา.....	310



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

(6) ข้อห้ามการฟ้องคดีต่อผู้บุพการี (อุทลุม).....	312
5.3.2.1.2 สารสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศ ทางเลือกกับบุคคลทั่วไปในสังคมไทย	312
1) การอุปการะเลี้ยงดูและพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน	313
2) ระบบเครือญาติ	314
5.3.2.1.3 ประโยชน์ที่สังคมยังคงได้จากการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์แบบ ชายกับหญิง.....	317
5.3.2.2 ความเหมาะสมของกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศ ทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคในประเทศไทย	320
5.3.2.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต.....	321
5.3.2.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน.....	324
5.3.2.2.3 ข้อจำกัดในการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชาย หญิงมาใช้ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก	326
5.4 สรุป	328
บทที่ 6	330
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	330
6.1 บทสรุป	330
6.2 ข้อเสนอแนะ	333
6.2.1 การใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกัน ของบุคคลเพศทางเลือก	334
6.2.2 การกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศ ทางเลือกให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย.....	335
บรรณานุกรม.....	339
ประวัติผู้เขียน.....	363

บทที่ 1

บทนำ

การศึกษาวิจัยถึงหลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทยนั้นเป็นผลของการตระหนักถึงลักษณะสำคัญ 2 ประการของระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ ปัญหาความขาดแคลนกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทยโดยตรง ในขณะที่หลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นสามารถขยายความคุ้มครองสิทธิประการต่าง ๆ ที่มีอยู่แล้วให้ครอบคลุมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้ ทว่า ในการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมนั้นจะต้องคำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งในด้านบริบททางสังคมและกฎหมายของประเทศไทย โดยในบทนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา (1.1) ซึ่งเป็นที่มาของการศึกษาวิจัยในประเด็นดังกล่าวข้างต้น วัตถุประสงค์ของการศึกษา (1.2) ซึ่งช่วยให้เห็นเป้าหมายของการศึกษาวิจัย สมมติฐานของการศึกษา (1.3) ซึ่งเป็นภาพรวมของการศึกษาวิจัยทั้งหมด นิยามศัพท์ (1.4) ขอบเขตของการศึกษา (1.5) และวิธีการศึกษา (1.6) อันเป็นเครื่องกำหนดกรอบและขอบเขตของการศึกษาวิจัยให้มีความชัดเจนรัดกุม ตลอดจนประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา (1.7) ที่จะช่วยให้เห็นถึงคุณค่าของการศึกษาวิจัยครั้งนี้โดยลำดับ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา

เพศเป็นผลผลิตอันซับซ้อนของการประสานกันระหว่างมนุษย์กับสังคม ด้วยเหตุนี้ในมิติหนึ่งเพศของบุคคลจึงถูกพิจารณาจากร่างกายและจิตใจ กล่าวคือ เพศสรีระ (Sex) เพศสภาพหรือเพศสถานะ (Gender) และเพศวิถี (Sexuality) หรือวิถีทางเพศ (Sexual Orientation)¹ ในอีกมิติหนึ่งเพศเป็นการอ้างอิงถึงโครงสร้างหรือการแสดงออกทางสังคมของมนุษย์ที่นำไปสู่สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ รวมถึงบทบาทที่สังคมคาดหวังจากแต่ละเพศในรูปแบบของความประพฤติที่บุคคลแสดงให้ปรากฏต่อผู้อื่นในสังคม ตลอดจนความรู้สึกถึงตัวตนของบุคคลนั้น ๆ ว่าตนสังกัดอยู่ในเพศใด ซึ่งอาจจะสอดคล้องกับแบบแผนที่สังคมคาดหวังหรือไม่ก็ตาม รวมถึงความพึงพอใจที่บุคคลหนึ่งมีความปรารถนาทางเพศต่อบุคคลอื่นในสังคม ความพึงพอใจนั้นอาจจะมีต่อบุคคลใด ๆ ไม่ว่าผู้นั้นจะมีเพศสรีระแตกต่างกับตนหรือไม่ และบุคคลอาจมีความพึงพอใจเช่นนั้นต่อทั้งผู้ที่มีเพศสรีระเช่นเดียวและแตกต่างกับตน

¹ Julia T. Wood, *Gendered Lives: Communication, Gender, and Culture*, 9 ed. (Massachusetts, U.S.A.: Wadsworth, 2011), pp. 23-28.

ในปัจจุบัน สังคมไทยเริ่มยอมรับว่าเป็นธรรมดาที่เพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลจะไม่สอดคล้องกับเพศสรีระโดยกำเนิดและไม่ใช่ว่าความเจ็บป่วยหรือเป็นเรื่องที่ผิดปกติ ในระบบกฎหมายไทยจึงได้ยอมรับเพศของบุคคลในความหมายที่ไม่ได้เจาะจงเฉพาะสรีระร่างกายของบุคคลในระดับหนึ่ง โดยบุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศสรีระโดยกำเนิดย่อมได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องดังกล่าวจึงมีอาชญากรรมทำได้² และในขณะที่ความคุ้มครองต่อบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในบริบทของรัฐธรรมนูญ การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของบุคคลยังได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือจากการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีหลักการที่มุ่งให้ความคุ้มครองในปริมณฑลที่กว้างขวางแก่บุคคลทุก ๆ เพศโดยไม่ได้อำนาจเฉพาะแต่เพียงเพศชายและเพศหญิงที่อยู่ในกรอบของสรีระตามกำเนิดของบุคคล อันเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 เช่นเดียวกัน

ในด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมทั้งจากความเข้าใจและการยอมรับเพศทางเลือกที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในขณะเดียวกันความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายซึ่งส่งผลให้การสมรสไม่ได้ยึดติดอยู่กับการสืบพันธุ์อีกต่อไป ส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายมีความเป็นไปได้ เป็นเหตุให้ในหลายประเทศที่ครั้งหนึ่งเพศทางเลือกเคยเป็นสิ่งต้องห้ามต่างเริ่มยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ตลอดจนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร การรับบุตรบุญธรรม ตลอดจนการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์³

² คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (กรุงเทพฯ สำนักการพิมพ์ :3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า 22-23.

³ Macarena Sáez, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different?," American University Journal of Gender Social Policy and Law 19, no. 1 (2011): 2, 5; Frederik Swennen and Yves-Henri Leleu, "National Report: Belgium," American University Journal of Gender Social Policy and Law 19, no. 1 (2011): 70-71; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)," วารสารนิติศาสตร์, 43, 2 (2557): 258-259; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์, 43, 3 (2557): 510-512.

โดยทั่วไปแล้วสิทธิซึ่งรัฐให้แก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นได้แก่สิทธิหน้าที่อันจำเป็นต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้อย่างไม่แตกต่างไปจากการใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิง อาทิ

1. สิทธิในการเป็นผู้แทนหรือการแสดงเจตนาแทนอีกฝ่ายในเมื่ออีกฝ่ายนั้นอยู่ในสถานะที่ไม่อาจแสดงเจตนาได้
2. สิทธิต่อคู่สัญญาและบุคคลภายนอกตามกฎหมายเกี่ยวกับเอกเทศสัญญา
3. สิทธิที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจะได้รับการยอมรับตามกฎหมาย หรือสิทธิที่จะยกการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นขึ้นกล่าวอ้างต่อรัฐ อาทิ สิทธิในการหักลดหย่อนตามกฎหมายภาษีอากร สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว สิทธิตามกฎหมายสัญชาติและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และสิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
4. สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน
5. สิทธิในทรัพย์สินซึ่งอีกฝ่ายได้รับมาในระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกัน
6. สิทธิในการได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายภายหลังจากการใช้ชีวิตร่วมกันสิ้นสุดลง
7. สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่อีกฝ่ายถูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย
8. สิทธิในการรับมรดกเมื่ออีกฝ่ายถึงแก่ความตาย

ขณะที่ปัจจุบันมีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขึ้นในประเทศไทยจำนวนหลายฉบับและต่างเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างมาก โดยเฉพาะในด้านเนื้อหาของสาระของสิทธิหน้าที่ซึ่งบุคคลเพศทางเลือกจะได้รับจากการใช้ชีวิตร่วมกันตามร่างกฎหมายฉบับต่าง ๆ ดังกล่าว มักจะอนุโลมหรืออ้างอิงบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันมีสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสังคมและระบบกฎหมายไทยทั้งอาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นอุปสรรคต่อการพิจารณาร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวได้ องค์ความรู้ที่ถูกต้องในหลักความเสมอภาคซึ่งเหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและบริบทของประเทศไทยจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทย

เพศของบุคคลเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคที่แม้สาระของหลักความเสมอภาคจะไม่สามารถแยกออกจากความเป็นมนุษย์ได้อย่างเด็ดขาดแต่กลับมีลักษณะย้อนแย้ง



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

กับเอกสารที่กล่าวถึงหลักความเสมอภาคในยุคแรก ๆ ซึ่งให้ความสำคัญแก่เพศและพจน์ของผู้ทรงสิทธิในความเสมอภาคอย่างชัดเจน อาทิ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789) ที่สะท้อนถึงสิทธิของผู้ชายและพลเมืองแต่ละคน⁴ เมื่อกาลเวลาผ่านไป ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเริ่มมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในฐานะที่เพศหญิงได้รับการยอมรับว่าไม่มีความแตกต่างจากเพศชายและสามารถที่จะมีสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกันได้ เมื่อเพศได้รับการยอมรับว่าไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างในสิทธิระหว่างบุคคล รัฐธรรมนูญตลอดจนองค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในหลายประเทศต่างให้การคุ้มครองหลักการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ด้วยบริบททางสังคมในอดีต ไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าความเสมอภาคระหว่างเพศในที่ย่อมหมายถึงความเท่าเทียมกันระหว่างเพศชายและหญิงตามความเข้าใจอย่างสามัญที่พิจารณาจากสรีระร่างกายของบุคคลเท่านั้น

ในขณะที่ปัจจุบันสังคมโลกได้พัฒนายิ่งขึ้นไปอีก ปัญหาที่จะต้องพิจารณาภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคโดยเฉพาะในมิติที่เกี่ยวกับเพศจึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะความแตกต่างในสรีระร่างกายของบุคคลเท่านั้น หากแต่ยังก้าวล้ำไปถึงการยอมรับหรือรับรู้ถึงตัวตนในด้านเพศของแต่ละบุคคลซึ่งอาจจะสอดคล้องกับสรีระร่างกายโดยกำเนิดหรือไม่ก็ตาม โดยเฉพาะการยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลทุกคนควรได้รับความเคารพในสิทธิโดยธรรมชาติที่จะเลือกวิถีชีวิตของตนเอง โดยมีจำต้องถูกผูกพันอยู่กับรูปแบบที่เคยยึดถือกันมาตามชนบประเพณีอีกต่อไป ประกอบกับความรู้ความเข้าใจทางการแพทย์ที่เพิ่มมากขึ้นตามลำดับเพศทางเลือกจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของลักษณะเฉพาะทางเพศของบุคคลที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ และเป็นเรื่องปรกติหากมนุษย์จะมีความชอบพอส่วนบุคคลโน้มเอียงไปหาบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกับตน ล้วนเป็นปัจจัยที่เกื้อหนุนให้สังคมเห็นว่าบุคคลเพศทางเลือกไม่ได้มีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไปพอที่จะปฏิบัติต่อพวกเขาให้แตกต่างไปได้ เพศทางเลือกจึงได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายโดยเฉพาะในบริบทของรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศบัญญัติรับประกันว่าเพศทางเลือกเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคกับบุคคลทั่วไป⁵ และมีการบัญญัติกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกในด้านต่าง ๆ รวมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เริ่มได้รับการยอมรับใน

⁴ Sonali Gupta, "Liberty for All? An Exploration on the Status of Woman in Revolutionary France," *Primary Source: The Indiana University Undergraduate Journal of History* 5, no. 1 (2014): 18; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 74.

⁵ Adèle Cassola Amy Raub, Isabel Latz and Jody Heymann, "Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions," *Yale Journal of Law and Feminism* 28, 1 (2016): 157-160.

ระบบกฎหมายทั้งในรูปแบบการเป็นคู่ชีวิตและการสมรส ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถดำรงชีวิตของพวกเขาได้อย่างอิสระและเสรีเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปในสังคม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. ศึกษาวิจัยถึงสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่อยู่บนพื้นฐานการพิจารณาถึงเพศของบุคคลในระบบกฎหมายและเพศทางเลือกในสังคมไทย
2. ศึกษาวิจัยถึงแนวทางในการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกผ่านหลักความเสมอภาค
3. ศึกษาวิจัยถึงแนวทางการบัญญัติแก้ไขหรือเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในระบบกฎหมายไทยให้เหมาะสมกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า การใช้ชีวิตร่วมกันคือการพึ่งพาซึ่งกันและกันอันอยู่นอกเหนือปัจจัยด้านเพศของบุคคล การใช้และตีความตลอดจนการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจึงควรเป็นไปในแนวทางที่เหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ในบริบทดังกล่าวโดยมีจำต้องคำนึงถึงเพศของบุคคลหรือยึดโยงกับบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัว

1.4 นิยามศัพท์

ในวิทยานิพนธ์นี้มีการใช้ศัพท์ซึ่งผู้เขียนประสงค์จะให้ป็นศัพท์เฉพาะ ได้แก่

เพศสรีระ หมายถึง ร่างกายของบุคคลที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง

เพศสภาพ หมายถึง โครงสร้างหรือการแสดงออกทางสังคมที่นำไปสู่สิทธิหน้าที่และบทบาทที่สังคมคาดหวังต่อชายและหญิง รวมถึงความรู้สึกถึงอัตลักษณ์ของบุคคลว่าตนเป็นหญิงหรือชาย

เพศวิถี หมายถึง ความพึงพอใจเชิงเสน่ห์หาที่บุคคลมีความปรารถนาทางเพศต่อบุคคลอื่น

เพศทางเลือก หมายถึง พฤติกรรมของบุคคลที่แสดงออกถึงเพศสภาพหรือเพศวิถีที่แตกต่างไปจากเพศสรีระของตน โดยการแต่งกายและมีวิธีการดำรงชีวิตเหมือนบุคคลที่มีเพศสรีระตรงข้ามกับตน หรือโดยการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยากับบุคคลที่มีเพศสรีระเช่นเดียวกับตน หรือโดยการจัดใจเสน่ห์หาต่อบุคคลที่มีเพศสรีระ เพศสภาพ หรือเพศวิถีเช่นเดียวกับตน ทั้งนี้ไม่ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะเกิดขึ้นเป็นการชั่วคราวหรือถาวร รวมถึงบุคคลผู้ที่สำนึกถึงเพศสรีระ เพศสภาพ หรือเพศวิถีของตนเองว่าไม่ได้ถูกยึดติดกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเพศใด ๆ ซึ่งพฤติกรรมต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ไม่

อาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้แม้บุคคลนั้น ๆ จะต้องการก็ตาม อาทิ นาย ก. มีเพศสรีระเป็นชายโดยกำเนิด กล่าวคือ มีอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอก อวัยวะสืบพันธุ์ภายใน และโครโมโซมเพศที่สอดคล้องกันจนสามารถบ่งชี้ได้อย่างชัดเจนว่าเป็นเพศชาย ซึ่งตามกฎหมายของสังคมแล้วนาย ก. ควรที่จะมีจิตใจเสนาหาต่อเพศหญิงซึ่งมีกริยาเรียบร้อยนุ่มนวลตรงข้ามกับตน แต่ในความเป็นจริงแล้ว นาย ก. กลับมีจิตใจเสนาหาต่อหญิงที่มีกริยาอาการและการแต่งกายที่เหมือนกับชาย และไม่ว่าประการใดนาย ก. ไม่อาจแก้ไขพฤติกรรมของตนให้สอดคล้องกับแบบแผนของสังคมเช่นเดียวกับชายทั่วไปได้แม้ว่าเขาจะต้องการเช่นนั้นก็ตาม

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยถึงแนวทางในการนำหลักความเสมอภาคมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก โดยมุ่งศึกษาการบัญญัติ การใช้ และการตีความกฎหมายตลอดจนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและผลกระทบต่อระบบกฎหมายไทยอันเนื่องมาจากการใช้หลักความเสมอภาคกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก และจะศึกษาบริบทของต่างประเทศจำนวน 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เพื่อประกอบให้เห็นความชัดเจนในประเด็นที่จะศึกษามากยิ่งขึ้น เพราะเป็นประเทศที่ประมวลกฎหมายและรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับระบบกฎหมายไทยและยังมีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตลอดจนหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย

1.6 วิธีการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสาร โดยศึกษาค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่ ตั๋วบทกฎหมาย หนังสือและบทความวิชาการ ตลอดจนแหล่งข้อมูลออนไลน์บนระบบอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก รวมถึงผลกระทบและข้อจำกัดของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวภายใต้บริบทของประเทศไทย

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก
2. ทราบถึงข้อดีและข้อเสียของการนำหลักความเสมอภาคมาเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

3. ทราบถึงผลกระทบของการใช้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกต่อระบบกฎหมายไทย

4. ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการใช้และตีความตลอดจนการบัญญัติแก้ไขหรือเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ภายใต้บริบทของประเทศไทย



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับหลักความเสมอภาค

การศึกษาถึงสาระสำคัญของมนุษย์โดยเฉพาะในด้านคุณค่าเชิงนามธรรมของความเป็นมนุษย์ที่ส่งผลให้มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีอันควรแก่การเคารพและชอบที่จะทรงไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการทำความเข้าใจหลักความเสมอภาค กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างความเสมอภาคกับความเป็นมนุษย์ในด้านข้อความทั่วไปของหลักความเสมอภาค (2.1) ซึ่งเป็นเรื่องกรอบแนวคิดและการพัฒนาของหลักความเสมอภาคผ่านกระแสนการเปลี่ยนแปลงในความคิดเกี่ยวกับมนุษย์ นิติวิธีของหลักความเสมอภาค (2.2) ที่ทั้งปัจเจกบุคคลและรัฐได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในหลักความเสมอภาค เพศและความสำคัญของเพศในระบบกฎหมาย (2.3) อิทธิพลของความคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาค (2.4) ตลอดจนอิทธิพลของบริบททางสังคมต่อหลักความเสมอภาค (2.5) อันแสดงถึงอิทธิพลที่การเปลี่ยนแปลงในความคิดเกี่ยวกับมนุษย์มีต่อหลักความเสมอภาคอย่างสอดคล้องและสัมพันธ์กัน

2.1 ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายทั้งในฐานะที่หลักความเสมอภาคเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นเครื่องมือในการควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจต่อประชากรของตนโดยมิชอบ ทว่า ก่อนที่หลักความเสมอภาคจะมีบทบาทสำคัญถึงในระดับนี้ พื้นฐานความคิดของหลักการดังกล่าวได้ถูกพัฒนามาอย่างยาวนาน การศึกษาถึงความคิดดั้งเดิมและการพัฒนาการของหลักความเสมอภาค (2.1.1) รวมทั้งแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์และผลต่อสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาค (2.1.2) ที่ส่งผลให้หลักความเสมอภาคเปลี่ยนไปจากหลักการที่อยู่บนพื้นฐานของความคิดทางคณิตศาสตร์ในยุคโบราณเข้าสู่หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมาย (2.1.3) ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคกับความยุติธรรม (2.1.4) ที่แม้ว่าทั้ง 2 สิ่งนั้นจะมีใช้เรื่องเดียวกันแต่หลักความเสมอภาคก็ได้รับการยอมรับมาตลอดว่าเป็นหนทางที่จะนำไปสู่ความยุติธรรมในสังคม ย่อมจะช่วยให้เกิดความเข้าใจในหลักความเสมอภาคได้ถึงระดับแก่นแท้

2.1.1 ความคิดดั้งเดิมและการพัฒนาการของหลักความเสมอภาค

การศึกษาถึงความคิดดั้งเดิมและการพัฒนาการของหลักความเสมอภาคเป็นการศึกษาถึงพื้นฐานแนวคิดของหลักความเสมอภาคผ่านหลักความเสมอภาคเชิงปริมาณและความเสมอภาคเชิง

สัดส่วนในปรัชญากรีกโบราณ (2.1.1.1) การเปลี่ยนแปลงที่ส่งผลต่อพื้นฐานความคิดของหลักความเสมอภาค (2.1.1.2) และบทบาทของหลักความเสมอภาคในปัจจุบัน (2.1.1.3) ที่หลักความเสมอภาคเริ่มมีบทบาทในฐานะเครื่องมือจำกัดอำนาจรัฐและส่งเสริมความเป็นธรรมในสังคมโดยลำดับ

2.1.1.1 ความเสมอภาคเชิงปริมาณและความเสมอภาคเชิงสัดส่วนในปรัชญากรีกโบราณ

หลักความเสมอภาคเป็นเรื่องของวิธีการที่จะปฏิบัติอย่างไรต่อบุคคลซึ่งโดยพื้นฐานแล้วล้วนก็มีความแตกต่างกันเป็นทุนเดิมตามธรรมชาติในแง่มุมใดแง่มุมหนึ่งเป็นอย่างน้อยทั้งสิ้น แนวคิดของหลักความเสมอภาคจึงมุ่งไปที่การจัดสรรปันส่วนให้แก่บุคคลตามความเหมาะสมในอดีตเพลโตได้หยิบยกหลักความเสมอภาคขึ้นเพื่อโน้มน้าวให้รัฐและบรรดาผู้บัญญัติกฎหมายนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการแบ่งปันเกียรติและประโยชน์ต่าง ๆ แก่ประชาชนในรัฐ เมื่อกล่าวถึงจุดนี้หลักความเสมอภาคได้แยกออกเป็น 2 รูปแบบซึ่งมีชื่อเหมือนกันแต่ต่างกันอย่างสิ้นเชิงในผลของการปรับใช้ ประการแรกคือความเสมอภาคในเชิงปริมาณ เป็นรูปแบบของความเสมอภาคที่อยู่บนพื้นฐานของจำนวนนับและมาตราวัด หลักความเสมอภาครูปแบบนี้ถูกใช้โดยการเฉลี่ยประโยชน์ต่าง ๆ ไปตามจำนวนสมาชิกในรัฐอย่างง่าย ๆ ประการที่ 2 คือหลักความเสมอภาคในเชิงสัดส่วน เป็นรูปแบบของความเสมอภาคที่อยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างกันระหว่างบุคคล การกระจายเกียรติหรือประโยชน์ต่าง ๆ มิใช่เพียงแต่เฉลี่ยไปยังบุคคลทุกคนเท่า ๆ กันดังเช่นความเสมอภาคในเชิงปริมาณดังกล่าวข้างต้น หากแต่รัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องคำนึงถึงสัดส่วนที่เหมาะสมกับบุคคลแต่ละคนเป็นสำคัญ เพลโตเชิดชูและเปรียบเปรยหลักความเสมอภาคในเชิงสัดส่วนนี้ว่าดุจดั่งคำพิพากษาของเทพเจ้าซุสอันก่อให้เกิดสิ่งดี ๆ ทั้งหลาย และเป็นพื้นฐานของความยุติธรรมที่สม่ำเสมอตลอดไป¹

ปัจจุบันแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคผละออกจากจากการแบ่งแยกบุคคลในสังคมให้แตกต่างกันในรูปแบบของชนชั้นทางสังคม แต่ยังคงอยู่บนพื้นฐานของทั้งการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียมกันโดยสลายความแตกต่างตามธรรมชาติของบุคคลออกและปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนในฐานะที่เป็นมนุษย์เหมือน ๆ กันและสามารถที่จะใช้สิทธิเสรีภาพซึ่งได้รับประกันไว้อย่างเท่าเทียมกันอันอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเชิงสัดส่วน ในขณะที่เดียวกันการยอมรับความแตกต่างตามธรรมชาติของบุคคลอันเป็นพื้นฐานของความเสมอภาคเชิงสัดส่วนยังคงได้รับการยอมรับในฐานะส่วนหนึ่งของวิธีการที่จะจัดสรรโอกาสทางสังคมใหม่ เพื่อให้บุคคลทุกคนมีโอกาสที่จะใช้สิทธิเสรีภาพซึ่งได้รับประกันไว้อย่างเท่าเทียมกัน ความเหมือนอีกประการหนึ่งระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในอดีตและหลักความเสมอภาคที่ได้รับการยอมรับในปัจจุบันคือแม้หลักความเสมอภาคทั้ง

¹ Plato, *Laws*. 6 vols. 757b-c.

2 รูปแบบอาจจะถูกประเมินคุณค่าที่เด่นด้อยยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด หลักความเสมอภาคทั้ง 2 รูปแบบก็มักจะถูกใช้ร่วมกันไปเสมอตามแต่พฤติการณ์และความจำเป็น

2.1.1.2 การเปลี่ยนแปลงที่ส่งผลต่อพื้นฐานความคิดของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นเครื่องมือชนิดหนึ่งซึ่งรับใช้นายหลายคนในวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน โดยความแตกต่างของเป้าหมายของการใช้หลักความเสมอภาคในขณะเดียวกันได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในความหมายและก่อให้เกิดพัฒนาการของหลักความเสมอภาคด้วย ในสมัยกรีกโบราณหลักความเสมอภาคเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการสนับสนุนระบอบการปกครองแบบอภิชนาธิปไตยโดยการยืนยันถึงหลักการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีชาติกำเนิดต่างกันให้แตกต่างกันในฐานะของการแบ่งปันคุณค่าหรือความดีต่าง ๆ ในสังคม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าความคิดเชิงปรัชญาเช่นนี้เป็นมูลเหตุอันชอบธรรมประการหนึ่งของระบบทาสและระบบศักดินาในโลกตะวันตก เพลโตเองได้อ้างถึงความชอบธรรมในการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างทาสกับนายทาสว่าเป็นเรื่องของความเสมอภาคซึ่งเขาได้นำไปเปรียบเทียบกับความดีและความชั่วว่า ทาสกับนายทาสก็ดีคนดีกับคนชั่วก็ดี ไม่มีทางที่จะเป็นเพื่อนกันได้แม้ว่าพวกเขาจะอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน เพราะเมื่อให้ความเสมอภาคแก่สิ่งซึ่งไม่เท่าเทียมกันแล้วผลก็คือความไม่เสมอภาคนั่นเอง²

หลักความเสมอภาคได้ปฏิบัติหน้าที่ในการแบ่งแยกคนดีออกจากคนชั่วและจัดสรรปันส่วนคุณค่าในสังคมอย่างเหมาะสมและชอบธรรมแก่บุคคลภายใต้สัดส่วนที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดข้างต้นเป็นระยะเวลาหลายร้อยปี ลักษณะของการกดขี่ผ่านการจำแนกบุคคลบนพื้นฐานของชาติกำเนิดและทรัพย์สินโดยเฉพาะที่ดินซึ่งมีเฉพาะขุนนางและชนชั้นสูงเท่านั้นจะครอบครองได้เป็นเงื่อนไขสำคัญซึ่งนำไปสู่การจุดประกายความคิดในการตีความหลักความเสมอภาคเสียใหม่เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานซึ่งอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรมมิใช่ธรรมชาติโดยกำเนิดอันแตกต่างกันของมนุษย์ อันเป็นความคิดที่ได้รับอิทธิพลจากคำสอนของศาสนาคริสต์ในเรื่องการกำเนิดของมนุษย์ที่เชื่อว่าพระเจ้าทรงสร้างและประสาทชีวิตตลอดจนความสามารถให้แก่มนุษย์ มนุษย์ทุกคนจึงเป็นเสมือนบุตรของพระเจ้าเป็นเจ้าเช่นเดียวกัน³ และนำไปสู่ข้อสมมติฐานอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณลักษณะที่สำคัญและมีลักษณะพื้นฐานมากกว่าชาติกำเนิดและฐานันดรศักดิ์ของบุคคล ข้อสันนิษฐานของความเสมอภาคอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการประกาศอิสรภาพของดินแดนอาณานิคมอังกฤษในอเมริกาและการปฏิวัติล้มล้างระบบกษัตริย์ในฝรั่งเศส เนื่องจากความคิดที่ว่ามนุษย์ที่มีศักดิ์และสิทธิเท่าเทียมกันซึ่งได้แสดงเจตจำนงร่วมกันก่อตั้งสถาบันทางสังคมขึ้นเป็นการปฏิฐานความคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองดั้งเดิมที่เคยยอมรับกันว่าอำนาจปกครองของกษัตริย์

² Ibid., 756e-757a.

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 134-135.

ได้รับการสถาปนาจากองค์พระผู้เป็นเจ้าโดยตรง การเกิดขึ้นของข้อสันนิษฐานของหลักความเสมอภาคหรือความเสมอภาคเชิงศีลธรรมจึงเป็นการรวมหลักความเสมอภาคเข้ากับหลักศีลธรรมที่อยู่บนพื้นฐานของความคิดที่เชื่อว่าแม้มนุษย์จะเกิดมาแตกต่างกันโดยธรรมชาติแต่เมื่อพิจารณาในด้านศีลธรรมแล้วมนุษย์ก็ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ในอีกแง่มุมหนึ่งเมื่อบุคคลซึ่งได้รับการพิเคราะห์แล้วว่ามีคุณสมบัติที่เหมือนกันในบางประการและมีความเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ที่จะต้องถูกนำมาบังคับใช้ ในบริบทนี้หลักความเสมอภาคจะไม่ได้ถูกใช้เพื่อการแบ่งสรรปันส่วนดังเช่นในสมัยกรีกโบราณอีกต่อไป หากแต่หลักความเสมอภาคจะถูกนำมาเป็นเครื่องมือของการใช้กฎเกณฑ์ กล่าวคือ เมื่อไม่มีกรณีจะต้องแบ่งปันสิ่งใดกันอีกต่อไปในขั้นนี้ ผู้มีอำนาจใช้กฎเกณฑ์จะต้องใช้กฎเกณฑ์กับบุคคลนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน⁴

ดังนั้น ย่อมเห็นได้ว่าภายใต้บริบทของการกีดกันจากระบอบอภิชนาธิปไตยและระบบศักดินาสวามิภักดิ์มาเป็นระยะเวลานานนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงในความหมายของหลักความเสมอภาคเพื่อรับใช้ระบอบการปกครองรูปแบบใหม่บนพื้นฐานการยอมรับในศักดิ์ศรีและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และได้ทำหน้าที่รับใช้ประชาชนในฐานะผู้ให้กำเนิดสังคมและสถาบันการเมืองเป็นเวลาต่อมาอีกยาวนานและสามารถผ่านพ้นวิกฤติการณ์โหดร้ายของสงครามที่ทำลายความคิดของศักดิ์ศรีและสิทธิอันเท่าเทียมในฐานะมนุษย์มาได้หลายต่อหลายครั้ง จนกระทั่งความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจเริ่มแสดงบทบาทในฐานะตัวแปรรูปแบบใหม่ที่ส่งผลการเปลี่ยนแปลงต่อสังคมโลกให้ได้จำกัดอยู่เฉพาะการแบ่งแยกชนชั้นและการกีดกันซึ่งจะนำไปสู่การปฏิวัติเพื่อโค่นล้มทรราชย์คนเดิมลงและก่อตั้งรูปแบบการปกครองที่เป็นธรรมขึ้นใหม่เท่านั้น หากแต่เป็นความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจที่เน้นย้ำความเหลื่อมล้ำให้ปรากฏชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะภายใต้บริบทของกฎหมายที่แม้จะความคิดในการรับรองความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพจะได้รับการยอมรับมาเป็นระยะเวลาหลายร้อยปีแต่ในบริบทของความเป็นจริงยังคงเต็มไปด้วยความเหลื่อมล้ำ คนจนคนด้อยโอกาส ที่ทวีจำนวนมากยิ่งขึ้นตามการพัฒนาของเศรษฐกิจและสังคมและดูจะสวนทางกับอุดมการณ์สมัยปฏิวัติในยุคเรืองปัญญาที่ยังคงสืบเนื่องมาจนกระทั่งปัจจุบันอย่างสิ้นเชิง

2.1.1.3 บทบาทของหลักความเสมอภาคในปัจจุบัน

ในปัจจุบันหลักความเสมอภาคยังคงมีบทบาทสำคัญในการเน้นย้ำศักดิ์ศรีที่ติดตัวมนุษย์มาโดยกำเนิดและป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐได้เช่นเดียวกับในอดีต ในขณะเดียวกันหลักความเสมอภาคก็ได้รับบทบาทที่โดดเด่นในการยุติความเหลื่อมล้ำที่ยังคงมีอยู่ในความเป็นจริงของสังคมอีกด้วยโดยการถือกำเนิดขึ้นของความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคทางด้าน

⁴ Pauline C. Westerman, "The Uneasy Marriage between Law and Equality," *Laws* 4 (2015): 84.

โอกาสซึ่งนำไปสู่หลักการหลายประการซึ่งขยายความหมายของหลักความเสมอภาคแบบดั้งเดิมมิให้จำกัดเฉพาะแต่บริบทของความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายหรือการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งมุ่งเน้นการกำจัดความเหลื่อมล้ำที่ยังคงมีอยู่จริงในสังคมให้หมดสิ้นไปโดยการสร้างพันธกิจแก่รัฐที่มีใช้ในรูปแบบของการจำกัดมิให้รัฐใช้อำนาจโดยมิชอบแต่เป็นภาระผูกพันที่รัฐจะต้องกระทำทุกวิถีทางเพื่อลบล้างความเหลื่อมล้ำที่เชื่อมโยงกับลักษณะเฉพาะของบุคคลเพื่อให้บุคคลทุกคนมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงโดยการสร้างสรรค์สังคมที่เหมาะสมกับสถานะหรือตัวตนของสมาชิกทุกคนภายใต้วัตถุประสงค์เช่นนี้ลำพังการปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกันในรูปแบบของการจำกัดการมีสิทธิพิเศษหรือการไม่ปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มให้ด้อยกว่าไม่สามารถตอบสนองลักษณะของกลุ่มซึ่งเป็นกลุ่มด้อยโอกาสภายใต้บริบททางสังคมอีกต่อไป เนื่องจากด้วยลักษณะจำกัดของกลุ่มเหล่านั้นโดยลำพังมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เท่าเทียมไม่เพียงพอที่จะทำให้พวกเขาสามารถเข้าถึงโอกาสในการมีชีวิตที่ดีอย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นได้ รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องให้ประโยชน์แก่บุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลทั่วไปเพื่อชดเชยข้อด้อยซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติของบุคคลเหล่านั้น⁵ ซึ่งมีตัวอย่างให้เห็นในหลากหลายรูปแบบ อาทิ การสำรองที่นั่งหรือการกำหนดโควตาในตำแหน่งงานหรือสถาบันการศึกษาให้แก่สตรีหรือกลุ่มชาติพันธุ์ และการยอมรับสิทธิของแรงงานสตรีในการให้นมบุตรในที่ทำงาน

หลักความเสมอภาคยังมีบทบาทสำคัญยิ่งในปัจจุบันอีกประการด้านการนำไปสู่การเกิดขึ้นของสิทธิรูปแบบใหม่โดยเฉพาะสิทธิที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือก ผ่านการขยายสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายให้แก่บุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค ทั้งในรูปของการบัญญัติกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกขึ้นใหม่และการใช้หลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกโดยองค์กรซึ่งมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายเพื่อให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถมีวิถีชีวิตและใช้สิทธิเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ในคำพิพากษาคดี Obergefell v. Hodges ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึงบทบาทของหลักความเสมอภาคต่อการเกิดขึ้นของสิทธิที่บุคคลเพศเดียวกันจะสมรสกันตามกฎหมายว่ามีที่มาจากบทบัญญัติรับประกันความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ซึ่งหลักสุกระบวน (Due Process Clause) และหลักความเสมอภาคนั้นมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้ง โดยบรรดาสิทธิที่เป็นนัยหนึ่งของเสรีภาพและสิทธิที่ยังไว้โดยความเสมอภาคนั้นอาจมีรูปแบบที่หลากหลายและไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกัน ทว่า สิทธิแต่ละประการเหล่านั้นก็อาจชี้ให้เห็นความหมายของกันและกันได้ และการยอมรับว่าความรู้และความเข้าใจทางสังคมรูปแบบใหม่

⁵ Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," *Pouvoirs* 111 (2004): 12.

สามารถเผยให้เห็นความไม่เสมอภาคที่ไม่อาจยอมรับได้ภายในสถาบันพื้นฐานซึ่งครั้งหนึ่งเคยหลุดรอดจากสายตาของกฎหมายไป ศาลจึงชอบที่จะหยิบยกหลักความเสมอภาคขึ้นมาใช้เพื่อยกเลิกกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมทางเพศในการสมรสเหล่านั้น และเพื่อยืนยันความสัมพันธ์ระหว่างความเสมอภาคกับเสรีภาพได้⁶

ไม่จำเพาะแต่สิทธิในการสมรสเท่านั้น หลักความเสมอภาคยังมีบทบาทสำคัญยิ่งในการขยายสิทธิที่เป็นของคู่สมรสชายหญิงแก่บุคคลเพศทางเลือกซึ่งสถานะความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตที่มีใช้การสมรสด้วย อาทิ สิทธิในการลดหย่อนภาษี และสิทธิในเงินบำเหน็จตกทอด⁷ ที่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เน้นย้ำถึงสาระสำคัญและบทบาทของหลักความเสมอภาคต่อการขยายสิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่แล้วและโดยปกติใช้แก่คู่สมรสชายหญิงเท่านั้นให้แก่คู่ชีวิตเพศทางเลือกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยคู่ชีวิตนั้นหากพิจารณาจากชื่อเต็มของกฎหมายที่แปลว่า “รัฐบัญญัติเพื่อยุติการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่ชีวิตเพศเดียวกัน” (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften) จึงเป็นครั้งแรกที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้บุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิพัฒนาตัวตนของตนเองเพื่อยุติการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่มีมาอย่างยาวนาน ฉะนั้น หากจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้กับคู่ชีวิตเพศทางเลือกต้องเกี่ยวข้องกับเฉพาะบุคคลเพศทางเลือกและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้กับคู่สมรสชายหญิงต้องเกี่ยวข้องกับเฉพาะบุคคลรักต่างเพศจนทำให้การสมรสและคู่ชีวิตได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ก็ย่อมจะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคกันบนพื้นฐานของเพศวิถีอันชัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์ดังกล่าวไป⁸

การใช้หลักความเสมอภาคในกรณีของเพศทางเลือกมีลักษณะที่ค่อนข้างโดดเด่นและแตกต่างไปจากการใช้หลักความเสมอภาคในกรณีของกลุ่มชายขอบอื่น ๆ อาทิ ผู้หญิง ผู้พิการ และกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งปรากฏให้เห็นอยู่เสมอมาในประวัติศาสตร์ ทั้งนี้เนื่องจากการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกนั้นนำไปสู่การถกเถียงและการเปลี่ยนแปลงในพื้นฐานแห่งสิทธิซึ่งเคยได้รับการยอมรับอย่างยาวนานว่าเป็นเรื่องของชายและหญิงเท่านั้น อาทิ สิทธิในการสมรส และสิทธิในข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีที่มาจากสภาพธรรมชาติของชายกับ

⁶ Obergefell v. Hodges, para. 4.

⁷ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," *German Law Journal* 13, no. 8 (2012): 929.

⁸ 1 BvR 1164/07, paras. 91-92.

หญิงที่จะเข้ามามีปฏิสัมพันธ์ทางเพศกันโดยการยอมรับของสังคมอันนำไปสู่ให้เกิดการตั้งครรรค์และให้กำเนิดบุตรที่มีใช้คุณสมบัติของบุคคลที่มีเพศเดียวกันตามธรรมชาติ⁹

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์และผลต่อสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาค

แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์และผลต่อสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคมุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นมนุษย์กับหลักความเสมอภาคโดยเฉพาะเมื่อทั้ง 2 สิ่งนั้นไม่สามารถที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด โดยในหัวข้อนี้จะเน้นการศึกษาถึงความเป็นมนุษย์ในปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (2.1.2.1) และความเป็นมนุษย์ในปรัชญาปฏิฐานนิยมกฎหมาย (2.1.2.2) เนื่องจากทั้ง 2 กลุ่มเป็นฐานแห่งการพัฒนาของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

2.1.2.1 ความเป็นมนุษย์ในปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

หลักความเสมอภาคมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานนับตั้งแต่สมัยกรีกโบราณที่หลักความเสมอภาคถูกเชื่อมโยงเข้ากับสถานะของบุคคลอันส่งผลให้หลักความเสมอภาคในอดีตแตกต่างจากหลักความเสมอภาคที่เป็นที่รับรู้และเข้าใจกันในปัจจุบันอย่างสิ้นเชิง ในสำนักปรัชญากฎหมายธรรมชาตินั้นความเป็นมนุษย์ได้ส่งผลกระทบต่อความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคผ่านความเท่าเทียมกันและเสรีภาพของมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ (2.1.2.1.1) และเจตจำนงร่วมกันของมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแบบรวมกลุ่ม (2.1.2.1.2) อิทธิพลของความคิดแบบปัจเจกชนนิยมดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นตั้งแต่ยุคกลางเป็นต้นมาและได้ปรับเปลี่ยนรูปแบบของหลักความเสมอภาคจากเครื่องมือสนับสนุนความมั่นคงของชนชั้นปกครองไปสู่เครื่องมือในการจำกัดอำนาจรัฐและการเสริมสร้างความเป็นธรรมในสังคมโดยลำดับ

2.1.2.1.1 ความเท่าเทียมกันและเสรีภาพของมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ

มนุษย์ทุกคนอิสระเสรีและเท่าเทียมกันโดยกำเนิดแต่เพราะผลประโยชน์บางอย่างมนุษย์จึงยอมสละอิสระเสรีภาพนั้น การสละอิสระและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์จึงเป็นไปด้วยความสมัครใจปราศจากการบีบคั้นจากสิ่งแวดล้อมเพื่อแลกเปลี่ยนกับประโยชน์ที่มนุษย์ต้องการ ฌอง ฌากส์ รูสโซ เปรียบเทียบสภาวะดังกล่าวนี้ว่าเป็นเสมือนการที่บุตร

⁹ Kees Waaldijk, "Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands," in *Legal Recognition of Same-Sex Partnership: A Study of National, European and International Law*, ed. Robert Wintemute & Mads Andenæs (Oxford: Hart Publishing, 2001), p. 452.

ยินยอมตกอยู่ในบังคับของบิดามารดาเพื่อแลกเปลี่ยนกับความรัก ในทำนองเดียวกันกับทาสซึ่งรัฐโซ
ปฏิเสศความคิดของนักปรัชญายุคก่อนอย่าง อาริสโตเติล ที่เชื่อว่าคนเป็นทาสเพราะถือกำเนิดมาเป็น
เช่นนั้น โดยเขาเห็นแย้งว่าคนกลายเป็นทาสมิใช่เพราะเกิดมาเป็นทาสหากแต่เป็นเพราะเขายินยอมลด
ตนเองลงเป็นทาส¹⁰ ภายใต้บริบทเหล่านี้เจตจำนงอิสระจึงเป็นสาระสำคัญอันสากลและเป็นนิรันดร์ซึ่ง
อยู่เหนือสภาวะภายนอกของความเป็นมนุษย์

2.1.2.1.2 เจตจำนงร่วมกันของมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแบบกลุ่ม

เมื่อมนุษย์เห็นว่าการเข้ามารวมกันอยู่เป็นสังคมมีประโยชน์และจำเป็น
ในการเอาชนะอุปสรรคต่าง ๆ อันมีอยู่ในสภาวะธรรมชาติได้ การสละอิสระและเสรีภาพตามธรรมชาติ
เพื่อความอยู่รอดและผลักดันสังคมไปข้างหน้าผ่านการก่อตั้งรูปแบบของสังคมเพื่อคุ้มครองชีวิตและ
ทรัพย์สินของทุกคนในสังคมด้วยพลังร่วมของทั้งสังคมและเมื่อเจตจำนงอิสระอันเป็นสาระสำคัญของ
มนุษย์ถูกล้อมรวมประสานกันโดยข้อตกลงที่สร้างสังคมขึ้นแล้วเจตจำนงร่วมย่อมเป็นสาระสำคัญ
ของสังคมที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน¹¹ ด้วยเหตุดังกล่าวเจตจำนงร่วมจึงมิได้มีเพียงบทบาทในการเกิดขึ้น
ของสังคมเท่านั้นแต่ยังมีบทบาทสำคัญยิ่งในการดำรงอยู่ของสังคมด้วย และเพื่อให้สังคมอยู่ในสภาวะ
ที่เจตจำนงร่วมสามารถขับเคลื่อนสังคมได้อย่างราบรื่นเหมือนเมื่อครั้งในสังคมเริ่มแรกรัฐจึงมี
ภาระหน้าที่โดยตรงที่จะทำให้สมาชิกทุกคนในสังคมอยู่ในสถานะที่จะแสดงเจตจำนงร่วมได้โดยการ
กำจัดอุปสรรคที่ยังคงมีอยู่ในสังคมซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความไม่เสมอภาคให้ได้มากที่สุด¹² ภายใต้บริบท
ดังกล่าวการสนับสนุนให้บุคคลสามารถมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันจึงต้องเป็นไปในลักษณะขององค์
รวมเท่านั้นและการเอื้อประโยชน์แก่กลุ่มด้อยโอกาสกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะแม้จะเป็นไปเพื่อ
นำไปสู่การมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคมจึงไม่อาจกระทำได้

2.1.2.2 ความเป็นมนุษย์ในปรัชญาปฏิฐานนิยมกฎหมาย

การศึกษาถึงความเป็นมนุษย์ในบริบทของปรัชญาปฏิฐานนิยมกฎหมายนั้น มุ่ง
ที่จะศึกษาถึงความเท่าเทียมกันของมนุษย์และสภาวะสงครามในธรรมชาติ (2.1.2.2.1) ประกอบกับ
ความสัมพันธ์ระหว่างทฤษฎีสัญญาประชาคมกับข้อจำกัดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพภายใต้เงื่อนไข
บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2.1.2.2.2) ซึ่งจะช่วยให้สามารถเข้าใจถึงความคิดเกี่ยวกับมนุษย์ภายใต้
บริบทของสำนักปรัชญากฎหมายสาขานี้ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

¹⁰ ฌอง ฌากส์ รูสโซ, สัญญาประชาคม หรือ หลักแห่งสิทธิทางการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ:ทับหนังสือ :, 2555), หน้า 5-7.

¹¹ Ibid., หน้า 21, 23.

¹² Cynthia A. Vroom, "Equal Protection versus the Principle of Equality: American and French Views on Equality in the Law," Capital University Law Review 21, no. 1 (1992): 205-207.

2.1.2.2.1 ความเท่าเทียมกันของมนุษย์และสภาวะสงครามในธรรมชาติ

ความคิดที่ว่ามนุษย์เท่าเทียมกันโดยกำเนิดไม่เพียงแต่ปรากฏในความคิดของปรัชญากฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ในนิติปรัชญาเชิงปฏิฐานซึ่งเป็นพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคมได้ยอมรับความเท่าเทียมกันของมนุษย์ในธรรมชาติมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ขณะที่สำนักคิดแรกมองว่ามนุษย์เกิดมาอิสระเสรีซึ่งมุ่งไปที่เจตจำนงภายใต้บังคับของจิตใจของมนุษย์ ในทิศทางตรงข้ามความเท่าเทียมกันโดยกำเนิดของมนุษย์ภายใต้กรอบความคิดแบบปฏิฐานนิยมกลับมุ่งไปที่ความเข้มแข็งของร่างกายหรือสติปัญญาซึ่งผู้ที่มียุทธศาสตร์ร่างกายแข็งแรงกว่าอาจถูกผู้ที่มียุทธศาสตร์ร่างกายอ่อนแอแต่มีสติปัญญากว่าเข่นฆ่าได้เสมอ สภาวะธรรมชาติในทัศนะของสำนักคิดนี้จึงมีลักษณะของสงครามที่ไม่สงบอยู่เป็นนิจและสิทธิตามธรรมชาติ (Jus Naturale) คือเสรีภาพของมนุษย์ทุกคนในการใช้พลกำลังเท่าที่มีเพื่อรักษาชีวิตของตนเองไว้¹³

2.1.2.2.2 สัญญาประชาคมกับข้อจำกัดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ภายใต้สภาวะธรรมชาตินุษย์ทุกคนมีโอกาสที่จะฆ่าหรือเป็นฝ่ายถูกฆ่าได้ทุกเมื่อ ความหวาดกลัวที่มนุษย์มีต่อความตายเช่นนี้เองผลักดันให้มนุษย์แสวงหาสันติภาพโดยการพร้อมใจกันสละสิทธิตามธรรมชาติที่มีต่อกันลงและมอบให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะใดคณะหนึ่งเพื่อหลีกเลี่ยงจากสภาวะสงครามซึ่งเป็นกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นในขณะเดียวกัน¹⁴ โดยผลของสัญญาประชาคมดังกล่าวรัฐอธิปไตยแต่ผู้เดียวจึงมีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ในการปกครองและลงโทษสมาชิกในสังคม ภายใต้กรอบความคิดเชิงปฏิฐานเช่นนี้แหล่งที่มาของกฎเกณฑ์ซึ่งจะต้องสืบสาวไปถึงองค์กรที่มีอำนาจในกระบวนการนิติบัญญัติจึงเป็นสาระสำคัญของกฎหมายซึ่งปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่แม้จะได้รับการยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติอันเป็นของที่เกิดขึ้นเองหาใช่เกิดขึ้นโดยรัฐหรือเจตจำนงขององค์กรอธิปไตย ทว่า การบัญญัติสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นให้ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกลับถูกมองว่าเป็นสาระสำคัญที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ¹⁵

¹³ Thomas Hobbes, *Hobbes's Leviathan: Reprint from the Edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith* (Clarendon, U.K.: Oxford University Press, 1909), pp. 94-99.

¹⁴ Ibid., pp. 100-102.

¹⁵ Edward A. Purcell Jr., "Democracy, the Constitution, and Legal Positivism in America: Lessons from a Winding and Troubled History," *Florida Law Review* 66, no. 4 (2014): 1495, 1498.

นอกจากอิทธิพลของสัญญาประชาคมเชิงปฏิฐานจะปรากฏในกรอบความคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยมเท่านั้น แนวความคิดดังกล่าวยังส่งผลต่อเงื่อนไขของสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญให้ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรากฏในรูปการแจกแจงรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองโดยการบัญญัติรับรองเฉพาะสาระสำคัญหรือความคิดพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไว้เท่านั้นแล้วปล่อยให้รายละเอียดแห่งสิทธิเสรีภาพเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป¹⁶ ไม่เพียงแต่บทบาทในด้านการกำหนดรายละเอียดของสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเท่านั้น กฎหมายยังมีส่วนสำคัญในการกำหนดรูปแบบสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญผ่านการบัญญัติสงวนให้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดแห่งกฎหมายด้วย โดยลักษณะเชิงปฏิฐานของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวปรากฏทั้งข้อดีและข้อเสีย ในส่วนของข้อดีนั้นลักษณะเชิงปฏิฐานของสิทธิเสรีภาพนำไปสู่ความชัดเจนและเสถียรของสิทธิเสรีภาพซึ่งประชาชนจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นอย่างดีด้วยกันโดยปราศจากการแทรกแซงหรือความปรวนแปรจากนโยบายของฝ่ายบริหาร ในขณะที่หากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอิทธิพลโดยตรงต่อการกำหนดหรือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนขาดความเชื่อมโยงหรือขาดลักษณะตัวแทนของประชาชนอย่างแท้จริงย่อมเป็นเหตุให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในที่สุด¹⁷

2.1.3 หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมาย

หลักความเสมอภาคที่ได้กล่าวมาแล้วจะสามารถนำไปปรับใช้ได้จริงนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายอันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาคและสิทธิเสรีภาพ (2.1.3.1) เป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญซึ่งทำให้หลักความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมาย และหลักความเสมอภาคกับบทบาทในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ (2.1.3.2)

¹⁶ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 13 วันพฤหัสบดีที่ 14 มีนาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 121; Tanaka Hideo, "The Conflict between Two Legal Traditions in Making the Constitution of Japan" in *Democratizing Japan: The Allied Occupation*, ed. Robert E. Ward and Sakamoto Yoshikazu (Hawaii, U.S.A.: University of Hawai'i Press, 1987), pp. 119-120.

¹⁷ Norikazu Kawagishi, "The Constitution of Japan: An Unfinished Revolution" (Doctoral Dissertation Yale, 2003), pp. 84-89.

2.1.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพ

การที่จะทราบถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายได้อย่างกระจ่างชัดนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องทราบในเบื้องต้นถึงพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพ ผ่านการศึกษาความเชื่อมโยงระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุณสมบัติของมนุษย์ที่จะมีสิทธิตามธรรมชาติ (2.1.3.1.1) ซึ่งนำไปสู่สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (2.1.3.1.2)

2.1.3.1.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุณสมบัติของมนุษย์ที่จะมีสิทธิตามธรรมชาติ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นถ้อยคำที่เริ่มเข้ามามีอิทธิพลแพร่หลายในระบบการเมืองการปกครองภายหลังการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ซึ่งสภาวะแห่งสงครามส่งผลอย่างร้ายกาจต่อความเคารพในชีวิตของมนุษย์ การหยิบยกแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมตามธรรมชาติซึ่งตรงข้ามกับความรุนแรงของสงครามตลอดจนความไม่เป็นธรรมจากการปกครองโดยอำนาจเผด็จการฟาสซิสต์อย่างสิ้นเชิงคือความจำเป็นเร่งด่วนของโลกในขณะนั้น เมื่อองค์การสหประชาชาติถูกจัดตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1945 และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกนำมาบัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใน ค.ศ. 1948 ในฐานะของหมุดหมายและเครื่องมือที่จะต่อต้านและแทนที่สงครามตลอดจนความรุนแรงและความไม่เป็นธรรมในประชาคมโลก การนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาบัญญัติในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทำให้บทบาทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความชัดเจนขึ้นโดยการยกระดับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ให้ปรากฏในกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจากรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ เริ่มนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปบัญญัติเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญอย่างแพร่หลาย ในขณะที่ยกก่อน ค.ศ. 1945 มีเพียง 5 ประเทศบนโลกเท่านั้นที่กล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแม็กซิโก รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์เยอร์มนี ค.ศ. 1919 รัฐธรรมนูญประเทศฟินแลนด์ ค.ศ. 1919 รัฐธรรมนูญประเทศไอร์แลนด์ ค.ศ. 1922 และรัฐธรรมนูญประเทศคิวบา ค.ศ. 1940 แต่หลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกนำมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ถึง 162 ประเทศ โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศกลุ่มอักษะซึ่งถูกยึดครองโดยกองกำลังสัมพันธมิตรภายหลังสงครามเป็นชาติแรก ๆ กล่าวคือ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนีตะวันตก และประเทศอิตาลี¹⁸ และเป็นเหตุให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เข้ามามีบทบาทในฐานะความคิดพื้นฐานของกระแสการขับเคลื่อนทาง

¹⁸ Doron Shulztiner and Guy E. Carmi, "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers," *The American Journal of Comparative Law* 62, no. 2 (2014): 464-465.

สังคมเพื่อต่อสู้กับความไม่เป็นธรรมและความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในสังคมอย่างแพร่หลายนับตั้งแต่สิทธิของชนชั้นแรงงานจนกระทั่งสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในหลากหลายประเทศตลอดมาจนกระทั่งปัจจุบัน¹⁹

การที่ความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์พึงจะได้รับการยอมรับและนำมาใช้อย่างแพร่หลายไม่นานมานี้ ส่งผลต่อความชัดเจนในความหมายและขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมาก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจถูกเชื่อมโยงกับการถือกำเนิดขึ้นของมนุษย์ในเชิงเทววิทยาที่พระเจ้าสร้างอาดัมซึ่งเป็นมนุษย์คนแรกขึ้นจากดินตามรูปลักษณะของพระองค์ แล้วทรงแบ่งปันลมปราณแก่เขาเพื่อให้อาดัมมีชีวิตขึ้น พระองค์ยังทรงมอบโลกรวมทั้งสรรพสัตว์ตลอดจนพืชพรรณทั้งหลายให้ออาดัมปกครอง เผ่าพันธุ์มนุษย์จึงเป็นสมบัติของพระเจ้าและไม่อาจถูกครอบครองโดยมนุษย์ด้วยกันเองได้ ความคิดนี้นำไปสู่ผลที่ว่ามนุษย์ชาติเท่านั้นมีสิทธิซึ่งพระเจ้าประทานให้ตลอดจนมีหน้าที่ต้องเคารพในสิทธิเดียวกันนั้นในตัวมนุษย์ผู้อื่น สิทธิที่จะมีศักดิ์ศรีตามธรรมชาติเช่นนี้จึงเป็นคุณสมบัติพื้นฐานของความเป็นมนุษย์²⁰ ในอีกแง่มุมหนึ่ง เมื่อคุณค่าในตัวตนของมนุษย์และหน้าที่ซึ่งมนุษย์คนหนึ่งมีต่อมนุษย์คนอื่นถูกมองในมิติของเหตุและผลทางปรัชญา การพิจารณาถึงความดีอันเนื่องมาจากคุณสมบัติของมนุษย์จึงเข้าแทนที่การเชื่อมโยงในทางเทววิทยาระหว่างมนุษย์ชาติกับพระเจ้า โดยกรอบความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีของมนุษย์ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปัจจุบันอยู่ที่การยอมรับว่าเมื่อมนุษย์เป็นผู้ก่อปรไปด้วยเหตุและผล เขานั้นย่อมมีคุณค่าในฐานะสิ่งซึ่งมีความสมบูรณ์ในตัวเองและครอบครองไว้ซึ่ง “ศักดิ์ศรี” หรือ “คุณค่าอันสมบูรณ์ภายใน” การมีศักดิ์ศรีนี้เองได้นำไปสู่ความสัมพันธ์อันชัดเจนกับบุคคลอื่น ๆ ที่ซึ่งมนุษย์คนหนึ่ง ๆ นั้นควรได้รับการเคารพจากบุคคลอื่นและควรที่จะได้รับการประเมินว่ามีความเสมอภาคกับบุคคลอื่นนั้นด้วย²¹

คุณค่าของความเป็นมนุษย์ยังอาจถูกประเมินในทางชีววิทยาโดยการพิจารณาถึงความสูงส่งของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะบริสุทธิในระดับหนึ่งเนื่องจากการมองคุณค่าของมนุษย์บนลักษณะด้านชีววิทยาและหลุดพ้นจากความคิดดั้งเดิมทางเทววิทยาเกี่ยวกับการถือกำเนิดของมนุษย์ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในแง่มุมดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับความคิดที่ว่าแม้มนุษย์จะเป็นเผ่าพันธุ์หนึ่งในอาณาจักรของสัตว์โลกอันประกอบไปด้วยเผ่าพันธุ์อื่นอีกจำนวนมาก ทว่า บนโลกนี้มนุษย์ชาติเป็นเผ่าพันธุ์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดใน

¹⁹ Rachel Bayefsky, "Dignity, Honour, and Human Rights: Kant's Perspective," *Political Theory* 41, no. 6 (2013): 809.

²⁰ Nico Vorster, "A Theological Perspective on Human Dignity, Equality, and Freedom," *Verbum et Ecclesia* 33, no. 1 (2012): 2-3.

²¹ Rachel Bayefsky, "Dignity, Honour, and Human Rights: Kant's Perspective," 815-816.

บรรดาสสิ่งมีชีวิตหรือเผ่าพันธุ์ทั้งหลาย ฉะนั้น มนุษย์ทุกคนจึงคู่ควรกับการปฏิบัติในรูปแบบที่สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงส่งของเผ่าพันธุ์นี้²²

มนุษย์แม้จะเกิดมาเป็นสัตว์โลกชนิดหนึ่งแต่มนุษย์กลับมีลักษณะบางประการซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่พบในสัตว์โลกชนิดอื่น กล่าวคือ มนุษย์เกิดขึ้นมาพร้อมกับความดีตามธรรมชาติ อันได้แก่ ความสามารถที่จะมีความรักและความเมตตา ความยุติธรรม การให้เหตุผลและผล ตลอดจนความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งในอดีตเชื่อกันว่าคุณสมบัติเฉพาะของมนุษย์เหล่านี้เป็นลักษณะร่วมกันระหว่างมนุษย์และพระผู้เป็นเจ้าอันเป็นผลจากความเชื่อที่ว่ามนุษย์ถูกสร้างขึ้นตามพระลักษณะบางประการของพระองค์ ทั้งหมดนี้เองส่งผลให้ความเป็นมนุษย์มีศักดิ์ศรีในตัวเองและมีสถานะที่สูงส่งกว่าสัตว์อื่น ศักดิ์ศรีดังกล่าวนั้นมนุษย์ได้รับไว้ครอบครองโดยมีเงื่อนไขประการเดียวคือเพียงเพราะเขาได้ถือกำเนิดมาเป็นมนุษย์โดยปราศจากเงื่อนไขเพิ่มเติมประการอื่นอีกไม่ว่าจะเป็น เพศ สีผิว เชื้อชาติ ภาษา ภูมิหลังของครอบครัวหรือถิ่นกำเนิด และด้วยลักษณะหรือคุณสมบัติเบื้องต้นอันเนื่องมาจากการถือกำเนิดมาเป็นมนุษย์ซึ่งสูงค่าและควรแก่การเคารพเช่นนี้เอง มนุษย์จึงควรได้รับความเคารพในทุกสถานและการที่จะปฏิบัติต่อมนุษย์เยี่ยงสัตว์หรือวัตถุย่อมเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้

หากพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยการยอมรับว่าลักษณะหรือคุณสมบัติเบื้องต้นของการถือกำเนิดมาเป็นมนุษย์ส่งผลให้มนุษย์สูงส่งและควรค่าแก่การให้ความเคารพ โดยปริยายย่อมเป็นการยึดโยงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เข้ากับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ เนื่องจากภายใต้บริบทดังกล่าวศักดิ์ศรีย่อมทำหน้าที่ตัวชี้วัดปริมาณหรือสัดส่วนของสิทธิที่มนุษย์มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งสิทธิดังกล่าวหมายถึงการที่มนุษย์ควรได้รับการยอมรับว่ามีสถานะสูงส่งกว่าสัตว์อื่นและคู่ควรแก่การได้รับความเคารพ อันเป็นสิทธิที่ซึ่งมีเงื่อนไขหรือมูลแห่งสิทธิคือการถือกำเนิดเกิดเป็นมนุษย์ และมีปริมาณหรือสัดส่วนแห่งสิทธิที่มีลักษณะมูลฐานหรือเป็นสิทธิที่มนุษย์พึงมีพึงได้รับตามธรรมชาติอยู่แล้วเป็นอย่างน้อย อย่างไรก็ตาม ลักษณะเชิงปริมาณของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ไม่ได้หมายความว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจทำให้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อันเป็นสิ่งที่มนุษย์มีอยู่แล้วเปลี่ยนแปลงปริมาณไปได้ และแม้ว่าบ่อยครั้งที่การละเมิดสิทธิมนุษยชนจะถูกมองว่าเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในขณะเดียวกัน ทว่า ในความจริงแล้วด้วยลักษณะที่ไม่อาจพรากไปได้ของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ในสภาวะดังกล่าวมนุษย์จึงเพียงแต่ถูกกีดกันจากสิทธิเหล่านั้นของตนเพียงชั่วขณะโดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่เคยถูกทำให้ลดน้อยลงไปได้เลย²³

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีตัวตนของมนุษย์เป็นสาระสำคัญและเป็นปัจจัยที่ทำให้ศักดิ์ศรีสามารถแยกออกจากเกียรติของมนุษย์ได้ และในขณะที่ศักดิ์ศรีมีคุณค่าอันไม่อาจ

²² George Kateb, *Human Dignity* (Harvard University Press: Massachusetts, U.S.A., 2011), pp. 3-4.

²³ Aurel Kolnai, "Dignity," *Philosophy* 51, no. 197 (1976): 257-261.

เปลี่ยนแปลงได้ในเชิงปริมาณรวมทั้งไม่อาจแยกหรือพรากจากมนุษย์ไม่ว่าในกรณีใดนั้น เกียรติซึ่งเป็น
 เรื่องของการกระทำและปัจจัยภายนอกของมนุษย์กลับมีลักษณะตรงข้ามกับศักดิ์ศรีอย่างสิ้นเชิง โดย
 เกียรติของมนุษย์แต่ละคนสามารถถูกพรากหรือแยกออกจากมนุษย์ได้ทั้งยังอาจเปลี่ยนแปลงในเชิง
 ปริมาณได้ตลอดเวลา²⁴ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศักดิ์ศรีซึ่งเป็นผลจากสถานะความเป็นมนุษย์อันติดตัว
 มนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดจะสูญเสียไปได้เพราะการสิ้นสุดของสถานะดังกล่าวเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่าง
 ศักดิ์ศรีและเกียรติก็เป็นปัญหาที่มักถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงอยู่เสมอ โดยเฉพาะในปริบทของสิทธิ
 มนุษยชนที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของอาชญากรนั้นสามารถถูกทำให้ลดลงเพราะการกระทำผิดของ
 อาชญากรเองได้หรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวอาจมีการพิจารณาว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถ
 ลดทอนลงได้เพราะเมื่อกล่าวถึงความโหดร้ายทารุณต่อมนุษย์ด้วยกันในมิติของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 ก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้เคราะห์ร้ายหากปฏิเสธที่จะสร้างจุดแตกต่างทางศีลธรรมระหว่างเหยื่อและ
 อาชญากรที่ความจริงแล้วควรให้ศักดิ์ศรีแก่มนุษย์ที่กระทำการโดยชอบด้วยศีลธรรมเท่านั้น โดยมนุษย์
 ที่ควรมีสักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือผู้ที่ไม่มีความบกพร่องทางศีลธรรมเลยหรือน้อยคือผู้ที่มี
 ความผิดน้อยกว่าอีกฝ่ายมาก และผู้ที่ละเมิดสิทธิหรืออาชญากรได้สูญเสียโอกาสที่จะมีศักดิ์ศรีนั้นไป
 แล้ว²⁵ ทว่า ในกรณีดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าศักดิ์ศรีได้ถูกนำมาพิจารณาปะปนกับเกียรติ ทำให้ศักดิ์ศรี
 ความเป็นมนุษย์สูญเสียลักษณะที่ไม่อาจพรากหรือแยกออกจากมนุษย์ได้อันเป็นแก่นสารของศักดิ์ศรี
 ความเป็นมนุษย์ และเมื่อศักดิ์ศรีเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นมนุษย์ซึ่งมนุษย์จะต้องครองคุณสมบัตินี้ไว้
 ตลอดเวลาที่ยังมีสถานะเป็นมนุษย์อยู่ไม่ว่าในกรณีใด มนุษย์ย่อมไม่อาจสละหรือถูกพรากศักดิ์ศรีความ
 เป็นมนุษย์ได้แม้จะยินยอมด้วยก็ตาม ในขณะที่เดียวกันการยอมรับว่าศีลธรรมหรือการกระทำเป็นปัจจัย
 ที่นำไปสู่การลดลงหรือสิ้นสุดลงของศักดิ์ศรีซึ่งไม่อาจพรากไปจากมนุษย์กลับเป็นการย้อนแย้งคุณค่า
 ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และทำให้ความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งควรจะสากลและเป็น
 นิรันดร์ตกอยู่ในวังวนซึ่งไม่มีที่สิ้นสุดของการประเมินคุณค่าและปริมาณโดยการรวมเอาคุณสมบัติซึ่ง
 แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงระหว่างเกียรติและศักดิ์ศรีเข้าไว้ด้วยกัน

2.1.3.1.2 สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างเท่าเทียมกัน

การที่จะสามารถเข้าใจถึงสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้นั้น ก่อนอื่น
 ต้องเข้าใจธรรมชาติของมนุษย์ที่สามารถจะมีสิทธิได้เองโดยมิพ้องต้องขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
 เสียก่อน และด้วยเหตุเช่นนั้นการที่จะยอมรับว่ามนุษย์สามารถที่จะมีสิทธิในธรรมชาติหรือสิทธิ
 ธรรมชาติของมนุษย์ จึงต้องยอมรับความมีอยู่จริงของกฎหมายธรรมชาติเช่นเดียวกัน โดยทั่วไปแล้ว

²⁴ Rachel Bayefsky, "Dignity, Honour, and Human Rights: Kant's Perspective," 810-811.

²⁵ George Kateb, *Human Dignity*, p. 4.

ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาตินั้นหมายถึงกฎเกณฑ์หรือความยุติธรรมอันเป็นนิรันดร์ตามธรรมชาติซึ่งมีอยู่แล้วก่อนการเกิดขึ้นของรัฐ ซึ่งเป็นสภาวะการมีอยู่จริงของความยุติธรรมอันมีอาจโต้แย้งได้ เป็นอิสระจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ และมีมาก่อนหรือพร้อมกันกับข้อตกลงทางสังคม กฎหมายธรรมชาติจึงเป็นพื้นฐานความสงบของโลกทั้งจากธรรมชาติภายนอกและภายในจิตใจของมนุษย์เอง²⁶

ในเบื้องต้นสิทธิตามธรรมชาติดังถูกยึดโยงอยู่กับความเชื่อทางศาสนาและเทววิทยา ซึ่งเป็นเหตุให้ในยุคแรกสิทธิตามธรรมชาติไม่ได้เชื่อมโยงกับมนุษย์หรือคุณค่าของมนุษย์เท่าใดนัก ภายใต้ความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติแบบดั้งเดิมนั้นมนุษย์จึงไม่ได้มีความเสมอภาคกัน หากแต่กลับมีความแตกต่างกันโดยกำเนิด จนกระทั่งคริสต์ศตวรรษที่ 16 ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติสมัยใหม่จึงได้ถือกำเนิดขึ้นและมีการอบความคิดที่แตกต่างจากความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติแบบดั้งเดิมอย่างชัดเจน ภายใต้ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติสมัยใหม่นั้นความรู้และความจริงอันอาจพิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์เข้ามามีบทบาทแทนที่เทววิทยาในความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิตามธรรมชาติดับมนุษย์ ธรรมชาติในบริบทของสิทธิธรรมชาติสมัยใหม่จึงขาดจากความเป็นไปของจักรวาลหรือธรรมชาติภายนอกและถูกล้อมรวมเข้ากับเจตจำนงหรือเหตุผลของมนุษย์และด้วยเหตุดังกล่าวมนุษย์คือเจ้านายหรือผู้ครอบครองธรรมชาติ²⁷ ความเป็นมนุษย์ในสภาวะดังกล่าวจึงศักดิ์สิทธิ์และสมบูรณ์ ลำพังเพียงความเป็นมนุษย์ย่อมสามารถใช้อ้างเป็นพื้นฐานทั้งการเกิดของสังคมตลอดจนสิทธิเสรีภาพของพลเมืองในสังคมนั้นได้ดังเช่นที่อำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้าเคยถูกหยิบยกขึ้นเป็นข้ออ้างในอดีต

เมื่อเจตจำนงหรือเหตุผลของมนุษย์ถูกล้อมรวมเข้ากับธรรมชาติและเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายในฐานะกฎเกณฑ์ของสังคมอันเป็นผลของเจตจำนงร่วมกันของมนุษย์ มนุษย์จึงไม่อาจปฏิเสธความสัมพันธ์ระหว่างธรรมชาติดับสิทธิหน้าที่ซึ่งเป็นผลของเจตจำนงดังกล่าวได้ และย่อมเป็นธรรมชาติหรือธรรมดาอยู่เองที่มนุษย์จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเจตจำนงดังกล่าวเช่นเดียวกัน และเมื่อกล่าวถึงเจตจำนงร่วมในฐานะกฎหมายจึงต้องปฏิเสธลักษณะเฉพาะของผลแห่งกฎหมายซึ่งจะตกแก่ปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งเท่านั้น เพราะเมื่อประชาชนทั้งหมดออกคำสั่งมาควบคุมประชาชนทั้งหมดก็เท่ากับว่าพวกเขาเหล่านั้นได้คำนึงถึงแต่ตัวเองเท่านั้น และถ้ามีความสัมพันธ์ใดถูกสร้างขึ้นก็จะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเป้าหมายทั้งหมดที่มองจากมุมหนึ่งกับเป้าหมายทั้งหมดที่มองจากอีกมุมหนึ่งโดยที่ทุกส่วนไม่ได้ถูกแบ่งแยกออกจากกัน เมื่อเป็นเช่นนั้นผล

²⁶ Blandine Kriegel, "Rights and Natural Law," in *New French Thought: Political Philosophy*, ed. Mark Lilla (Princeton, New Jersey, U.S.A.: Princeton University Press, 1994), p. 155.

²⁷ Ibid., pp. 155-156.

ที่ปรากฏออกมาย่อมมีลักษณะร่วมและเจตจำนงในการออกคำสั่งเช่นนั้นจึงเป็นเจตจำนงร่วม และเมื่อกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ามีลักษณะของเจตจำนงร่วมเช่นนั้น ย่อมหมายความว่าในสายตาของกฎหมายผู้อยู่ในบังคับกฎหมายก็ย่อมอยู่ในลักษณะองค์รวมและมองการกระทำในลักษณะนามธรรม กฎหมายจึงสามารถบัญญัติให้มีสิทธิได้แต่จะให้สิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ กฎหมายยังสามารถแบ่งพลเมืองเป็นชั้นต่าง ๆ ได้ หรือแม้กระทั่งระบุคุณสมบัติที่จะได้มาซึ่งสิทธิของแต่ละชนชั้นนั้น แต่ไม่สามารถชี้ชัดว่าบุคคลคนใดต้องอยู่ในชนชั้นใด กฎหมายยังสามารถสถาปนารูปแบบรัฐบาลและก่อตั้งระบบการสืบสันตติวงศ์ได้ แต่ไม่สามารถเลือกษัตริย์หรือระบุชื่อราชวงศ์ได้ เนื่องจากอำนาจนิติบัญญัติมิใช่อำนาจที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายซึ่งเป็นปัจเจกบุคคลภายใต้ทัศนะเช่นนี้ กฎหมายกับเจตจำนงร่วมกันของประชาชนจึงเป็นสิ่งเดียวกันและถูกต้องเป็นธรรมเสมอ²⁸

แม้แนวคิดข้างต้นจะยืนยันว่ากฎหมายปฏิเสธผลที่จะตกแก่ปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็ไม่ได้สลະความคิดที่ว่าเสรีภาพและความเสมอภาคยังคงเป็นของมนุษย์อยู่โดยธรรมชาติหรือยอมรับว่าสถานะดังกล่าวได้ถูกพรากไปจากมนุษย์โดยผลของกฎหมายไม่ แนวคิดดังกล่าวเพียงแต่เน้นย้ำถึงการยกสถานะของสิทธิธรรมชาติซึ่งปัจเจกบุคคลมีขึ้นไปสู่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะผลของเจตจำนงร่วมกันของมนุษย์ทุกคนในสังคมเท่านั้น และด้วยสถานะของเจตจำนงที่แม้จะพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปแต่ยังคงร่วมรากฐานเดียวกันกับสิทธิที่มนุษย์ครอบครองอยู่ในธรรมชาติเช่นนี้ ย่อมส่งผลให้สิทธิที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายของรัฐไม่อาจแยกออกจากสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้แม้จะมีความเปลี่ยนแปลงในสังคมและระบบกฎหมายของมนุษย์เท่าใดก็ตาม ฉะนั้น จึงเป็นการชอบธรรมที่มนุษย์จะมีและใช้สิทธิดังกล่าวภายใต้สถานะดั้งเดิมตามธรรมชาติของตนคือเสรีภาพและความเสมอภาคเพียงแต่อยู่ในรูปแบบองค์รวมเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะของเจตจำนงที่เปลี่ยนแปลงไป

2.1.3.2 หลักความเสมอภาคกับบทบาทในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ

การป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐเป็นบทบาทพื้นฐานของหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในระบบกฎหมาย โดยบทบาทดังกล่าวแสดงออกผ่านการใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค (2.1.3.2.1) และในกระบวนการดังกล่าวนี้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงระดับความเคร่งครัดในการตรวจสอบความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาค (2.1.3.2.2) ที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละกรณีด้วย

²⁸ ฌอง ฌากส์ รูสโซ, สัญญาประชาคม หรือ หลักแห่งสิทธิทางการเมือง, หน้า 61.

2.1.3.2.1 การใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค

ภายใต้บริบทของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นความเสมอภาคกับความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งเดียวกันด้วยบทบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญย่อมไร้ความหมายถ้ารัฐธรรมนูญไม่รับรองหลักความเสมอภาคไว้ เพราะมนุษย์ย่อมไม่อาจจะมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับมนุษย์คนอื่นได้หากปราศจากความเสมอภาค หลักความเสมอภาคจึงเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิที่มนุษย์อยู่แล้วตามธรรมชาติก่อนการถือกำเนิดของรัฐ²⁹ โดยที่มนุษย์ทุกคนมีอำนาจเช่นนั้นอยู่ในสภาพจิตใจของตนเอง มนุษย์สามารถบรรลุซึ่งเป้าหมายในการกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่อยู่กับความเป็นมนุษย์ดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา อายุ หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล และด้วยเหตุที่หลักความเสมอภาคเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นไปอย่างทั่วถึงหลักความเสมอภาคจึงเป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ในขณะที่ระบบเผด็จการที่ซึ่งบุคคลอื่นนอกจากผู้เผด็จการไม่สามารถเข้าถึงเสรีภาพได้โดยอิสระย่อมถือว่าความไม่เสมอภาคเช่นนั้นทำให้ไม่มีเสรีภาพไปด้วย³⁰

หลักความเสมอภาคในที่นี้จึงหมายถึงความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายที่ไม่ได้หมายความว่าต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ หากแต่หมายถึงการมีสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ซึ่งเป็นความเสมอภาคแบบสัดส่วนที่คำนึงถึงสถานการณ์ที่แตกต่างกันไม่ใช่ความเสมอภาคเชิงปริมาณหรือหลักความเสมอภาคทางคณิตศาสตร์ที่ทุกคนต้องได้เท่ากันเสมอ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักทั่วไปที่ว่าในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องถูกปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน หากมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน กรณีนี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค กล่าวคือ จะต้องมีการเปรียบเทียบกันระหว่างสถานการณ์ 2 สถานการณ์ซึ่งในที่นี้อาจจะเป็นข้อเท็จจริง บุคคล หรือกลุ่มบุคคล เพื่อหาความเหมือนหรือแตกต่างกันและเนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนกันทุกประการด้วยเหตุนี้การเปรียบเทียบจึงหมายถึงการเปรียบเทียบกันในสาระสำคัญตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น เมื่อพบว่าทั้ง 2 สถานการณ์มีสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกันแล้วข้อเท็จจริง บุคคล หรือกลุ่มบุคคลนั้น ๆ ก็จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันไปด้วย แต่หากพบว่าทั้ง 2 สถานการณ์มีความแตกต่างกันและเป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญซึ่งมีความสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ใน

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 49.

³⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย :2540, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 74-75; บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 154-155 .

การปฏิบัติต่อสถานการณ์นั้น ๆ แล้ว ก็ย่อมต้องปฏิบัติต่อสถานการณ์ทั้ง 2 นั้นให้แตกต่างกันไปด้วย เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในบางกรณีหลักความเสมอภาคก็มีข้อยกเว้นอันเป็นการใช้หลักเกณฑ์ที่ต่างกันมาพิจารณาสิ่งที่เหมือนกันได้หากเป็นไปได้หากเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่ทั้งนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ซึ่งถูกบัญญัติเป็นข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ อาทิ การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา หรือ เพศ หรือเป็นข้อยกเว้นในการใช้หลักเกณฑ์ที่ต่างกันเพื่อลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่โดยการขจัดอุปสรรคของผู้ด้อยโอกาสเพื่อส่งเสริมให้บุคคลเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น³¹

แนวคิดเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย จึงเป็นแนวคิดที่เป็นหลักสำคัญของระบบกฎหมายใด ๆ ก็ตามซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนหลักนิติธรรม แนวคิดดังกล่าวยังสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการปฏิบัติต่อผู้เสมอภาคอย่างเท่าเทียมและหลักการเลือกปฏิบัติที่แบ่งแยกความแตกต่างโดยสถานะธรรมชาติระหว่างชายหญิงอันเป็นแนวคิดของหลักความยุติธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นอยู่กับสถานการณ์เป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ในทางกฎหมายซึ่งแตกต่างกันในสถานการณ์อย่างเดียวกันซึ่งมิได้อยู่บนพื้นฐานทางภาวะวิสัยของสถานการณ์นั้น ๆ และไม่สามารถให้เหตุผลอันสมควรได้ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้าม นอกจากนี้หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายยังห้ามมิให้กระทำการอย่างเดียวกันต่อสิ่งซึ่งมีองค์ประกอบแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญอันความจริงแล้วต้องการการปฏิบัติที่แตกต่างกัน³²

โดยผลของหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายดังกล่าวเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในรัฐผูกพันในการบัญญัติกฎหมายให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปมิใช่เพื่อให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่สามารถบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับให้มีความแตกต่างกันได้หากว่ามีเหตุผลอันสมควรในการกระทำเช่นนั้น เพื่อความชอบธรรม เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนอกจากจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนแล้ว การที่รัฐจะปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกที่ไม่อาจยอมรับได้ในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา

³¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย :2540, หน้า 75-77; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, หน้า 74; บวรเจตน์ สิงคเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 131-132; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 181; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 139-140.

³² Walter Kälin and Jörg Kunzli, The Law of International Human Right Protection (New York: Oxford University Press, 2009), p. 346.

เพศ หรือเหตุอื่นใดที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ³³ ในทำนองเดียวกัน โดยผลของหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายนั้น ไม่เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่จะต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาค ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในฐานะเป็นผู้ใช้และตีความกฎหมายซึ่งต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเคร่งครัดย่อมต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคด้วย โดยการใช้หรือตีความกฎหมายให้แตกต่างกันไปในแต่ละกรณีจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตเท่านั้น ซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง การประกันสิทธิในกระบวนการยุติธรรมแก่ประชาชนและความผูกพันของตุลาการต่อกฎหมายในทางสารบัญญัติ ตลอดจนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐฝ่ายต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยองค์กรของรัฐต่อกรณีใดกรณีหนึ่งโดยปราศจากเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁴

2.1.3.2.2 ระดับความเคร่งครัดในการตรวจสอบความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาค

โดยพื้นฐานของหลักความเสมอภาคแล้ว หลักความเสมอภาคทั่วไปย่อมครอบคลุมในทุกสถานการณ์ ในขณะที่สถานการณ์บางสถานการณ์หรือกลุ่มบุคคลบางกลุ่มรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติหลักความเสมอภาคเพื่อใช้แก่สถานการณ์หรือกลุ่มบุคคลเหล่านั้นไว้โดยเฉพาะ โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป และถือว่าเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก³⁵

หลักความเสมอภากระหว่างชายกับหญิงเป็นรูปแบบหนึ่งของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่ยืนยันหลักการของหลักความเสมอภาคทั่วไปให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเนื่องจากหลักความเสมอภากระหว่างชายกับหญิงเป็นการยืนยันว่าเพศชายหรือหญิงนั้นไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่จะนำมาเป็นเหตุในการปฏิบัติให้แตกต่างกันในทางกฎหมายได้ เว้นแต่จะมีความแตกต่างซึ่งสัมพันธ์กันระหว่างความแตกต่างทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ระหว่างเพศชายกับหญิงในการดำเนินชีวิตที่สำคัญจนต้องนำมากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติให้แตกต่างกัน ซึ่งลำพังเพียงเหตุผลในทางวัฒนธรรมประเพณีของความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะนำมาเป็นเหตุ

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 133; เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 141.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 79-80; บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 143-152.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 138-139; เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 139.

ของการปฏิบัติให้แตกต่างระหว่างเพศชายกับหญิงได้ และถือว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงนี้ โดยบุคคลทุกคนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้กับทุกเรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขต ในขณะที่หลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงย่อมถูกจำกัดในเฉพาะเรื่องหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น หลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ด้วยเหตุนี้ ถ้ากฎหมายฉบับใดได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเสียแล้วในกรณีนี้ก็ไม่ต้องนำหลักความเสมอภาคทั่วไปมาพิจารณาอีก และหากพิจารณาตามหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้นแล้วพบว่าไม่ขัดกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีกเช่นเดียวกัน³⁶

ด้วยเหตุผลที่ว่า การต่อสู้ต่อไม่ความเป็นธรรมอันเป็นผลของการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันต่อบุคคลนั้นเป็นมรดกตกทอดของความขัดแย้งนับตั้งแต่ยุคโบราณของมนุษยชาติ ในทุก ๆ วัฒนธรรมของมนุษย์มักจะพบบรรทัดฐานในการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีเผ่าพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ศาสนา หรือความเชื่อที่แตกต่างจากตนให้แปลกไปอยู่เสมอ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมยังมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการเข้าถึงสาระของหลักความเสมอภาค เนื่องจากการปฏิบัติโดยรัฐต่อสิ่ง ๆ เดียวกันแต่ในสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันอาจไม่ใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเสมอไป หากปรากฏว่ามีเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญหรือมีลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย หากขาดความเข้าใจในสาระสำคัญของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอย่างถ่องแท้ อาจจะทำให้ความเข้าใจหลักความเสมอภาคคลาดเคลื่อนไปได้ โดยทั่วไปแล้วการเลือกปฏิบัติหมายถึง การปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยปราศจากการคำนึงในทางภาวะวิสัยอย่างมีเหตุผลต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน ซึ่งมุ่งประสงค์หรือส่งผลเป็นการก่อให้เกิดความแตกต่างบนพื้นฐานของชาติพันธุ์ เพศ การถือกำเนิด ถิ่นกำเนิด ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุผลอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของคุณลักษณะที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล และในทุก ๆ กรณีนั้น การเลือกปฏิบัติก่อให้เกิดผลทางลบต่อบุคคลโดยคำนึงถึงแต่ปัจจัยที่ซึ่งมีในบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติและบุคคลนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงตนเองไปในทางอื่นได้หรืออาจกระทำได้อีกแต่โดยการลดศักดิ์ศรีของตนเองลงเท่านั้น³⁷

เนื่องจากเงื่อนไขในการพิจารณาถึงคุณค่าของการกระทำหรือสถานการณ์อันใดอันหนึ่งว่าสิ่ง ๆ นั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาค

³⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 111; บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 138-142; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 139.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 137; Walter Kälin and Jörg Künzli, The Law of International Human Right Protection, pp. 344-345.

หรือไม่นั้นเป็นเรื่องค่อนข้างสลับซับซ้อนและประกอบด้วยข้อเท็จจริงจำนวนมาก การกระทำอย่างหนึ่งต่อสิ่ง ๆ หนึ่งในสถานการณ์หนึ่งอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่การกระทำเดียวกันนั้นหากประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปกลับส่งผลให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด ในปัจจุบันองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการนับว่ามีบทบาทอย่างมากต่อการจำแนกสถานการณ์อันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมออกจากการกระทำที่แม้จะแตกต่างหากแต่เป็นไปเพื่อส่งเสริมจุดด้อยของบุคคลให้สามารถใช้สิทธิได้ทัดเทียมกับผู้อื่นและไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมมักถูกแบ่งแยกออกเป็น 2 รูปแบบตามลักษณะการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้น กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติโดยตรง และการเลือกปฏิบัติโดยอ้อม

การเลือกปฏิบัติโดยตรง หมายถึง การกระทำหรือระบบกฎหมายของรัฐซึ่งโดยสภาพแล้วปรากฏรูปแบบของการแบ่งแยกหรือกีดกันและส่งผลกระทบโดยตรงต่อลักษณะเฉพาะประการใดประการหนึ่งซึ่งหลักความเสมอภาคมุ่งคุ้มครอง โดยการกระทำหรือระบบกฎหมายดังกล่าวนั้นไม่อาจให้คำอธิบายอย่างมีเหตุผลเพียงพอต่อการแบ่งแยกหรือกีดกันดังกล่าว อันเป็นการปฏิบัติที่แสดงออกในลักษณะของความแตกต่าง ข้อจำกัด การแบ่งแยก หรือความลำเอียง ที่ซึ่งบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งต้องประสบกับความเสียเปรียบหากเปรียบเทียบกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งในสถานการณ์เช่นเดียวกัน โดยมีได้มีการคำนึงถึงสาระสำคัญของสถานการณ์ทั้ง 2 นั้น และไม่สามารถอธิบายถึงการกระทำที่ไม่เท่าเทียมเช่นนั้นโดยเหตุผลในทางกฎหมายใด ๆ ได้เลย³⁸

ในเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมนั้น จุดสำคัญประการหนึ่งที่จะแบ่งแยกแนวคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยตรงจากการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมอยู่ที่ “การขาดเจตนา”³⁹ ด้วยเหตุดังกล่าวการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นนอกจากจะหมายถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการแบ่งแยกหรือกีดกันต่อพื้นฐานซึ่งหลักความเสมอภาคมุ่งคุ้มครองแล้ว ยังหมายความว่าหากพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำแล้วไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติโดยตรง แต่นโยบายของรัฐได้ก่อให้เกิดผลดีหรือเสียต่อสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการเลือกปฏิบัติโดยตรงได้ เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา แม้ว่ารัฐจะไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความแตกต่างเช่นนั้นขึ้นเลยก็ตาม⁴⁰

³⁸ Walter Kälin and Jörg Kunzli, *The Law of International Human Right Protection*, p. 352.

³⁹ Kasper Lippert-Rasmussen, "Indirect Discrimination Is Not Necessarily Unjust," *Journal of Practical Ethics* 2, no. 2 (2014): 38.

⁴⁰ Walter Kälin and Jörg Kunzli, *The Law of International Human Right Protection*, p. 355.

อนึ่ง การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคอาจแบ่งออกเป็นสามรูปแบบ กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากสภาพของเรื่องที่แตกต่างกัน การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเกิดจากความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ โดยในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงเฉพาะแนวคิดของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตามจริงแล้วมีพื้นฐานและมีที่มาแตกต่างจากแนวคิดของหลักความเสมอภาคเนื่องจากการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนาขึ้นไม่นานมานี้ เดิมทีเดียวแนวคิดนี้นำเสนอการเลือกปฏิบัติโดยไม่เสมอภาคต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมความเสมอภาคโดยให้การปฏิบัติที่ดีกว่าแก่กลุ่มบุคคลบางกลุ่มอันเกิดจากแนวคิดที่ต้องการสร้างความเสมอภาคตามกฎหมายอย่างแท้จริงและเป็นรูปธรรมขึ้นในสังคม โดยเฉพาะในด้านที่เกี่ยวกับสังคมและเศรษฐกิจ เป็นเหตุให้การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในรูปแบบนี้ย้อนกลับแนวคิดของหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอันเป็นแนวคิดที่พยายามสลายความแตกต่างระหว่างบุคคล อาทิ เพศ สีผิว หรือความพิการลงแล้วมองบุคคลทุกคนว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน ผลของการคำนึงถึงความเสียหายอันจะเกิดขึ้นหากมีการเพิกเฉยต่อความแตกต่างดังกล่าวอย่างตรงไปตรงมาดังกล่าวได้นำไปสู่การแบ่งปันโอกาสทางสังคมใหม่โดยสลายความเป็นมนุษย์ที่ถูกมองว่าเหมือนกันนั้นเสีย แล้วบรรจุบุคคลกลับเข้าสู่กลุ่มที่ถูกกำหนดขึ้นอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้ความคุ้มครองหรือเอื้อประโยชน์แก่บุคคลในกลุ่มนั้นเป็นพิเศษด้วยวัตถุประสงค์ที่จะให้บุคคลในกลุ่มต่าง ๆ นั้นมีโอกาสที่จะมีสิทธิเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม ทั้งยังมุ่งให้รัฐส่งเสริมความเสมอภาคในเชิงรุกเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในทุกระดับของสังคมทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากพื้นฐานทางสังคมและวัฒนธรรมและเพื่อลดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ปรากฏอยู่ตามความเป็นจริงในสังคมด้วย⁴¹

2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคกับความยุติธรรม

ความเสมอภาคและความยุติธรรมเป็นคนละเรื่องกันแต่บ่อยครั้งที่มีความสับสนเกิดขึ้นในสาระสำคัญของความเสมอภาคและความยุติธรรม และบ่อยครั้งที่ความเสมอภาคและความยุติธรรมถูกนำมาใช้แทนที่กันไปมาเสมือนเป็นคำเดียวกัน อันเกิดจากการมีจุดร่วมกันประการหนึ่งของความเสมอภาคและความยุติธรรมเกี่ยวกับการใกล้เคียงหรือแจกจ่ายวัตถุหรือคุณค่าอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ฝ่ายที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม โดยความสัมพันธ์ระหว่างความเสมอภาคและความยุติธรรมอยู่ที่ลักษณะของความยุติธรรมซึ่งเป็นทั้งจุดกึ่งกลาง ความเสมอภาค และความสัมพันธ์กับตัวบุคคล ในด้านการเป็นจุดกึ่งกลางนั้นเป็นเรื่องของการตั้งอยู่ระหว่างคุณค่า 2 ประการ อันได้แก่ ความ

⁴¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 77-80;

Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 2.

มากกว่าและน้อยกว่า ในด้านความเสมอภาคนั้นเป็นเรื่องของสถานการณ์ 2 สถานการณ์ ด้วยเหตุนี้ความยุติธรรมจะประกอบไปด้วยอย่างน้อย 4 ส่วน ได้แก่บุคคล 2 ส่วนและสถานการณ์อันเป็นพื้นฐานอีก 2 ส่วน ซึ่งความเสมอภาคก็จะมีอยู่ในระหว่างบุคคลและสถานการณ์ที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เมื่อส่วนหลังหรือสถานการณ์มีความสัมพันธ์กัน ส่วนแรกซึ่งเป็นบุคคลก็จะเป็นเช่นเดียวกันไปด้วย⁴²

ความเสมอภาคและความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่แตกต่างกันแต่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ความเสมอภาคเป็นเพียงวิธีหรือกระบวนการในการแจกจ่ายคุณความดีในสังคมไปยังสิ่งต่าง ๆ 2 รูปแบบคือความเสมอภาคเชิงปริมาณซึ่งใกล้เคียงคุณความดีไปโดยพิจารณาเพียงวิธีการหารตัวเลขในทางคณิตศาสตร์ ขณะที่ความเสมอภาคเชิงสัดส่วนซึ่งละเอียดอ่อนยิ่งกว่าแจกจ่ายคุณความดีโดยคำนึงถึงคุณค่าของทั้งสิ่งที่จะแจกจ่ายและตัวผู้รับแล้วจึงแจกจ่ายไปตามความเหมาะสมของทั้ง 2 สิ่ง ประกอบกัน ในขณะที่ความยุติธรรมเป็นผลของการกระทำต่าง ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้รับได้รับในสิ่งซึ่งคู่ควรกับตนซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งโดยการพิจารณาถึงจำนวนของผู้รับหรือคุณค่าของผู้รับเป็นสาระสำคัญทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ภายใต้บริบทของการสนับสนุนให้บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน ในสังคมการแจกจ่ายคุณความดีในรูปแบบของความมั่งคั่งอาจเป็นเรื่องยุติธรรมหากมีการแจกจ่ายอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างจำนวนบุคคลที่จะเป็นผู้รับทั้งหมด แต่หากว่าการแจกจ่ายคุณความดีเป็นไปในรูปแบบโอกาสของบุคคลในการเข้าถึงชีวิตที่ดีขึ้นในสังคมอาจเป็นเรื่องยุติธรรมถ้าได้พิจารณาถึงข้อดีหรือข้อเสียเปรียบของแต่ละบุคคลและได้มีการแจกจ่ายไปตามสัดส่วนความเหมาะสมของแต่ละบุคคลเท่านั้น ในมิตินี้ความเสมอภาคกับความยุติธรรมแม้จะเป็นคนละเรื่องกันแต่กลับมีความสัมพันธ์กันด้วยเหตุที่หลักความเสมอภาคไม่ว่าเชิงปริมาณหรือเชิงสัดส่วนก็ตามอาจนำไปสู่ความยุติธรรมได้ทั้งสิ้น

2.2 นิติวิธีของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการทั่วไปในระบบกฎหมาย การใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคจึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนทั้งในด้านเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้ซึ่งจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในหลักความเสมอภาคตลอดจนหลักความได้สัดส่วนซึ่งจะช่วยป้องกันหลักความเสมอภาคจากเจตจำนงส่วนตัวของผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักความเสมอภาค (2.2.1) และข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค (2.2.2) อันเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยให้หลักความเสมอภาคมีลักษณะยืดหยุ่นและสามารถอ่านวามยุติธรรมให้แก่สังคมได้อย่างไม่แข็งกระด้างจนเกินไป

⁴² Aristotle, *Eudemian Ethics.*, 1131a.

2.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักความเสมอภาค

เมื่อหลักความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายแล้ว ในฐานะที่หลักความเสมอภาคเป็นนิติวิธีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักความเสมอภาค อันได้แก่ผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค (2.2.1.1) และความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน (2.2.1.2) เพื่อที่จะสามารถใช้หลักความเสมอภาคได้อย่างถูกต้องเหมาะสม

2.2.1.1 ผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค

การทำความเข้าใจถึงกฎเกณฑ์เบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับนิติวิธีของหลักความเสมอภาคนั้น จำเป็นที่จะต้องทราบถึงตัวผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค ในหัวข้อนี้จึงจะได้แยกการศึกษาออกเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาค (2.2.1.1.1) และผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค (2.2.1.1.2) โดยลำดับ

2.2.1.1.1 ผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นมนุษย์ และเป็นสิทธิมนุษยชน ในคำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 กล่าวถึงที่มาของหลักความเสมอภาคว่ามีที่มาจากพระผู้เป็นเจ้าและอยู่นอกเหนืออำนาจของมนุษย์ โดยมนุษย์ถูกสร้างขึ้นมาให้เสมอภาคกันและพวกเขาได้รับสิทธิอันแน่นอนที่มีอาจแบ่งแยกได้จากพระผู้สร้างซึ่งประกอบไปด้วยชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุข⁴³ ในคำประกาศฉบับเดียวได้กันยืนยันสถานะของรัฐบาลว่าถูกจัดตั้งขึ้นและมีอำนาจชอบธรรมก็เพียงเพื่อการพิทักษ์รักษาสีทธิเหล่านั้นไว้ ในเวลาต่อมาคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ยังได้ยืนยันหลักการทำนองเดียวกันในมาตรา 1 ของคำประกาศว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาเสรีและเสมอภาคในสิทธิ”⁴⁴ ในเวลาต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงและได้มีการยกร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้น อิทธิพลของการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ยังนำไปสู่การยอมรับว่าคุณค่าของความเป็นมนุษย์นั้นสำคัญยิ่งไปกว่าตัวสิทธิเสรีภาพเอง และเป็นเหตุให้คณะกรรมการการยกร่างนำมากล่าวไว้ก่อนรายการแห่งสิทธิทั้งหลายในฐานะของ “ความดีที่สูงส่งยิ่งกว่าซึ่งสามารถยกระดับคุณค่าของชีวิตมนุษย์มากยิ่งขึ้น”⁴⁵ โดยยืนยันว่า

⁴³ “Men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness.”

⁴⁴ “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.”

⁴⁵ A. J. Hobbins, “René Cassin and the Daughter of Time: The First Draft of the Universal Declaration of Human Rights,” *Fontanus* 2 (1989): 13.

ศักดิ์ศรีและความเสมอภาคซึ่งตกทอดมาแต่กำเนิดและไม่อาจแบ่งแยกได้ของมนุษยชาตินั้นเป็นพื้นฐานแห่งเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพของโลกในอารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁴⁶

เมื่อหลักความเสมอภาคเป็นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน มนุษย์ทุกคนย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาค มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นพลเมือง ชาวต่างชาติ หรือแม้แต่นักไร้สัญชาติย่อมชอบที่จะอ้างความเสมอภาคขึ้นเพื่อเรียกร้องให้ตนเองได้รับการปฏิบัติต่อเป็นอย่างเดียวกับมนุษย์คนอื่นได้ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังเคยวินิจฉัยว่านิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนตลอดจนกลุ่มหรือคณะบุคคลที่ไม่มีสถานะนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาคเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นผู้ที่จะต้องมีการกระทำที่ผูกพันต่อหลักความเสมอภาคต่อประชาชนอยู่แล้วย่อมไม่อาจถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาคได้ เว้นแต่จะเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกันที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้อยู่ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในหลักความเสมอภาค⁴⁷

2.2.1.1.2 ผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาค

คำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 ได้เน้นย้ำสถานะของรัฐบาลภายใต้บริบทของสิทธิตามธรรมชาติอันเท่าเทียมและมีอาจแบ่งแยกได้ของมนุษย์ โดยจำกัดอำนาจของรัฐบาลที่มีต่อประชาชนไว้อย่างเคร่งครัด และเพื่อที่จะรักษาสีทธิเหล่านี้จึงต้องถือว่ารัฐบาลที่ได้ถูกจัดตั้งขึ้นในระหว่างประชาชนด้วยกันนั้นเพียงแต่ได้รับมอบอำนาจโดยธรรมจากประชาชนซึ่งถูกปกครอง ด้วยเหตุนี้เองเมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดประพฤติดนเป็นปฏิปักษ์ต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะลุกขึ้นต่อต้านและล้มล้างรัฐบาลนั้นลงพร้อมกับก่อตั้งรัฐบาลใหม่ขึ้นได้ทุกเมื่อ⁴⁸ ด้วยเหตุนี้องค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจึงต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ โดยในการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรดังกล่าว องค์กรใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงการใช้อำนาจของตนว่าเป็นไปโดยสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค แต่ในระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นโดยทั่วไปแล้วย่อมจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักอิสระในการแสดงเจตนาที่จะเข้ามาผูกพันทำนิติสัมพันธ์ระหว่างกันซึ่งเป็นเรื่องนอกเหนือขอบเขตของหลัก

⁴⁶ “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.”

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 129-130.

⁴⁸ “That to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed, that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the People to alter or to abolish it, and to institute new government.”

ความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม หากว่าการใช้อำนาจตัดสินใจของเอกชนนั้นจะส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น อาทิ เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดอัตราค่าจ้างของนายจ้างซึ่งจะต้องกระทบต่อลูกจ้าง เช่นนี้เอกชนก็จะต้องตกอยู่ในบังคับของหลักความเสมอภาคด้วย⁴⁹

ในเรื่องหลักความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคขององค์กรเอกชนนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วเอกชนจะเป็นฝ่ายทรงสิทธิในหลักความเสมอภาคและต้องมีภาระผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่เอกชนอาจต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคโดยผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะในบริบทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางสังคมให้เอื้อต่อการมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงในสังคมได้อย่างแท้จริง ด้วยเหตุดังกล่าวก่อให้เกิดภาระหน้าที่ในเชิงรุกที่รัฐพึงมีเพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายดังกล่าวและเป็นเหตุให้หลักความเสมอภาคระหว่างเพศขยายขอบเขตความคุ้มครองไปจากการป้องกันการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบไปสู่การใช้อำนาจทางสังคมโดยมิชอบซึ่งเป็นเหตุให้องค์กรเอกชนต้องตกอยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความเสมอภาคระหว่างเพศด้วย อาทิ ใน ค.ศ. 1993 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลแรงงานที่วินิจฉัยไปในทิศทางที่เป็นคุณแก่นายจ้างในการไม่รับผู้สมัครเพศหญิงเข้าทำงานนั้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าแม้เพศของผู้สมัครจะเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ ที่นำไปสู่ผลสุดท้ายของการตัดสินใจไม่จ้างงานก็ถือได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ โดยนายจ้างมีจำเป็นต้องถือเอาเพศของผู้สมัครเป็นเหตุผลในการปฏิเสธการจ้างงานทั้งหมดเพียงประการเดียว ทั้งนี้เนื่องจากศาลเห็นว่าการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศของผู้สมัครมาเป็นปัจจัยหนึ่งประกอบการพิจารณาไม่จ้างงานนั้นขัดต่อ “เป้าหมายของความคุ้มครอง” (Schutzzweck) ของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ซึ่งการที่ศาลแรงงานยอมรับลักษณะงานของนายจ้าง วิธีการพิจารณารับสมัครงาน และผลเสียหายที่เกิดขึ้นต่อลูกจ้าง โดยไม่พิจารณาให้ถือว่าชอบด้วยเป้าหมายของความคุ้มครองของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศหรือไม่เป็นการสำคัญผิดในพื้นฐานของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ⁵⁰

2.2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน

เมื่อทราบถึงตัวผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่ผูกพันในหลักความเสมอภาคแล้ว เพื่อให้การใช้หลักความเสมอภาคเป็นไปอย่างเหมาะสมและไม่นำไปสู่การก่อให้เกิดผลประหลาด

⁴⁹ บรรเจิด สิงคนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 131, 143.

⁵⁰ Monica Bhattacharyya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," Brooklyn Journal of International Law 21, no. 3 (1996): 929-932.

จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วนในลำดับถัดมา โดยในเบื้องต้นจะต้องทราบถึงสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน (2.2.1.2.1) เสียก่อน เพื่อที่จะนำไปสู่การศึกษานิติวิธีของหลักความเสมอภาคภายใต้อิทธิพลของหลักความได้สัดส่วน (2.2.1.2.2) ต่อไป

2.2.1.2.1 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการทั่วไปที่ตนเองเดียวกับหลักความเสมอภาคซึ่งได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในประเทศซึ่งมีรัฐธรรมนูญและรูปแบบการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนมีลักษณะที่ต่างจากหลักความเสมอภาคที่หลักความได้สัดส่วนมักไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและยังมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น “การให้เหตุผลที่สามารถเข้าใจได้” (Reasonable Justification) หรือ “หลักความสมเหตุสมผล” (Principle of Reasonableness) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และ “การไม่ใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Non Arbitrariness) ในระบบกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ “หลักห้ามมิให้กระทำความเกินกว่าเหตุ” (Ueberschussverbot) ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนี และ หลักความได้สัดส่วน (Le Principe de Proportionnalité) ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ทั้งหมดทั้งมวลนี้หลักการต่าง ๆ ดังกล่าวล้วนมีจุดร่วมเดียวกันคือมีพื้นฐานความคิดที่ตั้งอยู่บน “ความสมเหตุสมผล”⁵¹

แม้จะไม่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่ามาจากหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐมิให้รัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มูลเหตุดังกล่าวส่งผลสำคัญต่อหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมาย 2 ประการ กล่าวคือ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนในรัฐ แต่การนิติบัญญัติจะต้องเป็นไปอย่างมีสมเหตุสมผล ได้สัดส่วน และพอสมควรแก่เหตุ การที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างสุดโต่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรแก่กรณีใดกรณีหนึ่งย่อมเป็นไปไม่ได้ นอกจากนี้ เมื่อหลักความได้สัดส่วนมีที่มาจากหลักนิติรัฐ หลักความได้สัดส่วนจึงมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด

⁵¹ Juan Cianciardo, "The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights," *Journal of Civil Law Studies* 3, no. 1 (2010): 178-179; บรรเจิด สิงคะเนติ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ใน การตรวจสอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550), (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 79, 136.

ถูกวินิจฉัยว่าไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนย่อมมีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปด้วย ความคิดทำนองเดียวกันได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายจารีตประเพณีว่าหลักความได้สัดส่วนแม้จะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแต่ก็ถูกเชื่อมโยงเข้ากับหลักศุภกระบวนการ (Due Process)⁵² โดยสาเหตุที่ทำให้หลักความได้สัดส่วนเข้ามามีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายเนื่องจากเป็นหลักการที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม เนื่องจากการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของมหาชนส่วนรวมต่างก็กระทบต่อกันและกันอยู่เสมอ ซึ่งประเทศในโลกตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนในการคลี่คลายความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในประโยชน์ที่แตกต่างกันเป็นไปอย่างสันติบนหลักการคำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย⁵³

เนื่องจากสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนเป็นไปเพื่อสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ 2 ด้านที่ขัดแย้งกัน ในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลหรือความยุติธรรมบนพื้นฐานของความขัดแย้งนั้น จำเป็นจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขหรือหลักการปลีกย่อยจำนวนสามประการ กล่าวคือ 1. หลักความเหมาะสม (Adequacy) 2. หลักความจำเป็น (Necessity) และ 3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือหลักความคุ้มค่า (Proportionality Stricto Sensu)

1. หลักความเหมาะสมเป็นองค์ประกอบประการแรกของหลักความได้สัดส่วน โดยมีหลักเกณฑ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกระทบสิทธิของประชาชนนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้นซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ตั้งไว้ได้ ในการพิจารณาว่ากฎหมายสอดคล้องกับหลักความเหมาะสมหรือไม่ ทำได้โดยการค้นหาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายนั้น ๆ กับวัตถุประสงค์สุดท้ายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง แล้วจึงพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวสามารถที่จะบรรลุถึงเป้าหมายดังกล่าวได้อย่างแท้จริงหรือไม่ ซึ่งความเหมาะสมเพียงบางส่วนนั้นก็เป็นการเพียงพอ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์ อนึ่ง มาตรการและเป้าหมายดังกล่าวนั้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย เพราะหากมาตรการหรือเป้าหมายที่กำหนดไว้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวอีก เนื่องจากมาตรการหรือเป้าหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมขาดความเหมาะสมอยู่ในตัวเอง⁵⁴ อย่างไรก็ตาม เป็นที่กังวลอยู่เสมอมาว่าการพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการที่กฎหมายกำหนดโดยฝ่ายตุลาการนั้นอาจมีลักษณะที่ก้าวล่วงอำนาจของฝ่าย

⁵² Anthony D'Amato, "Is Equality a Totally Empty Idea?," *Michigan Law Review* 81, no. 3 (1983): 600.

⁵³ บรรเจิด สิงคะเนติ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 79.

⁵⁴ Ibid., หน้า 85.

นิติบัญญัติซึ่งส่งผลต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนำไปสู่การพัฒนาของหลักความหลากหลายในมาตรฐานที่จะนำมาใช้พิจารณาความเหมาะสมของมาตรการที่กฎหมายกำหนดขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่ามีลักษณะเป็นการให้สิทธิหรือมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ ในกรณีที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นการให้สิทธินั้นปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้มาตรฐานที่มีลักษณะผ่อนปรนในการพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการที่กำหนดขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในมาตรฐานดังกล่าวศาลจะพิจารณาเพียงว่ากฎหมายนั้นมีลักษณะของการให้สิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันเท่านั้น โดยศาลจะปล่อยให้การกำหนดรายละเอียดของกระบวนการที่จะทำให้สิทธิเกิดเป็นรูปธรรมขึ้น ณ สถานที่ใดหรือโดยวิธีการอย่างไรเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดและไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวอีก ความเคร่งครัดของมาตรฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการที่กฎหมายกำหนดจะเข้มข้นมากขึ้นตามระดับของการจำกัดสิทธิที่ปรากฏในวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏว่าการจำกัดสิทธินั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นจากมาตรการที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนั้น ๆ โดยตรง⁵⁵

2. ในการพิจารณาถึงหลักความจำเป็นอันเป็นเงื่อนไขประการต่อมาของหลักความได้สัดส่วนนั้น เมื่อได้มีการพิเคราะห์แล้วว่ามาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งอาจนำไปสู่วัตถุประสงค์หรือผลสุดท้ายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้วพบว่ามีหลายมาตรการที่มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ตั้งไว้ ย่อมจะต้องมีการประเมินในระดับถัดไปว่าในบรรดาวิธีการต่าง ๆ ซึ่งอาจนำไปสู่ผลสุดท้ายที่เป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น มาตรการใดที่เมื่อนำมากำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและจะมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนแล้วจะเป็นวิธีการซึ่งได้แก่หรือเป็นอุปสรรคต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดในระหว่างวิธีการที่เหมาะสมทั้งหมด

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือความคุ้มค่าอันเป็นเงื่อนไขประการสุดท้ายของหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นหลักการซึ่งถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือสิทธิเสรีภาพอันถูกระงับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายในด้านหนึ่งกับประโยชน์หรือนิติสมบัติอันกฎหมายมุ่งคุ้มครองโดยวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในอีกด้านหนึ่ง และการที่กฎหมายจะได้รับการพิจารณาว่าสอดคล้องกับหลักความคุ้มค่าต่อเมื่อประโยชน์หรือสิทธิ

⁵⁵ Susanne Baer, "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court," *Columbia Journal of European Law* 5 (1999): 225-226.

เสรีภาพที่ต้องถูกระงับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอยู่ในระดับที่อาจเข้าใจได้เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับมาจากการที่กฎหมายได้บรรลุวัตถุประสงค์

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สิทธิเสรีภาพอันถูกระงับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชน การพิจารณาถึงหลักความคุ้มค่าโดยเพียงแต่ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์หรือนิติสมบัตินอกกฎหมายมุ่งคุ้มครองย่อมทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนเสื่อมคุณลักษณะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยการป้องกันประชาชนจากการแทรกแซงของรัฐไป หรืออาจกล่าวได้ว่า การที่เปรียบเทียบความคุ้มค่าของการสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนกับประโยชน์สาธารณะที่ได้รับมานั้นไม่อาจทำให้กฎหมายผ่านการพิจารณาของหลักความคุ้มค่าไปได้ ด้วยเหตุดังกล่าว การพิจารณาหลักความคุ้มค่าในกรณีนี้จำเป็นต้องมีเงื่อนไขเพิ่มเติมในส่วนของการพิจารณาถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ การพิจารณาถึงหลักความคุ้มค่าโดยการชั่งน้ำหนักกับประโยชน์หรือนิติสมบัติของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนจะกระทำได้อเฉพาะในขอบเขตที่กฎหมายไม่กระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนเท่านั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยจะต้องค้นหาสาระสำคัญดังกล่าวจากการทำความเข้าใจสิทธิแต่ละสิทธิในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมและกรอบแนวคิดอันเป็นพื้นฐานแห่งสิทธินั้น ๆ ตลอดจนวัตถุประสงค์ที่ซึ่งสิทธินั้นมุ่งคุ้มครอง⁵⁶ โดยการตรากฎหมายใดจะถึงขนาดที่เรียกว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องมีการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพเป็นกรณีไป โดยไม่อาจกำหนดเป็นเกณฑ์ทั่วไปเพื่อใช้กับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้ ทั้งจะต้องพิจารณาระดับความรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพประกอบกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้น อาทิ สาระสำคัญของเสรีภาพในร่างกายย่อมได้รับความกระทบกระเทือนหากฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้มีการลงโทษโดยการทรมานหรือการตัดอวัยวะ เสรีภาพในทางวิชาการย่อมถูกระงับกระเทือนหากมีการออกกฎหมายห้ามการวิจัยหรือการเผยแพร่งานวิจัย⁵⁷

กรณีจึงกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนไม่อาจถูกนำมาใช้กับสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนได้เนื่องจากลักษณะอันสมบูรณ์ของสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าวไม่เปิดช่องให้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโดยสถานการณ์แวดล้อมภายนอกใด ๆ เป็นเหตุให้การชั่งน้ำหนักหรือเปรียบเทียบระหว่างสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือสิทธิมนุษยชนกับประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้ ในบางกรณีหลักการดังกล่าวอาจถูกบัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเพื่อป้องกันไม่ให้สาระสำคัญของสิทธิถูกระงับกระเทือนโดยผลของกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นในภายหลัง อาทิ มาตรา 28 รัฐธรรมนูญ

⁵⁶ Juan Cianciardo, "The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights," 183, 185.

⁵⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 186.

อาร์เจนตินา บัญญัติว่า “หลักการ การรับประกัน และสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตราก่อน ๆ ไม่อาจถูกเปลี่ยนแปลงโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้บัญญัติขึ้นเพื่อการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น”⁵⁸

2.2.1.2.2 นิติวิธีของหลักความเสมอภาคภายใต้อิทธิพลของหลักความได้สัดส่วน

ภายใต้อิทธิพลของหลักความได้สัดส่วนนั้น นิติวิธีของหลักความเสมอภาคประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

1) การจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้

แม้ว่าสาระสำคัญของการใช้หลักความเสมอภาคจะอยู่ที่การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญให้ต่างกันไปซึ่งเปิดช่องให้มีการกำหนดเกณฑ์เพื่อป้องกันข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลได้เสมอ ทว่า การพิเคราะห์หาความแตกต่างระหว่างบุคคลอันจะนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นก็หาได้ปราศจากข้อจำกัดหรือเป็นไปตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายโดยไร้กฎเกณฑ์แต่ประการใดไม่ แต่การจำแนกว่าข้อเท็จจริงใดมีความเหมือนหรือต่างกันในสาระสำคัญอย่างไรอย่างหนึ่งซึ่งจะนำไปสู่ผลที่เหมือนหรือแตกต่างกันนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผลสามารถที่จะเข้าใจได้ ทั้งความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้นั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงดังกล่าว หรืออีกนัยหนึ่งคือ วัตถุประสงค์ของกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับความแตกต่างดังกล่าวนี้ ซึ่งเงื่อนไขทั้ง 2 ประการจะต้องสัมพันธ์กันในลักษณะที่สมเหตุสมผลหรือมีลักษณะที่ได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม ความได้สัดส่วนนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขั้นสมบูรณ์หรือปราศจากข้อตำหนิว่าไม่มีส่วนสัมพันธ์ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพียงแต่ข้อบกพร่องที่ปรากฏนั้นจะต้องไม่ถึงขนาดที่ทำให้เกิดช่องว่างมากเสียจนกฎหมายไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์หรือจนเป็นเหตุให้บุคคลซึ่งความเป็นจริงควรจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวหลุดรอดออกไปจากการมีผลใช้บังคับของกฎหมายได้ โดยความแตกต่างดังกล่าวนี้ยังคงมีความสัมพันธ์เป็นสัดส่วนอย่างกว้างกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ถึงขั้นที่ทำให้ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างความแตกต่างที่กฎหมายกำหนดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเสียทีเดียว⁵⁹ โดยการพิจารณาหาความสัมพันธ์เชิงสัดส่วนระหว่างการจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ขั้นตอน กล่าวคือ การพิจารณาถึง

⁵⁸ “The principles, guarantees, and rights recognized in the preceding sections shall not be modified by the laws that regulate their enforcement.”

⁵⁹ Po Jen Yap, “Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?,” *Singapore Academy of Law Journal* 25 (2013): 636.

ความสัมพันธ์ระหว่างความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้นั้นกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและการพิจารณาว่าวัตถุประสงค์อันมีความสัมพันธ์กับความแตกต่างดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในการพิจารณาหาความสัมพันธ์ระหว่างความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น เริ่มต้นมาจากความคิดพื้นฐานที่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามความเหมาะสมของกรณี โดยบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อหลักความเสมอภาคนั้นสะท้อนถึงอำนาจอันกว้างขวางในการกำหนดและจำแนกบุคคลที่จะต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมาย และหากกฎหมายจะส่งผลเป็นอย่างเดียวกันต่อกลุ่มที่มีลักษณะแน่นอนก็เป็นเรื่องปรกติ มิใช่เรื่องน่าตำหนิเนื่องจากการปฏิเสธหลักความเสมอภาค แต่ทั้งนี้ การจำแนกความแตกต่างนั้นจะต้องมีได้เป็นไปโดยมิชอบ หากต้องอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างอันแท้จริงและแน่นอนซึ่งมีเหตุผลและสัมพันธ์กับสิ่งต่าง ๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นการจำแนกความแตกต่างนั้น และการจำแนกความแตกต่างซึ่งทำลงโดยปราศจากพื้นฐานอันมั่นคงเช่นว่าย่อมจะต้องตกเป็นโมฆะ⁶⁰

อำนาจอันกว้างขวางของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายจึงมิได้ตั้งอยู่บนความว่างเปล่าของหลักความเสมอภาค หากแต่เป็นความสมเหตุสมผลของการพิจารณา กลุ่มเป้าหมายที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมุ่งประสงค์ ในประการแรกการจำแนกความแตกต่างระหว่างข้อเท็จจริงหรือบุคคลจึงต้องสามารถที่จะเข้าใจได้ ซึ่งหมายถึงความแตกต่างนั้นถูกกำหนดขึ้นโดยอาศัยข้อพิจารณาที่มีความชัดเจนและแน่นอนสามารถเข้าใจและคาดหมายได้โดยวิญญูชนทั่วไปจากการใช้เขาวนปัญญาพิจารณามิใช่เกิดจากการคาดเดาตามอารมณ์หรือการสุมเอาเท่านั้น⁶¹ ตัวอย่างหนึ่งของลักษณะที่มิชอบในการจำแนกความแตกต่างคือการตั้งข้อสมมติฐานว่าในรัฐหนึ่งซึ่งมีผู้ครอบครองยานพาหนะทะเบียนหมายเลขคู่และยานพาหนะทะเบียนหมายเลขคี่ในสัดส่วนที่เท่ากัน เมื่อรัฐต้องการที่จะลดปริมาณการบริโภคน้ำมันเชื้อเพลิงลงโดยกำหนดให้สถานบริการขายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่ยานพาหนะตามหมายเลขทะเบียน โดยอนุญาตให้ภายในหนึ่งสัปดาห์ให้ผู้ครอบครองรถทะเบียนหมายเลขคี่สามารถเติมน้ำมันรถในวันทำงาน ขณะที่ผู้ครอบครองรถทะเบียนหมายเลขคู่สามารถเติมน้ำมันเชื้อเพลิงได้เฉพาะในวันหยุดเท่านั้น ซึ่งหากจะกล่าวในทางตรรกะแล้วมีความแตกต่างระหว่างผู้ครอบครองยานพาหนะทั้ง 2 กรณีจริง ทว่า หมายเลขทะเบียนซึ่งเป็นข้อพิจารณาที่ฝ่ายนิติบัญญัตินำมากำหนดความแตกต่างนั้นเป็นไปในลักษณะของการ “สุม” เป็นเหตุให้ไม่อาจถือได้ว่าผู้

⁶⁰ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct " *Asia-Pacific journal on Human Rights and the Law* 16, no. 1-2 (2015): 16.

⁶¹ Jaclyn L. Neo, "Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang v. Attorney-General* " *Singapore Journal of Legal Studies* (2016): 98.

ครอบครองยานพาหนะทั้ง 2 ประเภทมีความแตกต่างกันและเมื่อมีการปฏิบัติที่ต่างกันต่อบุคคลซึ่งมิได้มีความแตกต่างกันจึงเป็นเรื่องที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาค⁶²

เมื่อปรากฏว่าการจำแนกความแตกต่างนั้นเป็นเรื่องที่สามารถที่จะเข้าใจได้มิใช่เกิดขึ้นตามอำเภอใจหรือเป็นไปโดยมิชอบแล้ว หลักเกณฑ์ในประการต่อมาคือความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้ดังกล่าวนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมุ่งบังคับกับข้อเท็จจริงอันเป็นผลของการจัดชั้นความแตกต่างนั้น ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดฮ่องกงในคดี Secretary for Justice v. Yau Yuk Lung ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์เชิงสัดส่วนระหว่างความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าการปฏิบัติที่ต่างกันจะผ่านการพิจารณาก็ต่อเมื่อ

1. ความแตกต่างในการปฏิบัติจะต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย และอย่างน้อยวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อความจำเป็นที่จะต้องมีการจำแนกความแตกต่างนั้นได้ปรากฏอยู่จริง
2. ความแตกต่างในการปฏิบัติจะต้องมีความสัมพันธ์เชิงสัดส่วนกับวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย
3. ความแตกต่างในการปฏิบัติจะต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายนั้น⁶³

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างนั้นจะต้องสัมพันธ์ในลักษณะที่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพียงในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ ความแตกต่างนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างสมบูรณ์และไม่จำเป็นต้องเป็นวิธีการที่ส่งผลสัมฤทธิ์สูงสุดต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เสียทีเดียว ทั้งนี้เนื่องมาจากความคิดพื้นฐานที่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจและมีอิสระที่จะเลือกใช้มาตรการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในระดับหนึ่งและเฉพาะวิธีการที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์เสียจนไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้อย่างแน่แท้เท่านั้นที่อาจถือได้ว่าเป็นการจำแนกชั้นอันไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง⁶⁴ หรืออีกนัยหนึ่งคือไม่ปรากฏว่าการจัดชั้นความแตกต่างมีฐานทางตรรกะหรือความสอดคล้อง

⁶² Anthony D'Amato, "Is Equality a Totally Empty Idea?," 601.

⁶³ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct " : 22.

⁶⁴ Ibid.: 17.

ใด ๆ ที่กฎหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างนั้นจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องด้วยได้⁶⁵ ในการพิจารณาหาความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดทราบวัตถุประสงค์ของกฎหมายเสียก่อน ในการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อเป็นฐานในการพิจารณานั้นหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นไม่นานย่อมจะเป็นการง่ายในการค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพราะสามารถที่จะพิจารณาได้จากเอกสารที่เกี่ยวข้องในการยกร่างและพิจารณากฎหมายในรัฐสภา แต่หากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้ถูกตราขึ้นมาเป็นเวลานานแล้วและบริบทของสังคมในเรื่องที่เกี่ยวข้องได้เปลี่ยนแปลงไป การที่จะยึดติดอยู่กับกระบวนการตรากฎหมายซึ่งเกิดขึ้นหลายสิบปีก่อนอาจส่งผลให้วัตถุประสงค์ดั้งเดิมของกฎหมายไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังคงมีสภาพบังคับในปัจจุบันอีกต่อไป และอาจมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าควรจะนำเอาบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นมาพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อหาวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายภายใต้สถานการณ์ปัจจุบันหรือไม่⁶⁶

ในด้านการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์นั้นเกิดจากความจำเป็นบนพื้นฐานของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่แม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติอย่างกว้างขวางในการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีที่แตกต่างกันและอำนาจดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัตียังมีลักษณะที่ยืดหยุ่นอย่างมากในการกำหนดวิธีการที่เหมาะสมซึ่งต้องการเพียงความสอดคล้องเป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพียงกว้าง ๆ เท่านั้น แต่นั่นก็มิได้หมายความว่าเกณฑ์การตรวจสอบที่ไม่เคร่งครัดเท่าใดนักหากคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบอยู่ตลอดเวลาจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติจะทำให้รัฐสภาออกกฎหมายและกำหนดวิธีการเช่นใดขึ้นเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนก็ได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งในที่นี้หมายถึงความชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งแม้จะปรากฏว่ากฎหมายนั้นมีมาตรการที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ได้หากว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งอย่างชัดแจ้งต่อรัฐธรรมนูญ อาทิ เมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งย่อมส่งผลให้วัตถุประสงค์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁷ อย่างไรก็ตาม หากวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อดำรงคุณค่าในสังคมอันเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงและประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นเงื่อนไข

⁶⁵ Jaclyn L. Neo, "Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang v. Attorney-General* ": 99.

⁶⁶ Po Jen Yap, "Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?": 632-634.

⁶⁷ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 20.

ประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก็ย่อมถือได้ว่ามีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁶⁸

2) ความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์ สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะมีความสัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนอย่างมาก และได้รับการยอมรับมาอย่างยาวนานว่าประโยชน์สาธารณะนั้นสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนเข้ามามีอิทธิพลในส่วนนี้เพื่อให้การยกประโยชน์สาธารณะขึ้นอ้างมีความสมดุลและไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป การจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นจึงต้องเป็นเรื่องที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น ในมาตรา 1 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์แต่ทั้งนี้ในคำประกาศก็ยอมรับว่าความแตกต่างทางสังคมอาจเกิดขึ้นได้แต่จะต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะร่วมกัน” เท่านั้น ในคำประกาศฉบับเดียวกันยังได้ยอมรับความได้สัดส่วนระหว่างการจำกัดสิทธิเสรีภาพกับประโยชน์สาธารณะอีกหลายประการ อาทิ มาตรา 4 กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์กระทำได้ “เฉพาะแต่ที่จะให้การประกันแก่ผู้เป็นสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย” มาตรา 5 กำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถที่จะห้ามการกระทำของประชาชนได้ “เพียงเฉพาะแต่การกระทำซึ่งอาจก่ออันตรายร้ายแรงแก่สังคม” มาตรา 8 กำหนดให้กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใด ๆ ก็ได้ “แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งและเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัด” มาตรา 17 กำหนดให้การที่บุคคลจะถูกพรากไปซึ่งกรรมสิทธิ์ได้ก็แต่ “กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างเห็นประจักษ์ชัด”⁶⁹ ข้อความในเครื่องหมายคำพูดดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นระหว่างเสรีภาพ ความเสมอภาค และความได้สัดส่วนซึ่งได้รับการยอมรับมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งสอดคล้องกับความคิดทางปรัชญาในยุคหลังจากนั้นที่ต่างปฏิเสธความสมบูรณ์ไม่มีข้อจำกัดภายใต้บริบทของความเสมอภาค

ความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพกับประโยชน์สาธารณะภายใต้บริบทของหลักความได้สัดส่วนนั้นเข้ามามีอิทธิพลต่อหลักความเสมอภาคในภายหลังจากการจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้เสร็จสิ้นลงแล้ว เพราะหากมีการพิเคราะห์หาความแตกต่างกันในสาระสำคัญของข้อเท็จจริงแล้วพบว่าข้อเท็จจริงทั้ง 2 ประการมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กรณี

⁶⁸ Po Jen Yap, "Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?," 637-638.

⁶⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550), หน้า 136-138.

ย่อมมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างข้อเท็จจริงที่ต่างกันทั้ง 2 นั้นภายใต้เหตุผลของการจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้ มีใช่เพราะเกิดจากความจำเป็นอันเนื่องมาจากประโยชน์สาธารณะกรณีที่จะถือว่าเหตุผลของการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นเกิดจากความจำเป็นอันเนื่องมาจากประโยชน์สาธารณะจึงต้องเป็นกรณีที่บุคคลหรือสถานการณ์ 2 อย่างมีสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกันซึ่งโดยปกติแล้วพึงต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่เพราะมีเหตุบางประการและเหตุจำเป็นนั้นสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะจึงต้องมีการปฏิบัติต่อบุคคลหรือสถานการณ์ทั้ง 2 นั้นอย่างแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้งที่ประโยชน์สาธารณะถูกนำไปพิจารณาเกี่ยวกับการจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้ในฐานะที่ประโยชน์สาธารณะมีพื้นฐานที่สัมพันธ์กับสังคมอยู่แล้วในระดับหนึ่ง และเมื่อบริบททางสังคมบางประการอาจเป็นปัจจัยที่นำไปสู่การจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลได้ ประโยชน์สาธารณะจึงสามารถเข้าไปปะปนกับหลักความเสมอภาคตั้งแต่ในลำดับแรก ๆ

โดยพื้นฐานแล้ว มนุษย์ย่อมมีสิทธิเสรีภาพทั้งมีความชอบธรรมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเป็นอย่างเดียวกันตามหลักความเสมอภาค แต่ในกรณีที่หลักความได้สัดส่วนเข้ามามีอิทธิพลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น เกิดขึ้นเมื่อเหตุที่นำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างดังกล่าวมีที่มาจากประโยชน์สาธารณะซึ่งจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างความจำเป็นที่ปรากฏกับประโยชน์สาธารณะในอันที่ต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของบุคคล ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อจะมีการออกกฎหมายซึ่งจะส่งผลให้มีความเปลี่ยนแปลงในนิติฐานะของสิทธิเสรีภาพเพราะความจำเป็นอันเนื่องมาจากประโยชน์สาธารณะ หลักความได้สัดส่วนจึงเข้ามามีบทบาทในการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์ของสาธารณะเสมอ ทั้งในด้านการประเมินหาความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมาย ความจำเป็น และความคุ้มค่าของประโยชน์สาธารณะซึ่งจะต้องแลกกับสิทธิเสรีภาพที่เสียไปของปัจเจกบุคคล ความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพกับประโยชน์สาธารณะจึงต้องพิจารณาทั้งคุณค่าที่ได้รับการยอมรับในสังคมและจากระบบกฎหมายที่มีอยู่ โดยคุณค่าหรือคุณความดีที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในสังคมย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเช่นเดียวกับระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นเมื่อเป็นผลของเจตจำนงร่วมกันจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมในตัวเอง

ในขณะที่การหาความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในข้างหนึ่งและประโยชน์สาธารณะในอีกข้างหนึ่งของตาซึ่งอาจกำหนดตัวเนื้อหาแห่งสิทธิตลอดจนประโยชน์ที่จะนำมาพิจารณาให้ชัดเจนได้เสมอ ทว่า อัตราส่วนหรือสัดส่วนที่สมดุลหรือสมเหตุสมผลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละกรณีไป และเมื่อความสมเหตุสมผลหรือความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ต้องเสียไปกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้มานั้นไม่ถึงกับต้องมีลักษณะที่สมบูรณ์ไร้ข้อตำหนิ จึงอาจกล่าวได้ว่าความสมดุลอาจอยู่ระหว่างจุดใดจุดหนึ่งซึ่งไม่ล่วงพ้นปริมาณหรือ

ขอบเขตสุดท้ายที่ไม่อาจก้าวล่วงได้แห่งสิทธิหรือประโยชน์ในข้างใดข้างหนึ่งเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ในด้านสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นสาระสำคัญแห่งสิทธิย่อมเป็นขอบเขตสุดท้ายที่จะทำหน้าที่กีดกันมิให้ประโยชน์สาธารณะก้าวล่วงเข้าไปโดยไม่กระทบต่อหลักความได้สัดส่วนได้ และในด้านของประโยชน์สาธารณะนั้นประสิทธิภาพหรือความสามารถที่จะดำรงคุณค่าในสังคมอันได้รับการยอมรับโดยระบบกฎหมายย่อมเป็นสาระสำคัญซึ่งจะก้าวล่วงมิได้เช่นเดียวกัน⁷⁰

2.2.2 ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นมิได้มีลักษณะอันสมบูรณ์ ทว่า หลักความเสมอภาคประกอบด้วยข้อยกเว้นอยู่เสมอ โดยข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคนั้นสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ กลุ่มแรก หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในฐานะข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (2.2.2.1) และกลุ่มที่ 2 ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในฐานะข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน์ของสังคมส่วนรวม (2.2.2.2) ข้อยกเว้นดังกล่าวเหล่านั้นมีบทบาทอย่างยิ่งในการช่วยให้หลักความเสมอภาคมีลักษณะยืดหยุ่น ไม่แข็งกระด้างจนเกินไป เพื่อให้หลักความเสมอภาคสามารถประสานประโยชน์อันแตกต่างกันในสังคมได้อย่างสมดุล

2.2.2.1 หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม: ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

จริงอยู่ที่หลักความเสมอภาคเป็นหลักการเพื่อรับประกันว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน แต่ความเสมอภาคก็ไม่ใช่และไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่ทุกคนจะได้รับหรือมีทุกสิ่งทุกอย่างเป็นอย่างเดียวกันทุกประการ เพราะความคิดพื้นฐานของหลักความเสมอภาคคือการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อสิ่งๆ ที่เหมือนกันและจากความคิดพื้นฐานนี้เองทำให้การใช้หลักความเสมอภาคต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของข้อเท็จจริงและบริบทที่เกี่ยวข้องเสมอ ความคิดเดียวกันนี้เมื่อพิจารณาย้อนกลับยังทำให้การรับรู้ความแตกต่างและการปฏิบัติที่แตกต่างเป็นเรื่องที่สามารถยอมรับได้หากจะทำให้บุคคลได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสมของแต่ละบุคคลและถือว่าความแตกต่างนั้นเป็นความเท่าเทียมในความหมายของหลักความเสมอภาค การยอมรับความแตกต่างระหว่างบุคคลยังเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่รวมรากฐานความคิดของหลักความเสมอภาคโดยการยอมรับความแตกต่างระหว่างบุคคล ทว่า มิใช่เพื่อการปฏิบัติที่แตกต่างตามความเหมาะสมของ

⁷⁰ Decision 93-325 DC of 13 August 1993, para. 77.

ข้อเท็จจริงหากแต่เป็นไปเพื่อห้ามมิให้ถือเอาข้อเท็จจริงเหล่านั้นมาเป็นเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่าง และให้มีการปฏิบัติที่เหมือนกันอยู่เสมอบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันเหล่านั้น

ในขณะที่หลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการสะท้อนกลับมาจากความคิดที่ว่าจะต้องมีการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อสิ่งที่เหมือนกัน แต่ในขณะเดียวกันการปฏิบัติที่แตกต่างต่อข้อเท็จจริงที่หลักการทั้ง 2 ไม่ถือว่าแตกต่างกันนั้นสามารถกระทำได้ หากเป็นการเอื้อให้บุคคลสามารถมีหรือใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติรูปแบบหนึ่งแต่เป็นสิ่งชอบธรรมที่จะกระทำได้และเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมแม้จะมีเป้าหมายอยู่ที่ความเสมอภาคแต่ด้วยวิธีการที่ทั้งยอมรับความแตกต่างระหว่างบุคคลและยอมให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ต่างกันในขณะที่เดียวกันทำให้หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมีรูปแบบที่แตกต่างจากหลักความเสมอภาคอย่างสิ้นเชิง ในด้านความคิดพื้นฐานและสาระสำคัญของการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้น อาจกล่าวได้ว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมถูกออกแบบมาให้เป็นภาคบังคับของการแบ่งปันประโยชน์หรือการบริการแก่กลุ่มผู้ด้อยโอกาสในสังคมเพื่อชดเชยโอกาสของพวกเขา อันเป็นกระบวนการที่ประกอบไปด้วยการกำหนดความไม่เสมอภาคขึ้นเพื่อสนับสนุนความเสมอภาคควบคู่กันกับการปฏิบัติต่อที่เป็นคุณอันมีลักษณะแน่นอน และมีเป้าหมายเพื่อก่อตั้งความเสมอภาคขึ้นใหม่หรืออย่างน้อยเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในด้านโอกาสขึ้นผ่านการประนีประนอมระหว่างการยอมรับความแตกต่างของบุคคลในด้านหนึ่งและการเพิ่มขึ้นของความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจและสังคมในอีกด้านหนึ่ง ที่แม้จะดูย้อนแย้งแต่กลับก่อให้เกิดกระบวนการชดเชยความเหลื่อมล้ำโดยกำหนดให้มีการเลือกปฏิบัติที่สามารถสร้างความเสมอภาคขึ้นใหม่ได้อย่างน่าอัศจรรย์⁷¹

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจึงเป็นหลักกฎหมายในยุคใหม่ซึ่งได้รับอิทธิพลอย่างมากจากความคิดเกี่ยวกับความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจในสังคมช่วงศตวรรษที่ 20 และภายใต้บริบทนี้ความเสมอภาคในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งได้รับการยืนยันทั้งในคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ไม่เพียงพออีกต่อไปที่จะสร้างสรรค์ความเป็นธรรมในสังคม ความเสมอภาคจึงถูกขยายออกความออกจากปริมณฑลของสิทธิเสรีภาพในบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปถึงการทำลายข้อจำกัดโดยเฉพาะโอกาสที่แตกต่างกันทางเศรษฐกิจและสังคมเพราะสถานะหรือข้อเท็จจริงบางประการของบุคคล ซึ่งมีความจำเป็นในระดับหนึ่งที่จะต้องเปลี่ยนแปลงความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันของมนุษย์เพื่อรองรับการเกิดขึ้นของความเสมอภาคด้านโอกาสดังกล่าว โดยมุ่งไปสู่การเลือกปฏิบัติในทางบวกที่ส่งเสริมความเท่าเทียมแก่ผู้ด้อยโอกาสทางสังคมในระบบกฎหมายด้วยการลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ ผ่านกระบวนการทาง

⁷¹ Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 59.

กฎหมายที่แตกต่างกันเพียงชั่วครั้งชั่วคราวเพื่อทดแทนความเหลื่อมล้ำและส่งเสริมบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าให้เท่าเทียมกับผู้อื่น⁷²

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่นี้เกิดจากแนวคิดของประธานาธิบดี John F. Kennedy และประธานาธิบดี Lyndon B. Johnson ที่มีความปรารถนาอย่างแรงกล้าในการสถาปนาความเสมอภาคตามกฎหมายอย่างแท้จริงและเป็นรูปธรรมขึ้นในสังคมอเมริกัน ด้วยการตราบัญญัติสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) ขึ้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1964 ซึ่งต่อมาศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ตอบสนองนโยบายดังกล่าวข้างต้นด้วยการพิพากษาในคดี Regents of University of California v. Bakke ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่งร้อยละ 16 ของคณะแพทยศาสตร์ให้นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือในคำพิพากษาคดี Weber v. Kaiser Aluminium ที่ศาลฎีกาตัดสินว่าการที่บริษัทกันร้อยละ 50 ของที่นั่งให้แก่คนผิวดำที่เข้าร่วมในการอบรมเพื่อพัฒนาบุคลากรโดยได้รับความเห็นชอบจากสหภาพแรงงานแล้วนั้นเป็นเรื่องที่บริษัทสามารถทำได้ เพราะเป็นการดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อสู้กับความไม่เสมอภาคด้านสีผิวนอกจากนี้ในคำพิพากษาคดี Fullilove v. Klutznick ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาพิพากษานโยบายของสหรัฐที่มุ่งสำรองบางตลาดให้แก่ผู้รับเหมาชนกลุ่มน้อยนั้นไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค⁷³ การเลือกปฏิบัติเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการเลือกปฏิบัติในทางบวกจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น อันเป็นการยกระดับเพื่อชดเชยหรือทดแทนแก่กลุ่มบุคคลผู้ด้อยโอกาสทางสังคม ซึ่งอาจปรากฏทั้งในด้านความแตกต่างระหว่างบุคคล อาทิ เพศ อายุ หรือความพิการ ความแตกต่างด้านเศรษฐกิจ อาทิ อาหาร หรือที่ดินทำกิน และความแตกต่างในด้านสังคม อาทิ สถานที่พักอาศัย ซึ่งหากเป็นการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเหตุผลดังกล่าวย่อมถือว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม การเลือกปฏิบัติจึงมีทั้งการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมอันขัดต่อหลักความเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอันเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค⁷⁴

เมื่อเทียบกับหลักความเสมอภาคที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีกแล้ว หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเป็นหลักการที่เกิดขึ้นใหม่ไม่นานนี้แต่กระนั้นหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมก็ได้รับการนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งได้นำหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่ง

⁷² สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย :2540, หน้า 79.

⁷³ Ibid., หน้า 79-80.

⁷⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 141.

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีและสาธารณรัฐออสเตรีย⁷⁵ แต่ไม่ได้หมายความว่าหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจะได้รับการยอมรับในทุกระบบกฎหมาย เพราะด้วยพื้นฐานที่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคในตัวเองเป็นเหตุในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้รับการปฏิเสธอย่างชัดเจนจากระบบกฎหมายที่ความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ในปรัชญากฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลสูงต่อระบบกฎหมาย อาทิ ประเทศฝรั่งเศสที่ซึ่งแก่นสารของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เป็นการประกาศสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นได้ยืนยันความคิดที่ว่าความเสมอภาคกับความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิ่งเดียวกันและเป็นพื้นฐานแห่งสิทธิเสรีภาพทั้งปวงในระบบกฎหมาย การปฏิเสธความเสมอภาคไม่ว่าเพื่อเป้าหมายใดก็ตามย่อมเป็นการปฏิเสธความเป็นมนุษย์ด้วยในขณะเดียวกัน⁷⁶

หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมไม่เพียงแต่จะได้รับการนำมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังได้รับการนำมาบัญญัติในตราสารกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย อาทิ ในข้อ 1, ข้อ 13, ข้อ 55 และข้อ 56 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และในข้อ 1, ข้อ 2, ข้อ 7, ข้อ 10, ข้อ 16 และข้อ 21 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม⁷⁷ นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้นำกติกายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาตัดสินในคดี Affaire Linguistique Belge ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 1968 ว่า “ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายบางประเภทมีขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาคในทางความเป็นจริง”⁷⁸

2.2.2.2 ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน: ข้อยกเว้นอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน์ของสังคมส่วนรวม

เป็นที่ได้รับการยอมรับมาเป็นระยะเวลายาวนานว่าการที่มนุษย์เข้ามาอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นสังคมนั้นประโยชน์ของส่วนรวมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมต้องมาก่อนประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลเสมอ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นหลักการซึ่งมีความสัมพันธ์กับประโยชน์ของมนุษย์ที่ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันที่รัฐจะไม่ยินยอมให้สภาวะตามธรรมชาตินำไปสู่ความเสียหายต่อสังคมได้ เมื่อที่ดินแปลงหนึ่งไม่อาจใช้แหล่งน้ำทำเกษตรได้เนื่องจากมีที่ดินแปลงอื่นคันกลางอยู่ย่อมเป็นการเสื่อมเสียแก่สังคมโรมันโดยส่วนรวมในฐานะที่เป็นสังคม

⁷⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 86.

⁷⁶ Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," : 56-57.

⁷⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 141-142.

⁷⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 80.

เกษตรกรรม และรัฐยอมออกกฎหมายให้เจ้าของที่ดินแปลงที่ไม่อาจเข้าถึงแหล่งน้ำนั้นใช้ประโยชน์จากที่ดินอีกแปลงได้ในฐานะภาระจำยอม ในเวลาต่อมาหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนถูกนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายแพ่งของหลายประเทศ เช่น กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยด้วย⁷⁹

ในระบบกฎหมายนั้นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ทั่วไป แม้ว่าความหมายที่ชัดเจนของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนไม่ได้รับการระบุให้ชัดเจน การให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนในระบบกฎหมายโดยนักนิติศาสตร์ก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) เห็นว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชน สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างหนึ่ง และส่วนที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีอีกอย่างหนึ่ง “ซึ่งทั้ง 2 อย่างนี้เมื่อเกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาเคยเรียกว่าเป็นสัญญาขัดต่อรัฐประศาสน์นโยบายและสัญญาอุลามก”⁸⁰ ศักดิ์ สนองชาติ ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนว่าหมายถึง “ประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน” และให้ความหมายของศีลธรรมอันดีของประชาชนว่าหมายถึง “ธรรมเนียมประเพณีของสังคม”⁸¹ จิต เศรษฐบุตตร ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนว่าหมายถึง “ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน” และให้ความหมายของศีลธรรมอันดีของประชาชนว่าหมายถึง “หลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและในสมัยต่าง ๆ กัน”⁸² อัครวิทย์ สุมาวงศ์ ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนว่าหมายถึง “กรณีที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติ หรือของประชาชนเป็นส่วนรวม” และให้ความหมายศีลธรรมอันดีของประชาชนว่าหมายถึง “ขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของสังคม”⁸³ ทำนอง

⁷⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 213-214; ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 283-283.

⁸⁰ พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2545), หน้า 6.

⁸¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: จรัสสินทวงศ์, 2524), หน้า 38-39.

⁸² จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2526), หน้า 16-17.

⁸³ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป.), หน้า 30.

เดียวกับ บรรเจิด สิงคะเนติ ที่ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนว่าหมายถึง “ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม”⁸⁴

ในด้านลักษณะของกฎหมายนั้น บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนบนพื้นฐานของการยึดลักษณะของกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็น ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายเอกชนแท้ ๆ อาทิ บทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับแบบของนิติกรรม กับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในกฎหมายมหาชน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสังคมของกฎหมายแพ่ง (Socialisation du Droit Civil) เกิดเป็นบทบัญญัติกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อคุ้มครองสังคม เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายปฏิรูปที่ดิน กฎหมายจัดรูปที่ดินและกฎหมายผังเมือง กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคมที่เกิดขึ้นใหม่ เป็นต้น เมื่อใดก็ตามที่สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ศาลจะพิพากษาให้สัญญาเหล่านั้นเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นลักษณะของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่เป็นเรื่องของประโยชน์ของส่วนรวม และเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมกับผลประโยชน์ส่วนตัว ในแง่มุมนี้ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมย่อมสำคัญกว่า เป็นเหตุให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่ชอบธรรมอย่างยิ่ง⁸⁵

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นคุณค่าหรือลักษณะเชิงนามธรรมอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและศีลธรรมตลอดจนวัฒนธรรมประเพณี ที่แต่ละสังคมยึดถือซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปคุณค่าหรือลักษณะเชิงนามธรรมต่าง ๆ ที่สังคมยึดถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมเปลี่ยนแปลงไปเช่นเดียวกัน และแม้ความหมายของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจแยกออกได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนส่วนหนึ่ง และ

⁸⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 214.

⁸⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 50-51; บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 214.

ศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกส่วนหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้น แต่ทั้ง 2 ส่วนนั้นก็มักจะเกี่ยวพันกันเพราะ การกระทำใดที่ขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ย่อมจะขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนด้วย อาทิ การใดที่กระทบกระเทือนถึงศาสนาหรือหลักในศาสนาหนึ่งอาจเกี่ยวพันทั้งต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะศาสนาเป็นเรื่องของสังคมด้วยมิใช่เกี่ยวพัน กับธรรมเนียมประเพณีแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้น ในการวินิจฉัยคดีศาลจึงมักจะวินิจฉัยรวมกันไปว่า การกระทำอย่างใดเป็นการกระทำที่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยไม่แยกเป็นการกระทำแต่ละอย่างซึ่งยากแก่การวินิจฉัย⁸⁶

โดยหลักแล้วภายใต้หลักความเสมอภาคเป้าหมายของระบบกฎหมายย่อม เรียกร้องให้มีความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย แต่เพราะประโยชน์ของสังคมส่วนรวมย่อมส่งผลต่อ ความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะ กรณี อาทิ การกำหนดอัตราในการคำนวณภาษีที่แตกต่างกันระหว่างกิจการโรงรับจำนำและกิจการ ธนาคารเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคเนื่องจากกิจการธนาคารนั้นมิ มีความสำคัญต่อการกระตุ้นเศรษฐกิจในภาพรวมอันเป็นประโยชน์ของมหาชน⁸⁷ และผลของความไม่ เท่าเทียมที่เกิดจากความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวแม้จะกระทบต่อปัจเจกบุคคลจน ได้รับความเดือดร้อน อาทิ การประกาศพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ในเขตพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ อันเป็นกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นและมีความจำเป็นที่ จะต้องใช้มาตรการบางประการเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและปัจเจกบุคคลก็ไม่อาจจะอ้าง หลักความเสมอภาคต่อรัฐในกรณีดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้การปฏิบัติที่แตกต่างต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการ แบ่งแยกอย่างไม่สามารถยอมรับได้ อาทิ การปฏิบัติที่แตกต่างเพียงเพราะอาศัยพื้นฐานข้อเท็จจริง ด้าน ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ⁸⁸ อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่ แตกต่างบนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนรวมนอกจากจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนแล้วยัง ต้องสัมพันธ์กับลักษณะของประโยชน์สาธารณะด้วย โดยศาลปกครองฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ การบริการสาธารณะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า อาทิ การให้บริการน้ำประปา ระบบบำบัดน้ำเสีย การคมนาคมขนส่ง และตลาดซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้า การกำหนดอัตรา

⁸⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 39; พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ, หน้า 6; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, หน้า 11.

⁸⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 134-135.

⁸⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 141.

ค่าธรรมเนียมหรือราคาย่อมแตกต่างกันได้ และการใช้เกณฑ์ที่อยู่อาศัย (Le Lieu de Résidence) เป็นหลักเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติย่อมถือว่าเป็นธรรม แต่หากใช้สถานะการเงินเป็นเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติเพื่อรับนักศึกษาเข้าศึกษาถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม⁸⁹

2.3 เพศและความสำคัญของเพศในระบบกฎหมาย

พื้นฐานของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น คือการแจกแจงองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในส่วนที่สัมพันธ์กับเพศของบุคคลอันรวมถึงเพศในความหมายอื่นซึ่งมิได้จำกัดอยู่เฉพาะร่างกายของมนุษย์เพียงเท่านั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบในเบื้องต้นถึงความหมายโดยทั่วไปของเพศ (2.3.1) และบทบาทของเพศในระบบกฎหมาย (2.3.2) ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาส่วนที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้นในลำดับต่อไป

2.3.1 ความหมายโดยทั่วไปของเพศ

การที่จะสามารถใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศอันมีลักษณะที่หลากหลายได้อย่างถูกต้องนั้น นอกจากจะต้องทราบถึงสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคอย่างถ่องแท้แล้ว จำเป็นที่จะต้องทราบถึง ความหมายโดยทั่วไปของเพศในเบื้องต้น อันสามารถแบ่งออกได้เป็น เพศบนพื้นฐานของสรีระร่างกาย (2.3.1.1) และเพศบนพื้นฐานของจิตใจ (2.3.1.2) เพื่อให้เกิดความเข้าใจในสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลด้วยอีกประการหนึ่ง

2.3.1.1 เพศบนพื้นฐานของสรีระร่างกาย

เพศเป็นเรื่องง่ายและไม่ซับซ้อนเมื่อกล่าวถึงในมิติของสรีระร่างกาย แม้จะมีบทบาทซึ่งผูกพันกับสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องกับเพศในมิตินี้อย่างมากมาตามแต่ก็จะสอดคล้องสัมพันธ์กับลักษณะและการปฏิบัติหน้าที่ของสรีระร่างกายมนุษย์เสมอ เพศมักถูกอ้างอิงถึงสรีระร่างกายที่แตกต่างกันของมนุษย์อันเป็นผลของฮอร์โมนที่แตกต่างกันซึ่งสัมพันธ์กับโครโมโซมเพศในเซลล์ ในเบื้องต้นตัวอ่อนของมนุษย์มีสถานะที่สามารถพัฒนาไปเป็นทั้งเพศหญิงและชาย จนกระทั่งตัวอ่อนมีอายุได้ 7 ถึง 8 สัปดาห์ ในระยะนี้ฮอร์โมนจะมีผลต่อพัฒนาการทางเพศของตัวอ่อนมนุษย์ตามลักษณะของโครโมโซมเพศ โดยปกติแล้วตัวอ่อนของมนุษย์จะถูกพัฒนาขึ้นโดยการชักนำของโครโมโซมทั้งหมด 23 คู่ โดยคู่หนึ่งเป็นโครโมโซมเพศที่ปกติแล้วมนุษย์ย่อมมีโครโมโซม X เป็นพื้นฐานในทุกเซลล์เนื่องจากเป็นโครโมโซมที่ประกอบไปด้วยยีนส์กลุ่มที่จำเป็นต่อการอยู่รอดของชีวิต และโครโมโซม X อันมีอยู่แล้วนั้นเมื่อประกอบกับโครโมโซมเพศอีกหนึ่งโครโมโซมเป็นอย่างน้อยก็จะ

⁸⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 79.

นำไปสู่พัฒนาการทางเพศขึ้น ซึ่งโครโมโซมเพศดังกล่าวอาจเป็นโครโมโซม X หรือ Y หรือแม้แต่ O อันจะทำให้คู่ของโครโมโซมเพศประกอบไปด้วยโครโมโซม 2 โครโมโซมกล่าวคือ XX หรือ XY หรือ XO หรือประกอบกับโครโมโซมเพศอีก 1 คู่ซึ่งอาจเป็น XX หรือ XY หรือ YY ซึ่งจะเป็นเหตุให้โครโมโซมเพศประกอบไปด้วยโครโมโซม 3 โครโมโซมกล่าวคือ XXX หรือ XXY หรือ XYY ก็ตาม โครโมโซม Y จะเป็นโครโมโซมที่ส่งผลต่อเพศของตัวอ่อนในครรภ์ว่าจะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนเพศชายหรือตัวอ่อนเพศหญิงโดยผลของโครโมโซม Y ที่มีต่อระดับฮอร์โมนแอนโดรเจน เนื่องจากตัวอ่อนของมนุษย์ที่ปราศจากโครโมโซม Y จะเริ่มรับฮอร์โมนแอนโดรเจนน้อยลงและเป็นเหตุให้ตัวอ่อนนั้นเริ่มพัฒนาอวัยวะเพศหญิงขึ้น ฮอร์โมนไม่เพียงแต่ส่งผลต่อพัฒนาการทางเพศของมนุษย์ในครรภ์มารดาเท่านั้นหากแต่ยังคงมีผลต่อไปภายหลังจากคลอดซึ่งเป็นเหตุให้ชายและหญิงมีพัฒนาการตลอดจนหน้าที่ของสรีระร่างกายที่แตกต่างกันไปจนตลอดชีวิต⁹⁰

ในขณะที่สรีระร่างกายเป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการกำหนดลักษณะทางเพศของมนุษย์ บทบาทที่สืบเนื่องมาจากหน้าที่ซึ่งสรีระร่างกายของชายและหญิงมีความสามารถแตกต่างกันจึงนำไปสู่ความหมายทั่วไปของเพศที่เข้าใจและรับรู้กันอยู่ในทุกสังคม ภายใต้บริบทนี้เพศเป็นการสะท้อนภาพรวมของบทบาทอันเนื่องมาจากหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับสรีระร่างกายอันเป็นเอกลักษณ์ของชายและหญิงออกมาเป็นกลุ่มความคิดเกี่ยวกับบทบาททางเพศของชายและหญิงแล้วจึงถูกปลูกฝังกลับเข้าไปในมโนคติของมนุษย์ผ่านกระบวนการขัดเกลาทางสังคม ด้วยเหตุที่เพศอยู่ในลักษณะของกลุ่มความคิดเช่นนี้เองความหมายของเพศในมิตินี้จึงเป็นเรื่องที่สามารถทำซ้ำและสั่งสอนกันได้ ในขณะเดียวกันลักษณะของสังคมที่แตกต่างกันไปย่อมนำไปสู่ชุดความคิดเกี่ยวกับบทบาททางเพศที่แตกต่างกันไปด้วยเช่นกัน โดยอิทธิพลของปัจจัยในสังคมที่สะท้อนในบทบาททางเพศสามารถพบได้ในการศึกษาของ Letitia Anne Peplau และคณะ ที่พบว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับเพศเป็นสิ่งที่ถูกประดิษฐ์ขึ้นในแต่ละสังคมและแม้จะสามารถได้รับถ่ายทอดจากภายนอกได้ก็ใช่ว่าจะเป็นไปอย่างง่ายดายนัก ปัจจัยพื้นฐานในแต่ละสังคมจึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการทำความเข้าใจถึงบทบาทและความหมายของเพศในแต่ละสังคม ภายใต้บริบทนี้ความแตกต่างระหว่างบทบาททางเพศของชายกับหญิงขึ้นอยู่กับความสามารถที่สรีระร่างกายของแต่ละเพศจะสามารถตอบสนองต่อความจำเป็นพื้นฐานในแต่ละสังคมซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับความจำเป็นในการเอาชีวิตรอด ด้วยเหตุดังกล่าวยิ่งการเอาชีวิตรอดของมนุษย์ในสังคมที่ความยากลำบากมากขึ้นความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงในสังคมจะมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นเงาตามตัวโดยเฉพาะเมื่อความแข็งแรงของสรีระเพศชายมีความจำเป็นต่อ

⁹⁰ Julia T. Wood, *Gendered Lives: Communication, Gender, and Culture*, pp. 21-22.

การล่าสัตว์ การก่อสร้าง และการสงคราม⁹¹ ในทางตรงกันข้ามหากมนุษย์อยู่ในสังคมที่มีความอุดมสมบูรณ์และปราศจากความจำเป็นที่จะต้องต่อสู้ดิ้นรนเพื่อเอาชีวิตรอดแล้ว ความแตกต่างในเชิงบทบาทระหว่างเพศชายและหญิงในสังคมนั้นก็ย่อมจะลดต่ำลงหรืออาจจนกระทั่งไม่เหลือความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงเลย โดยความสัมพันธ์ระหว่างสภาวะสังคมกับบทบาททางเพศที่แทบจะไม่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงเช่นนี้ถูกสะท้อนให้เห็นในลักษณะสังคมอันสงบสุขของชาวเกาะตาสิตี ที่ชาวยุโรปซึ่งได้เดินทางมายังตาสิตีในอดีตได้พรรณาสถาปัตยกรรมอันไม่แตกต่างทางเพศระหว่างชาวตาสิตี โดยหญิงชาวตาสิตีมีอิสระที่จะทำตัวเหมือนกับผู้ชายได้ทุกอย่าง ผู้หญิงสามารถดำรงตำแหน่งหัวหน้าเผ่า สามารถเข้าร่วมในการกีฬาและการต่อสู้ กระทั่งสามารถมีคู่หลับนอนอย่างไม่เป็นทางการได้เป็นจำนวนหลายคน และปราศจากการอบคอบความคิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกับชาวยุโรป โดยผู้ชายในตาสิตีได้มีความเข้มแข็งมากไปกว่าผู้หญิงและผู้หญิงก็มิได้มีความสุภาพหรืออ่อนโยนมากไปกว่าผู้ชาย ผู้ชายมิได้รู้สึกว่าจะต้องแสดงออกอย่างสมชายชาตรีหรือต้องต่อสู้เพื่อความเป็นลูกผู้ชาย และผู้หญิงก็มิได้รู้สึกว่าจะต้องเหนียมอายสมกับการเป็นกุลสตรีเช่นเดียวกัน⁹²

ลักษณะที่แตกต่างกันไปของเพศเช่นนี้ไม่เพียงแต่จะพบในสังคมหลายแห่งซึ่งมีความแตกต่างกันด้านปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์เท่านั้น ในสังคมแห่งเดียวกันหากแต่ในระยะเวลาที่ต่างกันย่อมเป็นเหตุให้องค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมหนึ่ง ๆ เปลี่ยนแปลงไปอันส่งผลให้ความหมายตลอดจนบทบาททางเพศของชายและหญิงในสังคมนั้น ๆ แตกต่างกันไปด้วย การปฏิวัติอุตสาหกรรมในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นเส้นแบ่งที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งแยกกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศแบบดั้งเดิมในสังคมเกษตรกรรมออกจากกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศแบบใหม่ในสังคมอุตสาหกรรมที่แม้จะไม่อาจกล่าวได้อย่างเต็มปากว่าในสังคมเกษตรกรรมนั้นบทบาททางเพศระหว่างชายกับหญิงมีความเสมอภาคกันอย่างแท้จริงแต่ก็แทบจะไม่มี ความแตกต่างกันในด้านการผลิตและการดำรงชีวิตประจำวันซึ่งชายและหญิงต่างต้องช่วยเหลือพึ่งพากันในการทำมาหากินและการดูแลบ้านเรือน ในขณะที่สังคมอุตสาหกรรมนั้นโรงงานและเครื่องจักรอุตสาหกรรมเข้ามามีส่วนสำคัญในการผลิตแทนที่แปลงเกษตรกรรมและครุเรือนการที่ชายจะต้องออกไปทำงานนอกบ้านในฐานะลูกจ้างและได้รับเงินค่าจ้างเป็นการตอบแทนนำไปสู่บทบาทที่แตกต่างจากเพศหญิงซึ่งต้องรับภาระหน้าที่ในการดูแลบุตรตลอดจนบ้านเรือนนำไปสู่กรอบความคิดที่ว่าเพศ

⁹¹ Sheri Chapman DeBro Letitia Anne Peplau, Rosemary C. Veniegas, and Pamela L. Taylor, *Gender, Culture, and Ethnicity: Current Research about Women and Men* (California, U.S.A.: Mayfield Publishing, 1998), pp. 18-20.

⁹² Ibid., p.19.

ชายเป็นผู้หารายได้เพื่อนำมาเลี้ยงดูครอบครัวในขณะที่เพศหญิงเป็นฝ่ายซึ่งต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากชาย ความสำเร็จในหน้าที่การงานจึงถูกปลูกฝังให้เป็นคุณสมบัติในอุดมคติของเพศชาย เช่นเดียวกับที่ความเพียบพร้อมในงานบ้านงานเรือนถูกปลูกฝังให้เป็นคุณสมบัติในอุดมคติของหญิงในขณะเดียวกัน⁹³

2.3.1.2 เพศบนพื้นฐานของจิตใจ

ในปัจจุบันความคิดที่ว่าความประพฤติส่วนบุคคลทางเพศของแต่ละคนมีจำต้องสอดคล้องกับสรีระร่างกายหรือแบบแผนทางเพศในสังคมได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย นำไปสู่การยอมรับความหมายในอีกมิติหนึ่งของเพศภายใต้บริบทซึ่งอยู่นอกเหนืออิทธิพลของสรีระร่างกาย เป็นเหตุให้วิถีชีวิตของบุคคลที่แม้จะไม่มี ความสอดคล้องกับสรีระร่างกายหรือบทบาทที่สังคมยอมรับเป็นเรื่องที่ได้รับการรับรองและคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ไม่อาจกล่าวได้ว่าความไม่สอดคล้องระหว่างพฤติกรรมทางเพศกับสรีระร่างกายของมนุษย์นั้นเป็นของใหม่ที่เพิ่งถือกำเนิดขึ้นเสียทีเดียวด้วยการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นเป็นเรื่องที่ได้รับการรับรู้และยอมรับในบางสังคมวัฒนธรรมนับตั้งแต่ครั้งอดีตกาลแต่อยู่ในระดับที่เป็นแบบแผนความประพฤติเฉพาะกลุ่มและมิได้เป็นไปอย่างแพร่หลายซึ่งอาจเป็นด้วยพฤติกรรมดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลหรือพิธีกรรมบางประการ อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างชายในสังคมชั้นสูงกับเด็กหนุ่มในสมัยกรีกโบราณซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นชายชาตรีในอุดมคติ หรือความสัมพันธ์ระหว่างหญิงมีสามีในยุควิคตอเรียนซึ่งถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของมิตรภาพระหว่างผู้หญิงด้วยกัน⁹⁴

ในขณะที่เพศในความหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของจิตใจมากยิ่งขึ้นกว่าร่างกายเริ่มได้รับการยอมรับจากแต่ละรัฐในระดับที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบททางสังคมและวัฒนธรรม ในระดับนานาชาตินั้นเพศซึ่งมิได้สอดคล้องสัมพันธ์กับสรีระร่างกายถูกยอมรับว่าเป็นหนึ่งในสถานะของบุคคลอันควรได้รับการรับรองและคุ้มครองจากตราสารทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ซึ่งการยอมรับเพศบนพื้นฐานของจิตใจในระดับนานาชาตินั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าเกิดขึ้นแม้ตราสารต่าง ๆ ดังกล่าวจะมีได้กล่าวถึงเพศในความหมายที่แปลกหรือแตกต่างไปจากเพศของบุคคลบนความเข้าใจพื้นฐานว่าได้แก่ความแตกต่างด้านสรีระร่างกายระหว่างชายกับหญิงไว้เลย ส่วนหนึ่งแสดงถึงการยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่าเพศของบุคคลมิได้ถูกจำกัดอยู่ในกรอบซึ่งขึ้นอยู่กับสรีระร่างกายของบุคคลเท่านั้นและแสดงให้เห็นถึงความพยายามขององค์กรที่มีบทบาทในการตรวจสอบซึ่งถูกจัดตั้ง

⁹³ Ibid., p. 21; Julia T. Wood, *Gendered Lives: Communication, Gender, and Culture*, p. 26.

⁹⁴ Julia T. Wood, *Gendered Lives: Communication, Gender, and Culture*, p. 28.

ขึ้นตามตราสารทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ในอันที่จะขยายความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพซึ่งได้รับการบัญญัติไว้แล้วนั้นให้เข้ากับบริบททางสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ⁹⁵ ในด้านพัฒนาการและบทบาทขององค์กรด้านสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ ตลอดจนความสัมพันธ์ต่อรัฐในการขยายความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่อกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกนั้น ปรากฏว่ามีการพัฒนาทางโครงสร้างอย่างมากในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาและได้ปลูกฝังความเข้าใจที่เป็นคุณแก่สิทธิของบุคคลโดยปราศจากการคำนึงถึงความหลากหลายทางเพศ ทั้งในวิถีทางเพศซึ่งเกี่ยวกับแรงดึงดูดทางเพศต่อบุคคลอื่นและอัตลักษณ์ทางเพศที่เกี่ยวกับการนิยามตัวตนทางเพศของบุคคลซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศในขณะถือกำเนิดที่ในทางปฏิบัติมักจะใช้คำว่า SOGI แทนความหลากหลายทางเพศ ทั้งยังมีความตระหนักถึงสิทธิของบุคคลเพศกำกวมอีกด้วย และยังปรากฏว่าในหลายประเทศนั้น รัฐธรรมนูญ กฎหมาย นโยบาย ตลอดจนคำพิพากษาของศาล ต่างให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกเช่นกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน 1948 และสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งหลาย รวมทั้งปฏิบัติการทางสิทธิมนุษยชนโดยองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในเรื่องความหลากหลายของสังคมก็ได้เน้นย้ำการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกอย่างก้าวหน้ามาระยะหนึ่งแล้ว⁹⁶

แม้การยอมรับเพศของบุคคลบนพื้นฐานของจิตใจจะมีมานานแล้วในระดับสังคมและรัฐ ทว่า ยังคงเป็นไปในรูปแบบที่หลากหลายทั้งยังคงขาดความเชื่อมโยงที่ชัดเจนกับสถานะหรือสิทธิตามกฎหมาย ภายใต้บริบทนี้องค์กรด้านสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติจึงมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการทำให้การยอมรับเพศของบุคคลในความหมายที่แปลกไปจากเพศซึ่งเคยได้รับการยอมรับตามขนบประเพณีเหล่านั้นมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและเป็นสากลรวมทั้งยังยึดโยงสิทธิซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองเข้ากับเพศบนพื้นฐานของจิตใจเหล่านั้นมากยิ่งขึ้นผ่านหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กระบวนการดังกล่าวยังมีความสอดคล้องสัมพันธ์กับความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศที่ช่วยเน้นย้ำและกระจายกรอบความคิด

⁹⁵ International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioner Guide No.4, (Geneva Switzerland: International Commission of Jurists, 2009), p. 29.

⁹⁶ The Office of the High Commissioner for Human Rights, "Statement by Vitit Muntarbhorn, Independent Expert on sexual orientation and gender identity, at the European Governmental LGBTI Focal Point Network Roundtable, Council of Europe," news release, 17 November 2016, 2016, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20912&LangID=E>,

เกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในสังคมตลอดจนสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกไปยังทุกภูมิภาคของโลกอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน

2.3.2 เพศในระบบกฎหมาย

เพศของบุคคลนั้นเป็นผลของการประสานเข้าด้วยกันระหว่างบทบาททางสังคมกับบทบาทซึ่งมนุษย์แสดงออกผ่านตัวปัจเจกบุคคล อิทธิพลสำคัญที่สังคมมีต่อเพศของบุคคลนั้นปรากฏในรูปแบบของเพศในระบบกฎหมาย อันได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างเพศของบุคคลกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย (2.3.2.1) ซึ่งมีได้มีลักษณะที่อยู่นิ่งเฉย ทว่า เพศในระบบกฎหมายมีพัฒนาการอยู่เสมอภายใต้บริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป (2.3.2.2) โดยอิทธิพลของเพศในระบบกฎหมายต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นปรากฏชัดเจนในด้านแนวคิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายแพ่งที่มีบทบาทต่อการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (2.3.2.3)

2.3.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างเพศของบุคคลกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

เพศของบุคคลไม่เพียงเป็นผลผลิตที่สังคมสร้างขึ้นจากลักษณะการทำงานที่แตกต่างกันของร่างกายมนุษย์ ในขณะเดียวกันเพศของบุคคลได้เชื่อมโยงบทบาทของบุคคลในสังคมเข้ากับหน้าที่อันสืบเนื่องมาจากการทำงานของร่างกายที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิง การที่เพศชายมีร่างกายกำยำแข็งแรงกว่าเพศหญิงและการที่เพศหญิงเท่านั้นสามารถตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรได้ต่างเป็นผลจากอวัยวะและฮอร์โมนที่ร่างกายผลิตออกมาแตกต่างกัน บทบาทหรือภาระหน้าที่ซึ่งสังคมเห็นว่าเป็นของชายหรือหญิงเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะย่อมนำไปสู่การเกิดขึ้นของสถานะที่เชื่อมโยงระหว่างสิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายเข้ากับเพศของบุคคลด้วย ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการกำหนดให้พลเมืองชายเท่านั้นมีหน้าที่ในการรับราชการทหาร หรือการกำหนดให้แรงงานหญิงเท่านั้นมีสิทธิลาคลอดบุตรได้มีความเกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลในสังคมซึ่งเป็นอิทธิพลของบทบาทหรือหน้าที่ซึ่งสัมพันธ์กับการทำงานของร่างกายที่แตกต่างระหว่างชายกับหญิงทั้งสิ้น

หากจะพิจารณาจากสถานะของบุคคลในสังคมซึ่งอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าระบบกฎหมายให้สถานะที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงนับตั้งแต่ในสังคมสมัยโบราณ John Andrew Couch เชื่อมโยงสถานะที่สูงกว่าหญิงของชายในสังคมอารยันโบราณเข้ากับศาสนาว่าประเพณีที่ชายเป็นใหญ่นั้นมีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ผู้เป็นบิดาจะทำหน้าที่หัวหน้านักบวชผู้ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาต่อหลุมฝังศพของตระกูลซึ่งสถานะเช่นนี้จะสืบทอดไปตามสายโลหิตในระหว่างทายาทเพศชายด้วยกันในขณะที่สมาชิกเพศหญิงกลับไม่มีบทบาทใด

ๆ ในการประกอบพิธีกรรมดังกล่าวและจะมีส่วนร่วมในพิธีกรรมผ่านทางบิดาหรือสามีของตนเท่านั้น และโดยการเชื่อมโยงบทบาทในพิธีกรรมทางศาสนาเข้ากับสถานะญาติผู้ใหญ่ฝ่ายชายในครอบครัว เช่นนี้ส่งผลให้บิดามีอำนาจเหนือกิจการในครอบครัวทั้งหมดโดยสมาชิกเพศหญิงไม่มีโอกาสที่จะขึ้นมา มีสถานะเช่นเดียวนั้นกันได้ไม่ว่าโดยประการใด ๆ ซึ่งลักษณะของสถานะเหนือกว่าหญิงของชายใน ทำนองนี้ไม่เพียงแต่นำไปสู่การเกิดขึ้นของอำนาจปกครองในระบบกฎหมายโรมันที่จะกำหนดสิทธิ หน้าที่ระหว่างบิดาในฐานะของหัวหน้าครอบครัวกับสมาชิกคนอื่น ๆ แต่ยังส่งผลให้หญิงมีบทบาท น้อยมากในระบบกฎหมายโรมัน ในระบบกฎหมายมหาชนนั้นสถานะของหญิงชาวโรมไม่แตกต่างจาก ทาสและเด็กที่โดยผลของการตกอยู่ในอำนาจของผู้อื่นเป็นเหตุให้หญิงไม่สามารถถือครองทรัพย์สิน หรือได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายโรมันหากแต่หญิงจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของตระกูลซึ่งตน อยู่ในความปกครอง การกระทำผิดของหญิงจึงไม่อาจถูกพิจารณาโดยศาลหลวงเช่นเดียวกับกรณี ที่ ชายเป็นผู้กระทำผิดหากแต่เป็นศาลของตระกูลที่จะพิจารณาคดีภายใต้กฎเกณฑ์ของแต่ละครอบครัว ซึ่งมีมาตรฐานแตกต่างกันไป⁹⁷ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายเอกชนนั้นกลับพบว่าหญิงฝ่ายชายโรม หากอยู่ในสถานะมารดาจะมีอำนาจเหนือบุตรของตนในระดับหนึ่งแม้หญิงนั้นจะมีอาจใช้สิทธิดังกล่าว ได้โดยลำพังตนเองหากแต่ต้องกระทำร่วมกันกับญาติฝ่ายชายคนอื่น กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดถึงแก่ ความตายการให้ความยินยอมแก่บุตรผู้เยาว์ในการสมรสจะต้องกระทำโดยผู้เป็นมารดาพร้อมกับญาติ สนิทอื่นที่เป็นผู้ชาย⁹⁸

ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค เพศของบุคคลมีความเชื่อมโยงกับ สถานะซึ่งส่งผลต่อหลักความเสมอภาคตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญ แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 และแม้จะเป็นการก่อตั้งสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองกับสหพันธรัฐซึ่งสถานะ ดังกล่าวนำไปสู่เอกสิทธิและความคุ้มกันตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการรับประกันความเสมอภาคต่อ หน้ากฎหมายของพลเมืองเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคดังกล่าวสิทธิ ของหญิงยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองในระดับเดียวกันกับชายหลายประการ โดยศาลสูงสุดแห่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังได้ยอมรับถึงความแตกต่างระหว่างสถานะของชายและหญิงในระบบ กฎหมายอเมริกัน ว่าภายใต้บริบทของกฎหมายเลือกตั้งนั้นแม้จะมีอาจปฏิเสธได้ว่าหญิงก็เป็นพลเมือง

⁹⁷ John Andrew Couch, "Woman in Early Roman Law," *Harvard Law Review* 8, no. 1 (1894): 40-43.

⁹⁸ Émile Stocquart, "Marriage in Roman Law," *Yale Law Journal* 16, no. 5 (1907): 315.

ของชาติ แต่สถานะพลเมืองของพวกเขาเหล่านั้น “ปราศจากแก่นสาร” ซึ่งเป็นเหตุให้หญิงไม่อาจอ้างความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ได้⁹⁹

ในระบบกฎหมายเพศของบุคคลจึงมีความสำคัญอย่างมากเนื่องมาจากการยอมรับความแตกต่างในสถานะของพลเมืองเพศหญิงซึ่งสะท้อนให้ปรากฏผ่านหลักความเสมอภาคที่แม้จะรับประกันความเท่าเทียมกันของประชาชนแต่กระนั้นก็เป็นความเท่าเทียมที่เพศของบุคคลเป็นข้อยกเว้นหนึ่งซึ่งส่งผลให้ในขณะเดียวกันบุคคลมีสถานะแตกต่างกันภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคดังกล่าวและความแตกต่างด้านเพศนั้นอาจถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุในการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างพลเมืองเพศชายกับพลเมืองเพศหญิงได้เสมอ โดยการใช้ปฏิบัติที่แตกต่างบนพื้นฐานด้านเพศของบุคคลนั้นมิอาจปฏิเสธได้ว่าไม่ได้มีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับพื้นฐานของหลักความเสมอภาคที่ยินยอมให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างต่อสิ่งซึ่งมีสาระสำคัญแตกต่างกันได้ โดยเฉพาะในห้วงเวลาซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศยังไม่ถูกพัฒนาขึ้น การยอมรับความเท่าเทียมระหว่างชายกับหญิงอย่างแท้จริงในระบบกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยระยะเวลาและการพัฒนาการโดยเฉพาะการอาศัยบทเรียนของความไม่เท่าเทียมที่ปรากฏอยู่เพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสถานะที่ได้รับการยอมรับใหม่ของหญิงว่าเท่าเทียมกับชายแล้วและเพื่อเป็นเครื่องมือในการนำความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงอย่างแท้จริงมาสู่สังคมในที่สุด

2.3.2.2 เพศในระบบกฎหมายภายใต้บริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

แม้ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในอดีตหญิงเคยมีสถานะทางสังคมและกฎหมายที่แตกต่างจากชาย แต่ในบางบริบทหญิงก็ได้รับการยอมรับว่ามีตัวตนในระบบกฎหมายในระดับที่มีใช้เพียงส่วนหนึ่งแห่งกองทัพสินหรือผู้อยู่ในความดูแลของชายที่แม้ว่าหญิงจะมีสถานะที่ด้อยกว่าหรือต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของเพศชายโดยเฉพาะในบริบทกฎหมายมหาชน ในระบบกฎหมายโรมันนั้นความเท่าเทียมกับชายของหญิงปรากฏชัดเจนในกฎหมายสมรสที่การเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิงนั้นต้องอาศัยความยินยอมของตัวหญิงด้วยเป็นอย่างน้อย ชายจึงไม่อาจฉุดคร่าหญิงมาเป็นภริยาได้ตามอัธยาศัยเพราะตัวหญิงเองย่อมต้องอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของญาติเพศชายคนใดคนหนึ่งของเธอซึ่งมีจำเป็นต้องเป็นบิดาเสมอไปหากว่าบิดาของหญิงนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว การฉุดคร่าหญิงย่อมเป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองที่ชายอื่นมีเหนือหญิงเป็นธรรมดาตลอดจนการข่มขืนกระทำชำเรา

⁹⁹ Jennifer K. Brown, "The Nineteenth Amendment and Women's Equality" in *Feminist Legal Theory*, ed. Frances E. Olsen (Hants, UK: Dartmouth Publishing, 1995), p. 444.

มีอาจทำให้เกิดสถานะทั้งทางสังคมหรือกฎหมายใด ๆ ระหว่างบุคคลทั้ง 2 ได้ ความยินยอมจากทั้งผู้ปกครองและหญิงในการอยู่กินร่วมกันกับชายย่อมส่งผลต่อสถานะของทั้ง 2 ในอันที่จะเป็นสามีภริยากัน อย่างไรก็ตาม แม้โดยปราศจากความยินยอมของชายที่เป็นผู้ปกครองของหญิง อย่างน้อยหากมีความยินยอมของตัวหญิงที่จะอยู่กินร่วมกันกับชายย่อมนำไปสู่สถานะการอยู่กินร่วมกัน (Concubinatus) ที่ได้รับการยอมรับแม้ในกรณีดังกล่าวหญิงจะไม่ได้มีสถานะเท่าเทียมกับภริยาซึ่งมีที่มาจากการสมรสที่ชัดเจนหากแต่จะคล้ายคลึงกับบรรดาหญิงสาวรับใช้ของชายผู้ที่ดินอยู่กินร่วมกันนั้นเพียงแต่มักจะได้รับการยกย่องเหนือกว่าหญิงสาวรับใช้คนอื่น ๆ¹⁰⁰

สถานะของหญิงซึ่งมีความสัมพันธ์กับสิทธิหน้าที่อันจำกัดของหญิงในอดีตนั้นในมิติหนึ่งย่อมเป็นการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่หญิงยิ่งกว่าชายและจัดให้หญิงมีสิทธิหน้าที่ซึ่งสอดคล้องกับบทบาททางสังคมของตนเองซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่หน้าที่ภายในครัวเรือนในการดูแลบ้านเรือนและบุตรผู้เยาว์ที่ปรากฏสืบเนื่องมาจากสถานะประการใดประการหนึ่งในช่วงชีวิตของตนที่หญิงนั้นต้องเป็นบุตรสาว ภริยา หรือมารดาซึ่งมีความสอดคล้องกับสาเหตุที่หน้าที่ตามกฎหมายในการรับราชการทหารและป้องกันประเทศนั้นย่อมตกเป็นของเพศชายเสมอโดยหญิงไม่ต้องมีภาระหน้าที่ดังกล่าว ทว่า เมื่อสะท้อนกลับออกมาจากมิติของตัวปัจเจกบุคคลเองย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหญิงกลับมองความคุ้มครองดังกล่าวเป็นการกดขี่ข่มเหงจากสภาวะสังคมที่ชายเป็นใหญ่ซึ่งเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งนำไปสู่กระบวนการขับเคลื่อนเพื่อเรียกร้องให้ได้รับการยอมรับว่าหญิงนั้นมีสิทธิเสรีภาพที่เท่าเทียมกับชายที่ดำเนินเรื่อยมาเป็นระยะเวลายาวนานหลายศตวรรษจนกระทั่งปัจจุบันในขณะเดียวกันความเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจและสังคมที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีซึ่งเปลี่ยนแปลงลักษณะของงานไปสู่การใช้เครื่องจักรกลแทนแรงงานมนุษย์ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้หญิงที่มีได้มีร่างกายกำยำเหมือนชายได้มีโอกาสในการทำงานมากยิ่งขึ้น บทบาทของหญิงในสังคมจึงมิได้ถูกจำกัดอยู่เพียงในกรอบของครัวเรือนเท่านั้นและกลับกลายเป็นว่าแม้ผู้หญิงจะมีสถานะที่ตนเป็นบุตรสาว ภริยา หรือมารดาอยู่เช่นเดิมแต่ในอีกแง่มุมหนึ่งซึ่งอยู่นอกปริมณฑลของที่พักอาศัยผู้หญิงก็อาจมีอีกสถานะหนึ่งทับซ้อนอยู่ไม่แตกต่างจากชายไม่ว่าจะในฐานะที่ตนเป็นลูกจ้าง นายจ้าง หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นเหตุให้หญิงควรได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายว่ามีสิทธิหน้าที่ในตนเองเดียวกัน

ในขณะที่กระแสการเรียกร้องความเท่าเทียมระหว่างชายกับหญิงถูกสะท้อนเป็นระยะผ่านห้วงเวลาอันเปลี่ยนแปลงนับตั้งแต่สมัยแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศส การปฏิวัติอุตสาหกรรม

¹⁰⁰ Émile Stocquart, "Marriage in Roman Law," 323-324.

การเกิดขึ้นและสิ้นสุดของสงครามโลกทั้ง 2 ครั้ง ได้ก่อสร้างรากฐานของความเปลี่ยนแปลงในสังคมโลกที่ปัจจุบันก็ยังคงเน้นย้ำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงที่แม้จะมีอยู่ก็เพียงแต่ในด้านร่างกาย ทว่า มีความเท่าเทียมกันในสิทธิ ภายในกระแสแห่งความเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเพศซึ่งดำเนินมาอย่างยาวนานดังกล่าวนั้นการเกิดขึ้นของเทคโนโลยีสารสนเทศที่ช่วยกระชับระยะทางในการส่งต่อข้อมูลข่าวสารระหว่างกันนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเพศอีกแขนงหนึ่งซึ่งก้าวล้ำยิ่งไปกว่าการยอมรับว่าชายกับหญิงมีความเท่าเทียมกันในสิทธิหากเป็นว่าเพศที่ได้รับการยอมรับกันในสังคมและระบบกฎหมายนั้นไม่ได้ถูกจำกัดไว้เพียงแค่เพศชายกับหญิงเท่านั้นหากแต่หมายถึงเพศในความหมายที่อยู่นอกเหนือความเชื่อและกรอบความคิดที่เคยยึดถือกันมาเป็นระยะเวลานานอีกด้วย ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นจุดเริ่มต้นประการสำคัญของการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศในลักษณะของการยอมรับวิถีชีวิตรูปแบบใหม่และเป็นเหตุให้ในระยะแรกการยอมรับความหมายใหม่ของเพศเป็นไปในลักษณะการยอมรับวิถีชีวิตซึ่งไม่เข้ากันกับความคิดเกี่ยวกับเพศของชายกับหญิงโดยการผลักเพศในความหมายอื่นๆ เข้าไปบรรจุในกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศกลุ่มที่สามซึ่งไม่ได้แสดงถึงเพศในลักษณะหรือในความหมายที่หลากหลายอย่างแท้จริง ทว่า มุ่งแสดงถึงความแปลกหรือแตกต่างของวิถีชีวิตรูปแบบดังกล่าวจากกรอบแนวคิดสากลที่มีอยู่แล้วเกี่ยวกับเพศของชายกับหญิงเท่านั้น

2.3.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายแพ่งที่มีบทบาทต่อการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อย

เพศในระบบกฎหมายเป็นผลสะท้อนของอิทธิพลที่สังคมมีต่อเพศของบุคคล โดยมีกฎหมายแพ่งเป็นเครื่องแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบทบาททางเพศของบุคคลในสังคมและระบบกฎหมายที่ชัดเจนในระดับหนึ่ง การศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายแพ่งที่มีบทบาทต่อการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยย่อมช่วยให้ทราบถึงสาระสำคัญของเพศในระบบกฎหมายได้อย่างชัดเจน ผ่านการพิจารณาถึงแนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีหรือบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัว (2.3.2.3.1) และแนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีและภริยามีความเสมอภาคกัน (2.3.2.3.2) อันเป็นการสะท้อนความคิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละมิติเพื่อช่วยให้เข้าใจความคิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในระบบกฎหมายได้ดีมากยิ่งขึ้น

2.3.2.3.1 แนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีหรือบิดาเป็นหัวหน้าครอบครัว

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอำนาจปกครองเป็นผลจากพัฒนาการของระบบกฎหมายหลักอันเป็นรากฐานของระบบกฎหมายในยุโรป 2 ระบบกฎหมายกล่าวคือ ระบบกฎหมายโรมัน และระบบกฎหมายเยอรมัน โดยกฎหมายครอบครัวของอาณาจักรโรมันนั้นขึ้นอยู่กับแนวคิดที่ว่าในทุก ๆ ครอบครัวต้องมีบุคคลที่เป็นหัวหน้าครอบครัว (Paterfamilias) ซึ่งเป็นบุรุษเพศชายที่มีอาวุโสสูงสุดในครอบครัวโดยหัวหน้าครอบครัวแต่ละคนจะมีอำนาจปกครอง (Potestas) ซึ่งเป็นอำนาจที่สืบทอดกันต่อ ๆ มาโดยสายโลหิตในระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดานที่มีเพศชาย ในขณะเดียวกันกับที่บุคคลดำรงตำแหน่งในครอบครัวเป็นหัวหน้าครอบครัวบุคคลดังกล่าวในขณะเดียวกันเป็นผู้มีอิสระในทางกฎหมาย (Sui iuris) โดยมีความสามารถเต็มที่ตามกฎหมายโรมันและไม่ขึ้นอยู่กับการปกครองของผู้ใดอีก¹⁰¹ อย่างไรก็ตามสถานะความเป็นหัวหน้าครอบครัวกับสมาชิกภายในครอบครัวในสังคมโรมันนั้นไม่จำเป็นเสมอไปว่าจะต้องเกี่ยวข้องระหว่างบิดากับบุตรด้วยการที่หัวหน้าครอบครัวเป็นบรรพบุรุษเพศชายที่มีอาวุโสสูงที่สุดนั่นเอง หากปู่ของหลานยังมีชีวิตในขณะเดียวกันกับที่บิดาของหลานปู่ก็ยังมีชีวิตอยู่เช่นกัน หลานของปู่ก็หาได้อยู่ในอำนาจปกครองของบิดาไม่หากแต่ทั้งหลานและบิดาของหลานจะตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของปู่ซึ่งเป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่อยู่ในสถานะหัวหน้าครอบครัวในขณะนั้น¹⁰²

ผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจเหนือบุตรในลักษณะของกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ บิดาจะจำหน่าย ทอดทิ้ง ขับไล่ หรือแม้แต่ฆ่าบุตรเสียก็ได้ อำนาจปกครองในยุคโรมันจึงมีลักษณะของอำนาจซึ่งเป็นชีวิต (Jus Vitae Necisque)¹⁰³ โดยอำนาจปกครองของบิดาในสังคมโรมันในฐานะของหัวหน้าครอบครัวที่มีเหนือบุตรนั้นครอบคลุมไปในทุกแง่มุมของวิถีชีวิตของบุตร ไม่ว่าจะเป็นอำนาจเหนือตัวบุคคลซึ่งแสดงออกในรูปของการลงโทษหรือขายบุตรเป็นทาส และบิดายังมีอำนาจให้ความยินยอมในการสมรสแก่บุตรอีกด้วย นอกจากอำนาจเหนือตัวบุคคลที่บิดามีต่อบุตรแล้ว บิดายังมีอำนาจเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของบุตรโดยทรัพย์สินทั้งหมดที่บุตรได้มาถือเป็นทรัพย์สินของบิดาทั้งสิ้น บิดายังมีอำนาจเหนือการทำสัญญาของบุตรในรูปแบบของอิทธิพลเหนือตัวบุตรในระหว่างที่บุตรยังอยู่ในอำนาจปกครองของตน อันเป็นผลจากการที่บุคคลในสังคมโรมันสามารถทำสัญญาได้เมื่อ

¹⁰¹ Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 113.

¹⁰² Ibid., p. 113.

¹⁰³ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 93.

เขาเข้าสู่วัยรุ่น แต่เนื่องจากยังคงอยู่ในอำนาจปกครองของบิดาคู่สัญญาอีกฝ่ายจะสามารถบังคับตามสัญญาได้ต่อเมื่อวัยรุ่นดังกล่าวนั้นพ้นจากอำนาจปกครองของบิดาแล้ว¹⁰⁴ อำนาจปกครองของบิดาในสังคมโรมันเช่นนี้จะมีเหนือบุตรไปจนกว่าบิดาถึงแก่ความตาย และเมื่อบิดาถึงแก่ความตายแล้ว อำนาจปกครองที่มีเหนือบุตรนั้นจะตกทอดมาเป็นของบุตรซึ่งบุตรจะมีอำนาจเหนือสมาชิกอื่นในครอบครัวที่เคยอยู่ในความปกครองของบิดามาก่อน¹⁰⁵ อำนาจปกครองของบิดาที่มีเหนือบุตรในลักษณะของการถือกรรมสิทธิ์ในตัวบุตรนี้มีอยู่ตลอดมาจนกระทั่งอิทธิพลของศาสนาคริสต์แพร่หลายในกรุงโรมตั้งแต่รัชสมัยของพระเจ้าจักรพรรดิ Justinian เป็นต้นมาอำนาจปกครองของบิดาจึงถูกลดระดับลงเหลือเพียงอำนาจลงโทษบุตรของตนพอสมควรเท่านั้น และในรัชสมัยของพระเจ้าจักรพรรดิ Constantine อำนาจฆ่าบุตรที่บิดาเคยมีถูกห้ามและถือเป็นสิ่งผิดกฎหมาย¹⁰⁶

อิทธิพลของระบบกฎหมายโรมันในเรื่องอำนาจปกครองของบิดาที่มีต่อบุตรดังกล่าวยังส่งอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นแม่แบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ กล่าวคือ อิทธิพลของระบบกฎหมายโรมันที่ให้สิทธิขาดแก่บิดาเหนือบุตรนั้นคงมีอยู่ในชุมชนของฝรั่งเศสที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในทางตอนใต้ของประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่บริเวณอื่นของทวีปยุโรป กล่าวคือ ดินแดนเยอรมนี ตอนกลางของประเทศฝรั่งเศส แองโกล-แซกซอน คาบสมุทรไอบีเรีย และอิตาลีตอนเหนือ ภายหลังจากอาณาจักรโรมันล่มสลายได้รับอิทธิพลกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันซึ่งได้รับการขนานนามว่าเป็นระบบกฎหมายหลักของยุโรป¹⁰⁷ แนวคิดในเรื่องอำนาจปกครองตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายโรมันอย่างมากเนื่องจากสภาพครอบครัวของชาวเยอรมันที่เป็นครอบครัวเดี่ยวความผูกพันใกล้ชิดระหว่างบุคคลในครอบครัวมีสูงกว่าในสังคมโรมันที่เป็นครอบครัวขยายประกอบด้วยสมาชิกที่มากและมีความจำเป็นที่บิดาต้องมีอำนาจเด็ดขาดเพื่อปกครองสมาชิกในครอบครัว ในขณะที่ครอบครัวในสังคมเยอรมันอำนาจปกครองเป็นไปเพื่อคุ้มครองบุตรจากบุคคลภายนอกครอบครัวและโดยผลของ

¹⁰⁴ Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, pp. 114-117.

¹⁰⁵ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 123.

¹⁰⁶ Ibid., หน้า 96.

¹⁰⁷ Christopher L. Blackesley, "Child Custody and Parental Authority in France, Louisiana and Other State of the United State: A Comparative Analysis," *Boston Collage International & Comparative Law Review* 4, no. 2 (1981): 288-289.

รูปแบบครอบครัวเดี่ยวที่ต้องมีการพึ่งพากันสูงอำนาจปกครองในสังคมเยอรมันจึงเป็นอำนาจที่มีอยู่ทั้งในบิดาและมารดา¹⁰⁸

เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการผสมผสานระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมันโดยตรงและระบบกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันที่เป็นระบบกฎหมายที่มีรูปแบบทันสมัยสอดคล้องกับสภาพสังคมของทวีปยุโรป ในด้านอำนาจปกครองนั้นก็มุ่งเน้นการให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคระหว่างบุคคลในครอบครัวและสวัสดิภาพของบุตร ต่อมาในช่วงของการปฏิวัติฝรั่งเศสแนวคิดของระบบกฎหมายโรมันที่ให้อำนาจสิทธิขาดเหนือบุตรของบิดานั้นถูกโจมตีอย่างรุนแรงอันเป็นผลจากอิทธิพลของหลักประชาธิปไตยในฝรั่งเศสขณะนั้นจนกระทั่งอำนาจเด็ดขาดของบิดาเหนือบุตรตามหลักกฎหมายโรมันได้สิ้นสุดลงโดยกฎหมายฉบับลงวันที่ 25 สิงหาคม ค.ศ. 1792 ยกเลิกอำนาจสิทธิขาดเหนือบุตรตามระบบกฎหมายโรมันเดิมและกำหนดการบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 21 ปี¹⁰⁹ และเมื่อประเทศฝรั่งเศสยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้น แนวคิดในเรื่องอำนาจปกครองในระบบกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันจึงได้รับการนำมาบัญญัติไว้แทนที่แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจเด็ดขาดของบิดาตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน

ความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความเสมอภาคในครอบครัวในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นขึ้นเมื่อช่วงกลางทศวรรษที่ 1960 ผ่านแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างสามีภริยาและการยกเลิกสถานะหัวหน้าครอบครัวของสามี กฎหมายฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1970 ได้ก่อตั้งอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองขึ้นแทนที่ “อำนาจของบิดา” (Puissance Paternelle) ส่งผลให้สามีและภริยามีความเสมอภาคกันในฐานะของบิดาและมารดาที่จะใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันหรือโดยลำพังในกรณีที่มีเหตุขัดข้องทำให้มีอาจใช้อำนาจปกครองร่วมกันได้ ความเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของความสอดคล้องของอำนาจหน้าที่ภายในครอบครัวกับสถานะของบุคคลโดยอาศัยความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตและรับรองให้อำนาจปกครองเป็นของบิดามารดาทั้ง 2 ฝ่ายเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง

¹⁰⁸ Ibid.: 288-289.

¹⁰⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 362.

บุตรทั้งด้านความปลอดภัย สุขภาพ และศีลธรรม บนพื้นฐานของสิทธิหน้าที่อันซับซ้อนซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองและบุตรมีต่อกัน¹¹⁰

2.3.2.3.2 แนวคิดในระบบกฎหมายครอบครัวที่ว่าสามีและภริยามีความเสมอภาคกัน

แนวคิดที่ว่าสามีและภริยามีความเสมอภาคกันในระบบกฎหมายครอบครัวนั้นมีด้วยกันทั้งสิ้นสามประการ กล่าวคือ

1) ความเสมอภาคและความยินยอมในการสมรส

ความเสมอภาคและความยินยอมในกฎหมายสมรสนั้นอาจสืบย้อนไปได้ถึงกฎหมายโรมัน ด้วยลักษณะของสังคมโรมันโบราณประกอบด้วยบุคคลหลายชนชั้นและในแต่ละชนชั้นประกอบด้วยหลายครอบครัวหรือตระกูล การสมรสในสังคมโรมันคือการรับเอาบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นสมาชิกในครอบครัวอย่างเป็นทางการและโดยได้รับการยอมรับจากสังคมซึ่งนำไปสู่ลักษณะเด่นของการสมรสตามกฎหมายโรมันอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ การสมรสตามกฎหมายโรมันเป็นเรื่องของความเสมอภาคและการสมรสตามกฎหมายโรมันเป็นเรื่องของความยินยอม ในด้านที่ว่า การสมรสเป็นเรื่องของความเสมอภาคนั้น ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่าสังคมโรมันประกอบไปด้วยกลุ่มของบุคคลหลายชนชั้นตลอดจนพวกทาส ครอบครัวในสังคมโรมันแต่ละครอบครัวต่างมีสังกัดในช่วงชั้นทางสังคมที่แตกต่างกัน การรับเอาบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวโดยการสมรสนั้นจึงเป็นการทำให้สมาชิกใหม่อยู่ในฐานะทางสังคมเดียวกันกับครอบครัวของตน ด้วยเหตุนี้การสมรสย่อมเป็นการแสดงเจตนาให้คู่สมรสมีฐานะทางสังคมเสมอกับตน หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นทาสของอีกฝ่าย การแสดงเจตนาสมรสจะเป็นการแสดงเจตนาสมรสที่สมบูรณ์ตามกฎหมายโรมันได้ต่อเมื่อฝ่ายที่เป็นนายทาสมีเจตนาปลดปล่อยทาสให้เป็นไทเสมอกับกับตนเพื่อที่จะสมรสด้วย หากฝ่ายนายทาสไม่ได้มีเจตนาปลดปล่อยทาสย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา

¹¹⁰ Carolyn Hazel, "French Reforms in Domestic Law," *Louisiana Law Review* 35, no. 1 (1974): 135-136; Christopher L. Blackesley, "Child Custody and Parental Authority in France, Louisiana and Other State of the United State: A Comparative Analysis," 295-297.

สมรสแต่เป็นเพียงการสมสู่กันและส่งผลให้บุตรที่เกิดมาเป็นบุตรนอกสมรสหรือบุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹¹¹

ในด้านความยินยอมของการสมรสนั้น เนื่องจากสังคมโรมันหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจปกครองสมาชิกในครอบครัวจนกว่าหัวหน้าครอบครัวจะถึงแก่ความตาย สมาชิกในครอบครัวไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรมหรือถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การสมรสจึงอยู่ในอำนาจของหัวหน้าครอบครัวที่จะตกลงกับหัวหน้าของอีกครอบครัวหนึ่งที่จะสมรสด้วย ในมิตินี้การสมรสจึงเป็นการทำสัญญารูปแบบหนึ่งโดยหัวหน้าครอบครัวซึ่งมีคู่สมรสเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น¹¹² อย่างไรก็ตาม การสมรสในกฎหมายโรมันยอมรับว่าสภาพธรรมชาติของการสมรสเป็นการอยู่กินร่วมกันระหว่างคู่สมรสการบังคับให้บุคคลสมรสกันจึงไม่อาจกระทำได้อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดเด่นของการสมรสในระบบกฎหมายโรมัน หลักความยินยอมของคู่สมรสมีความเข้มแข็งถึงขนาดที่เมื่อจักรพรรดิ Augustus ทรงแก้ปัญหาลดลงของประชากรโรมันโดยการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การสมรสเป็นหน้าที่ของประชากรชาวโรมัน โดยบุคคลในวัยเจริญพันธุ์มีหน้าที่สมรสเพื่อที่จะมีบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายต่อไปและการครองตนเป็นโสดไม่อาจกระทำได้ แต่กระนั้นกฎหมายดังกล่าวก็ไม่อาจบังคับให้ชายหรือหญิงสมรสกับบุคคลที่ตนไม่ยินยอมสมรสด้วยได้¹¹³

แนวคิดเรื่องการสมรสโดยความยินยอมของชายและหญิงดังกล่าวได้แพร่หลายเข้าไปในภาคพื้นทวีปยุโรปภายหลังอาณาจักรโรมันล่มสลาย ในยุคกลางของยุโรปแนวความคิดเรื่องความยินยอมของคู่สมรสยังคงเป็นเงื่อนไขสำคัญของความชอบด้วยกฎหมายของการสมรสจนกระทั่งคริสต์ศตวรรษที่ 16 เกิดความเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสขึ้นอันเนื่องมาจากศาสนจักรโรมันคาทอลิกเริ่มมีอิทธิพลต่อระบบสังคมและการเมืองในยุโรป การสมรสจึงกลายเป็นเรื่องทางศาสนาแต่ยังคงรูปแบบของความยินยอมเป็นสามัญริยาซึ่งจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏต่อหน้าพระสงฆ์และสักขีพยานอันส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการสมรส¹¹⁴ การเข้าแทรกแซงการสมรสโดยศาสนจักรคงมีอยู่ในทวีปยุโรปจนกระทั่งการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 จึงเกิดแนวคิดที่จะ

¹¹¹ Émile Stocquart, "Marriage in Roman Law," 304; Manumissio Matrimonii Causa A. Wacke, "The Marriage of Freed Woman in Classical Roman Law according to the Augustine Reform," *Journal of Juridical Science* 12, no. 1 (1987): 19.

¹¹² Suzanne Dixon, "The Marriage Alliance in the Roman Elite," *Journal of Family History* 10, no. 8 (1985): 367.

¹¹³ Manumissio Matrimonii Causa A. Wacke, "The Marriage of Freed Woman in Classical Roman Law according to the Augustine Reform," 18-19.

¹¹⁴ Patty Funaro, *Legislative Guide to Marriage Law* (Iowa, U.S.A.: Legislative Services Agency, Iowa General Assembly, 2005), <https://www.legis.iowa.gov/DOCS/Central/Guides/marriage.pdf>, p. 8.

ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวให้เป็นระเบียบแบบแผนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างแท้จริง การสมรสจึงถูกแยกออกจากศาสนาและถือว่าเป็นเรื่องทางแพ่ง โดยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 บัญญัติรับรองสถานะของการสมรสไว้ว่า "กฎหมายถือว่าการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่ง"¹¹⁵ ซึ่งไม่เพียงแต่จะอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนาเท่านั้น รัฐยังมีอำนาจที่จะเข้าควบคุมเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการสมรสอีกด้วย

ด้านการสมรสในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เนื่องจากประเทศอังกฤษเคยเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรโรมันมาก่อน แนวคิดเรื่องการสมรสโดยความยินยอมหรือการสมรสตามความเป็นจริงตามหลักกฎหมายโรมันจึงมีอิทธิพลในประเทศอังกฤษเรื่อยมา แม้ประเทศอังกฤษจะประกาศแยกตนเองออกจากศาสนจักรโรมันคาทอลิกและกำหนดให้ศาสนจักรแห่งประเทศอังกฤษมีอำนาจวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส การสมรสในประเทศอังกฤษก็ยังคงยึดถือหลักความยินยอมหรือการสมรสตามความเป็นจริงดังเช่นในสมัยโรมันอยู่ตามเดิม แต่ได้แยกการสมรสที่ไม่เป็นโมฆะออกจากการสมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ แม้ทางศาสนจักรจะวินิจฉัยว่าการสมรสไม่เป็นโมฆะตามหลักการสมรสตามความเป็นจริง แต่หากมิได้มีการประกอบพิธีสมรสโดยเปิดเผยต่อหน้าสาธารณชนในโบสถ์แล้ว คู่สมรสก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างบริบูรณ์ เช่น ภริยาไม่อาจมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของสามี และสามีไม่มีอำนาจปกครองเหนือภริยา แต่เมื่อการสมรสของเขาทั้ง 2 ไม่เป็นโมฆะบุตรที่เกิดขึ้นจึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่ง ค.ศ. 1753 รัฐสภาอังกฤษผ่านพระราชบัญญัติ Clandestine Marriage Bill หรือ Lord Hardwicke's Act อันเป็นการปฏิรูปความแน่นอนของการสมรสเพื่อให้การสมรสมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้การจดทะเบียนสมรสและการประกอบพิธีกรรมต่อหน้านักบวชนิกายแองกลิคัน (Anglican Church) พร้อมด้วยสักขีพยานเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการสมรส¹¹⁶ ซึ่งการสมรสตามกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษยังได้ส่งอิทธิพลไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16 ถึงคริสต์ศตวรรษที่ 18¹¹⁷

2) การคลี่คลายของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในครอบครัว

เมื่อครอบครัวถูกก่อตั้งขึ้นโดยการสมรสแล้วย่อมนำไปสู่สิทธิและหน้าที่อันมีความสำคัญต่อการตอบสนองภาระหน้าที่ของครอบครัวอันได้แก่การให้ความช่วยเหลือซึ่ง

¹¹⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว, หน้า 101.

¹¹⁶ Patty Funaro, Legislative Guide to Marriage Law, p. 8.

¹¹⁷ Ibid., p. 9.

กันและกันในรูปแบบของภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันของสามีภริยา กฎหมายจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาขึ้น ซึ่งรวมถึงการกำหนดประเภทของทรัพย์สินในระหว่างสามีภริยาและอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของทั้ง 2 ฝ่าย โดยมูลเหตุหลักในการกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ก็เพื่อให้สามีภริยาไม่ประสบกับปัญหาขัดข้องในการครองเรือน¹¹⁸ และเป็นที่ยอมรับมาแต่เดิมว่าแรงงานของหญิงในครัวเรือนมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของครอบครัวไม่น้อยไปกว่าคุณค่าของแรงงานของชายที่ให้แก่งานอุตสาหกรรมในสังคมเมือง ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ที่ได้จากแรงงานของหญิงในการดูแลรักษาบ้าน การอุปการะเลี้ยงดูบุตรตลอดจนคู่สมรสอีกฝ่าย แต่ด้วยการที่แรงงานของหญิงซึ่งมอบให้แก่ครอบครัวในการทำงานนี้เป็นการยากที่จะสามารถคำนวณให้แน่นอนได้ว่ามีมูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนเท่าใดกันแน่ เนื่องจากแรงงานที่หญิงมอบให้แก่ครอบครัวนั้นมักจะรวมอยู่กับการใช้ชีวิตประจำวันของหญิงนั่นเอง อีกทั้งแรงงานของหญิงที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ครอบครัวบางประการก็ไม่สามารถคำนวณเป็นมูลค่าได้ เช่น ความรักความอบอุ่นที่มอบให้แก่บุตร ความมั่นคง การให้กำลังใจแก่กันและกัน¹¹⁹ ซึ่งเป็นแรงงานที่มีความจำเป็นและสำคัญต่อครอบครัวและต่อความมั่นคงของสังคมอย่างยิ่ง เป็นเหตุให้เกิดแนวคิดในการประเมินคุณค่าของแรงงานที่ภริยามอบให้แก่ครอบครัวไว้เท่ากันกับมูลค่าของทรัพย์สินที่สามีหามาได้จากการใช้แรงงานทำงานนอกบ้าน ทำนองเดียวกับแนวความคิดเรื่องภาระหน้าที่ของสามีภริยาในด้านการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเนื่องมาจากสภาพธรรมชาติของการอยู่อาศัยร่วมกันเป็นครอบครัวที่ฝ่ายซึ่งแข็งแรงกว่าต้องให้ความคุ้มครองแก่ฝ่ายที่อ่อนแอกว่าอันได้แก่ฝ่ายที่ไม่สามารถสร้างรายได้ที่อาจคำนวณเป็นตัวเงิน และสมควรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจถือว่าคู่สมรสฝ่ายที่ไม่มีรายได้นั้นมีความสำคัญต่อสถาบันครอบครัวน้อยกว่าฝ่ายที่สามารถหารายได้เป็นตัวเงินจากนอกบ้านเลย

3) ความเปลี่ยนแปลงในแนวคิดเรื่องอำนาจปกครองของบิดา

ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร เป็นแนวคิดที่พัฒนาขึ้นมาพร้อมกับสภาพครอบครัวของมนุษย์จากภาระหน้าที่ของครอบครัวในด้านการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ในอดีตบุตรนับว่าเป็นแรงงานในการผลิต เป็นส่วนเกินทางเศรษฐกิจ และถือเป็นทรัพย์สินของมารดาซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัว ความผูกพันเช่นนี้มีลักษณะของการให้สิ่งตอบแทนซึ่งกันและกัน โดยบุตรจะมีส่วนเกินทางเศรษฐกิจแก่มารดาและมารดาอย่าให้มีการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเพื่อเป็นการ

¹¹⁸ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว*, หน้า 106.

¹¹⁹ Ibid., หน้า 325-326.

ตอบแทนอันมีลักษณะของการเอื้อประโยชน์ซึ่งกันและกัน ต่อเมื่อสังคมมนุษย์พัฒนาขึ้นสิทธิของมารดาตั้งกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นสิทธิของบิดาเนื่องจากความเป็นหัวหน้าครอบครัวเปลี่ยนมาอยู่กับบิดาแทนที่มารดาและกลายมาเป็นอำนาจปกครองที่มีเหนือบุตรโดยผลของหลักความเสมอภาค¹²⁰

อำนาจปกครองเป็นสิทธิและหน้าที่ของทั้งบิดามารดาและบุตรผู้เยาว์ ซึ่งทั้ง 2 ฝ่ายต่างมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกันอันผูกพันอยู่กับความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างบิดามารดาและบุตรที่รัฐมอบให้เพื่อลดภาระหน้าที่ของสังคมในการคุ้มครองและรักษาสวัสดิภาพของเด็กในฐานะที่เป็นทรัพยากรของประเทศ¹²¹ โดยพัฒนาการของแนวคิดเรื่องอำนาจปกครองในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้รับอิทธิพลทั้งจากระบบกฎหมายโรมันซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรในตอนใต้ของประเทศฝรั่งเศส และระบบกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายในตอนกลางของประเทศฝรั่งเศสตลอดจนประเทศอื่น ๆ ในทวีปยุโรป ในขณะที่แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองในระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้รับอิทธิพลจากหลักศาสนาคริสต์ผ่านทางกระบวนการพิพากษาคดีโดยศาลซึ่งสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว รวมไปถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐบาลออกมาเพื่อแก้ปัญหาอันเกิดจากสภาพสังคมในช่วงเวลาต่าง ๆ ก็ส่งอิทธิพลต่อแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจปกครองในระบบกฎหมายจารีตประเพณีด้วยเช่นเดียวกัน

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีอำนาจปกครองที่บิดามารดามีเหนือบุตรในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวคิดของศาสนาคริสต์และระบบศาลเยาวชน (Juvenile Justice System) ซึ่งอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่มีอำนาจสูงสุดของมนุษย์และมีความเกี่ยวพันกับสังคมทั้งหมดโดยส่วนรวม¹²² โดยบิดามารดามีหน้าที่ต้องเป็นแบบอย่างอันดีงามและป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนไปกระทำความผิดที่มีพื้นฐานมาจากหลัก *Parens Patriae* ซึ่งถือว่ารัฐอยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองสูงสุด รัฐมีอำนาจสอดเข้ายุ่งเกี่ยวได้หากปรากฏว่าบิดามารดาบกพร่องในหน้าที่ดูแลบุตร อันเป็นการให้ความสำคัญต่อสถาบันครอบครัวในฐานะสถาบันที่สามารถแก้ไขปัญหาพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ของเด็กได้ โดยเปรียบเด็กเสมือนเครื่องจักรที่บิดามารดาเป็นเสมือนผู้

¹²⁰ Ibid., หน้า 359-361.

¹²¹ Ibid., หน้า 344.

¹²² Daniel E.Witte, "People v. Bennett: Analytic Approaches to Recognizing a Fundamental Parental Right Under the Ninth Amendment," *Brigham Young University Law Review* 1 (1996): 190-193.

ควบคุมดูแลเครื่องจักรและผู้ควบคุมดูแลเครื่องจักรต้องคอยดูแลรักษาเครื่องจักรให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้อย่างไม่ติดขัด¹²³

แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองในฐานะแบบอย่างที่ดีของบิดามารดาต่อบุตรนั้นปรากฏเด่นชัดในพระคัมภีร์ไบเบิล โดยพระคัมภีร์กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อบรมสั่งสอนบุตรตามความถนัดของบุตรในทิศทางที่เมื่อบุตรเจริญเติบโตขึ้นแล้วบุตรจะไม่ละทิ้งจากแนวทางที่ได้รับการสั่งสอนนั้นไป St. Augustine ก็ได้ยืนยันถึงภาระหน้าที่ของบิดามารดาว่าบิดามารดามีภาระหน้าที่ในการเกื้อกูลและเลี้ยงดูบุตรด้วยความเอาใจใส่เช่นเดียวกัน St. Thomas Aquinas ผู้นำความคิดทางศาสนาคริสต์ในยุคต่อมาก็ได้ยืนยันแนวคิดที่ว่าบิดามารดาต้องเป็นตัวอย่างที่ดีแก่บุตรทั้งยังต้องให้การอบรมสั่งสอนและลงโทษบุตรตามสมควรด้วยเช่นเดียวกัน อำนาจปกครองที่บิดามารดามีอยู่เหนือบุตรเช่นนี้ยังคงยืนหยัดต่อมาแม้ว่าศาสนาคริสต์จะผ่านยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาที่ส่งผลกระทบต่อแนวคิดของศาสนาคริสต์อย่างมากก็ตาม ทว่า แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นก็หาได้เปลี่ยนแปลงไปโดยอิทธิพลของยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาแต่อย่างใด ครอบครัวยังคงเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมในการขัดเกลาบุตรอยู่เช่นเดิม อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นกล่าวได้มีการพัฒนาขึ้นพร้อมกับพัฒนาการของสังคมและกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถูกประกาศใช้เพื่อความเหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้น กล่าวคือ The Act for the Relief of the Poor 1601 หรือ The Elizabethan Poor Law ซึ่งใช้บังคับในอังกฤษและไอร์แลนด์ โดยกำหนดให้ในครอบครัวที่ยากจนนั้นทั้งบิดามารดาและบุตรต่างต้องมีภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ผลของกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการวางรากฐานของกฎหมายครอบครัวด้านความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีในเวลาต่อมา¹²⁴

2.4 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นในความเป็นจริงแล้วมิได้มีลักษณะที่แน่นอนตายตัว ทว่า หลักความเสมอภาคมีลักษณะที่ผันแปรไปตามกาลสมัย ความคิดเกี่ยวกับเพศในสังคมเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่น่าไปสู่การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นทั้งในด้านความเปลี่ยนแปลงของหลักความเสมอภาคอันเนื่องมาจากการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับเพศ (2.4.1) และ

¹²³ Eve M. Brank and Leroy Scott, "The Historical, Jurisprudential, and Empirical Wisdom of Parental Responsibility Law," *Social Issue and Policy Review* 6, no. 1 (2012): 28.

¹²⁴ Ibid.: 28, 30.

ความเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคกับบริบททางสังคม (2.4.2)

2.4.1 ความเปลี่ยนแปลงของหลักความเสมอภาคอันเนื่องมาจากการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับเพศ

ความสัมพันธ์ระหว่างเพศของบุคคลกับสังคมนั้นมีลักษณะที่เป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกัน เมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงในด้านหนึ่งย่อมส่งผลต่ออีกด้านหนึ่งด้วย อิทธิพลสำคัญซึ่งเป็นผลของพัฒนาการในความคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมาย ได้แก่ ความเปลี่ยนแปลงของหลักความเสมอภาคอันเนื่องมาจากการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งประกอบไปด้วยการเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ (2.4.1.1) และการกำหนดให้เพศบนพื้นฐานของจิตใจเป็นหนึ่งในข้อห้ามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (2.4.1.2) โดยลำดับ

2.4.1.1 การเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

ความเท่าเทียมในสิทธิเสรีภาพระหว่างเพศชายและหญิงเป็นประเด็นที่ได้รับ การหยิบยกขึ้นแทบจะในทันทีที่มีการประกาศคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เมื่อมีการตระหนักว่าแม้ความคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนจะเป็นพื้นฐานของคำ ประกาศดังกล่าวแต่หากคำนึงถึงความบกพร่องของคำประกาศในการละเลยต่อสิทธิเสรีภาพต่อสตรี เพศซึ่งนำไปสู่การบัญญัติคำประกาศสิทธิมนุษยชนสตรีและพลเมืองหญิงขึ้นใน ค.ศ. 1791 โดยล่อมา จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส แต่กระนั้นสตรีชาวฝรั่งเศสก็ยังไม่มีความเท่าเทียมกับชายจนกระทั่งได้มีการรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 ในเวลาหลังจากสิทธิสตรีและพลเมืองหญิงถูกประกาศขึ้นเป็นครั้งแรกในอีกกว่า 150 ปีต่อมา โดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 มีลักษณะของการประกาศสิทธิ มนุษยชนและสิทธิทางการเมืองซึ่งได้รับการยอมรับในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เสียใหม่ให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมและเศรษฐกิจในครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 หรืออาจกล่าวได้ว่าอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 เป็น “คำประกาศสิทธิมนุษยชนใน แบบฉบับของปี 1946”¹²⁵

บริบททางสังคมจึงมีอิทธิพลอย่างมากต่อการเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาค ระหว่างเพศ ที่ภายใต้สภาพสังคมและระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่สตรีเพศไม่ได้อยู่ในฐานะประชาชนชั้น 2 ของสังคมหรือบุคคลด้อยความสามารถที่ควรถูกจำกัดให้มีบทบาทเฉพาะแต่ภายในบ้านเรือนเท่านั้น

¹²⁵ André Géraud (Pertinax), "The New French Constitution," *Foreign Affairs* 25, no. 3 (1947): 442.

อีกต่อไป โดยการปรากฏขึ้นของหลักการดังกล่าวเป็นปรากฏการณ์ที่มีลักษณะค่อยเป็นค่อยไป เนื่องจากในอดีตรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแม้ในประเทศที่รับเอาความคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาติ เข้าไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยตรง อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส ต่างก็ไม่ปรากฏการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้นแนวคิดที่ว่าชายและหญิงมีความเสมอภาคกันในสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญจึงค่อย ๆ ถูกพัฒนาขึ้นผ่านการใช้บทบัญญัติแห่งหลักความเสมอภาคที่ได้รับการบัญญัติ อยู่แล้วแก่กรณีของชายกับหญิงเป็นหลัก¹²⁶

ในขณะที่ผลแห่งการเปลี่ยนแปลงของบริบททางสังคมและเศรษฐกิจนำไปสู่ ลักษณะที่เป็นรูปธรรมของบทบัญญัติเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญ เหตุผลทางการเมืองยังเป็นหนึ่งในมูลเหตุของการยอมรับสิทธิตามธรรมชาติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่นำไปสู่ การเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเช่นเดียวกัน ในการยกร่างกฎหมายพื้นฐานแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเหตุผลด้านการเปลี่ยนแปลงทางสังคมไม่ใช่มูลเหตุหลักในการกำหนด ความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงหากแต่เป็น “ประสบการณ์ที่เคยได้รับในยุคสมัยนาซี”¹²⁷ ที่ ขับเคลื่อนรูปแบบของรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะเฉพาะและโดดเด่นด้านการตรวจสอบและถ่วงดุลโดย ฝ่ายตุลาการและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการแทรกแซงโดยรัฐ กระนั้นความ แตกต่างโดยธรรมชาติของชายและหญิงก็ยังคงเป็นที่ตระหนักเพราะปรากฏว่ากรรมกรยกร่าง กฎหมายพื้นฐานได้รับการย้ำเตือนอยู่บ่อยครั้งว่า “อย่างไรก็ตาม สตรีนั้นมีเป้าหมายในการดำรงชีวิต ที่แตกต่างไปจากชายและความเสมอภาคในการสมรสจะต้องสอดคล้องกับ “หน้าที่ตามธรรมชาติของ เพศ””¹²⁸

บทบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในกฎหมายพื้นฐานไม่ใช่การบัญญัติ ความเสมอภาคระหว่างเพศขึ้นเป็นครั้งแรกกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน เนื่องจากวรรค 2 ของ มาตรา 109 ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ได้บัญญัติให้ “ชายและหญิงโดยหลักการแล้วมีสิทธิและ หน้าที่ทางการเมืองเช่นเดียวกัน” แต่เป็นที่รู้กันทั่วไปว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้นไม่มีผลบังคับใช้ได้จริง และมีเพียงความสำคัญเชิงรูปแบบเท่านั้น จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจหากนอกจากครอบครัวเยอรมันจะ ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องจักรผลิตกำลังทหารภายใต้การปกครองแบบฟาสซิสต์แล้วระบบกฎหมายแห่ง เยอรมันยังกำหนดให้สามีแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการจัดการเรื่องที่เกี่ยวข้องกับครัวเรือน

¹²⁶ Kathleen M. Sullivan, "Constitutionalizing Women's Equality " *California Law Review* 90, no. 3 (2002): 735, 739.

¹²⁷ Inga Markovits, "Constitution Making After National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990," *William and Mary Law Review* 49, no. 4 (2008): 1312.

¹²⁸ Ibid.: 1319.

ซึ่งรวมถึงการประกอบอาชีพและการเงินของภริยาด้วย กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ตายตัวด้านเพศเช่นนี้เองเป็นมูลเหตุอันนำไปสู่การปฏิรูปหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในกฎหมายพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในมาตรา 3 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานกลับถูกมองว่าเป็นการรับประกันความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพทางการเมืองของสตรีในขณะที่ความเสมอภาคซึ่งจะส่งผลในบริบทกฎหมายเอกชนนั้นกลับเป็นบทบาทของการกำหนดให้เพศเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในมาตรา 3 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹²⁹

ทำนองเดียวกันกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 ที่เป็นผลของความพยายามในการลบล้างลักษณะสังคมที่สะท้อนระบบการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจและปรับเปลี่ยนพื้นฐานของสังคมโดยการรับประกันความเสมอภาคของประชาชน โดยเฉพาะความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงด้านบทบาทในครอบครัวที่ภายใต้รัฐธรรมนูญเมจิสตรีไม่เพียงแต่ไม่มีสิทธิในทางการเมืองเท่านั้นหากแต่สตรียังคงอยู่ในสถานะบกพร่องความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายรวมทั้งขาดสิทธิในการสืบมรดกเนื่องจากถือว่าสตรีเป็นบุคคลที่ต้องขึ้นอยู่กับหัวหน้าครอบครัวตามระบบกฎหมายครอบครัวญี่ปุ่นในขณะนั้น สภาวะดังกล่าวในสังคมญี่ปุ่นเกิดขึ้นแม้จะมีบทบัญญัติรับประกันความเสมอภาคไว้เป็นการทั่วไปอยู่แล้วในมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญเมจิ แต่ด้วยเหตุที่เป็นการรับรองความเสมอภาคในรูปแบบที่จำกัดเฉพาะว่า “บุคคลในบังคับญี่ปุ่นพึงได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งพลเรือนและทหารและหรือองค์กรสาธารณะอื่นใดอย่างเสมอภาคกัน ทั้งนี้ตามคุณสมบัติซึ่งได้กำหนดไว้ในกฎหมาย”¹³⁰ เป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นซึ่งยกร่างขึ้นใหม่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 บัญญัติหลักความเสมอภาคที่รับประกันความเสมอภาคของประชาชนในลักษณะทั่วไปมากยิ่งขึ้น โดยวรรคแรกของมาตรา 14 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 บัญญัติให้ “ประชาชนทุกคนเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย การเลือกปฏิบัติในด้านการเมือง เศรษฐกิจ ความสัมพันธ์ทางสังคมเนื่องจากเชื้อชาติ ความเชื่อทางศาสนา เพศ ฐานะทางสังคมหรือภูมิหลังของครอบครัวจะกระทำมิได้”¹³¹ รวมทั้งบัญญัติรับประกันความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในมิติของการสมรสและครอบครัวอันส่งผลให้โครงสร้างทางสังคมญี่ปุ่นเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงจากเดิมเป็น

¹²⁹ Monica Bhattacharyya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 917-919.

¹³⁰ "Japanese subjects may, according to qualifications determined in laws or ordinances, be appointed to civil or military or any other public offices equally."

¹³¹ "All of the people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic or social relations because of race, creed, sex, social status or family origin."

ความสัมพันธ์ในแนวตั้งของการรวมศูนย์อำนาจรัฐจากสมเด็จพระจักรพรรดิไปสู่หัวหน้าครอบครัวไปสู่บรรพตฐานใหม่ของความสัมพันธ์ในแนวระนาบระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกัน¹³²

2.4.1.2 การกำหนดให้เพศบนพื้นฐานของจิตใจเป็นหนึ่งในข้อห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

กระแสโลกาภิวัตน์ที่ผันแปรบริบทของโลกในช่วงรอยต่อระหว่างศตวรรษที่ 20 และ 21 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในด้านการรับรู้และยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายอย่างมาก ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นทั้งในระดับนานาชาติ ที่ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1990 องค์การขานัญพิเศษของสหประชาชาติเริ่มหันมาตระหนักถึงปัญหาการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเพศทางเลือกและการกำหนดความผิดแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศ ใน ค.ศ. 2007 กลุ่มของผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ร่วมกันจัดทำหลักการ Yogyakarta Principles ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศขึ้น ใน ค.ศ. 2011 คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ยอมรับหลักการนี้และนำไปสู่การรับรองข้อมติ 17/19 ซึ่งเป็นครั้งแรกในระดับสหประชาชาติที่มีการกำหนดข้อมติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศโดยเฉพาะขึ้น

ในขณะที่ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกเริ่มได้รับการตระหนักถึงในระดับนานาชาติไม่นานมานี้ ความพยายามในการยุติการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากความหลากหลายทางเพศในสังคมเป็นอีกกระแสหนึ่งซึ่งมีการรับรู้ในระดับชาติเช่นเดียวกัน ระหว่าง ค.ศ. 1999 – ค.ศ. 2003 มีประเทศสมาชิกสหประชาชาติจำนวน 59 ประเทศผ่านกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในการจ้างงานเพราะเหตุแห่งเพศสภาพ รวมทั้งมีคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งรัฐรับรองความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลบนพื้นฐานแห่งเพศสภาพไว้เป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะสามารถใช้ช่องทางในการคุ้มครองบุคคลเพศทางเลือกจากความแตกต่างดังกล่าวได้หลายวิธี รัฐธรรมนูญก็เป็นอีกหนึ่งมาตรการที่มีบทบาทสำคัญต่อความเสมอภาคในสิทธิของบุคคลเพศทางเลือก เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายทั่วไปเป็นเหตุให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงสูงไม่เปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของรัฐบาล ทั้งโดยปกติแล้วรัฐธรรมนูญย่อมกำหนดกลไกในการตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า ลักษณะอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นนี้เองเป็นเหตุให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีน้ำหนักและมีคุณค่าเชิงสัญลักษณ์ที่สามารถชี้นำฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างมี

¹³² Norikazu Kawagishi, "The Constitution of Japan: An Unfinished Revolution," 284-285.

ประสิทธิภาพ¹³³ อย่างไรก็ตาม จากการสำรวจในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2014 โดย Amy Raub, Adèle Cassola, Isabel Latz และ Jody Heymann พบว่าจากจำนวนรัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิกสหประชาชาติ 193 ประเทศ มีรัฐธรรมนูญเพียง 10 ฉบับ หรือร้อยละ 5 ของรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่านั้นที่บัญญัติรับประกันความเสมอภาคหรือการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนพื้นฐานของเพศสภาพไว้โดยเฉพาะ¹³⁴

การเกิดขึ้นของบทบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองเพศสภาพในบริบทของความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้น ส่วนหนึ่งนอกจากผลของกระแสความเปลี่ยนแปลงในการตระหนักรู้ถึงการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งเกิดขึ้นทั่วโลก ในช่วง 1-2 ทศวรรษที่ผ่านมา ปรากฏการณ์ภายในรัฐโดยเฉพาะปัญหาความเหลื่อมล้ำในสังคมอันเนื่องมาจากความแตกต่างในข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะของบุคคลที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดและเป็นสิ่งที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้หรือสามารถเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยการที่บุคคลนั้นจำต้องสละหรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนเองลงเท่านั้น อาทิ การกำหนดให้เพศสภาพเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลีได้ซึ่งเป็นผลของการปฏิรูปประเทศภายหลังการสิ้นสุดของนโยบายแบ่งแยกสีผิวซึ่งสร้างปัญหาความเหลื่อมล้ำในสังคมอิตาลีได้มาเป็นระยะเวลาหลายสิบปี ในกระบวนการปลดปล่อยสังคมอิตาลีได้ออกจากสภาวะของความแตกแยกนั้นการยกย่องรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่มีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการก่อสร้างสังคมซึ่งสนับสนุนความเท่าเทียมและสามารถเป็นที่พึงพิงของประชาชนได้อย่างแท้จริง โดยผลของความพยายามของหลายฝ่ายทั้งจากแวดวงวิชาการและการเมืองเป็นเหตุให้เพศสภาพของบุคคลถูกยกขึ้นมาเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการดังกล่าวและได้รับการบรรจุเข้าเป็นส่วนหนึ่งของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในร่างรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลีในที่สุด เพศสภาพของบุคคลมีแนวโน้มที่จะได้รับเพียงการยอมรับในหลักการแต่จะไม่ถูกบัญญัติไว้โดยตรงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งภายใต้หลักการดังกล่าวจะส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกให้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปเป็นบทบาทของฝ่ายตุลาการ แต่บทบาทของฝ่ายตุลาการดังกล่าวกลับไม่เป็นที่ดึงดูดใจของฝ่ายที่ผลักดันความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพด้านเพศวิถีในขณะนั้นเท่าใดนักเนื่องจากหากพื้นฐานดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ให้ชัดเจน ย่อมจะเหลือช่องว่างไว้ให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาที่น้อยลง ซึ่งอาจนำไปสู่การเยียวยาความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบน

¹³³ Adèle Cassola Amy Raub, Isabel Latz and Jody Heymann, "Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions," 150-153.

¹³⁴ Ibid.: 157.

พื้นฐานเหล่านี้¹³⁵ และนำไปสู่การบัญญัติคุ้มครองความเสมอภาคบนพื้นฐานเพศวิถีในรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 มาตรา 9 (3) โดยกำหนดให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่งหรือมากกว่า อันได้แก่ เชื้อชาติ เพศ เพศสรีระ การตั้งครรรภ์ สถานะสมรส ชาติพันธุ์หรือภูมิหลังทางสังคม สีผิว เพศสภาพ อายุ ความพิการ ศาสนา ศีลธรรม ความเชื่อ วัฒนธรรม ภาษา และการถือกำเนิด¹³⁶ นอกจากนี้ยังปรากฏว่าภายหลังจาก Amy Raub และคณะ ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ผลการสำรวจบทบัญญัติคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลเพศทางเลือกตามรัฐธรรมนูญของรัฐต่าง ๆ ใน ค.ศ. 2014 ต่อมาใน ค.ศ. 2018 Holning Lua พบว่าได้มีการกำหนด บทบัญญัติคุ้มครองความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานข้อเท็จจริงด้านเพศสภาพของ บุคคลไว้โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐในจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นอีก ซึ่งแสดงให้เห็นถึงกระแสความ กระตือรือร้นอย่างต่อเนื่องของการยอมรับเพศสภาพในฐานะพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่มีอาจถูกนำมา เป็นเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างบุคคลได้¹³⁷

2.4.2 ความเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากการใช้หลักความเสมอภาคให้สอดคล้องกับบริบททาง สังคม

พัฒนาการของสังคมส่งผลโดยตรงต่อหลักความเสมอภาคผ่านความเปลี่ยนแปลงอัน เนื่องมาจากการใช้หลักความเสมอภาคให้สอดคล้องกับบริบททางสังคม ทั้งด้านความเปลี่ยนแปลงใน ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ (2.4.2.1) และการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศ ทางเลือก (2.4.2.2) ที่สะท้อนถึงความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคต่อการแก้ไขปัญหาความไม่ เท่าเทียมที่ปรากฏในสังคมซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและในบางกรณีอาจปรากฏข้อเท็จจริงอัน นำไปสู่ปัญหาความเหลื่อมล้ำที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน

2.4.2.1 ความเปลี่ยนแปลงในข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

หลักความเสมอภาคระหว่างเพศมีบทบาทสำคัญในการปฏิรูปสังคมให้มี ลักษณะที่เหมาะสมกับการอยู่ร่วมกันโดยปราศจากความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงซึ่งอาจกล่าวได้ว่า มีลักษณะพื้นฐานที่สุดในสังคมมนุษย์อันเนื่องมาจากลักษณะทางชีวภาพทั้งภายในและภายนอก ร่างกายที่ต่างกันมาตั้งแต่กำเนิด ความแตกต่างดังกล่าวยังนำไปสู่บทบาทในสังคมที่ต่างกัน ของชายและหญิงมาตั้งแต่สมัยบุพกาลและเมื่อความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงซึ่งปรากฏขึ้นหลัง

¹³⁵ David Bilchitz, *Constitutional Change and Participation of LGBTI Groups: A Case Study of South Africa* (Stockholm Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2015), pp. 2-9.

¹³⁶ "...one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth."

¹³⁷ Holning Lua, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination* (Leiden, Netherlands: Brill, 2018), pp. 15-16.

ปฏิวัติฝรั่งเศสไม่นานและเริ่มเฉิดฉายในระบบกฎหมายพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ช่วงรอยต่อระหว่างศตวรรษที่ 19 และ 20 ความแตกต่างทางชีวภาพและความแตกต่างทางบทบาทระหว่างชายกับหญิงในสังคมอันสืบเนื่องมาจากลักษณะกายภาพของมนุษย์ก็ยิ่งปรากฏอยู่ในฐานะข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

โดยพื้นฐานของของหลักความเสมอภาคที่มีลักษณะสัมพันธ์กับสัดส่วนที่เหมาะสมเป็นเหตุให้หลักความเสมอภาคยอมรับการปฏิบัติที่แตกต่างไประหว่างข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ กล่าวคือ ลักษณะที่แตกต่างระหว่างบุคคลนั้นย่อมสามารถถูกหยิบยกขึ้นมาใช้เป็นเหตุแห่งการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ทุกเมื่อหากว่าลักษณะที่ต่างกันั้นมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับมาตรการหรือเหตุปัจจัยอันจะต้องมีการปฏิบัติต่อบุคคลนั้น ๆ ความคิดดังกล่าวดำรงอยู่ในสังคมมนุษย์ตลอดมาและสามารถผ่านพ้นห้วงเวลาในยุคเรืองปัญญาที่แม้อิทธิพลของความคิดเชิงปรัชญาซึ่งเน้นย้ำความเท่าเทียมกันของมนุษย์ตามธรรมชาติจะสะท้อนออกมาอย่างโดดเด่นสู่ทั้งสังคมและระบบกฎหมาย จนกระทั่งบริบททางสังคมและวัฒนธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงจะเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเมื่อสังคมโลกก้าวเข้าสู่ยุคสมัยใหม่อันเป็นผลจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมซึ่งนำไปสู่ความคิดที่ว่าความแตกต่างด้านเพศของบุคคลมาเป็นมูลเหตุแห่งการปฏิบัติที่ต่างกันั้นเป็นเรื่องพ้นสมัย ความเท่าเทียมระหว่างเพศชายกับหญิงจึงเริ่มได้รับการยอมรับทั่วไปและนำไปสู่การเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในที่สุด

เมื่อหลักการของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศมีพัฒนาการผ่านการเปลี่ยนแปลงทางสังคมโดยตลอดมา ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศก็ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของบริบททางสังคมโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของชายและหญิงในสังคมเช่นเดียวกันที่เปลี่ยนแปลงไปจากบทบาทตามจารีตประเพณีดั้งเดิมซึ่งจำกัดบทบาทของหญิงเฉพาะให้อยู่แต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานบ้านงานเรือนไปสู่บทบาทที่สอดคล้องกับเงื่อนไขในการดำรงชีพของชายและหญิงซึ่งสอดคล้องกับกาลสมัย ในเบื้องต้นบทบาทอันสืบเนื่องมาจากเพศสรีระที่สัมพันธ์กับการแบ่งแยกหน้าที่ในการครองเรือนถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นหลักของการปฏิบัติให้ต่างระหว่างชายกับหญิง อาทิ การกำหนดให้ชายม่ายภริยาได้รับเงินช่วยเหลืออันเนื่องมาจากสถานะม่ายภายใต้เงื่อนไขที่ยากกว่าหญิงม่ายสามเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ เนื่องจากกฎหมายพิจารณาถึงการชดเชยรายได้ที่สูญเสียไปเนื่องจากการเสียคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไปซึ่งในอดีตบทบาทในการแสวงหารายได้เข้ามาจุนเจือครอบครัวนั้นตกแก่ฝ่ายชายมากกว่าฝ่ายหญิง เป็นเหตุให้กฎหมายมีลักษณะที่สอดคล้องกับการแบ่งภาระหน้าที่ในครอบครัวระหว่างชายและหญิงอันเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค

ในทำนองเดียวกันกับการแสวงหารายได้ การอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นอีกภาระหน้าที่หนึ่งซึ่งสามารถสะท้อนบทบาทอันแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงในครอบครัวที่ชายในฐานะพ่อจะมีภาระหลักในการสนับสนุนค่าใช้จ่ายเพื่อการอุปการะเลี้ยงดูบุตร การกำหนดกฎหมายให้ชายมีภาระในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่บุตรแม้จะเกิดนอกสมรสย่อมเป็นเรื่องที่สามารถยอมรับได้ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเนื่องจากการแบ่งแยกในลักษณะดังกล่าวสอดคล้องกับบทบาทตามจารีตประเพณีของครอบครัวที่ซึ่งภริยาจะมีหน้าที่ในครอบครัวผ่านการดูแลบ้านเรือนในขณะที่สามีทำหน้าที่หารายได้หลักผ่านการรับจ้างทำงานนอกบ้านซึ่งล้วนมีคุณค่าต่อชีวิตครอบครัวเท่า ๆ กันและมีลักษณะของการจุนเจือซึ่งกันและกัน ซึ่งในเวลาต่อมาการจำแนกภาระหน้าที่อันแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงตามบทบาทที่สืบเนื่องมาจากจารีตประเพณีในครอบครัวเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากหญิงไม่ได้จำกัดบทบาทในครอบครัวของตนเองอยู่เฉพาะภายในครัวเรือนอีกต่อไปและผันบทบาทของตนเข้าสู่ตลาดแรงงาน ภายใต้สถานการณ์ลักษณะนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่าการแบ่งแยกภาระหน้าที่ในชีวิตสมรสย่อมขึ้นอยู่กับการเจตจำนงอิสระของคู่สมรสและมีขอบเขตเฉพาะด้านการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเท่านั้น¹³⁸ ซึ่งส่งผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้คุณแก่หญิงในเรื่องภายในครอบครัวเช่นเดียวกัน อาทิ ใน ค.ศ. 1979 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่ากฎหมายให้สิทธิแก่หญิงในวันหยุดงานที่มากกว่าชายเพื่อประโยชน์ในการดูแลบุตรนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากเหตุผลเดียวของการกำหนดกฎหมายลักษณะดังกล่าวนี้สืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่าฝ่ายหญิงเท่านั้นที่มีภาระหน้าที่ในการดูแลบ้านเรือนซึ่งเป็นเรื่องที่พ้นสมัยไปแล้ว¹³⁹

2.4.2.2 การใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศทางเลือก

เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของหลักความเสมอภาคนั้นเป็นการบัญญัติหลักการอันมีลักษณะทั่วไปซึ่งอาจนำมาปรับใช้ได้กับสถานการณ์ต่าง ๆ ได้อย่างหลากหลาย การใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นมานานแล้วโดยเฉพาะเมื่อมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกแตกต่างจากบุคคลทั่วไป ทว่า ในอดีตการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปในกรณีดังกล่าวเป็นไปในลักษณะของการปฏิเสธไม่ยอมรับเพศทางเลือกหรือการยืนยันว่าวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกมีความแตกต่างจากวิถีชีวิตของบุคคลทั่วไปและสมควรที่จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะหรือแตกต่างออกไป อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกภายใต้บริบท

¹³⁸ Monica Bhattacharyya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 921-923.

¹³⁹ Ibid.: 923.

ของหลักความเสมอภาคในทำนองนี้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาเมื่อบริบทของสังคมปัจจุบัน บุคคลเพศทางเลือกตลอดจนวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกเริ่มได้รับการยอมรับมากขึ้น ส่งผลต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ไม่เพียงแต่เพศสภาพและเพศวิถีจะถูกนำมาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งในหลักความเสมอภาคหรือการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น ในรัฐที่มีได้กำหนดรับรองความเสมอภาคหรือการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนพื้นฐานของเพศสภาพหรือเพศวิถีไว้โดยเฉพาะ พัฒนาการของหลักความเสมอภาคทั่วไปที่ถูกนำมาปรับใช้กับกรณีของเพศทางเลือกในทิศทางที่ตรงข้ามกับในอดีตก็เริ่มปรากฏให้เห็นชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้นในทุกขณะ โดยวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกเริ่มได้รับการยอมรับว่ามีสาระสำคัญที่ไม่มีความแตกต่างจากชายกับหญิงทั่วไปพอที่จะใช้กฎหมายที่แตกต่างแก่กรณีทั้ง 2 ได้และชอบที่บุคคลเพศทางเลือกจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันกับบุคคลทั่วไปภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคทั้งนี้แม้ว่าบทบัญญัติหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญนั้น ๆ จะมีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงบุคคลเพศทางเลือกเลย

ตัวอย่างสำคัญของความเปลี่ยนแปลงในการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อกรณีของเพศทางเลือกโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้แก่ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ในอดีตของหลายประเทศวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกไม่เพียงแต่จะไม่ได้รับการยอมรับเท่านั้นแต่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันยังถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาด้วย ในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอย่างชัดเจนอันเป็นการยืนยันว่าบุคคลทุกคนต่างมีสิทธิเสรีภาพและต่างได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ความขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอดังกล่าวของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศ จึงเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นโต้เถียงอยู่เสมอ อาทิ ใน ค.ศ. 1957 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยยืนยันถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกำหนดโทษอาญาลักษณะดังกล่าวในมาตรา 175 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน และยืนยันถึงความชอบด้วยหลักความเสมอภาคของการกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศซึ่งความจริงแล้วเป็นวิถีชีวิตที่มีลักษณะเฉพาะและยากจะแก้ไขได้ของบุคคลบางกลุ่มในสังคมอันเป็นผลของความแตกต่างทางชีวภาพระหว่างเพศของบุคคลที่เห็นได้ชัดว่าวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและวิถีชีวิตแบบรักเพศเดียวกันนั้นไม่อาจที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้เลย¹⁴⁰ ในเวลาต่อมาเมื่อรัฐบัญญัติคู่ชีวิตมีผลบังคับใช้ในประเทศเยอรมนีเมื่อ ค.ศ. 2001 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศ

¹⁴⁰ Rudolf STREINZ, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics," *Ritsumeikan Law Review* 31 (2014): 107-108.

ทางเลือกถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอย่างต่อเนื่องระหว่าง ค.ศ. 2002 - ค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งในอดีตเคยปฏิเสธวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกอย่างชัดเจนกลับใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีขยายสิทธิเสรีภาพตามที่กำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับรัฐบัญญัติแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหลายประการจนกระทั่งแทบจะไม่ปรากฏความแตกต่างด้านสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างคู่ชีวิตเพศทางเลือกกับคู่สมรสชายหญิงในระบบกฎหมายเยอรมันอีกเลย¹⁴¹ ทั้งนี้บนเหตุผลที่ศาลให้ไว้ว่าไม่ปรากฏว่ามีความแตกต่างที่เกี่ยวข้องระหว่างคู่ชีวิตและการสมรสในเรื่องสถานะทางทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ระยะยาว และการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันอีกต่อไป¹⁴² ซึ่งเห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างจากการให้เหตุผลในเรื่องเดียวกันที่ศาลเดียวกันนี้เคยให้ไว้เกี่ยวกับเพศทางเลือกในอดีตอย่างสิ้นเชิง

ไม่เพียงแต่ความเปลี่ยนแปลงในการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อกรณีของเพศทางเลือกที่มีแนวโน้มไปในด้านการยอมรับว่าวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกไม่มีความแตกต่างจากวิถีชีวิตของบุคคลทั่วไป มาตรฐานในการพิจารณาถึงความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องเพศทางเลือกยังได้รับการยอมรับว่าจำเป็นที่จะต้องนำมาตราฐานในการพิจารณาที่สูงกว่าเพียงการพิจารณาถึงความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจำแนกความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้หรือการค้นหว่าการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือไม่เท่านั้น หากว่าต้องใช้มาตรฐานการพิจารณาอย่างเคร่งครัดในระดับเดียวกับกรณีที่มีประเด็นปัญหาว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้โดยเฉพาะหรือเมื่อมีการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ต่อการพิจารณาความสอดคล้องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือก¹⁴³ ด้วยเหตุที่ในสถานการณ์ความแตกต่างอันเนื่องมาจากเพศสภาพหรือเพศวิถีนั้นผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติที่แตกต่างไม่มีโอกาสที่จะแก้ไขลักษณะประจำตัวของตนเองได้แม้ว่าพวกเขาจะต้องการเช่นนั้น¹⁴⁴ เช่นเดียวกับสถานการณ์ที่ปรากฏในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแม้ว่าจะเป็นการพิจารณาผ่านหลักความเสมอภาคทั่วไปซึ่งปรกติแล้วต้องการมาตรฐานการพิจารณาในระดับที่ต่ำกว่าก็ตาม

¹⁴¹ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 925-929; Saskia Lettmaier, "Germany - 2017: An Eventful Year in German Family Law," *Journal of Civil Law Studies* 11 (2018): 218-219.

¹⁴² Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 927.

¹⁴³ Edward J. Eberle, "Equality in Germany and the United States," *San Diego International Law Journal* 10 (2008): 73; Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 928.

¹⁴⁴ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 928.

2.5 อิทธิพลของบริบททางสังคมต่อหลักความเสมอภาค

มีอาจปฏิเสธได้ว่าบริบททางสังคมเข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อการใช้และตีความกฎหมายภายใต้หลักความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อหลักความนั้นคือกระบวนการแบ่งปันส่วนแห่งประโยชน์ทั้งหลาย อันมีอยู่ให้แก่ประชาชนผู้เป็นสมาชิกในสังคมอย่างเหมาะสม ปัจจัยสำคัญ 2 ประการอันได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคมกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (2.5.1) และความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (2.5.2) ย่อมจะต้องได้รับการนำมาพิจารณาด้วยเสมอเพื่อให้เกิดความถูกต้องแม่นยำในการใช้หลักความเสมอภาคดังกล่าว

2.5.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคมกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

กฎหมายเป็นผลผลิตของสังคม ฉะนั้น ในแต่ละสังคมความจำเป็นซึ่งสะท้อนผ่านตัวบทกฎหมายย่อมมีความแตกต่างกัน ความแตกต่างดังกล่าวนั้นปรากฏให้เห็นได้แม้ในสังคมเดียวกัน หากแต่เป็นยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย โดยปรากฏในด้านความสัมพันธ์ระหว่างบริบททางสังคมกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันได้แก่ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคม (2.5.1.1) และความจำเป็นอันเนื่องมาจากการขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สอดคล้องกับบริบททางสังคม (2.5.1.2) ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา

2.5.1.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายในบางกรณีแม้จะออกบังคับใช้มาเป็นระยะเวลานานหลายสิบปีแต่กลับมีลักษณะที่ไม่ทันสมัยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือยังคงมีความทันสมัยสอดคล้องกับบริบททางสังคมอยู่เสมอ ทั้งที่ในความจริงแล้วกฎหมายทุกฉบับล้วนถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมหนึ่ง ๆ ณ ขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น รวมถึงเป็นบทบัญญัติที่อาจเกิดขึ้นภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลของระบอบการเมืองการปกครองรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งซึ่งถูกล้มล้างหรือสิ้นสุดอำนาจไปในภายหลัง ทว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงได้รับการบังคับใช้อยู่แม้จะไม่เคยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับสังคมเลยก็ตาม มูลเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดผลข้างต้นอาจเป็นด้วยสภาพปัญหาในเรื่องที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดขึ้นเพื่อรองรับหรือแก้ไขยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงแม้กาลเวลาจะล่วงเลยไป บทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงยังคงสามารถตอบสนองความจำเป็นของสังคมในเรื่องดังกล่าวได้อยู่ต่อไป และเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งคือภายหลังจากที่กฎหมายถูกประกาศบังคับใช้แล้วได้มีความเปลี่ยนแปลงในวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งเดิมที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้เคยใช้เป็นมูลเหตุในการออกกฎหมายดังกล่าว และผลของความเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นเหตุให้ความหมายของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่สอดคล้องกับสภาพ

ปัญหาหรือบริบทใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมเป็นเหตุให้กฎหมายมีความหมายใหม่ภายใต้บทบัญญัติที่ยังคงเดิมนั้นและสามารถใช้อย่างบังคับต่อไป

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสามารถค้นพบได้จากเอกสารของฝ่ายนิติบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการยกร่างและพิจารณากฎหมายฉบับต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามสถานะหรือความสำคัญของเอกสารของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับหนึ่ง ๆ อาจแบ่งชั้นความสำคัญออกได้เป็น 2 ระดับ ระดับแรกคือเอกสารของฝ่ายนิติบัญญัติมีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ โดยเอกสารเกี่ยวกับกระบวนการนิติบัญญัติ อาทิ ร่างกฎหมาย รายงานการประชุม และผลการลงมติ ทั้งในชั้นยกร่างกฎหมายหรือชั้นพิจารณากฎหมายในรัฐสภาย่อมสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องบ่งชี้วัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายหรือกฎหมายในขณะที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติหรือในห้วงเวลาไม่นานหลังจากนั้นในฐานะของเอกสารทางประวัติศาสตร์ ในอีกระดับคือเมื่อการค้นหาวัดประสงค์ของกฎหมายเป็นไปเพื่อประโยชน์ของการใช้และตีความบทบัญญัติภายใต้บริบทที่ระยะเวลาล่วงเลยไปจากขณะที่มีการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัตินานแล้ว เอกสารเกี่ยวกับการนิติบัญญัติย่อมอยู่ในฐานะของหลักฐานชั้นหนึ่งซึ่งจะต้องถูกนำมาใช้ประกอบข้อเท็จจริงอื่น ๆ ในการพิจารณาค้นหาวัดประสงค์ของกฎหมายโดยไม่อาจตัดสินหรือชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายใต้สถานการณ์ปัจจุบันจากเอกสารทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับกระบวนการนิติบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวโดยลำพังได้

ตัวอย่างที่สำคัญประการหนึ่งของการถกเถียงถึงการค้นหาวัดประสงค์ของกฎหมายภายใต้บริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายคือกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศผิดธรรมชาติ ซึ่งในปัจจุบันปรากฏว่าระบบกฎหมายในหลายประเทศพฤติกรรมเพศทางเลือกรยังคงได้รับการบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญา จนกระทั่ง ค.ศ. 2013 พบว่า มีถึง 76 ประเทศทั่วโลกที่การร่วมเพศโดยความยินยอมระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นความผิดอาญา และในจำนวนนั้นมี 5 ประเทศที่กำหนดโทษรุนแรงถึงประหารชีวิต¹⁴⁵ ประเทศสิงคโปร์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่พฤติกรรมเพศทางเลือกแบบชายกับชายเป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุก โดยมาตรา 377A ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ซึ่งบัญญัติขึ้นใน ค.ศ. 1938 ขณะที่ประเทศสิงคโปร์ยังคงเป็นดินแดนในอาณานิคมของอังกฤษ โดยเจ้าอาณานิคมอังกฤษได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีการบัญญัติขึ้นในอังกฤษเมื่อ ค.ศ. 1885 มาใช้กับดินแดนอาณานิคมอีกต่อหนึ่ง และใน ค.ศ. 2007 ได้มีการยกร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อพิจารณายกเลิกกฎหมายดังกล่าวในรัฐสภาสิงคโปร์ซึ่งเป็นเวลาใกล้เคียงกับห้วงเวลาที่ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 377A

¹⁴⁵ Adèle Cassola Amy Raub, Isabel Latz and Jody Heymann, "Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions," 152.

ได้เข้าสู่อการพิจารณาของศาลสิงคโปร์ใน ค.ศ. 2013 เป็นเหตุให้เกิดข้อสงสัยว่าควรพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวภายใต้บริบทใดระหว่างขณะที่กฎหมายถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ หรือขณะที่กฎหมายถูกนำมาบังคับใช้ในประเทศสิงคโปร์ หรือบริบทของสังคมขณะที่มีความพยายามในการยกเลิกกฎหมายดังกล่าวเพื่อประกอบการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งปรากฏว่าทั้งศาลสูงและศาลอุทธรณ์ประเทศสิงคโปร์ต่างใช้วัตถุประสงค์ดั้งเดิมขณะมีการบัญญัติมาตรา 377A ในประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์เมื่อ ค.ศ. 1938 มาเป็นหลักในการพิจารณา ทั้งนี้ภายใต้สถานการณ์ที่ศาลเห็นว่าเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักฐานการพิจารณาในรัฐสภาเกี่ยวกับการยกเลิกบทบัญญัติมาตราเดียวกันใน ค.ศ. 2007 แล้วพบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายยังคงไม่เปลี่ยนแปลงไปจากกระบวนการนิติบัญญัติใน ค.ศ. 1938¹⁴⁶ ซึ่งในขณะนั้นต้องการที่จะให้กฎหมายมีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้นและเพื่อที่จะให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับกฎหมายอาญอังกฤษซึ่งเป็นที่มาของบทบัญญัติดังกล่าว¹⁴⁷ ในขณะที่การเสนอร่างกฎหมายเพื่อให้ยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวใน ค.ศ. 2007 เป็นไปเพื่อทบทวนความเหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งรัฐสภาสิงคโปร์พิจารณาแล้วเห็นว่าควรให้คงบทบัญญัติมาตรา 377A ไว้ต่อไป¹⁴⁸ อย่างไรก็ตามมีการตั้งข้อสังเกตว่าศาลควรนำเหตุผลภายนอกมาพิจารณาประกอบการค้นหาวัดวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัจจุบันด้วย อาทิ ปัญหาการแพร่ระบาดของเชื้อ HIV ในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งศาลปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องนอกเหนือขอบเขตอำนาจของศาลที่จะพิจารณาและควรปล่อยให้เป็นที่ที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁴⁹

2.5.1.2 การขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สอดคล้องกับบริบททางสังคม

กฎหมายคือกฎเกณฑ์ทางสังคมรูปแบบหนึ่งซึ่งถูกบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขสภาพปัญหาหรือเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางสังคมในช่วงเวลาใดช่วงเวลาหนึ่ง และแม้ว่าในบางกรณีกฎหมายจะยังมีลักษณะที่เหมาะสมกับสังคมอยู่แม้ระยะเวลาจะล่วงเลยไปนานแล้วนับแต่กระบวนการนิติบัญญัติกฎหมายฉบับดังกล่าวเกิดขึ้นซึ่งเป็นเหตุให้ประสิทธิภาพของกฎหมายมิได้ผูกพันอยู่กับอายุของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรง อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีด้วยความก้าวหน้า

¹⁴⁶ Jaclyn L. Neo, "Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang v. Attorney-General* ": 104.

¹⁴⁷ Po Jen Yap, "Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?,": 639.

¹⁴⁸ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 14.

¹⁴⁹ Po Jen Yap, "Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?,": 632-633; Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 14-15.

ทางเทคโนโลยีได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางสังคมในระดับปฏิฐานอันเป็นเหตุให้กฎเกณฑ์ซึ่งอยู่บนพื้นฐานความคิดเดิมของสังคมไม่สามารถตอบสนองความจำเป็นที่สังคมเผชิญอยู่ได้อีกต่อไป

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่านับแต่ทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อสังคมมนุษย์ นับตั้งแต่กระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำลายกรอบจำกัดของการติดต่อสื่อสารหลังจากการเกิดขึ้นของระบบอินเทอร์เน็ตใน ค.ศ. 1997 เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งซึ่งช่วยให้การตระหนักรู้ถึงสิทธิมนุษยชนแพร่กระจายไปอย่างรวดเร็วทั่วโลก การเกิดขึ้นของข้อมูลมหัต (Big Data) ที่เปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตของมนุษย์ในปัจจุบันโดยเฉพาะพฤติกรรมกรรมการบริโภค การค้า และธุรกิจให้ขึ้นอยู่กับข้อมูลจำนวนมหาศาลบนระบบอินเทอร์เน็ต เช่นเดียวกับความเจริญก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทำลายขีดจำกัดของร่างกายมนุษย์หลายประการ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตร ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่าง ๆ ดังกล่าวนำไปสู่การเกิดขึ้นของสภาพปัญหาใหม่ซึ่งเป็นผลจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความจำเป็นของสังคมอีกต่อไป อาทิ ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้ชีวิตร่วมกัน ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กซึ่งเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้ชีวิตร่วมกันเป็นผลมาจากการตระหนักรู้ของสังคมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีมากขึ้น ภายใต้บริบทที่หลักความเสมอภาคได้รับการยอมรับเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญ ทว่า ระบบกฎหมายสมรสซึ่งมีอยู่ควบคู่กับสังคมมนุษย์นั้นอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่าสมรสเป็นเรื่องระหว่างชายกับหญิงที่จะเข้ามารวมกันเพื่อนำไปสู่การให้กำเนิดบุตร เป็นเหตุให้ในระยะแรกการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นไปในลักษณะของการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตขึ้นใหม่เพื่อใช้กับชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายลักษณะดังกล่าวแม้จะมีใช้การสมรสแต่ในขณะเดียวกันพยายามที่จะให้สิทธิแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันให้เท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิงมากเท่าที่จะทำได้ อาทิ สิทธิที่จะบันทึกทะเบียนความสัมพันธ์ สิทธิอันเนื่องมาจากการมีสถานะความสัมพันธ์เช่นเดียวกับสามีภรรยา อาทิ การประกันภัย บำนาญ สวัสดิการสังคม การลดหย่อนด้านภาษี และการรับมรดก¹⁵⁰ ในเวลาต่อมาเมื่อกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้รับการยอมรับแพร่หลายมากขึ้น ประเด็นเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเริ่มถูกตั้งคำถามถึงความเสมอภาคเนื่องจากฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่าการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นกฎหมายที่ให้ความเท่าเทียมแก่ประชาชนเป็นกฎหมายสำหรับทุก ๆ คน และการไม่อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ย่อมเป็นการ

¹⁵⁰ อนุช คำทอง, "การสมรสของพวกรักร่วมเพศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 40.

เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ในขณะที่เหตุผลของฝ่ายคัดค้านมีอยู่ว่าครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานตามขนบประเพณีอันยาวนานโดยมีศาสนารองรับซึ่งมีพื้นฐานมาจากธรรมชาติของสังคมและสรีระของมนุษย์ การอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสได้จึงอาจกระทบต่อศีลธรรมและสังคม¹⁵¹ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการถกเถียงเกี่ยวกับความเหมาะสมของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันผ่านไปเป็นระยะเวลาพอสมควร โดยเฉพาะเมื่อสังคมเริ่มคุ้นชินกับการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกผ่านการมีกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตใช้บังคับแล้วในระดับหนึ่งย่อมเป็นการปูทางไปสู่การเกิดขึ้นของกฎหมายสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันอย่างค่อยเป็นค่อยไป¹⁵² อันเป็นสถานะที่สามารถกำหนดบทบาทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับบริบทและความจำเป็นของสังคมได้ในที่สุด

2.5.2 ความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

ความเสมอภาคซึ่งเป็นที่เข้าใจและรู้จักกันในระบบกฎหมายนั้น หมายถึง ความเสมอภาคในเชิงสัดส่วนที่แสดงบทบาทสำคัญในการไกล่เกลี่ยระหว่างประโยชน์ทั้งหลายที่มีในสังคมกับปัจเจกบุคคล และมีใช้ว่ากระบวนการนั้นจะเป็นไปในลักษณะของการแจกจ่ายในปริมาณที่เท่าเทียมกัน ทว่า เป็นไปในสัดส่วนที่เหมาะสม ความได้สัดส่วนจึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอในการใช้หลักความเสมอภาค ในหัวข้อนี้จึงมุ่งแยกการศึกษาถึงความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคลออกเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (2.5.2.1) และอิทธิพลของบริบททางสังคมต่อการเปลี่ยนแปลงในประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (2.5.2.2) โดยลำดับ

2.5.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

ด้วยลักษณะกายภาพของมนุษย์ที่อ่อนแอปราศจากเขี้ยวเล็บแต่ทรงภูมิปัญญา มนุษย์จึงมีความจำเป็นบางประการที่จะต้องอาศัยอยู่เป็นสังคมเพื่อช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการป้องกันภัย ลักษณะของมนุษย์ที่เป็นสัตว์สังคมและความจำเป็นในการพึ่งพาสังคมเพื่อความอยู่รอดเช่นนี้เป็นเหตุให้ชีวิตของมนุษย์มีความสัมพันธ์กับสังคมอย่างไม่อาจแยกจากกันได้ ภายใต้บริบทดังกล่าวประโยชน์ทั้งหลายในสังคมมนุษย์ย่อมสามารถแยกออกได้เป็นประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ประการหนึ่งและประโยชน์ของสังคมส่วนรวมอีกประการหนึ่ง และแม้ว่ามนุษย์กับสังคมจะเป็นส่วนหนึ่งของกันและกันและพึ่งพาอาศัยกันแต่ก็ได้รับการยอมรับมาโดยตลอดว่าประโยชน์ของปัจเจก

¹⁵¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน," *วารสารนิติศาสตร์*, 42, 2 (2556): 429-430.

¹⁵² Kees Waaldijk, "Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands," pp. 449-453.

บุคคลและประโยชน์ของสังคมอันอาจแยกออกจากกันได้นั้นมีลักษณะที่ขัดแย้งกันอยู่เสมอโดยธรรมชาติ ซึ่งเป็นผลมาจากความคิดที่ว่าเนื้อแท้ของมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ชีวิตที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวและสะท้อนออกในทุกการกระทำของตนเอง นักปรัชญากรีกหลายท่านต่างเห็นว่ามนุษย์จะอยู่ในสถานะที่สมบูรณ์ที่สุดเมื่อเขายอมลดประโยชน์ส่วนตัวของตนเองให้แก่ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมที่เขาอาศัยอยู่ อย่างไรก็ตาม การสละประโยชน์ส่วนตนนั้นจะไม่เกิดผลอันใดต่อตัวปัจเจกบุคคลเลยก็หาไม่ได้เพราะในขณะเดียวกันกับที่มนุษย์สละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อสังคมนั้นก็ยอมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองด้วย ซึ่งอาริสโตเติลได้แสดงถึงจุดร่วมของประโยชน์ที่แตกต่างกันเหล่านี้ ว่ามีทั้งรูปแบบของการรักตัวเองซึ่งแยกออกจากความเป็นอยู่ที่ดีของผู้อื่นและรูปแบบของการรวมกันของทั้ง 2 สิ่งดังกล่าว โดยการรักตัวเองในรูปแบบแรกนั้นเป็นความเห็นแก่ตัวที่ควรจะถูกประณาม ส่วนการรักตัวเองซึ่งรวมเอาความเป็นอยู่ที่ดีของผู้อื่นเข้าไว้ด้วยนั้นควรได้รับการยอมรับ ในความจริงแล้วความรักในรูปแบบหลังนี้เกิดขึ้นพร้อมกับความเห็นอกเห็นใจผู้อื่น และเมื่อใดที่บุคคลหนึ่งได้นิยามประโยชน์ของตนเองด้วยความเป็นอยู่ที่ดีของผู้อื่น เมื่อนั้นเขาย่อมกำลังยอมรับตัวตนที่ยิ่งใหญ่และกว้างขวางขึ้นของตนเอง และตัวตนของมนุษย์ประเภทนี้เองที่ก่อให้เกิดสิ่งซึ่งรู้จักกันทั่วไปในฐานะตัวตนในอุดมคติของปัจเจกบุคคล¹⁵³

ความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและสังคมในลักษณะที่หลอมรวมกันเป็นหนึ่งเดียวในปรัชญากรีกโบราณนี้ในเวลาต่อมายังคงเป็นพื้นฐานให้แก่ความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีสัญญาประชาคมในยุคเรืองปัญญาเนื่องจากสังคมเป็นผลของเจตจำนงร่วมกันของปัจเจกบุคคลที่เป็นสมาชิก ด้วยเหตุนี้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลจึงผสมรวมเข้ากับประโยชน์ของสังคม การกระทำของสังคมย่อมถือเป็นการกระทำของปัจเจกบุคคลเพื่อประโยชน์ของตัวปัจเจกบุคคลด้วยในขณะเดียวกัน และภายใต้กรอบความคิดนี้เอง ฌอง ฌากส์ รูสโซ ได้สรุปว่ากฎหมายซึ่งเป็นผลของเจตจำนงร่วมย่อมไม่อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่บัญญัติโดยบุคคลเพียงคนเดียวได้ และการที่สมาชิกของสังคมจะได้แก่ความยุติธรรมของกฎหมายนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง¹⁵⁴

การยึดโยงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเข้ากับสังคมในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันดูจะเป็นแนวคิดที่เหมาะสมอย่างยิ่งต่อความมั่นคงและการปกครองคนหมู่มากโดยเฉพาะในแง่ของการให้ความชอบธรรมต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ภายใต้สมมติฐานที่ว่าประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเป็นสิ่งเดียวกันและกฎหมายย่อมชอบธรรมเสมอ ความคิดดังกล่าวอันเป็นผลของการอนุมานว่าโดยปริยายย่อมสมประโยชน์สมาชิกในสังคมตราบเท่าที่เขาอาศัยหรือยังคงไม่ถูก

¹⁵³ Robert J. Milch and Charles H. Patterson, *CliffsNotes on Aristotle's Ethics* (Boston, New York, U.S.A.: Houghton Mifflin Harcourt, 2004), pp. 137-138.

¹⁵⁴ ฌอง ฌากส์ รูสโซ, *สัญญาประชาคม หรือ หลักแห่งสิทธิทางการเมือง*, หน้า 62-63.

จำกัดออกจากสังคมที่เป็นสมาชิกอยู่ ซึ่งในความเป็นจริงย่อมไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่าประโยชน์ของสังคมส่วนรวมนั้นตอบสนองประโยชน์ของปัจเจกบุคคลทุกคนจนกระทั่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับสมาชิกของสังคมทุกคนเสมอไป ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องของการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยโดยเฉพาะ และเมื่อเริ่มมีการยอมรับว่ามนุษย์ในสังคมมีความแตกต่างกันซึ่งการเข้ามารวมกันเป็นสังคมมนุษย์นั้นนอกจากประโยชน์ที่มนุษย์ได้รับร่วมกันจากการป้องกันภัยอันตรายซึ่งอาจเกิดขึ้นได้เสมอในธรรมชาติตามทฤษฎีสัญญาประชาคมคลาสสิกเท่านั้นที่อาจกล่าวอย่างรวม ๆ ได้ว่าเป็นประโยชน์ร่วมกันที่มีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคลโดยแท้ ขณะที่ประโยชน์อันสัมพันธ์กับความแตกต่างกันของปัจเจกบุคคลซึ่งไม่อาจประสานรวมกับประโยชน์ของสังคมได้อย่างกลมกลืนนั้นกลับนำไปสู่ปัญหาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อสมาชิกกลุ่มชายขอบในสังคมที่ยังคงปรากฏอยู่อย่างต่อเนื่องและยาวนาน

2.5.2.2 อิทธิพลของบริบททางสังคมต่อการเปลี่ยนแปลงในประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

เมื่อระยะเวลาล่วงเลยไปสภาวะการณ์ต่าง ๆ ย่อมมีความเปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่นเดียวกันเป็นธรรมดา คุณค่าที่ในห้วงเวลาหนึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นความดีหรือเป็นประโยชน์ อาจไม่ใช่ความดีหรือไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป หรือหากจะยังคงมีคุณค่าของความดีหรือประโยชน์อยู่ ก็อาจจะปรากฏในรูปแบบที่แตกต่างไปหรือในระดับความสำคัญที่ลดน้อยลง ในห้วงเวลาหนึ่งศาสนา อาจเป็นทั้งที่มาของแบบแผนแห่งคุณความดี จริยธรรม กฎหมาย และอำนาจทางการเมือง แต่ในอีกห้วงเวลาหนึ่งคุณค่าของศาสนาอาจถูกจำกัดลงให้เหลือเพียงบทบาทด้านการเป็นศูนย์รวมจิตใจและความเชื่อของศาสนิกชนที่นับถือศาสนานั้น ๆ การคลี่คลายในคุณค่าหรือประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น เป็นไปในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป แต่ในบางกรณีอาจมีลักษณะที่รวดเร็วและรุนแรง เช่น การล่มสลายของระบบการปกครองแบบเก่าและแทนที่ด้วยการปกครองรูปแบบใหม่โดยการปฏิวัติหรือสงครามซึ่ง เป็นเหตุให้สถาบันตลอดจนคุณค่าหรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองในระบอบเก่าหมดสิ้นความสำคัญไปภายในทันที

การสมรสและครอบครัวเป็นตัวอย่างที่ดีอีกตัวอย่างหนึ่งในสังคมและระบบกฎหมายที่มีความเปลี่ยนแปลงในเชิงคุณค่าไปตลอดเวลา นับตั้งแต่การสิ้นสุดของบทบาทของศาสนจักรที่มีต่อการสมรสและผลักดันให้การสมรสเป็นเรื่องทางโลกภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส เป็นเหตุให้การสมรสซึ่งครั้งหนึ่งเคยมีลักษณะเชิงสัญลักษณ์เป็นสถาบันที่ศักดิ์สิทธิ์และเป็นนิรันดร์ภายใต้กฎของพระเจ้าเป็นเจ้าเปลี่ยนไปสู่ความตกลงเสรีของชายและหญิงภายใต้ความควบคุมของกฎหมายบ้านเมือง การ

สูญเสียรูปแบบครอบครัวดั้งเดิมซึ่งเป็นศูนย์รวมวิถีชีวิตประจำวันของสมาชิกในสังคมตั้งแต่เกิดจนตาย ให้แก่ระบบสังคมและเศรษฐกิจวิถีใหม่ภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมที่สามและ ปรียาต่างมุ่งออกไป แสวงหารายได้จากนอกบ้านและปล่อยบ้านเรือนไว้ข้างหลังจนกระทั่งคุณค่าหรือประโยชน์ในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับครอบครัวหลงเหลืออยู่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์เท่านั้น

คุณค่าหรือประโยชน์ซึ่งควรถูกนำมาพิจารณาหาสัดส่วนความสัมพันธ์ระหว่าง ประโยชน์ของสังคมส่วนรวมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนี้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้อง พิจารณาเพื่อค้นหากฎเกณฑ์ที่เหมาะสมในลักษณะของการประสานประโยชน์อันได้สัดส่วนระหว่าง สังคมและปัจเจกบุคคลในแต่ละช่วงเวลา แต่ในอีกมิติหนึ่งสัดส่วนความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์ของ สังคมส่วนรวมและประโยชน์ของปัจเจกบุคคลยังอยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการ ทว่า ในระดับ ที่จำกัดซึ่งนอกจากจะเป็นการป้องกันมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติ บัญญัติแล้วยังช่วยให้กฎหมายมีลักษณะสะท้อนประโยชน์ในสังคมที่แท้จริงและไม่ถูกรบกวนจาก กระบวนการใช้อำนาจในลักษณะตั้งรับของฝ่ายตุลาการที่ขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน ศาลจึง เลือกที่จะเข้าไปตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่เป็นสาระสำคัญหรือกระทบสิทธิของบุคคลที่ไม่ใช่เฉพาะกลุ่ม ไตกลุ่มหนึ่งเท่านั้นจนอาจกล่าวได้ว่าในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ นั้น กฎหมายย่อมรอดจากสายตาการ ตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ¹⁵⁵ นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นประเด็นอันละเอียดอ่อนและยังคงมีการ ถกเถียงถึงความเหมาะสมอยู่ยังไม่เป็นที่ยุติ อาทิ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม จริยธรรม และ การเมือง ศาลก็มักจะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ฝ่ายตุลาการกลายเป็นสภานา ดย่อม (Mini-Legislature) ไป¹⁵⁶

2.6 สรุป

แม้ว่าหลักความเสมอภาคจะไม่ได้ถูกคิดค้นมาเพื่อใช้แก่บุคคลเพศทางเลือกโดยตรงหรือแม้แต่ถูก สร้างขึ้นเพื่อใช้กับระบบกฎหมาย ทว่า ลักษณะเด่นของหลักความเสมอภาคในการเปรียบเทียบสิ่ง 2 สิ่งซึ่งแม้จะไม่ใช่ประเภทเดียวกันหากสิ่ง 2 สิ่งนั้นมีสาระสำคัญร่วมกันบางประการส่งผลให้หลักความ เสมอภาคเข้ามามีอิทธิพลในระบบกฎหมายในฐานะเครื่องมือป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐใน ลักษณะของการกำหนดกรอบอย่างกว้างในการใช้อำนาจของรัฐเพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจในลักษณะของ การเลือกปฏิบัติที่ชัดเจนอย่างยิ่งได้ และเนื่องจากความสามารถของหลักความเสมอภาคในการจับเอา

¹⁵⁵ Susanne Baer, "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court," 256.

¹⁵⁶ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 6-7.

แก่นสารของวัตถุซึ่งจะถูกนำมาเปรียบเทียบความเหมือนหรือต่างกันเช่นนี้เองในด้านหนึ่งสอดคล้องกับความคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นจากความคิดที่ว่าความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นควรตั้งอยู่บนพื้นฐานคุณค่าภายในจิตใจอันส่งผลให้มนุษย์มีลักษณะที่สมบูรณ์และเป็นสากล ภายใต้ความเป็นมนุษย์ในบริบทเช่นนี้รูปลักษณะตลอดจนองค์ประกอบอื่นใดนอกเหนือจากคุณค่าเชิงนามธรรมอันมีส่วนร่วมของมนุษย์นั้นย่อมถือว่าเป็นเพียงเปลือกนอกและจะถูกนำมาใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงความเหมือนหรือต่างภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคอย่างเคร่งครัดเท่านั้น

หลักความเสมอภาคแม้จะตอบสนองการกระจายประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคมแก่มนุษย์ทุกคนโดยปราศจากความแตกต่างอันเนื่องมาจากเปลือกหุ้มภายนอก ทว่า ความแตกต่างอันเนื่องมาจากเพศของมนุษย์นั้นเป็นความแตกต่างซึ่งได้รับการยอมรับในหลักความเสมอภาคเองด้วยเหตุที่เพศนั้นเป็นผลผลิตซึ่งส่วนหนึ่งสืบเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติอันเกิดจากความแตกต่างด้านกายภาพระหว่างสรีระร่างกายของชายและหญิงซึ่งนำไปสู่บทบาทที่แตกต่างกันของมนุษย์แต่ละเพศในสังคม ภายใต้บริบทนี้ความแตกต่างทางเพศจึงมิใช่เกิดจากความแตกต่างทางสังคมอันจะสามารถแยกออกจากสภาวะของความเป็นมนุษย์ได้เสียทีเดียวแต่เพศกลับเป็นการผสมเอาหน้าที่ตามธรรมชาติและหน้าที่ซึ่งสังคมมอบหมายให้แก่บุคคลแต่ละคนบนพื้นฐานร่างกายของตนเองด้วย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะและข้อจำกัดอันสืบเนื่องมาจากเพศของบุคคลที่มีพื้นฐานมาจากข้อความจริงที่มีอาจปฏิเสธได้ของชายกับหญิงเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขสำคัญที่ว่า การยอมรับเอาความแตกต่างระหว่างเพศของบุคคลนั้นจะต้องมิได้เป็นไปเพื่อกีดกันหรือนำมาเป็นข้ออ้างให้เกิดการปฏิบัติต่อเพศใดเพศหนึ่งให้ด้อยไปกว่าอีกเพศหนึ่งอันจะเป็นเหตุให้ขัดหรือแย้งกับแก่นสารของหลักความเสมอภาคเสียเอง อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างสำคัญอันหากจะมีนั้นย่อมสามารถถูกยับยั้งขึ้นอย่างสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคก็เพียงแต่เพื่อสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้เพศชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงเท่านั้น

ลักษณะเด่นในการพิจารณาถึงสาระสำคัญมากกว่าเปลือกนอกของหลักความเสมอภาคเช่นนี้เองเป็นเหตุให้หลักความเสมอภาคมีความยืดหยุ่นสูงและเหมาะสมอย่างยิ่งที่จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งอาจถูกกดขี่โดยเหตุแห่งความแตกต่างอันทำให้บุคคลนั้น ๆ หลุดรอดจากความคุ้มครองของกฎหมายทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นไปโดยความตั้งใจหรือไม่ของรัฐก็ตาม การสลายความแตกต่างระหว่างบุคคลและแทนที่ด้วยสาระสำคัญอันเป็นจุดประสานหรือมีความสอดคล้องร่วมกันระหว่างบุคคลและนำมาพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถช่วยให้ความแตกต่างระหว่างบุคคลถูกมองข้ามไป

และจำเพาะสาระสำคัญอันมีร่วมกันของบุคคลเท่านั้นที่จะถูกนำมาพิจารณาในการใช้และตีความกฎหมายแต่ละฉบับ ความยืดหยุ่นเช่นนี้ของหลักความเสมอภาคยังช่วยให้รัฐสามารถใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วภายใต้บริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้ โดยเฉพาะการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมซึ่งยังไม่ถูกปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปหรือเพิ่มมากขึ้นกว่าขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายถูกพิจารณาในสภานิติบัญญัติ นอกจากนี้สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปยังส่งผลทั้งต่อความเปลี่ยนแปลงในวัตถุประสงค์ของกฎหมายและประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอันได้แก่สังคมส่วนรวม และปัจเจกบุคคลซึ่งล้วนเป็นปัจจัยที่จะต้องถูกนำมาพิจารณาภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคเช่นเดียวกัน



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

บทที่ 3

หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การศึกษาถึงหลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นมุ่งศึกษาถึงความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือก (3.1) ซึ่งเป็นมูลเหตุที่ส่งผลให้หลักความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระดับสากล แนวทางในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2) ซึ่งช่วยให้เข้าใจถึงสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก และข้อท้าทายในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.3) ตลอดจนบทสรุป (3.4) โดยลำดับ

3.1 ความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือก

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการถ่วงดุลอำนาจในสังคมโดยเฉพาะสังคมประชาธิปไตยซึ่งบทบาทในการปกครองถูกรวบไว้ในมือของชนกลุ่มใหญ่ที่กุมเสียงข้างมาก หากปราศจากหลักความเสมอภาคแล้วสิทธิเสรีภาพของชนเสียงข้างน้อยซึ่งยากที่จะมีโอกาสกำหนดนโยบายในการปกครองบ้านเมืองย่อมจะถูกถ่วงละเมิดอยู่เสมอ เช่นเดียวกันกับกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกซึ่งมิใช่ประชากรส่วนใหญ่ของสังคมที่หลักความเสมอภาคได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้จากการศึกษาถึงหลักความเสมอภาคกับบทบาทในการชดเชยโอกาสแก่กลุ่มบุคคลชายขอบ (3.1.1) ความสำเร็จของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในสังคม (3.1.2) และการคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค (3.1.3) ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก

3.1.1 หลักความเสมอภาคกับบทบาทในการชดเชยโอกาสแก่กลุ่มบุคคลชายขอบ

นอกจากบทบาทของหลักความเสมอภาคที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งช่วยให้บุคคลสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกันอันมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมคุณค่าของความเป็นมนุษย์และป้องกันปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ ภายใต้บริบทเศรษฐกิจและสังคมสมัยใหม่นั้นแนวคิดของหลักความเสมอภาคได้ขยายออกจากหลักความเสมอภาครูปแบบทางการที่มุ่งต่อการยุติการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่าง



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / rev: 29082565 10:13:37 / seq: 37

บุคคลไปสู่ความเสมอภาคด้านโอกาสหรือความเสมอภาคในความเป็นจริงซึ่งมุ่งสู่การยุติความเหลื่อมล้ำที่ยังคงปรากฏอยู่โดยการปฏิบัติที่แม้จะมีความแตกต่างกันแต่ก็เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของกลุ่มประชากรในสังคมและมีความสัมพันธ์กับข้อจำกัดที่ส่งผลให้ประชากรกลุ่มนั้นไม่สามารถเข้าถึงโอกาสที่จะมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีได้อย่างเท่าเทียมกับประชากรส่วนใหญ่ของสังคม ซึ่งในความเป็นจริงแล้วยังไม่อาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพื่อชดเชยโอกาสแก่ประชากรบางกลุ่มนั้นแม้จะมีรูปแบบที่แตกต่างแต่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคเสียทีเดียว เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วหลักความเสมอภาคคือการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสิ่งที่แตกต่างกันแต่ด้วยผลของพัฒนาการของหลักความเสมอภาคที่ในห้วงเวลาหนึ่งภายใต้อิทธิพลของความคิดแบบปัจเจกชนนิยมได้หลอมรวมเอาคุณค่าความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลเข้าไว้ในหลักความเสมอภาค¹ และเป็นเหตุให้การปฏิบัติที่แตกต่างกันบนพื้นฐานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะประจำตัวของบุคคลนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามภายใต้ข้อสันนิษฐานทางศีลธรรมว่ามนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกันในธรรมชาติ แต่ผลของการยอมรับว่าภายใต้บริบทแห่งความเป็นจริงที่ความแตกต่างซึ่งยังคงมีอยู่และเป็นเรื่องทางกายภาพอันสามารถจับต้องได้ที่เป็นคนละเรื่องกับคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในทางศีลธรรมนั้นยังคงส่งผลใหญ่หลวงต่อประชากรบางกลุ่มในสังคมและนำไปสู่การยอมรับว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในสังคมซึ่งขัดต่อข้อสันนิษฐานข้างต้นเป็นเรื่องที่สามารถยอมรับได้ ทั้งหากจะได้พิจารณาถึงพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างกันระหว่างบุคคลกับผลเสียหรือข้อด้อยที่ปรากฏให้เห็นเป็นจริงอยู่อันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงเหล่านั้นไม่ว่าจะในด้าน เพศ ความพิการ หรือชาติกำเนิด ย่อมเป็นเรื่องเหมาะสมอย่างยิ่งหากกฎหมายจะปฏิบัติต่อประชากรกลุ่มดังกล่าวให้แตกต่างไปจากประชากรกลุ่มอื่นในลักษณะที่เอื้อประโยชน์บางประการที่สอดคล้องกับสาระสำคัญของความแตกต่างที่ยังคงปรากฏอยู่นั้น

การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมเพื่อชดเชยโอกาสแก่ประชากรบางกลุ่มในสังคมนั้นได้พัฒนาบทบาทของหลักความเสมอภาคจากเดิมที่จำกัดอยู่ในฐานะเครื่องมือในการใช้และตีความกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนโครงสร้างของสังคมอีกประการหนึ่งโดยการยอมรับสถานะและบริบทความเป็นจริงของสังคมยิ่งไปกว่าการจำกัดบทบาทของหลักความเสมอภาคให้อยู่เฉพาะในปริมนทลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ในเบื้องต้นได้แก่การรับรู้ถึงช่องว่างที่ขยายระยะห่างระหว่างประชากรกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมให้กว้างมากยิ่งขึ้นอันเนื่องมาจากการเกิดขึ้นของปัจจัยในการดำรงชีวิตและเทคโนโลยีรูปแบบใหม่ที่นำไปสู่การเกิดขึ้นของชั้นในสังคมระหว่างผู้ที่มีกำลังทรัพย์และผู้ที่ไม่มียกกำลังทรัพย์พอที่จะสามารถเข้าถึงปัจจัยหรือเทคโนโลยีเหล่านั้นได้และยอมรับว่ากลุ่มประชากรบาง

¹ Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 2.

ประเภท อาทิ ผู้หญิง ผู้พิการ หรือกลุ่มชาติพันธุ์ได้ตกเป็นประชากรกลุ่มหลังที่ไม่อาจเข้าถึงปัจจัยอันจำเป็นนั้น ๆ อันเป็นผลโดยตรงจากการมีลักษณะเฉพาะกลุ่มของพวกเขา² ซึ่งนำไปสู่การกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่แม้จะไม่สามารถกำจัดความไม่เสมอภาคทั้งหลายลงได้อย่างสิ้นเชิงก็ตามหากแต่รัฐเห็นว่ามีเหมาะสมที่จะลดระดับช่องว่างระหว่างกลุ่มประชากรของตนให้แคบลง โดยมาตรการรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการนิยมนำมาใช้คือการสำรองที่นั่งหรือการกำหนดโควตาพิเศษให้แก่กลุ่มผู้ด้อยโอกาส ซึ่งในบางประเทศถูกนำมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม อาทิ การกำหนดโควตาให้แก่กลุ่มประชากรที่เคยอยู่ในวรรณะจัณฑาลและกลุ่มชาติพันธุ์ในรัฐธรรมนูญอินเดีย อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่มาตรการรูปแบบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกลไกในระบบตลาดเสรี การนำมาตรการในรูปแบบของการสำรองที่นั่งหรือการกำหนดโควตามาใช้เพื่อส่งเสริมความเสมอภาคด้านโอกาสของกลุ่มชายขอบจึงต้องเป็นไปเพื่อเป้าหมายในการส่งเสริมเสรีภาพเป็นหลัก และด้วยเหตุดังกล่าวในการกำหนดนโยบายลักษณะนี้รัฐจะต้องสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการสำรองที่นั่งหรือมาตรการอื่นในทำนองเดียวกันจะเปิดช่องให้เสรีภาพยังคงดำรงอยู่ได้และระบบตลาดจะสามารถดำเนินต่อไปภายใต้มาตรการดังกล่าวได้อย่างเสรีมากกว่าที่จะเกิดผลในทางตรงกันข้าม³

หลักความเสมอภาคยังมีบทบาทอย่างยิ่งต่อการยกระดับคุณภาพชีวิตของกลุ่มผู้ด้อยโอกาสแม้กระทั่งในระบบกฎหมายที่ปฏิเสธความเสมอภาครูปแบบอื่นนอกจากความเสมอภาครูปแบบทางการเช่นประเทศฝรั่งเศสที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งมีลักษณะเอื้อประโยชน์ต่อประชากรฝรั่งเศสบางกลุ่มเป็นพิเศษ อาทิ การกำหนดให้สำรองตำแหน่งพนักงานปกครองระดับล่างจำนวนร้อยละ 10 ไว้ให้แก่ประชากรชาวฝรั่งเศสที่นับถือศาสนาอิสลามซึ่งถือกำเนิดในแอลจีเรีย ที่แม้ว่าในคดีดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะมีได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดสิทธิพิเศษแก่ชาวมุสลิมในทำนองที่ได้ประโยชน์มากกว่าบุคคลทั่วไปโดยตรงด้วยเหตุผลที่คณะตุลาการยกขึ้นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่แล้วภายใต้หลักการเดิมซึ่งไม่อาจจะวินิจฉัยถึงความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ แต่โดยผลของคำวินิจฉัยที่แม้จะมีลักษณะหลีกเลี่ยงการกล่าวถึงประเด็นที่ละเอียดอ่อนนี้ก็เป็น การคงกฎเกณฑ์ลักษณะดังกล่าวไว้และอาจกล่าวได้ว่าในความเป็นจริงคณะตุลา

² สุริชัย หวันแก้ว, คนชายขอบ: จากความคิดสู่ความจริง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 121-122.

³ Dipankar Gupta, "Positive Discrimination and the Question of Fraternity: Contrasting Ambedkar and Mandal on Reservations," *Economic and Political Weekly* 32, no. 31 (1997): 1972.

การรัฐธรรมนูญได้ให้กำเนิดหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมขึ้นแล้วในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส⁴

3.1.2 ความสำเร็จของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในสังคม

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาความไม่เท่าเทียมที่ปรากฏอยู่จริงในสังคม การศึกษาถึงความสำเร็จของหลักความเสมอภาคต่อการขจัดความเหลื่อมล้ำรูปแบบต่าง ๆ ทั้งด้านบทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชายกับหญิง (3.1.2.1) และด้านบทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากเชื้อชาติและสีผิว (3.1.2.2) ในฐานะที่ทั้ง 2 ประการเป็นแบบอย่างของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อแก้ไขปัญหาซึ่งเกิดขึ้นในระดับโครงสร้างของสังคมได้อย่างเหมาะสมย่อมเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคต่อไป

3.1.2.1 บทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชายกับหญิง

ชายและหญิงมีสภาพแห่งร่างกายที่แตกต่างกันโดยธรรมชาติซึ่งส่งผลต่อหน้าที่ของแต่ละเพศในการดำรงชีวิตอันเป็นลักษณะของมนุษย์ในฐานะสัตว์สังคมที่ต้องอาศัยการช่วยเหลือพึ่งพาซึ่งกันและกันเพื่อให้มีชีวิตรอด ไม่มีมนุษย์คนใดสามารถมีชีวิตอยู่อย่างโดดเดี่ยวได้ในฐานะมนุษย์ที่สมบูรณ์ ในขณะที่ชายทำหน้าที่ล่าสัตว์และต่อสู้เพื่อแสวงหาอาหารและขยายอาณาเขต บทบาทของเพศหญิงมักจะถูกจำกัดให้รับหน้าที่เกี่ยวกับการใช้แรงงานภายในครัวเรือน การแบ่งแยกลักษณะหน้าที่ของชายและหญิงในทำนองนี้ไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นเพราะสภาพร่างกายของหญิงไม่เหมาะแก่การทำงานหนักหรือการใช้กำลัง เนื่องจากหน้าที่ภายในครัวเรือนไม่ได้หมายถึงการจัดการหรือทำความสะอาดบ้านเรือนเท่านั้นหากแต่รวมถึงงานด้านการเพาะปลูกและเก็บเกี่ยวซึ่งต้องใช้แรงงานหนักอันเป็นบทบาทสำคัญอีกประการหนึ่งของหญิงที่สามารถพบเห็นได้อยู่เสมอในสังคมเกษตรกรรม

ภายใต้สภาวะที่หญิงถูกจำกัดบทบาทให้อยู่เฉพาะภายในครัวเรือนเช่นนี้ส่งผลให้สิทธิเสรีภาพในเรื่องที่ได้รับการยอมรับว่าไม่สอดคล้องกับภาระหน้าที่ของหญิงไม่ถูกยอมรับว่าเป็นสิทธิเสรีภาพอันเพศหญิงพึงมีพึงได้ไปด้วย อาทิ สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการดำรง

⁴ Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 64-65.

ตำแหน่งทางการเมือง การปฏิบัติหน้าที่ด้านการทหาร และการทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้ถูกพิจารณาว่ามีใช้สิทธิเสรีภาพที่เพศหญิงมีแม้ในขณะนั้น ๆ รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายไว้ และการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เช่นนั้นก็ได้เป็นเพราะว่าเพศหญิงถูกมองว่าต่ำต้อยกว่าเพศชายหากแต่เป็นเพราะการยอมรับว่าหญิงนั้นอยู่ในสถานะพิเศษทั้งในฐานะของภริยาและมารดาของบุตร เพศหญิงจึงต้องได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากชายทั้งภายใต้บริบทของการปกครองและกฎหมาย⁵

บทบาทของหลักความเสมอภาคต่อการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศชายและหญิงในสังคมนั้นสะท้อนให้เห็นเด่นชัดทั้งในบทบาทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มีต่อการปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางสังคมให้อีกต่อการที่หญิงจะสามารถใช้ชีวิตได้อย่างเท่าเทียมกับชาย และการกำหนดให้เพศเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งการจะปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงได้นั้นจะต้องผ่านการตรวจสอบด้วยมาตรการที่เคร่งครัดเป็นพิเศษ ในด้านบทบาทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มีต่อการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศชายและหญิงนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการทำให้หญิงมีความเสมอภาคกับชายอย่างแท้จริงในหลากหลายมิติ โดยเฉพาะในด้านการทำงาน เนื่องจากภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศรัฐมีภาระหน้าที่ที่จะต้องกำจัดอุปสรรคที่ส่งผลให้เกิดความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศที่ยังคงดำรงอยู่จริงในสังคมให้หมดสิ้นไปเพื่อสนับสนุนให้หญิงสามารถมีสิทธิและเสรีภาพได้อย่างเต็มที่ภายในข้อจำกัดอันเนื่องมาจากเพศสภาพของตน ในสถานะเช่นนี้หญิงมีจำต้องปรับเปลี่ยนหรือพัฒนาศักยภาพของตนเองเพื่อให้ได้รับการยอมรับหรือเพื่อให้สามารถมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกับชาย ในทางตรงข้ามรัฐมีภาระหน้าที่ในอันที่จะต้องกำจัดหรือเปลี่ยนอุปสรรคทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคที่ปรากฏในโครงสร้างทางสังคมหรือระบบกฎหมายที่มีอยู่เพื่อสนับสนุนให้หญิงสามารถพัฒนาศักยภาพและความเป็นตัวตนที่สอดคล้องกับเพศสภาพของตนเองได้อย่างเต็มที่ และเพื่อให้หลักการดังกล่าวเกิดเป็นผลสำเร็จได้จริงการใช้หลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงมีผลไปถึงองค์กรเอกชนซึ่งโดยปรกติแล้วมิใช่ผู้มีภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคด้วย⁶

ในขณะที่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศทำหน้าที่ปรับเปลี่ยนโครงสร้างของสังคมให้หญิงสามารถพัฒนาศักยภาพได้อย่างเต็มที่ภายในข้อจำกัดที่ปรากฏในความเป็นตัวตนของ

⁵ Darien A. McWhirter, *Equal Protection* (Phoenix, Arizona, U.S.A.: Oryx Press, 1995), pp. 106-107.

⁶ Monica Bhattacharyya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 927-928, 932.

ตนเองอันมีรูปแบบเชิงรุก การกำหนดมาตรฐานที่เคร่งครัดเป็นพิเศษเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างชายและหญิงนั้นทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของหญิงในเชิงตั้งรับเพื่อประกันว่าหญิงจะไม่ถูกปฏิบัติให้แตกต่างจากชายเพียงเพราะการที่พวกเขานั้นมีเพศที่แตกต่างกันซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม⁷ อย่างไรก็ตาม การกำหนดมาตรการที่เคร่งครัดเป็นพิเศษในการปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศนั้นมิได้จำกัดเฉพาะในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้เพศเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น ในระบบกฎหมายซึ่งบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในลักษณะทั่วไป อาทิ ในกรณีของหลักความเสมอภาคที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาระดับที่แตกต่างของความเคร่งครัดในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญไว้ และการกำหนดมาตรฐานเพื่อพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับที่แตกต่างกันมีอิทธิพลอย่างมากต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้ด้อยโอกาสในสังคมที่ลำพังมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำแนกความแตกต่างไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของหญิงหากพิจารณาจากทั้งธรรมชาติของความแตกต่างอันสืบเนื่องมาจากเพศและบริบททางประวัติศาสตร์ของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ ที่เดิมทีระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับมาตรฐานการพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับเคร่งครัดเฉพาะในกรณีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ และใช้เกณฑ์การตรวจสอบความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายอันเป็นมาตรฐานในระดับทั่วไปแก่การตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุอื่น ๆ จนกระทั่งใน ค.ศ. 1976 ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยในคดี Craig v. Boren ว่าการกำหนดอายุขั้นต่ำของผู้ที่สามารถซื้อเครื่องดื่มมีแอลกอฮอล์ในปริมาณมากกว่า 3.2 เปอร์เซ็นต์ขึ้นไปให้แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิง โดยกำหนดมิให้จำหน่ายเครื่องดื่มมีแอลกอฮอล์แก่ชายอายุต่ำกว่า 21 ปี และแก่หญิงอายุต่ำกว่า 18 ปี ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคภายใต้มาตรฐานที่เคร่งครัดมากขึ้นกว่าระดับทั่วไปแต่ยังไม่เคร่งครัดเท่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ โดยการกำหนดมาตรฐานการตรวจสอบในระดับกลางขึ้นเพื่อใช้ตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศที่ภายใต้มาตรฐานดังกล่าวการปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศจะสามารถยอมรับได้ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์อันสำคัญของรัฐบาลเท่านั้น และปรากฏว่าในคดี Craig v.

⁷ Ibid.

Boren เหตุผลของรัฐในการกำหนดอายุผู้บริโภคเครื่องดื่มมีแอลกอฮอล์ที่แตกต่างเป็นไปเพื่อการป้องกันอุบัติเหตุด้านการจราจรโดยการนำสถิติเพศและอายุของผู้ประสบอุบัติเหตุมาเป็นเหตุในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างชายกับหญิงซึ่งศาลเห็นว่ายังไม่มีมีความสำคัญและน้ำหนักเพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นเหตุแห่งการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ โดยผลของคำพิพากษาคดีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดบรรทัดฐานใหม่ซึ่งในเวลาต่อมานำไปสู่การวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงหลายฉบับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายที่ให้สิทธิบุตรซึ่งบิดาอยู่ในสถานะว่างงานเท่านั้นมีสิทธิได้รับเงินชดเชยแต่ไม่รวมถึงบุตรซึ่งมารดาอยู่ในสถานะว่างงาน⁸

3.1.2.2 บทบาทของหลักความเสมอภาคในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำอัน เนื่องมาจากเชื้อชาติและสีผิว

ในขณะที่ปัญหาความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากเพศส่วนหนึ่งเกิดจากสถานะแห่งร่างกายที่ต่างกันระหว่างชายกับหญิงซึ่งสะท้อนไปยังบทบาทและหน้าที่ซึ่งแต่ละเพศมีต่อสังคม ปัญหาความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากเชื้อชาติและสีผิวนั้นกลับตรงข้ามกับความแตกต่างด้านเพศที่ความแตกต่างด้านเชื้อชาติและสีผิวเป็นผลของการกดขี่ของกลุ่มเชื้อชาติหรือสีผิวที่กุมอำนาจทางการเมืองมากกว่าในอันที่จะกระทำต่อกลุ่มชาติพันธุ์หรือสีผิวที่แตกต่างไปจากตน การกดขี่ลักษณะดังกล่าวสามารถพบได้ในกระบวนการผลักดันให้กลุ่มชาติพันธุ์อินุในญี่ปุ่นกลายเป็นกลุ่มชายขอบ ที่อาจกล่าวได้ว่าชาวอินุมีชะตากรรมไม่ต่างจากชนพื้นเมืองในดินแดนอื่นของโลกที่กำลังถูกกลืนและถูกทำลายทางวัฒนธรรมโดยประชากรกลุ่มหลักที่มีอำนาจทางการเมืองและเศรษฐกิจเหนือกว่า ซึ่งการกระทำดังกล่าวมักเกิดขึ้นภายใต้ข้ออ้างในการสร้างประเทศให้ทันสมัย ชาวอินุถูกบังคับให้ล้มตัวตนดั้งเดิมของตนและถูกชี้แนะให้เข้าสู่สถานะแห่งความเจริญที่รัฐบาลญี่ปุ่นยึดเยียดให้ เป็นเหตุให้พวกเขาต้องละทิ้งวิถีชีวิตที่เคยเป็นมา ละทิ้งภาษาของตนและการใช้ชีวิตอันกลมกลืนกับธรรมชาติปล่อยให้ที่ดินตกอยู่ภายใต้โครงการพัฒนาต่าง ๆ ของรัฐบาลญี่ปุ่น การถ่ายทอดภูมิความรู้จากรุ่นสู่รุ่นสิ้นสุดลงและแทนที่ด้วยระบบการศึกษาที่เต็มไปด้วยการเลือกปฏิบัติระหว่างลูกหลานชาวอินุกับชาวญี่ปุ่น⁹

ความเหลื่อมล้ำซึ่งเกิดจากการกดขี่กลุ่มชาติพันธุ์หรือสีผิวจากกลุ่มอื่นซึ่งกุมอำนาจการเมืองนั้นจะเป็นการทำซ้ำภายใต้กรอบความคิดของความสูงส่งและเหนือกว่าซึ่งเกิดขึ้นในทุกภูมิภาคของโลกตั้งแต่อดีตจนกระทั่งปัจจุบัน นับตั้งแต่ปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนในอินเดีย กลุ่มชาวอาฟริกัน-อเมริกันในสหรัฐอเมริกา ตลอดจนปัญหาของกลุ่มชาติพันธุ์และชนกลุ่มน้อย หลักความเสมอภาคมี

⁸ Darien A. McWhirter, *Equal Protection*, pp. 110-112.

⁹ สุริชัย หวันแก้ว, *คนชายขอบจากความคิดสู่ความจริง* :, หน้า 141-142.

บทบาทสำคัญระดับหนึ่งในการต่อสู้กับความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นจากเชื้อชาติและสีผิวดังกล่าวซึ่งปรากฏทั้งในรูปแบบของการกำหนดให้การปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติต้องผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยบทบัญญัติแห่งหลักความเสมอภาคในระดับที่เคร่งครัด กล่าวคือ การปฏิบัติที่แตกต่างเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติจะเป็นเรื่องที่สามารถยอมรับได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับวัตถุประสงค์อันมีลักษณะบังคับเท่านั้น¹⁰ นอกจากการกำหนดให้ข้อเท็จจริงด้านเชื้อชาติเป็นข้อเท็จจริงซึ่งต้องการมาตรฐานการพิจารณาในการปฏิบัติที่แตกต่างอย่างเคร่งครัดแล้ว ในหลายประเทศ เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด และสีผิว ยังเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของรัฐธรรมนูญซึ่งส่วนหนึ่งเป็นทั้งความพยายามในการแก้ไขผลเสียหายของนโยบายแบ่งแยกเชื้อชาติและสีผิวที่เคยเกิดขึ้นในอดีต และเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะสร้างความเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สังคมเปิดกว้างสำหรับการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน¹¹ ตลอดจนมาตรการเพื่อลดความเหลื่อมล้ำด้านโอกาสของกลุ่มชาติพันธุ์ภายใต้กรอบความคิดของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมโดยเฉพาะการกำหนดโควตาในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือองค์กรของรัฐและการสำรองที่นั่งในสถานศึกษาแก่กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยที่ยังคงได้รับความนิยมนำมาใช้เพื่อส่งเสริมให้กลุ่มชาติพันธุ์มีโอกาстиเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป¹²

ไม่เพียงแต่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล บทบาทของหลักความเสมอภาคในเรื่องเชื้อชาติและสีผิวยังนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคมด้านความเชื่อและทัศนคติที่มีต่อกลุ่มด้อยโอกาสอีกด้วย ในคดี *Loving v. Virginia* ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่ากฎหมายของรัฐเวอร์จิเนียที่ห้ามการแต่งงานข้ามสีผิวขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคและสิทธิในการสมรสของชาวอาฟริกัน-อเมริกันที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยศาลเห็นว่ากฎหมายห้ามแต่งงานข้ามเชื้อชาติของรัฐเวอร์จิเนียมีลักษณะเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติซึ่งไม่ปรากฏว่ามีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายอันสามารถนำมาสนับสนุนการแบ่งแยกนี้ได้ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ผลของคำพิพากษาคิดดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลภายใต้บริบทของความเสมอภาคในเรื่องเชื้อชาติและสีผิว เนื่องจากอิทธิพลทางศาสนาที่มีต่อการแบ่งแยกและการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติส่งผลให้การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติฝังแน่นในสังคมและยากที่จะเกิดการเปลี่ยนแปลง ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นแห่งมลรัฐ

¹⁰ Darien A. McWhirter, *Equal Protection*, p. 111.

¹¹ David Bilchitz, *Constitutional Change and Participation of LGBTI Groups: A Case Study of South Africa*, pp. 5, 7-8.

¹² Dipankar Gupta, "Positive Discrimination and the Question of Fraternity: Contrasting Ambedkar and Mandal on Reservations," 1971-1972; Levade 2004: Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 64-65; Fisher v. University of Texas.

เวอร์จิเนียถึงความจำเป็นของการมีกฎหมายห้ามแต่งงานข้ามสีผิวที่ศาลเห็นว่าพระเจ้าได้ทรงสร้างให้มนุษย์ที่สีผิวแตกต่างกันเป็นคนผิวขาว ผิวดำ ผิวเหลือง และผิวแดง แล้วทรงจัดให้ชนเหล่านั้นอยู่ในทวีปที่แตกต่างกันเพราะพระองค์ไม่ปรารถนาให้มีการผสมข้ามเชื้อชาติกัน และหากไม่เป็นเพราะการแทรกแซงพระประสงค์นี้ก็จะไม่มีมูลเหตุของการสมรสในรูปแบบดังกล่าวขึ้น¹³

โดยผลของคำพิพากษาคดี Loving v. Virginia ไม่เพียงแต่จะเป็นการล้มล้างกรอบความคิดดั้งเดิมที่สนับสนุนอำนาจรัฐในการแบ่งแยกชนผิวขาวออกจากชาวผิวสีในประเทศสหรัฐอเมริกา การสิ้นสุดของข้อจำกัดทางกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานเชื้อชาติและสีผิวยังเป็นการสิ้นสุดของสถานะอันสูงสุดของชนผิวขาวในสังคมอเมริกันอีกด้วย¹⁴ นอกจากนี้โดยผลของคำพิพากษาคดีดังกล่าวยังนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงในคุณค่าของครอบครัวชาวอเมริกันในฐานะการเปิดมุมมองใหม่ด้านการยอมรับความแตกต่างตามที่ปรากฏอยู่จริงให้แก่สังคม และเปิดโอกาสให้สังคมได้รับทราบถึงคุณค่าของสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่รัฐมีอาจแบ่งแยกและจำกัดสิทธิของบุคคลโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือได้ บทบาทของการยุติความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากเชื้อชาติและสีผิวยังเป็นจุดหมายสำคัญประการหนึ่งซึ่งชี้นำพัฒนาการด้านการยอมรับสิทธิของกลุ่มชายขอบอื่น ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงกลุ่มเพศทางเลือกและสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งเผชิญปัญหาด้านข้อจำกัดของกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในทำนองเดียวกัน

3.1.3 การคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค

อิทธิพลอันสำคัญยิ่งประการหนึ่งที่หลักความเสมอภาคมีต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกคือการคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค ซึ่งระดับแรกอยู่ในรูปแบบของสถานะทับซ้อนระหว่างสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการอื่น (3.1.3.1) และเมื่อมีการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างแพร่หลายมากยิ่งขึ้นย่อมนำไปสู่อิทธิพลของหลักความเสมอภาคต่อการคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.1.3.2) ในที่สุด โดยปรากฏการณ์ดังกล่าวยังสามารถนำไปสู่การคาดการณ์แนวโน้มและบทบาทของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในอนาคต (3.1.3.3) ได้อีกด้วย

¹³ William N. Eskridge Jr, "A History of Same-Sex Marriage," *Virginia Law Review* 79 (1993):1505

¹⁴ Ibid.: 1506.

3.1.3.1 สภาวะทับซ้อนระหว่างสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการอื่น

สิทธิคืออำนาจซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้โดยกฎหมายในที่นี้ย่อมหมายถึงกฎหมายบ้านเมืองซึ่งอาจจะอยู่ในรูปบทบัญญัติที่มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จารึก ประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป ตลอดจนกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีอยู่แล้วก่อนการเกิดขึ้นของรัฐและอำนาจนิติบัญญัติทั้งปวง สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจึงหมายถึงการที่กฎหมาย ตลอดจนองค์กรซึ่งมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดรับรองและคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยการยอมรับในระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกระบวนการนิติบัญญัติหรือผ่านการใช้และตีความกฎหมายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นหน่วยหรือสถาบันรูปแบบหนึ่งซึ่งควรจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในสังคมรูปแบบอื่นได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของครอบครัวตามที่ยอมรับกันทั่วไปหรือไม่ก็ตาม และเมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย สิทธิหน้าที่ของบุคคลเพศทางเลือกอันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันในรูปแบบดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นผิดแผกไปจากวิถีชีวิตของมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับในสังคมและระบบกฎหมายมาโดยตลอด หนทางเดียวที่บุคคลเพศทางเลือกซึ่งไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะระบบกฎหมายไม่รับรู้วิถีการใช้ชีวิตร่วมกันจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจึงเป็นไปในลักษณะของการยอมรับสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีวิถีแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันผิดแผกไปจากรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันที่ได้รับการยอมรับอยู่แล้วทั่วไปผ่านการรับรู้ถึงความเป็นมนุษย์ซึ่งมีอยู่ร่วมกันในตัวปัจเจกบุคคลทุกคนอันเป็นสถานะซึ่งปราศจากความแตกต่างในด้านเพศและวิถีการดำเนินชีวิตเท่านั้น โดยสภาวะดังกล่าวได้นำไปสู่การทับซ้อนระหว่างสิทธิที่เกี่ยวกับข้อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับสิทธิเสรีภาพประการอื่น ซึ่งได้รับการยอมรับอยู่แล้วในระบบกฎหมายอันมีรากฐานร่วมกันกับการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนในสังคมไม่ว่าเขาเหล่านั้นจะมีรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันในลักษณะใด

ในระยะแรกของการยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปนั้น หากพิจารณาจากรูปแบบการใช้และตีความถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานจึงมักจะพบว่ามีการให้คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลทั่วไปและบุคคลเพศทางเลือกเสียก่อนทั้งนี้เพื่อขยายสิทธิเสรีภาพทั้งหลาย

เหล่านี้นั้นให้ครอบคลุมปริมาณที่เกี่ยวกับบุคคลเพศทางเลือกตลอดจนวิถีชีวิตของพวกเขาได้ อาทิ การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศโคลัมเบียได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวในรัฐธรรมนูญโคลัมเบียในประเด็นเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคล โดยวิเคราะห์ถึงแก่นสารของการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ที่มีได้อยู่ภายใต้อิทธิพลของรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันว่าเพศนั้นไม่ว่าจะเป็นรักต่างเพศหรือรักเพศเดียวกันก็ตามย่อมเป็นองค์ประกอบสำคัญของร่างกายและจิตวิญญาณมนุษย์ ด้วยเหตุนี้เพศจึงถูกรวมไว้ในกรอบด้านมนุษย์สัมพันธ์ การคุ้มครองโดยสมบูรณ์ในรูปแบบของสิทธิในตัวตนและเสรีภาพในการพัฒนาตนเองตามรัฐธรรมนูญจึงรวมการตัดสินใจเกี่ยวกับเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้าไว้ในสาระสำคัญแห่งสิทธิด้วย และย่อมเป็นการปราศจากเหตุผลถ้าการตัดสินใจเกี่ยวกับตัวตนทางเพศนั้นยังคงอยู่นอกเหนือขอบเขตของสิทธิในตัวตนและเสรีภาพในการพัฒนาตนเอง เป็นเหตุให้พฤติกรรมทางเพศรวมอยู่ในการพัฒนาตัวตนของบุคคลซึ่งเป็นศูนย์กลางแห่งสิทธิดังกล่าว¹⁵

ความเป็นมนุษย์จึงเป็นสาระสำคัญอันจะนำไปสู่การรับรู้การมีอยู่ของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งซ่อนอยู่ภายใต้หลังฉากของสิทธิเสรีภาพประการอื่นที่ได้รับการบัญญัติรับรองและคุ้มครองคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันมีอยู่ในบุคคลทุกคนเช่นเดียวกันแม้จะมีรูปแบบการใช้ชีวิตที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะเจตจำนงอิสระของมนุษย์ที่จะเลือกวิถีชีวิตของตนเองภายใต้บริบทนี้อาจกล่าวได้ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทุกประการซึ่งมีพื้นฐานมาจากการรับรู้และยอมรับในความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลนั้นแอบซ่อนเอาสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกไว้เบื้องหลังทั้งสิ้นและเป็นหน้าที่ของฝ่ายที่มีอำนาจใช้และตีความบทบัญญัติแห่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าวที่จะแทนคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งสิทธิเสรีภาพแต่ละลักษณะรับเอาเป็นพื้นฐานนั้นด้วยคุณค่าซึ่งมีอยู่เช่นเดียวกันในตัวบุคคลเพศทางเลือกในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลคนหนึ่งและแสดงออกมาให้ปรากฏผ่านการใช้และตีความสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานภายใต้บริบทของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

3.1.3.2 อิทธิพลของหลักความเสมอภาคต่อการคลี่คลายของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การสลายความแตกต่างระหว่างบุคคลเป็นขั้นตอนสำคัญประการแรกในการขยายสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้ครอบคลุมการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยผลของการ

¹⁵ “Judgement No. C-098/96 of 7 March 1996” in International Commission of Jurists, Short Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioner Guide No.4, pp. 53-54.

ยอมรับความเป็นมนุษย์ของบุคคลเพศทางเลือก ไม่อาจปฏิเสธถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสากลและนิรันดร์ว่ามนุษย์นั้นแตกต่างกันทั้งโดยการกำเนิดและวิถีการดำรงชีวิต ในอีกแง่มุมหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าบนโลกของเรานั้นมีความหลากหลายของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นคนผิวขาว คนผิวสี คนจน คนรวย ชาย หญิง เด็ก คนชรา ชาวพุทธ ชาวคริสต์ ชาวยิว ชาวฝรั่งเศส ชาวเยอรมัน กลุ่มชาติพันธุ์ หรือแม้แต่บุคคลไร้สัญชาติ ด้วยมีข้อเท็จจริงจำนวนมหาศาลที่มนุษย์อาจแสวงหามาเป็นเครื่องบ่งชี้ลักษณะเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลในสังคมได้เสมอ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้วกลับจะพบว่าความแตกต่างอันสืบเนื่องมาจากความหลากหลายที่เป็นผลของการกำหนดลักษณะเฉพาะตัวบุคคลดังกล่าวสัมผัสเฉพาะเพียงพื้นผิวภายนอกของมนุษย์เท่านั้น หากพิจารณาถึงแก่นสารอันเป็นจุดร่วมของมนุษย์ทุกคนโดยปราศจากการคำนึงถึงปัจจัยภายนอกแล้วย่อมจะพบกับคุณค่าอันได้แก่ลักษณะเฉพาะซึ่งมนุษย์มีติดตัวมาโดยกำเนิด อันได้แก่ ความสามารถในการให้เหตุผล ความยุติธรรม ความรักและความดี ที่ไม่เพียงจะทำให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกชนิดอื่น ลักษณะเฉพาะดังกล่าวยังทำให้มนุษย์ทุกคนมีเกียรติและศักดิ์ศรีเหมือนกันเป็นพื้นฐานอันควรแก่การเคารพทั้งจากรัฐหรือแม้แต่เหล่ามนุษย์ด้วยกันเองซึ่งเป็นความผูกพันที่ไม่อาจละเมิดได้แม้ว่าจะมีความจำเป็นมากเพียงใดก็ตาม

การละเว้นไม่พิจารณามนุษย์จากข้อเท็จจริงภายนอกดังกล่าวนำไปสู่การยกระดับสถานะทางกฎหมายของบุคคลจำนวนมากในสังคม ที่เด่นชัดประการหนึ่งคือความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงที่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศซึ่งได้รับการพัฒนามาอย่างยาวนานในระบบกฎหมายมีอิทธิพลอย่างมากต่อการลดช่องว่างอันเกิดจากความแตกต่างระหว่างสรีระและบทบาทของเพศชายกับหญิง¹⁶ อย่างไรก็ตาม แม้สถานการณ์ดังกล่าวจะดูเป็นเรื่องล้าหน้ามากในอดีต ทว่า ภายใต้บริบทสังคมปัจจุบันที่ใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันนั้นเริ่มมีตัวตนทั้งโดยการเลือกที่จะเปิดเผยตัวตนของบุคคลเพศทางเลือกเองที่ใช้ชีวิตอย่างเปิดเผยไม่หลบซ่อนตัวตนและรูปแบบการดำรงชีวิตของตนเองอีกต่อไป ตลอดจนการยอมรับอัตลักษณ์และวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไม่ว่าจะโดยการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้มีความสอดคล้องกับบุคคลเพศทางเลือกหรือการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่แล้วอันเป็นเหตุให้บุคคลเพศทางเลือกได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในที่สุด

¹⁶ Monica Bhattacharyya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 920.

ขณะที่การสลายความแตกต่างระหว่างบุคคลและรับรู้ถึงความเป็นมนุษย์อันมีอยู่ร่วมกันภายในตัวปัจเจกบุคคลนำไปสู่การขยายสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลเพศทางเลือก การยอมรับความแตกต่างระหว่างบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปที่มีอยู่จริงโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตแบบเพศทางเลือกไม่ว่าจะในด้านการรับรู้ถึงตัวตนของตนเอง การแสดงออกซึ่งลักษณะเฉพาะตัวบุคคล ตลอดจนการมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในสังคมนั้นนำไปสู่พัฒนาการอีกระดับหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเพศทางเลือกที่ผลของการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบททางกฎหมายไม่เพียงแต่จะช่วยลดความแข็งแกร่งของบทบัญญัติแห่งสิทธิเสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น การยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกมีคุณลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปยังนำไปสู่สถานะที่เหมาะสมต่อการเกิดขึ้นของสังคมซึ่งมีความเสมอภาคระหว่างบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปอย่างแท้จริงผ่านกระบวนการปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมและสอดคล้องกับตัวตน ตลอดจนรูปแบบการดำรงชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกอีกด้วย

การยอมรับในอัตลักษณ์ วิถีชีวิต ตลอดจนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นผู้ที่มีแม้จะมีความแตกต่างจากตนเองนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออกซึ่งการยอมรับในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกผู้ทุกคน¹⁷ ด้วยเหตุดังกล่าวการยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกแตกต่างจากบุคคลทั่วไปจึงไม่ได้ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเพศทางเลือกลดหย่อนหรือตกต่ำลงแต่ประการใดเลย หากแต่การยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกไม่ใช่ชนกลุ่มเดียวในสังคมที่ประสงค์จะดำรงชีวิตบนพื้นฐานการยอมรับในตัวตนและเจตจำนงของตนเองนั้นกลับยิ่งจะส่งเสริมลักษณะเด่นให้แก่การใช้ชีวิตในสังคมของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้การคุ้มครองของบทบัญญัติแห่งสิทธิเสรีภาพด้วยการยอมรับลักษณะเฉพาะของบุคคลเพศทางเลือกนอกจากจะเป็นการเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทั้งบุคคลอื่นและบุคคลเพศทางเลือกในขณะเดียวกันแล้วยังทำให้สิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีลักษณะยืดหยุ่นสามารถประสานกลมกลืนไปกับสังคมที่บุคคลเพศทางเลือกอาศัยอยู่ร่วมกับบุคคลอื่น โดยที่การรับรู้ความแตกต่างระหว่างบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปในระดับหนึ่งดังกล่าวนั้นย่อมจะยังคงสอดคล้องกับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ตราบเท่าที่การยอมรับความแตกต่างนั้นเป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองลักษณะเฉพาะของบุคคลเพศทางเลือกอย่างเหมาะสมในทำนองที่ไม่ส่งผลเสียกับบุคคลเพศทางเลือกหรือมีลักษณะของการให้ความคุ้มครองบุคคลเพศทางเลือกในทำนองที่ด้อยกว่าบุคคลทั่วไป

¹⁷ George Kateb, *Human Dignity*, pp. 5-6.

วิถีชีวิตที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิดซึ่งได้รับการยอมรับในสังคมและความสามารถในการให้กำเนิดบุตรเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้บุคคลเพศทางเลือกแตกต่างจากบุคคลทั่วไป การดำรงชีวิตในกรอบของเพศซึ่งสังคมกำหนดว่าเป็นของอีกเพศหนึ่ง อาทิ การที่ชายแต่งหน้าด้วยเครื่องสำอางหรือสวมใส่กระโปรงและดำรงชีวิตในสังคมซึ่งยอมรับโดยทั่วไปว่าสิ่งเหล่านั้นเป็นของเพศหญิงเท่านั้น การใช้ชีวิตคู่ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายกับชายหรือหญิงกับหญิงก็ตามที่แม้จะมีจุดร่วมกับชีวิตคู่ของชายกับหญิงในแง่ของการช่วยเหลือเกื้อกูลเป็นที่พึงพอใจใจนำพามาซึ่งความสุขแก่กายและใจของบุคคล ทว่า ความสามารถในการให้กำเนิดบุตรที่เป็นผลของการใช้ชีวิตร่วมกันลักษณะดังกล่าวมีอาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้โดยธรรมชาติ¹⁸โดยปราศจากการช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ซึ่งแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงที่แม้ว่าปัญหาด้านการเจริญพันธุ์ของคู่ชายกับหญิงนั้นอาจแก้ไขได้โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำนองเดียวกับกรณีของบุคคลเพศทางเลือกเช่นเดียวกันแต่ปัญหาด้านการเจริญพันธุ์ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในคู่ชายหญิงมักเป็นด้วยเหตุบังเอิญเพราะเหตุผลด้านอายุ หรือความผิดปกติในระบบการสืบพันธุ์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ความแตกต่างอันเนื่องมาจากวิถีชีวิตด้านเพศของบุคคลซึ่งไม่แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอยู่ทั่วไปในสังคมนอกจากจะทำให้สังคมหลุดพ้นจากข้อจำกัดที่เคยได้รับการยึดถืออยู่มาเป็นระยะเวลายาวนานในขณะเดียวกันก่อให้เกิดความหลากหลายด้านเพศของบุคคลในสังคมซึ่งต่างต้องการความคุ้มครองตามกฎหมายที่แตกต่างกัน การยอมรับในลักษณะเฉพาะของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะข้อจำกัดหลัก 2 ประการอันสืบเนื่องมาจากอัตลักษณ์และวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกนำไปสู่การคลี่คลายของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลักษณะอันไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานด้านเพศในสังคมและข้อจำกัดด้านการให้กำเนิดบุตรของบุคคลเพศทางเลือก ในเบื้องต้นไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหลายซึ่งได้รับการบัญญัติไว้นานแล้วก่อนการยอมรับในอัตลักษณ์และวิถีชีวิตทางเพศของบุคคลที่หลากหลายย่อมเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะเกิดสถานะเชิงกระด้างในการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวภายใต้บริบทเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงด้านเพศซึ่งแม้จะมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้นแต่ยังไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นก่อนหน้านี้ทั้งยังอาจนำไปสู่ความขัดแย้งในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศ

¹⁸ Susan Frelich Appleton, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era," *Boston University Law Review* 86 (2006): 261.

ทางเลือกกับสังคมเมื่อระบบกฎหมายจำต้องรักษาคุณค่าอันได้รับการยอมรับกันทั่วไปในสังคมใน ขณะที่ต้องประนีประนอมกับประโยชน์ของบุคคลเพศทางเลือกไปด้วยในเวลาเดียวกัน

3.1.3.3 แนวโน้มและบทบาทของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกใน อนาคต

ปัจจุบันการยอมรับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังอยู่ในระดับเริ่มต้น แม้จะได้รับการรับรู้ทั้งในระดับนานาชาติและระดับรัฐ ในระยะแรกการยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันโดยเฉพาะเจาะจงนั้นอาจถูกต่อต้านอย่างรุนแรงเนื่องจากการอนุমানเอาว่าวิถีชีวิตแบบเพศทางเลือกได้ถูกสอดแทรกอยู่ในคุณค่าอื่นอันอาจอ้างเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ยังคงขาดข้อกฎหมายรองรับ¹⁹ ด้วยเหตุที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ไว้นั้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปของปฏิญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็ดี หรืออยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งรัฐก็ดีล้วนได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นระยะเวลานานมาแล้วและแม้เอกสารทางกฎหมายเหล่านั้นจะได้สะท้อนให้เห็นความพยายามในการแก้ไขปัญหาซึ่งเกิดจากการกดขี่หรือความเหลื่อมล้ำอันเป็นการบั่นทอนคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ อาทิ ชนชั้นและชาติกำเนิด สีผิว เชื้อชาติ หรือความแตกต่างระหว่างชายกับหญิง ซึ่งนับว่าทันสมัยในระดับหนึ่งก็เป็นข้อพิจารณาเฉพาะในห้วงเวลาที่เอกสารเหล่านั้นได้รับการตราขึ้น ทว่า วิถีชีวิตแบบเพศทางเลือกโดยเฉพาะการใช้ชีวิตร่วมกันอย่างเปิดเผยระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นเพิ่งจะเริ่มได้รับการยอมรับแพร่หลายพร้อม ๆ กับการเกิดขึ้นของกระแสโลกาภิวัตน์ภายหลังจากที่ข้อจำกัดด้านการติดต่อสื่อสารถูกทำลายลงเพราะการเกิดขึ้นของเทคโนโลยีสารสนเทศและเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในช่วงทศวรรษที่ 1990

ในอนาคตนับจากนี้ความชัดเจนจะเป็นสิ่งจำเป็นและได้รับการเน้นย้ำจากทั้งในระดับนานาชาติและระดับรัฐ เมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นได้ต่างรับการยอมรับแล้วว่ามีอยู่จริงและควรที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันรูปแบบอื่นของมนุษย์ เงื่อนไขสำคัญในการทำให้สิทธิดังกล่าวนี้เกิดเป็นจริงขึ้นในเชิงรูปธรรมที่ไม่ใช่เพียงคุณค่าที่ได้รับการยอมรับภายใต้หลักการทั่วไปเช่นหลักความเสมอภาคและหลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในสนธิสัญญาหรือรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทว่า เป็นการตราบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขึ้นโดยเฉพาะ เพื่อให้ความคุ้มครองทั้งในเชิงตั้งรับเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิ

¹⁹ Commissioner for Human Rights, Human Rights and Gender Identity, CommDH/IssuePaper (2009) 2 (2009), p. 4.

ดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลเพศทางเลือกไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตามจากรัฐ และเพื่อสร้างสภาวะในสังคมให้มีความเหมาะสมต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเพื่อให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถมีสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปอย่างแท้จริง ในขณะเดียวกันความชัดเจนเป็นรูปธรรมในสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจะช่วยให้ความทับซ้อนและคลุมเครือระหว่างสิทธิในการสมรสและสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนานนั้นสิ้นสุดลงได้ โดยการยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นย่อมเป็นการยอมรับในตัวเองว่าการสมรสและการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นแม้จะมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้งในแง่ที่การสมรสเองก็คือรูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันรูปแบบหนึ่งของมนุษย์แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องเดียวกันเสียทีเดียว ด้วยหากจะพิจารณาทั้งในบริบททางสังคม ประวัติศาสตร์ และกฎหมายแล้วจะพบว่าเดิมทีเดียวการสมรสได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อรองรับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ที่มีเพศชายกับหญิงโดยกำเนิดซึ่งอาจมีบุตรร่วมกันได้ตามธรรมชาติ การสมรสจึงไม่เพียงก่อให้เกิดสถานะทางสังคมและกฎหมายของคู่สมรสเท่านั้นแต่นำไปสู่สถานะของบุตรซึ่งจะเกิดจากคู่สมรสนั้นในอนาคตต่อไปด้วย²⁰ การที่ในเวลาต่อมารัฐได้ทำลายข้อจำกัดด้านเพศของคู่สมรสที่จะต้องประกอบด้วยเพศชายฝ่ายหนึ่งและเพศหญิงฝ่ายหนึ่งลงและเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกำเนิดสมรสกันได้จึงไม่ใช่กรณีที่รัฐได้ยอมรับว่าในความเป็นจริงแล้วการสมรสนั้นเป็นเรื่องของบุคคลที่มีเพศเดียวกันมาแต่แรกเริ่มแต่ประการใด หากแต่เป็นเพราะว่าภายใต้บริบททางสังคมและกฎหมายของรัฐในขณะนั้นการสมรสไม่ได้เป็นเรื่องของชายและหญิงโดยกำเนิดเท่านั้นแต่การสมรสได้ถูกยอมรับในมิติหรือมุมมองใหม่ว่าเป็นเรื่องของบุคคลทุกคนโดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขด้านเพศอีกต่อไป

3.2 แนวทางในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นมีความแตกต่างจากการใช้หลักความเสมอภาคกับข้อเท็จจริงตลอดจนข้อกฎหมายในด้านอื่นอยู่ไม่น้อย เนื่องมาจากความซับซ้อนในลักษณะเฉพาะและลักษณะร่วมอันเกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศที่ปรากฏในสังคม ตลอดจนความละเอียดอ่อนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือก จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงบริบทสำคัญอันได้แก่ข้อเท็จจริงพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

(3.2.1) สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2.2)

²⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), หน้า 298.

ตลอดจนข้อพิจารณาในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2.3) ซึ่งจะนำไปสู่การประสานประโยชน์อันลงตัวกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับคุณค่าประการอื่นซึ่งได้รับการยอมรับจากสังคมในระดับเดียวกัน

3.2.1 ข้อเท็จจริงพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ข้อเท็จจริงพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นเงื่อนไขสำคัญอันจะนำไปสู่การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้อย่างเหมาะสม ซึ่งในเบื้องต้นจะต้องทราบถึงสาระสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไป (3.2.1.1) และสาระสำคัญอันแตกต่างกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไป (3.2.1.2) เสียก่อน

3.2.1.1 สาระสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไป

ความสัมพันธ์รูปแบบเสนาหาของเพศทางเลือกได้รับการรับรู้ในสังคมมาเป็นระยะเวลานานแล้วอย่างน้อยนับตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ทว่า ในอดีตการรับรู้ถึงความสัมพันธ์ที่มีอยู่ของบุคคลเพศทางเลือกอยู่ในระดับที่ Keith G. Schrag เรียกว่าเป็นเพียง “ความเชื่อ” (Myth) เท่านั้น กล่าวคือ แม้จะมีการรับรู้ถึงความสัมพันธ์เชิงเสนหาระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันจะมีอยู่จริง แต่กลับไม่มีการศึกษาอย่างจริงจังถึง “มิตรภาพในรูปแบบสุดยอระหว่างชายด้วยกันเปรียบเทียบกับที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงหรือระหว่างหญิงด้วยกัน” และ “การอยู่กินร่วมกันระหว่างชายรักชายและความสัมพันธ์ของพวกเขา”²¹ โดยการศึกษาวิจัยชิ้นแรก ๆ ที่บ่งชี้ถึงลักษณะถาวรของความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันเป็นของ Bell and Weinberg เมื่อ ค.ศ. 1978 ที่สรุปว่าวิถีชีวิตแบบรักเพศเดียวกันนั้นมีลักษณะที่หลากหลายและส่วนใหญ่ของบุคคลเพศทางเลือกอยู่ใน “ความสัมพันธ์แบบชีวิตคู่ที่มั่นคงหรือมีการดำรงชีวิตส่วนตัวที่น่าพึงพอใจ”²² ขณะที่ก่อนหน้านี้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันถูกมองไปในลักษณะของความสัมพันธ์แบบฉันทมิตร การขาดองค์ความรู้ที่เพียงพอเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลเพศทางเลือกจึงนำไปสู่อีกหนึ่ง “ความเชื่อ” ที่ติดตรึงกับรูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะชายรักชายมาเป็นระยะเวลานานว่ามีลักษณะ

²¹ Keith G. Schrag, "Relationship Therapy with Same-Gender Couples," *Family Relations* 33, no. 2 (1984): 284.

²² Eleanor D. Macklin, "Nontraditional Family Forms: A Decade of Research," *Journal of Marriage and the Family* 42, no. 4 (1980): 913.

“ล่าสอนและไม่สามารถดำรงความสัมพันธ์ในลักษณะที่ต่อเนื่องและยาวนานได้”²³ ในปัจจุบัน ความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวของบุคคลเพศทางเลือกได้รับการยอมรับและมีการศึกษามากยิ่งขึ้น ซึ่งนำไปสู่องค์ความรู้ที่ถูกต้องเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและแสดงให้เห็นว่า บุคคลเพศทางเลือกสามารถมีรูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันที่มีใช่เป็นเพียงความสัมพันธ์แบบชั่วคราว ชั่วคราว หากแต่เป็นความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องและยาวนานเช่นเดียวกับชายและหญิงที่ในความเป็นจริง หากพิจารณาจากธรรมชาติของการใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยาแล้วกลับพบว่าคู่รักเพศทางเลือกจะมี ลักษณะที่เหมือนกับคู่รักชายหญิงมากกว่าการมีลักษณะที่แตกต่างในด้านปัจจัยอันเป็นเหตุให้บุคคล สามารถครองชีวิตคู่ได้อย่างต่อเนื่องและยาวนานซึ่งมีที่มาจากความประหลาดที่ส่งผลกระทบต่อ การดำรงชีวิตประจำวันของอีกฝ่าย อาทิ การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การใช้สารเสพติด ตลอดจน ความสามารถของอีกฝ่ายในการสนับสนุนหรือการตอบสนองต่อการใช้ชีวิตร่วมกัน²⁴ ซึ่งรวมไปถึง ความรัก ความซื่อสัตย์ และความรับผิดชอบที่มีให้แก่กันในชีวิตด้วย²⁵

ในขณะเดียวกันกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกสามารถดำรง อยู่ได้อย่างมั่นคงในระดับหนึ่งเช่นเดียวกับชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง การให้ความช่วยเหลือซึ่ง กันและกันระหว่างผู้ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเพศทางเลือกนั้นย่อมเป็นปัจจัยสำคัญทั้งในด้านการ เข้ามาอยู่กินใช้ชีวิตร่วมกันและมีส่วนช่วยให้ชีวิตร่วมกันของทั้งคู่แน่นแฟ้นและยืนยาว ซึ่งแสดงออก ผ่านการสนับสนุนซึ่งกันและกันทั้งในด้านการให้ความรักความอบอุ่นทางจิตใจและการช่วยเหลือใน ด้านกายภาพในรูปแบบที่สามารถจับต้องได้อันเป็นเหตุให้ต่างฝ่ายต่างมีส่วนได้ส่วนเสียในชีวิตของกัน และกัน อาทิ การได้ประโยชน์จากแรงงานในครัวเรือนของอีกฝ่ายเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของ ชายและหญิงหากเพียงจะมีรายละเอียดแตกต่างไปบ้างอันเนื่องมาจากการมีเพศสภาพและบทบาท ทางสังคมที่เหมือนกันทั้ง 2 ฝ่าย โดยในครอบครัวของคู่รักชายหญิงนั้นแม้ว่าปัจจุบันสตรีจะมีบทบาท มากขึ้นในการทำงานนอกบ้านเพื่อหารายได้แต่การแบ่งภาระหน้าที่ในครัวเรือนระหว่างชายและหญิง ซึ่งอยู่กินร่วมกันยังคงเป็นไปในลักษณะที่งานบ้านส่วนใหญ่ตกแก่ฝ่ายหญิงมากกว่าฝ่ายชาย²⁶ ในขณะ

²³ Keith G. Schrag, "Relationship Therapy with Same-Gender Couples," 284.

²⁴ Christopher R. Martell Brad van Eeden-Moorefield, Mark Williams and Marilyn Preston, "Same-Sex Relationships and Dissolution: The Connection Between Heteronormativity and Homonormativity," *Family Relations* 60, no. 5 (2011): 567.

²⁵ Karsten Hank and Martin Wetzel, "Same-Sex Relationship Experiences and Expectations Regarding Partnership and Parenthood," *Demographic Research* 39 (2018): 704.

²⁶ Anne Barlow, "Solidarity, Autonomy and Equality: Mixed Messages for the Family," *Child and Family Law Quarterly* 27, no. 3 (2015): 230.

ที่รูปแบบของการแบ่งภาระหน้าที่รับผิดชอบในครัวเรือนของคู่รักเพศทางเลือกกลับมีลักษณะที่เท่าเทียมกันมากกว่า²⁷

3.2.1.2 สารสำคัญอันแตกต่างกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไป

ความสามารถในการมีบุตรเป็นสารสำคัญประการเดียวที่ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ระหว่างชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับชีวิตคู่แบบชายกับหญิง เนื่องจากเพศสรีระที่มีลักษณะเหมือนกันทำให้การมีบุตรของคู่รักเพศทางเลือกมีข้อจำกัด แม้ว่าในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการเติมเต็มครอบครัวเพศทางเลือกที่อยากมีบุตรด้วยกันแต่ก็เป็นไปในลักษณะของการที่สามารถทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีบุตรในระหว่างที่อยู่กินร่วมกันเท่านั้นโดยยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถทำให้คู่รักเพศทางเลือกให้กำเนิดบุตรที่สืบสายโลหิตของทั้ง 2 ฝ่ายได้ ประเด็นความสามารถในการมีบุตรของครอบครัวเพศทางเลือกมิใช่ปัญหาในทางกายภาพของบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้นหากแต่เป็นประเด็นปัญหาด้านศีลธรรมที่ละเอียดอ่อนอันนำไปสู่การโต้แย้งสิทธิของเพศทางเลือกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและการให้กำเนิดบุตรอย่างมาก ความแตกต่างอันสำคัญข้อนี้ปรากฏระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันและการให้กำเนิดบุตรอย่างประเทศฝรั่งเศส ที่มีการหยิบยกเหตุผลซึ่งกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกไม่อาจอ้างสิทธิเท่าเทียมกับคู่รักชายหญิงอย่างแท้จริงได้ เนื่องจากความสามารถในการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรนั้นมิใช่เพียงความสามารถตามธรรมชาติที่บุคคลเพศทางเลือกขาดไป หากแต่คือความเป็นไปไม่ได้ในระดับพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน²⁸

ความสามารถให้การให้กำเนิดบุตรในครอบครัวเพศทางเลือกมีลักษณะที่แตกต่างกันในระหว่างครอบครัวที่ประกอบด้วยเพศชายทั้ง 2 ฝ่ายและครอบครัวที่ประกอบด้วยเพศหญิงทั้ง 2 ฝ่าย ในกรณีของครอบครัวเพศทางเลือกที่ประกอบไปด้วยเพศชายทั้ง 2 ฝ่ายการให้กำเนิดบุตรโดยไม่อาศัยมารดาซึ่งเป็นบุคคลที่สามนั้นไม่อาจกระทำได้ตามธรรมชาติและต้องอาศัยการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ขณะที่ครอบครัวที่ประกอบด้วยเพศหญิงทั้ง 2 ฝ่ายนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรในระหว่างสถานภาพการใช้ชีวิตร่วมกันยังคงมีอยู่โดยอาศัยเซลล์สุจิที่ได้รับการบริจาคซึ่งมีรูปแบบที่คล้ายคลึงกับครอบครัวที่ประกอบไปด้วยชายฝ่ายหนึ่งกับหญิงฝ่ายหนึ่ง

²⁷ Karsten Hank and Martin Wetzel, "Same-Sex Relationship Experiences and Expectations Regarding Partnership and Parenthood," 704.

²⁸ Marc Olivier Baruch, "Gay Marriage and the Limits of French Liberalism," *Dissent* 60, no. 4 (2013): 27.

ทั้งในด้านการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันที่เมื่อฝ่ายหนึ่งตั้งครรรค์อีกฝ่ายจะต้องรับภาระหนักขึ้นในการช่วยเหลือและดูแลฝ่ายที่ตั้งครรรค์จนกระทั่งให้กำเนิดบุตร และในด้านอำนาจปกครองบุตรที่เมื่อบุตรนั้นถือกำเนิดขึ้นมาจำนวนบุคคลซึ่งจะเข้ามาเกี่ยวข้องในประเด็นการเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในกรณีที่มีการตั้งครรรค์เป็นไปโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็จะมีจำนวนเท่ากันกับที่ปรากฏในครอบครัวที่ประกอบไปด้วยชายกับหญิงที่ซึ่งอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในรูปแบบเดียวกัน²⁹

ขณะที่การให้กำเนิดบุตรตามธรรมชาติยังคงเป็นสาระสำคัญที่ทำให้การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีความแตกต่างกับชีวิตคู่แบบชายกับหญิง ความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของครอบครัวเพศทางเลือกกลับเป็นไปในทิศทางตรงกันข้าม เนื่องจากบุคคลเพศทางเลือกที่แม้จะไม่สามารถมีบุตรได้โดยธรรมชาติกลับสามารถให้การสนับสนุนและเชิดชูคุณค่าของการเป็นบิดามารดาได้อย่างหนักแน่นไม่ต่างจากคู่รักชายหญิง³⁰ อย่างไรก็ตามการศึกษากลุ่มประชากรที่เป็นหญิงรักหญิงซึ่งมีสถานะมารดาโดย Morgan F. Paldron ใน ค.ศ. 2014 บ่งชี้ว่าในกรณีของครอบครัวเพศทางเลือกที่ประกอบด้วยเพศหญิงทั้งคู่การมีบุตรโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งครรรค์ในระหว่างความสัมพันธ์ยังคงอยู่กลับส่งผลต่อจิตใจของฝ่ายที่ได้ตั้งครรรค์ในลักษณะของความอิจฉาและความน้อยเนื้อต่ำใจที่ได้ทุ่มเทและมีได้รับการยอมรับในฐานะมารดาโดยสายโลหิตของบุตร³¹ ในขณะเดียวกันผลจากข้อจำกัดด้านกฎหมาย สังคม และสภาวะชายขอบของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกอาจนำไปสู่คุณภาพชีวิตในครอบครัวเพศทางเลือกที่แตกต่างจากครอบครัวของชายและหญิง การศึกษาของ Gary J. Gates ใน ค.ศ. 2015 แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์เกี่ยวกับครอบครัวเพศทางเลือกที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าคู่รักเพศทางเลือกที่เลี้ยงดูบุตรมีโอกาสที่จะมีสภาพการดำรงชีวิตที่ยากลำบากมากกว่าคู่รักต่างเพศทั้งที่ผลการศึกษาในอดีตแทบทั้งหมดจะบ่งชี้ว่าสมาชิกในครอบครัวเพศทางเลือกมักจะมีระดับการศึกษาสูงกว่าที่ปรากฏในสมาชิกครอบครัวของบุคคลทั่วไปในสถานะเดียวกัน แต่ในกรณีของครอบครัวเพศทางเลือกที่เลี้ยงดูบุตรนั้นกลับพบว่าแม่เกือบครึ่งหนึ่งของครอบครัวเพศทางเลือกจะมีการศึกษาในระดับอุดมศึกษาแต่เพียง 3 ส่วน 4 ของ

²⁹ Susan Frelich Appleton, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era," 260-262.

³⁰ Karsten Hank and Martin Wetzel, "Same-Sex Relationship Experiences and Expectations Regarding Partnership and Parenthood," 705.

³¹ Morgan F. Paldron, "The Other Mother: An Exploration of Non-Biological Lesbian Mothers' Unique Parenting Experience" (Doctoral Dissertation University of Minnesota, 2014), pp. 140-143.

กลุ่มเดียวกันที่เลี้ยงดูบุตรอยู่เท่านั้นจึงจะมีการศึกษาสูงถึงระดับนั้น และบิดามารดาที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกจะมีอัตราการว่างงานสูงกว่าบิดามารดาที่เป็นคู่รักชายหญิง³²

3.2.2 สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

เมื่อได้ทราบถึงแก่นสารของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกแล้วสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก อันได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัว (3.2.2.1) สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว (3.2.2.2) และสิทธิในการสืบมรดก (3.2.2.3) เป็นประเด็นที่จะต้องศึกษาในลำดับถัดไปเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ดังกล่าวได้อย่างสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

3.2.2.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัว

ความเป็นส่วนตัวเป็นสมบัติซึ่งไม่สามารถจับต้องได้ของมนุษย์ เป็นความพึงพอใจส่วนบุคคลซึ่งยากจะระบุขอบเขตที่ชัดเจนได้ ในบางกรณีระบบกฎหมายคงกำหนดทราบได้เพียงสถานะเจาะจงและแน่นอนซึ่งปกติแล้วมนุษย์จะมีความพึงพอใจที่จะไม่ถูกรบกวนจากผู้อื่นโดยเฉพาะจากรัฐที่มีทั้งลักษณะเชิงรูปธรรมและนามธรรม อาทิ เคหสถาน ชีวิตและความเป็นอยู่ ตลอดจนครอบครัว ความเป็นส่วนตัวอันเป็นสิทธิซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นคุณค่าของมนุษย์อันไม่อาจสัมผัสได้นี้ ได้ถูกพัฒนามาจากสิทธิในชีวิตร่างกายซึ่งเป็นของจับต้องได้โดยการขยายความให้ชีวิตและร่างกายนั้นรวมถึงอารมณ์ ความรู้สึก และภูมิปัญญาของมนุษย์ ผ่านการยอมรับคุณค่าในทางกฎหมายของอารมณ์ความรู้สึก การคุ้มครองความบาดเจ็บทางร่างกายที่จับต้องได้จึงขยายไปสู่แม้เพียงความต้องการที่จะทำอันตราย อันได้แก่ การทำให้ผู้อื่นตกอยู่ในสภาวะหวาดกลัวต่ออันตรายเช่นนั้น จากการทำร้ายจึงพัฒนาไปสู่การข่มขู่ หลังจากนั้นจึงได้ให้ความคุ้มครองบุคคลจากความรำคาญในมลพิษที่มากเกินไปสู่การเกิดขึ้นของกฎหมายป้องกันความเดือดร้อนรำคาญ การคำนึงถึงอารมณ์ความรู้สึกของมนุษย์นี้ไม่นานก็ได้ขยายไปสู่ปริมาณพลของเอกสิทธิส่วนบุคคลเหนือเนื้อตัวร่างกาย เกียรติยศชื่อเสียงซึ่งมีอยู่ก็ได้รับการยอมรับและกฎหมายป้องกันการใส่ร้ายและหมิ่นประมาทก็ได้ถือกำเนิดขึ้น ความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลก็ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของความคุ้มครองทางกฎหมาย การที่สามีและภริยาต้องห่างไกลจากกันก็สามารถนำมาเป็นเหตุให้มีการเยียวยาทางกฎหมายได้ และในปัจจุบันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยียังได้เรียกร้องให้มีการตระหนักถึงสิทธิของบุคคลในลักษณะของการถูกปล่อยให้อยู่ตามลำพังซึ่งเป็นระดับที่พัฒนาสูงขึ้นของความเป็นส่วนตัว³³

³² Gary J. Gates, "Marriage and Family: LGBT Individuals and Same-Sex Couples," *The Future of Children* 25, no. 2 (2015): 73.

³³ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy," *Harvard Law Review* 4, no. 5 (1890): 194-195.

ความคิดเกี่ยวกับสาระสำคัญของสิทธิในความเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะความคิดที่ว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวคือสิทธิที่จะถูกปล่อยให้อยู่ตามลำพังได้รับการยอมรับและนำมาต่อยอดโดยการรวบรวมกรอบความคิดและความหมายของสิทธิในความเป็นส่วนตัวว่าการให้ความหมายทำนองนั้นจะมีประโยชน์มากในฐานะหลักกฎหมายที่จะช่วยพัฒนาระบบกฎหมาย และมีการแบ่งแยกลักษณะของความเป็นส่วนตัวสาธารณะออกจากความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลและจัดจำพวกหลังไว้ในสิทธิที่จะถูกปล่อยให้อยู่ลำพัง หรือในอีกนัยหนึ่งความเป็นส่วนตัวได้ถูกรวมอยู่ในลักษณะของความสันโดษและความสันโดษนั้นสนับสนุนประโยชน์ของมนุษย์ในการถูกปล่อยให้อยู่เพียงลำพังเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ยังคงปรากฏกรอบความคิดของความเป็นส่วนตัวรูปแบบอื่นที่ในทางปฏิบัติสามารถแยกออกจากกันได้ อาทิ การแบ่งแยกความเป็นส่วนตัวด้วยเงื่อนไขของการดำรงชีวิตแตกต่างหากจากผู้อื่น การเปรียบเทียบความเป็นส่วนตัวกับการแยกตนเองออกจากสังคม และการยืนยันว่าบุคคลตกอยู่ในการแข่งขันอย่างต่อเนื่องกับสังคมเหนือกรรมสิทธิในตัวตนของตนเองซึ่งอาจอ้างความเป็นส่วนตัวในฐานะเงื่อนไขเพื่อป้องกันการแทรกแซงจากภายนอก ภายใต้ค่านิยมทำนองนี้สิทธิในความเป็นส่วนตัวถูกมองว่าเป็นการโต้แย้งการล่วงล้ำขอบเขตที่กำหนดไว้หรือการก้าวล่วงพื้นที่ส่วนบุคคลเข้าไปโดยมิได้รับอนุญาต³⁴

ไม่เพียงแต่การยอมรับทางกฎหมายต่อจิตใจและความรู้สึกของบุคคลที่มีต่อปัจจัยภายนอกซึ่งเกิดขึ้นในสังคมที่เป็นไปทีละขั้นดังกล่าวจะนำไปสู่สิทธิในลักษณะของการถูกปล่อยให้อยู่ลำพังเท่านั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังถูกให้ความหมายอย่างหลากหลายว่าได้แก่ บุรณภาพในตัวตนด้านเพศของบุคคล การควบคุมข้อมูลของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การควบคุมการเข้าถึงตัวบุคคล และการจำกัดการเข้าถึงตัวบุคคล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสิทธิทั้งหมดในกลุ่มนี้ต่างมีสาระสำคัญของสิทธิอยู่บนพื้นฐานของความเคารพบุรณภาพในตัวตนของปัจเจกบุคคลเช่นเดียวกันเพียงมีเป้าหมายที่มุ่งไปยังทิศทางที่แตกต่างกัน ซึ่งในบางกรณีไม่สามารถปฏิเสธอิทธิพลของคุณค่ารูปแบบอื่น อาทิ เสรีภาพบุรณภาพ สุขภาพ ทรัพย์สิน ความสงบ และความลับ ในฐานะของเป้าหมายที่ได้เข้ามาปะปน หลอมรวม และก่อกำเนิดสิทธิลักษณะใหม่ภายใต้ปริณิณผลของสิทธิในความเป็นส่วนตัว³⁵

ด้านสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้ค่านิยมของบุรณภาพในตัวตนด้านเพศของบุคคลนั้นเป็นผลจากความคิดที่ว่าความเป็นส่วนตัวได้ควบคุมอารมณ์ความรู้สึกภายในตัวตนของบุคคลอันเป็นสิ่งที่ประกอบขึ้นจากการมีอำนาจที่จะตัดสินใจในเรื่องที่ปกติแล้วปุถุชนทั่วไปปรารถนาอย่างยิ่ง

³⁴ W. A. Parent, "Recent Work on the Concept of Privacy," *American Philosophical Quarterly* 20, no. 4 (1983): 341-342.

³⁵ Vincent J. Samar, *The Right to Privacy: Gays, Lesbians, and the Constitution* (Philadelphia, Pennsylvania, U.S.A.: Temple University Press, 1991), pp. 53-57.

ที่จะหลีกเลี่ยงจากการแทรกแซงโดยเฉพาะจากรัฐ การตัดสินใจดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วเกี่ยวข้องกับเรื่องราวด้านเพศที่ปรากฏในวิถีชีวิตของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการตัดสินใจที่จะใช้ยาคุมกำเนิด การทำแท้ง การทำหมัน หรือแม้แต่การมีเพศสัมพันธ์ และเนื่องจากอารมณ์ความรู้สึกทำนองนั้นมีความเกี่ยวข้องกันอย่างยิ่งกับความเป็นส่วนตัวที่เกิดขึ้นมาจากสรีระร่างกายและรสนิยมทางเพศ เมื่อพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมวิถีชีวิตด้านเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งจากพื้นฐานเดียวกันนี้จึงได้นำไปสู่การเกิดขึ้นของสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วยในขณะเดียวกัน และในทำนองเดียวกันที่ได้กล่าวข้างต้นถึงการหลอมรวมของคุณค่าต่าง ๆ ที่อยู่รายล้อมตัวมนุษย์เข้ากับสาระสำคัญของความเป็นส่วนตัวที่ซึ่งภายใต้เนื้อหาของบูรณภาพในตัวตนด้านเพศของบุคคลนั้นเป็นผลของการผสมผสานระหว่างสาระสำคัญของความเป็นส่วนตัวในมิติความเคารพบูรณภาพในตัวตนของปัจเจกบุคคลกับเสรีภาพเข้าไว้ด้วยกัน³⁶ จึงไม่น่าแปลกใจนักหากจะมีความสับสนเกิดขึ้นได้โดยง่ายถึงตำแหน่งหรือสถานะของอำนาจการตัดสินใจในเรื่องเพศของบุคคลที่ควรจะต้องอยู่ในระบบกฎหมาย กล่าวโดยเฉพาะคือประเด็นปัญหาที่ว่าคนที่บุคคลจะต้องได้รับความเคารพในอำนาจการตัดสินใจด้านวิถีชีวิตที่เกี่ยวข้องกับเพศของตนเองนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือเป็นเสรีภาพกันแน่

3.2.2.2 สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว

การสมรสคือการก่อตั้งสถานะของบุคคลซึ่งนำไปสู่สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสในฐานะสามีภริยาและครอบครัวที่เกิดขึ้นใหม่ การสมรสจึงไม่เพียงนำไปสู่สถานะของคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายแต่เครือข่ายของทั้งคู่ก็จะเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเครือข่ายติดกันผ่านการสมรสของสมาชิกในครอบครัวของแต่ละฝ่ายด้วย ซึ่งสถานะเหล่านั้นนำไปสู่ความคุ้มครอง สิทธิและหน้าที่นานัปการตามกฎหมายทั้งในฝั่งของรัฐและประชาชน การสมรสจึงได้รับการยอมรับกันมานานแล้วว่าเป็นหนึ่งในสิทธิอันสำคัญของบุคคลที่จำเป็นแก่การเข้าถึงความสุขอย่างสันติของเสรีชน และเป็นหนึ่งในสิทธิพลเมืองขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นพื้นฐานของการเกิดขึ้นและอยู่รอดของมนุษย์³⁷ อย่างไรก็ตาม แม้การสมรสนั้นจะได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์แต่ด้วยเหตุที่รัฐมีส่วนได้ส่วนเสียโดยตรงกับการสมรสทั้งในฐานะที่การสมรสได้ก่อให้เกิดสถานะและก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ระหว่างพลเมืองจำนวนมากภายในรัฐ การให้กำเนิดครอบครัวอันเป็นหน่วยทางสังคมหน่วยใหม่ขึ้น และการเป็นจุดเริ่มต้นของการให้กำเนิดบุตรซึ่งจะเป็นกำลังประชากรของรัฐต่อไปในอนาคต รูปแบบตลอดจนเงื่อนไขของการสมรสจึงต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่พลเมืองของตนเอง

³⁶ W. A. Parent, "Recent Work on the Concept of Privacy," 342-343; Vincent J. Samar, *The Right to Privacy: Gays, Lesbians, and the Constitution*, pp. 54-55.

³⁷ *Loving v. Virginia*.

แม้ในประเทศที่ปกครองด้วยระบบสหพันธรัฐซึ่งรูปแบบและเงื่อนไขของการสมรสย่อมเป็นอำนาจของมลรัฐที่จะกำหนดโดยสหพันธรัฐจะไม่เข้าแทรกแซงเว้นแต่ในกรณีที่มีประเด็นโต้แย้งว่าการสมรสที่กำหนดขึ้นโดยกฎเกณฑ์ของมลรัฐนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ³⁸

แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าการสมรสเป็นสิทธิมนุษยชนโดยสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิซึ่งได้รับการยอมรับในเอกสารด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับ อาทิ ข้อ 16 (1) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 23 (2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และข้อ 12 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในขณะที่โดยทั่วไปแล้วสิทธิมนุษยชนซึ่งถูกยอมรับว่าเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนจะนำไปสู่ถ้อยคำในบทบัญญัติที่หมายถึงมนุษย์ทุกคนโดยทั่วไปโดยไม่มีลักษณะบ่งชี้เพศของผู้ทรงสิทธิไว้เป็นการเฉพาะ แต่เพราะการสมรสนั้นได้รับการยอมรับมาเป็นระยะเวลาช้านานว่าเป็นเรื่องของชายและหญิงที่เข้ามามีปฏิสัมพันธ์กันซึ่งอาจนำไปสู่การให้กำเนิดบุตรในอนาคต ด้วยเหตุดังกล่าวแทนที่สิทธิในการสมรสอันเป็นสิทธิมนุษยชนนั้นจะเป็นสิทธิของมนุษย์ทุก ๆ คน กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวกลับรับรองว่าสิทธิในการสมรสนั้นเป็นสิทธิของ “ชาย” กับ “หญิง” ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในข้อ 16 (1) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติว่า “ชายและหญิงในวัยผู้ใหญ่... มีสิทธิที่จะสมรสและก่อตั้งครอบครัว”³⁹ ข้อ 23 (2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองบัญญัติว่า “สิทธิของชายและหญิงซึ่งมีอายุถึงเกณฑ์ที่จะสมรสและก่อตั้งครอบครัวได้ย่อมได้รับความคุ้มครอง”⁴⁰ และข้อ 12 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติว่า “ชายและหญิงซึ่งอายุถึงเกณฑ์ที่จะสมรสได้ย่อมมีสิทธิที่จะสมรสและก่อตั้งครอบครัว...”⁴¹

อิทธิพลของประโยชน์ที่รัฐมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวไม่เพียงแต่สะท้อนในเอกสารด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเท่านั้น แม้ในหลักการยกย่องการแต่งงานด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งมุ่งจะให้มีการใช้หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อบุคคลเพศทางเลือกอย่างเท่าเทียมกับบุคคล

³⁸ Brain H. Bix, "State Interests in Marriage, Interstate Recognition and Choice of Law," *Creighton Law Review* 38 (2005): 38; Nelson Tebbe and Deborah A. Widiss, "Equal Access and the Right to Marry," *University of Pennsylvania Law Review* 158 (2010): 1387.

³⁹ "Men and women of full age... have the right to marry and to found a family."

⁴⁰ "The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized."

⁴¹ "Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family..."

ทั่วไปโดยปราศจากความแตกต่าง โดยข้อที่ 24 ของหลักการดังกล่าวได้เสนอให้มีการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวต้องเป็นไปโดยปราศจากการคำนึงถึงวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ในลักษณะที่มีได้ยืนยันสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือกโดยตรงนอกจากการเสนอให้รัฐใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง และอื่น ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อรับประกันสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว รวมทั้งโดยให้มีโอกาสอุปการะบุตรบุญธรรม หรือตั้งครรภ์ด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ ขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับการสมรสนั้นนอกจากหลักการดังกล่าวจะมีได้เสนอแนะให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถสมรสได้เช่นเดียวกับชายและหญิงแต่ยังกลับเปิดช่องให้รัฐมีบทบาทในการอนุญาตหรือรับรองสิทธิในการสมรสแก่บุคคลที่มีเพศเดียวกันดังจะเห็นได้จากข้อเสนอที่เห็นว่ารัฐควรใช้มาตรการทางนิติบัญญัติทาง ปกครอง และอื่น ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อรับประกันสิทธิ สิทธิประโยชน์ ภาระหน้าที่ หรือผลประโยชน์ใด ๆ ให้แก่การจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเท่าเทียมกับการจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลต่างเพศ ทั้งนี้เฉพาะในรัฐที่ยอมรับการจดทะเบียนสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเท่านั้น

ในปัจจุบันได้มีความพยายามที่จะอธิบายสิทธิในการสมรสเสียใหม่ให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่ยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศที่มีเพศเดียวกันมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่การสมรสมีความหมายถึงการก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างชายฝ่ายหนึ่งกับหญิงอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะของสามีและภรรยาไปสู่ลักษณะที่ทั่วไปมากยิ่งขึ้นและภายใต้บริบทนี้สิทธิในการสมรสย่อมมีความหมายว่า “สิทธิของผู้ใหญ่ 2 คนที่จะเลือกคู่ครองหรือเพื่อที่จะให้รัฐรับรองความสัมพันธ์ใกล้ชิดโดยปราศจากข้ออ้างที่จะปฏิเสธไม่ดำเนินการเช่นนั้น”⁴² ซึ่งเป็นการให้ความหมายของสิทธิในการสมรสเสียใหม่บนพื้นฐานของสาระสำคัญของการสมรสในแงุ่มุมที่เป็นเรื่องของความรักใจเข้ามาพ้องอาศัยร่วมกัน การสนับสนุนช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ตลอดจนการอุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งทุพพลภาพหรือวิกลจริต โดยการมองข้ามการตั้งครรภ์ตลอดจนการให้กำเนิดบุตรที่จะเกิดขึ้นในภายหลังไป และภายใต้บริบทของการสมรสดังกล่าวมานี้เพศของบุคคลแทบจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเกิดขึ้นของการสมรสเลย ซึ่งความพยายามในการให้ความหมายของสิทธิในการสมรสนี้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายแม้ในสถานการณ์ที่จารีตประเพณีตลอดจนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญจะได้บังคับชี้ถึงเพศที่มีความแตกต่างกันของคู่สมรสไว้อย่างชัดเจน

⁴² Nelson Tebbe and Deborah A. Widiss, "Equal Access and the Right to Marry," 1393.

3.2.2.3 สิทธิในการสืบทอด

สิทธิตามธรรมชาติในการสืบทอดของมนุษย์เป็นผลของการปฏิฐานความคิดที่ว่ารัฐมีประโยชน์เกี่ยวข้องและมีอำนาจเบ็ดเสร็จเหนือทรัพย์สินของบุคคลภายหลังจากเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตายอันเป็นความคิดดั้งเดิมที่มีพื้นฐานมาจากระบบศักดินาซึ่งองค์อธิปัตย์จะได้มอบทรัพย์สินโดยเฉพาะที่ดินแก่ขุนนางและเมื่อขุนนางคนดังกล่าวถึงแก่ความตายลงทรัพย์สินและที่ดินจะต้องตกทอดไปตามกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นซึ่งโดยทั่วไปของระบบศักดินาสวามิภักดิ์แล้วผู้มีสิทธิรับมรดกย่อมได้แก่บุตรชายคนโตของเจ้ามรดกแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้การกำหนดให้เฉพาะบุตรชายคนโตมีสิทธิรับมรดกมิใช่เป็นไปเพราะเหตุที่ผู้รับมรดกเป็นบุตรของเจ้ามรดกหากแต่เป็นเพราะบุตรชายคนโตนั้นพอจะเป็นที่อนุমানได้ว่าอยู่ในสถานะที่จะสามารถช่วยค้ำจุนราชบัลลังก์ได้จึงสมควรที่จะสืบทอดตำแหน่งและทรัพย์สินของบิดาต่อไป⁴³ การปฏิฐานความคิดดังกล่าวโดยเปลี่ยนจากกฎเกณฑ์ในการสืบทอดมรดกที่เป็นผลจากคำสั่งขององค์อธิปัตย์ไปสู่ความสัมพันธ์ทางเครือญาติโดยเฉพาะการสืบทอดให้แก่บุตรซึ่งมีสายสัมพันธ์กันตามธรรมชาติจึงเป็นการยุติความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายในการสืบทอดและนำไปสู่สิทธิตามธรรมชาติของบุคคลในการรับมรดก ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงสถานะของการเป็นทายาทที่มีใช้เป็นไปโดยกฎหมายของเจ้าศักดินา ทว่า อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรม (ชาติ) ของเจ้ามรดก

สิทธิในการสืบทอดยังถูกนำไปเชื่อมโยงกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการมองว่าสิทธิในการสืบทอดนั้นเป็นทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง และเมื่อสิทธิในทรัพย์สินมีพื้นฐานมาจากสิทธิของมนุษย์ในการดำรงชีพและทำให้ตนเองตลอดจนครอบครัวสมบูรณ์พร้อมซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิในทรัพย์สินซึ่งรวมถึงการสืบทอดจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติไปด้วย โดยสาระสำคัญของสิทธิในการสืบทอดและความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสิทธิในทรัพย์สิน คือมูลเหตุจูงใจที่จะสืบทอดหรือถือครองทรัพย์สินเพื่อที่จะมอบให้แก่บุตรหลานของตนต่อไป อันเป็นธรรมชาติของมนุษย์เช่นเดียวกับความต้องการในการแสวงหาอาหาร ด้วยเป็นสิ่งที่ได้รับการยกย่องว่าจะช่วยให้ชีวิตมีความสุขมากยิ่งขึ้น เพราะช่วยให้มนุษย์สามารถเติมเต็มภาระหน้าที่ทั้งต่อตนเองคือการดำรงชีวิตและความเพียบพร้อมของตน และช่วยให้มนุษย์สามารถเติมเต็มภาระหน้าที่ต่อญาติมิตรหรือบริวารโดยการให้การสนับสนุนผู้อื่น⁴⁴

⁴³ James M. Morton Jr, "The Theory of Inheritance," *Harvard Law Review* 8, no. 3 (1894): 163.

⁴⁴ Francis W. Matthys, "Nature of the Right to Inherit Property," *Notre Dame Law Review* 12, no. 1 (1936): 8, 11.

ความสำคัญของครอบครัวไม่เพียงปรากฏในมูลเหตุอันมีลักษณะเกี่ยวพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินที่มนุษย์จะแสวงหาและยังไว้ซึ่งความมั่งคั่งของตนเพื่อแจกจ่ายให้แก่สมาชิกในครอบครัวของตนเท่านั้น ครอบครัวและความสัมพันธ์ระหว่างบทบาทตามธรรมชาติของครอบครัวกับสิทธิในการสืบมรดกยังถูกเน้นย้ำว่าสอดคล้องกับเจตจำนงตามธรรมชาติของการสมรสที่มุ่งไปสู่การเลี้ยงดูบุตรซึ่งเกิดขึ้นมาที่มิได้มีอยู่เพียงชั่วคราวหากแต่มีอยู่ชั่วชีวิต ฉะนั้น จึงเป็นเรื่องของกฎหมายธรรมชาติที่บิดามารดาควรเตรียมการไว้ให้บุตรและบุตรควรเป็นทายาทของบิดามารดา⁴⁵ และด้วยเหตุที่สิทธิในการสืบมรดกเป็นสิทธิตามธรรมชาติของทายาท จึงนำไปสู่การกำหนดบทบัญญัติรับประกันสิทธิในการสืบมรดกของทายาท บนพื้นฐานความคิดนี้สิทธิของทายาทย่อมมีอาจถูกก้าวล่วงได้แม้โดยเจตนาของเจ้ามรดกเองในอันที่จะทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้อื่นในขณะที่เจ้ามรดกยังมีชีวิตอยู่ในลักษณะที่จะกระทบต่อสิทธิของผู้เป็นทายาทอันได้แก่ภริยาและบุตรถ้าหากมี โดยเจ้ามรดกชอบที่จะทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่ผู้อื่นได้เพียงเท่าที่จะเป็นไปเพื่อการกุศลหรือเพื่อสาธารณะประโยชน์อันจะไม่กระทบต่อสิทธิโดยธรรมของบุตรหรือภริยา⁴⁶ การประกันสิทธิในการสืบมรดกของทายาทนี้เป็นชัยชนะที่สิทธิในการสืบมรดกมีเหนือสิทธิของเจ้ากรรมสิทธิ์ที่จะแสดงเจตนาทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินของตนเองให้แก่ผู้อื่นซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นสิทธิทางแพ่งที่ก่อตั้งขึ้นโดยระบบกฎหมายของรัฐ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐนั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงบริบททางประวัติศาสตร์ที่รัฐเองก็อ้างประโยชน์เกี่ยวข้องในทรัพย์สินของเจ้ามรดกมาโดยตลอด ประโยชน์นี้สะท้อนออกมาทั้งในรูปของการเก็บภาษีมรดกและสิทธิที่รัฐมีเหนือทรัพย์สินของผู้ตายซึ่งถูกจำกัดไว้ภายใต้สิทธิโดยธรรมชาติของทายาททั้งหลาย โดยจำนวนภาษีย่อมเพิ่มขึ้นหรือลดลงตามความห่างหรือความใกล้ชิดของทายาทกับเจ้ามรดกในสายเครือญาติและในที่สุดรัฐย่อมจะมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกของผู้ตายภายหลังจากได้พิสูจน์แล้วว่าไม่มีทายาทในลำดับใดที่จะรับมรดกตามสิทธิของตนได้แล้วเท่านั้น⁴⁷

3.2.3 ข้อพิจารณาในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น นอกจากจะต้องทราบถึงปัจจัยพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ข้อเท็จจริงและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกแล้ว ยังจำเป็นที่จะต้องตระหนักถึงข้อพิจารณา

⁴⁵ Thomas Aquinas, *Summa Theologica*. Supp. q. 67 art. 1.

⁴⁶ James M. Morton Jr, "The Theory of Inheritance," 165; Francis W. Matthys, "Nature of the Right to Inherit Property," 13.

⁴⁷ James M. Morton Jr, "The Theory of Inheritance," 165-166.

ต่าง ๆ ในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก กล่าวคือ ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับเพศในบริบทของหลักความเสมอภาค (3.2.3.1) ความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2.3.2) และความเหมาะสมของรูปแบบการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2.3.3) ซึ่งจะช่วยให้การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมมากที่สุด

3.2.3.1 ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับเพศในบริบทของหลักความเสมอภาค

ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคนั้น เพศเป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นความตระหนักถึงคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อันซ่อนอยู่ภายใต้ผิวภายนอกของบุคคลตลอดเวลาที่ผ่านมาในประวัติศาสตร์แม้ความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงจะเป็นที่ประจักษ์ชัดทั้งในด้านสรีระร่างกายของบุคคลที่มีความแตกต่างกันอย่างมากมานับแต่โครโมโซมภายในเซลล์อวัยวะภายใน และอวัยวะภายนอก ซึ่งส่งผลให้ร่างกายของมนุษย์เพศชายและมนุษย์เพศหญิงแตกต่างกัน ได้นำไปสู่ความแตกต่างในด้านบทบาททางสังคมของทั้ง 2 เพศซึ่งเป็นผลสะท้อนจากหน้าที่อันแตกต่างกันของสรีระร่างกายของเพศทั้ง 2 ที่โดยหลักแล้วแสดงออกจากการสามารถในการตั้งครรภ์และให้นมบุตรเป็นหลักซึ่งเป็นคุณสมบัติของเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้นตรงกันข้ามกับในเพศชาย ทว่า ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคนั้นความแตกต่างทางเพศได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเพียงเฉพาะข้อเท็จจริงอันเป็นเนื้อแท้ซึ่งไม่อาจปฏิเสธและเป็นสากลที่มีได้ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมอันเป็นของที่อาจเปลี่ยนแปลงเสมอได้ตามกาลและเทศะ ในขณะเดียวกันความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงที่แม้จะมีอยู่จริงจะได้รับการยอมรับก็เพียงเพื่อการสนับสนุนและส่งเสริมให้ทั้ง 2 เพศสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงเท่านั้น การหยิบยกความแตกต่างระหว่างเพศขึ้นมาเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการกีดกันหรือปฏิบัติต่อเพศหนึ่งให้ด้อยกว่าอีกเพศหนึ่งจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมรับได้ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคนี้

ภายใต้บริบทของสังคมและระบบกฎหมายในอดีตซึ่งมักเป็นช่วงเวลาที่ยุติแห่งหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญได้ถูกบัญญัติขึ้น ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชายกับหญิงที่ปรากฏอยู่จริงในสังคมนั้น ตลอดจนเพื่อแก้ไขสภาพปัญหาอันเคยเกิดขึ้นในสังคมที่เป็นผลจากความแตกต่างทางบทบาทของชายและหญิง ดังจะเห็นได้จากการกำหนดบทบัญญัติที่เฉพาะเจาะจงไปยังเพศของบุคคลซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากสรีระร่างกายของบุคคลเท่านั้น อาทิ การบัญญัติรับประกันความเท่าเทียม

ระหว่างชายกับหญิงหรือทั้ง 2 เพศ ตลอดจนการบัญญัติให้เพศเป็นส่วนหนึ่งของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันมุ่งหมายถึงสรีระมากกว่าเพศที่อยู่บนพื้นฐานของจิตใจ อย่างไรก็ตาม หากได้หมายความว่าภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคนั้นเพศจะได้อธิบายความจำเพาะเจาะจงถึงเพศสรีระซึ่งอยู่บนพื้นฐานด้านร่างกายของบุคคลและหลักความเสมอภาคว่าจะให้ความคุ้มครองแก่บุคคล โดยพิจารณาถึงเพศสรีระเพียงเท่านั้นไม่ ด้วยมูลเหตุที่เพศของบุคคลนั้นเป็นผลผลิตของสังคมและเมื่อเพศที่ได้รับการยอมรับในสังคมนั้นเกิดความเปลี่ยนแปลงไปจากการพิจารณาถึงเพศเพียงจากสรีระร่างกายภายนอกเท่านั้นไปสู่การยอมรับเพศซึ่งอยู่บนพื้นฐานด้านจิตใจของบุคคลอื่นเป็นการยอมรับถึงความเป็นมนุษย์ของบุคคลโดยเฉพาะเจตจำนงเสรีในการกำหนดตัวตนของตนเอง ภายใต้บริบทนี้ เพศจึงตกอยู่ภายใต้อิสระเสรีของเจตจำนงอันเป็นเรื่องภายในจิตใจมนุษย์มากยิ่งขึ้นกว่าข้อจำกัดของอวัยวะหรือสรีระทางชีววิทยา

ผลของการที่เพศในบริบทของหลักความเสมอภาคนั้นได้รวมเอาทั้งเพศในความหมายของการยึดถือสรีระร่างกายและการปฏิบัติหน้าที่อันแตกต่างกันของสรีระร่างกายเป็นหลัก รวมเข้ากับเพศในความหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพในตัวตนของมนุษย์ที่จะกำหนดทิศทางทางการดำรงชีวิตของตนเองโดยเฉพาะการรับรู้และแสดงออกซึ่งเพศของตนเองตลอดจนชีวิตทางเพศที่ตนจะใช้ร่วมกันกับบุคคลอื่น ภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาครวมตลอดจนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมซึ่งต่างอยู่บนพื้นฐานความคิดของการเคารพในคุณค่าอันมีอาจจับต้องได้แห่งความเป็นมนุษย์ กรณีย่อมไม่มีเหตุผลใดเลยที่เพศในอีกมิติหนึ่งซึ่งแตกต่างจากการยึดถือเอาสรีระร่างกายเป็นบรรทัดฐานจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริงอันอาจถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อคุ้มครองมิให้มีการจำแนกมนุษย์ให้แตกต่างกันและปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นให้ด้อยไปกว่าบุคคลอื่นตลอดจนการสรรค์สร้างสังคมซึ่งเปิดรับและเอื้อต่อการพัฒนาซึ่งตัวตนของบุคคลบนพื้นฐานของเพศที่หลากหลาย และมีได้จำกัดอยู่ภายใต้กรอบของสรีระร่างกายเท่านั้นอันเป็นวัตถุประสงค์ซึ่งหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายทั้งปวงมุ่งประสงค์ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเด็นที่ควรแก่การพิจารณาในเรื่องความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกรับกับเพศในบริบทของหลักความเสมอภาคในเชิงเนื้อหานั้นจะไม่น่ากังวลเท่าใดนักเพราะมนุษย์ย่อมสามารถพิจารณาถึงเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของหลักความเสมอภาคตลอดจนเชื่อมโยงคุณค่าเหล่านั้นเข้ากับข้อเท็จจริงด้านเพศของบุคคลซึ่งเปลี่ยนแปลงไปในสังคมได้ตลอดเวลา ทว่า ความชัดเจนของบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภากระหว่างเพศที่มักถูกบัญญัติขึ้นเป็นระยะเวลานานล่วงมาแล้วก่อนที่จะรอบความคิดเกี่ยวกับเพศตามขนบประเพณีในสังคมดั้งเดิมจะได้ผ่อนคลายลง ความสอดคล้องระหว่างความหลากหลายทางเพศในสังคมกับบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคอันมีลักษณะเชิงรูปแบบที่ยังคงจำเพาะเจาะจงอยู่กับเพศชายและเพศหญิงเพียง 2 เพศเท่านั้นอาจเป็นเหตุให้เกิดความแข็ง

กระด้างและล้าสมัยของหลักความเสมอภาคซึ่งอาจนำไปสู่ข้อจำกัดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคได้ในอนาคตหากยังไม่มี การแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับเพศของบุคคลซึ่งมิได้ถูกจำกัดอยู่ในกรอบของสรีระร่างกาย

3.2.3.2 ความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์นั้นถูกวางอยู่บนพื้นฐานของครอบครัวของชายกับหญิงทั้งสิ้น ทว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลอื่นเนื่องมาจากการใช้ชีวิตร่วมกันโดยกล่าวถึงครอบครัวที่ประกอบด้วยชายกับหญิงนั้นก็หาได้เป็นเพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้นถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ในรูปแบบอื่นแต่ประการใดไม่ หากแต่เป็นเพราะในขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้นถูกตราขึ้นรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ในลักษณะครอบครัวซึ่งสังคมรู้จักได้แก่ครอบครัวของชายกับหญิงตลอดจนบุตรซึ่งเกิดจากการใช้ชีวิตร่วมกันของพวกเขาเท่านั้น การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กล่าวถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจึงเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้และไม่ได้เกินกว่าความคาดหมายเท่าใดนัก ภายใต้บริบทนี้การใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจะเข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมิได้กล่าวถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของพวกเขาไว้เลยแม้แต่น้อย เนื่องจากเมื่อระบบกฎหมายกล่าวถึงครอบครัวของบุคคลในลักษณะของการสมรสที่ดีหรือความเป็นสามีภริยาก็นั้นเป็นเพราะพื้นฐานของสถาบันต่าง ๆ ที่มนุษย์ได้เข้ามาพักอาศัยอยู่ร่วมกันและนำไปสู่การแบ่งภาระหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างกันซึ่งเป็นเนื้อหาสาระที่แท้จริงอันมีอยู่ร่วมกันในทุกรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ทั้งนี้ไม่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นจะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายหรือไม่ ด้วยเหตุนี้แม้ระบบกฎหมายจะมีได้กล่าวถึงบุคคลเพศทางเลือกหรือการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไว้เลยก็ตาม ฝ่ายซึ่งมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายก็สามารถใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์มากกว่าเพศอันแตกต่างกันของบุคคลที่เข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันนั้นแก่กรณีของบุคคลเพศทางเลือกได้เสมอ เว้นเสียแต่ในกรณีซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายมุ่งใช้บังคับแก่บุคคลโดยคำนึงถึงเพศมากยิ่งขึ้นกว่าการเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ กล่าวคือ เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันได้กล่าวถึงครอบครัวหรือการสมรสมุ่งประสงค์ให้เพศของบุคคลที่เข้ามารวมกันเป็นครอบครัวหรือเพศของคู่สมรสนั้นต้องประกอบไปด้วยชายกับหญิงเท่านั้น อาทิ บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเงื่อนไขการสมรส หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดย

ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องของชายกับหญิงโดยแท้ประการหนึ่งหรือเป็นไปได้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องระหว่างระบบกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์อีกประการหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อรักษามิให้ระบบกฎหมายล่งล้ำเข้าไปบิดเบือนข้อเท็จจริงที่อาจพิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์ซึ่งในกรณีเช่นนี้นี้ย่อมต้องถือว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นขาดความสอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

3.2.3.3 ความเหมาะสมของรูปแบบการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การศึกษาถึงข้อพิจารณาในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของรูปแบบการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมาย (3.2.3.3.1) และการออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (3.2.3.3.2) โดยลำดับ

3.2.3.3.1 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมาย

ในระดับแรกเมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้รับการยอมรับจากสังคม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าระบบกฎหมายที่เดินตามรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันตามชนบประเพณีซึ่งมีอยู่จะไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกำเนิด โดยเฉพาะเนื้อความในบทบัญญัติที่มักจะอ้างถึงเพศชาย เพศหญิง หรือการสมรส การที่บุคคลเพศทางเลือกจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นไปได้เพียงโดยการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายเท่านั้น ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของความสอดคล้องระหว่างรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายซึ่งจะถูกนำมาใช้และตีความภายใต้บริบทการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น ข้อดีของการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายคือความรวดเร็วของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกโดยมิต้องรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้แก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหรือแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ครอบคลุมการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเสียก่อนซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลานานและมีโอกาสสูงที่สิทธิของบุคคลเพศทางเลือกจะ

ไม่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐสภาในฐานะที่เป็นตัวแทนของเสียงส่วนใหญ่ในสังคมหากบุคคลเพศทางเลือกยังถูกมองจากสังคมว่าเป็นกลุ่มชายขอบอยู่

การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายนั้นสามารถกระทำได้ทั้งโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในฐานะที่ทั้ง 2 ฝ่ายนี้มีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายผ่านการพิจารณาถึงสาระสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลซึ่งมีความเหมือนกันทั้งในด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั่วไปแล้วจึงนำมาพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะถูกนำมาใช้หรือตีความว่าสาระสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันทั้ง 2 ฝ่ายอันเป็นอย่างเดียวกันกับสาระสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงซึ่งเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมีความสอดคล้องกันหรือไม่ และเมื่อฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการค้นพบว่าสาระสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกซึ่งเหมือนกันกับในกรณีของชายและหญิงนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการใช้หรือตีความแล้วฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการย่อมใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวแก่กรณีการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้ทันทีโดยมิพักต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกเสียก่อน

3.2.3.3.2 การออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

เมื่อเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกควรที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั่วไป การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นย่อมเป็นเรื่องที่สมควรกระทำด้วยจะสามารถแก้ไขปัญหาความคลุมเครือที่อาจเกิดขึ้นได้เสมอจากการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกลงได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ไม่อาจปฏิเสธถึงความหลากหลายของปัจจัยด้านการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันในรูปแบบที่ประกอบไปด้วยบุคคลซึ่งมีเพศกำเนิดเดียวกันในสังคม การที่จะมอบสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งเป็นไม่ใช่บุคคลกลุ่มใหญ่ของสังคมให้รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างมากเป็นผู้ดูแลรักษานั้นดูจะเป็นเรื่องที่ย่อนเยี้ยวและเป็นไปได้อย่างยิ่งที่รัฐสภาจะละเลยหรือไม่นำพาต่อการใช้ชีวิตร่วมกันบุคคลเพศทางเลือกจนนำไปสู่การละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลดังกล่าวในที่สุด การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากเสียงข้างมากในรัฐสภาจึงอาจเป็นเหตุให้การใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นเป็นไปอย่างยากลำบากหรืออาจเป็นไปได้เลย เนื่องจากมีโอกาสที่ประเด็นต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับการใช้

ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะประเด็นที่มีลักษณะละเอียดอ่อนและยากจะหาข้อยุติได้ อาทิ ศีลธรรมและศาสนา อาจจะถูกหยิบยกขึ้นมาโต้เถียงระหว่างกระบวนการนิติบัญญัติได้เสมออันจะเป็นการดึงความสนใจในกระบวนการนิติบัญญัติจากการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกเข้าไปสู่ประเด็นทางด้านการเมืองได้โดยง่ายและอาจส่งผลให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหรืออาจเป็นเหตุให้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ในที่สุด

ในสภาวะที่เกิดอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันเนื่องมาจากความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของบุคคลเพศทางเลือกกับประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม ฝ่ายตุลาการซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปของศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกผ่านกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังคงไม่สอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการกระบวนการนิติบัญญัติใหม่ให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกต่อไปเพื่อให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป อย่างไรก็ตาม ปัญหาความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปในสังคมซึ่งสะท้อนให้ปรากฏผ่านอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศทางเลือกโดยกระบวนการนิติบัญญัตินั้นอาจจะไม่สามารถแก้ไขโดยอาศัยกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลดังกล่าวข้างต้นได้หากว่าเป็นสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายซึ่งอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรซึ่งมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียเองและขาดการยึดถือหลักนิติธรรมที่เข้มแข็งเพียงพอในอันที่จะโน้มน้าวให้เกิดการปฏิบัติหน้าที่เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพได้

3.3 ข้อท้าทายในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

เช่นเดียวกับการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลชายขอบอื่น ๆ ที่นอกจากจะเป็นการคานอำนาจรัฐในส่วนหนึ่งแล้ว การยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายยังเป็นการปฏิฐานความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับเพศของบุคคลในสังคมอีกด้วยกรณีดังกล่าวย่อมนำไปสู่ข้อท้าทายสำคัญอย่างน้อยสามประการในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการ

ใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอันได้แก่ รูปแบบรัฐบาลเสียงข้างมากกับอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก (3.3.1) อิทธิพลของระบบกฎหมายที่ยังคงอยู่ภายใต้ความคิดทางเพศแบบทวินิยม (3.3.2) และความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกกับแรงงานจากสังคม (3.3.3)

3.3.1 รูปแบบรัฐบาลเสียงข้างมากกับอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก

แม้หลักความเสมอภาคและสิทธิขั้นพื้นฐานจะเป็นหลักการที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐและยอมผูกพันองค์กรซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย ภายใต้หลักการเชิงรัฐธรรมนูญนี้ภาระหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกควรจะกระจายไปตามบทบาทและหน้าที่ของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ตามกรอบโครงสร้างการแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญ ทว่า ผลจากการที่สถานะของเพศทางเลือกในสังคมมักจะอยู่ในลักษณะชายขอบเนื่องด้วยวิถีชีวิตที่ไม่เป็นไปตามกระแสหลักของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างมนุษย์ส่วนใหญ่ในสังคม คุณค่าตลอดจนประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือก รวมถึงรูปแบบวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันจึงมักจะโต้แย้งหรือไม่สอดคล้องกับคุณค่าตลอดจนประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมอยู่เสมอ ในทางตรงข้ามผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันยังถูกสะท้อนผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายตลอดจนนโยบายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก อาทิ รัฐบัญญัติปกป้องการสมรส (Defense of Marriage Act) (DOMA) ที่รัฐสภาของเกรซแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้นใน ค.ศ. 1996 ที่นอกจากจะนิยามความหมายของการสมรสภายใต้วัตถุประสงค์ของสหพันธรัฐว่าหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงโดยเฉพาะแล้วรัฐบัญญัติฉบับเดียวกันยังได้ยกเว้นหลักความน่าเชื่อถือและเครดิต (Full Faith and Credit Clause) ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาโดยกำหนดให้มลรัฐต้องผูกพันยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับการสมรสในมลรัฐอื่น ทำนองเดียวกันกับร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการสมรส (The Marriage Protection Bill) ที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรสหรัฐใน ค.ศ. 2004 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ศาลของสหพันธรัฐบังคับให้มลรัฐที่ไม่ยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งสมบูรณ์แล้วในมลรัฐอื่น ในขณะเดียวกันกับที่ประธานาธิบดี George W. Bush ยังได้ขับเคลื่อนญัตติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่ง

ประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อยืนยันความหมายของการสมรสในประเทศสหรัฐอเมริกามีความหมายเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น⁴⁸

ด้วยลักษณะของที่มาแห่งอำนาจที่ผูกพันกับเสียงส่วนใหญ่ของประชากรในรัฐและลักษณะที่ขัดแย้งกันอยู่เสมอระหว่างประโยชน์ของบุคคลเพศทางเลือกในฐานะเสียงส่วนน้อยกับประโยชน์ประชาชนทั่วไปเป็นเหตุให้บทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมักจะไม่ประสบความสำเร็จภายใต้การริเริ่มโดยองค์กรซึ่งใช้อำนาจรัฐที่มีที่มาจากเสียงข้างมากในสังคม กล่าวโดยเฉพาะคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารโดยปราศจากการชี้แนะหรือการบังคับในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการทั้งในรูปแบบของการให้คำแนะนำและคำบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม อาทิ ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส เป็นระยะเวลาถึง 2 ปี ก่อนที่จะมีการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ให้ความเห็นเชิงบวกเกี่ยวกับกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีการใช้บังคับในประเทศฝรั่งเศส ว่าการออกกฎหมายอนุญาตให้สมรสกันได้อย่างเสมอภาคในฝรั่งเศสนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงสามารถออกกฎหมายในเรื่องนี้ได้ และหากจะมีการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในอนาคตก็สามารถที่จะกระทำได้⁴⁹

ทำนองเดียวกันกับประเทศไต้หวันที่กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในประเทศไต้หวันนั้นเป็นกฎหมายที่ออกตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดไต้หวันหรือการตีความของสภาตุลาการ ที่ 748 ซึ่งวินิจฉัยว่าการที่ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันห้ามมิให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับประกันเสรีภาพในการสมรสและสิทธิในความเสมอภาคไว้ ซึ่งนอกจากจะเป็นเหตุให้กฎหมายดังกล่าวใช้ชื่อว่า “รัฐบัญญัติบังคับตามการตีความของสภาตุลาการ ที่ 748” แล้วกฎหมายดังกล่าวยังได้บัญญัติให้การก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันนั้นกระทำในรูปแบบการจดทะเบียนสมรส ณ สถานที่ที่มีอำนาจจดทะเบียนครอบครัว แม้ว่าจะไม่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและเนื้อหาสาระแห่งสิทธิหน้าที่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะแตกต่างจากคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งหลายประการซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกับการ

⁴⁸ Karin M. Linhart, "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison," *German Law Journal* 6, no. 6 (2005): 957-958.

⁴⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)," 254.

เกิดขึ้นของสถานะการเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกันมากกว่าการเป็นคู่สมรส⁵⁰ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามผลของคำพิพากษาที่ดีความว่าบทบัญญัติในส่วนที่ 2 ว่าด้วยการสมรส ในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวของประมวลกฎหมายแพ่งได้วันที่ไม่อนุญาตให้บุคคล 2 คนซึ่งมีเพศเดียวกันสมรสเพื่อที่จะใช้ชีวิตร่วมกันนั้นขัดหรือแย้งทั้งต่อหลักประกันในรัฐธรรมนูญได้วันที่ อันได้แก่เสรีภาพในการสมรสตามมาตรา 22 และสิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 7 โดยกำหนดให้องค์กรซึ่งมีอำนาจแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมอันเกี่ยวข้องกับการคำพิพากษายกในระยะเวลา 2 ปีนับจากวันที่ได้เผยแพร่คำพิพากษาเป็นต้นไป และหากองค์กรซึ่งมีอำนาจนั้นไม่สามารถแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมได้ภายในระยะเวลาดังกล่าว บุคคล 2 คนซึ่งมีเพศเดียวกันที่ประสงค์จะสมรสสามารถขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจดทะเบียนครอบครัวให้จดทะเบียนสมรสได้ โดยการยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือลงชื่อพยานตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปดังที่ได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการสมรส⁵¹

ในกรณีของประเทศเยอรมนีนั้นแม้ว่าหลักความเสมอภาคจะได้รับการรับรองในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่พัฒนาการด้านสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกลับเป็นไปอย่างเชื่องช้าและที่มามีความสำคัญของความเสมอภาคในสิทธิหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในฐานะคู่ชีวิตกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชายหญิงภายหลังรัฐบัญญัติคู่ชีวิตมีผลใช้บังคับใน ค.ศ. 2001 มิใช่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ขยายความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานะของสามีและภรรยาให้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกัน หรือการใช้หลักความเสมอภาคแก่กรณีของคู่ชีวิตในการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหาร หากแต่เป็นผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่อันเนื่องมาจากการมีสถานะสมรสของของสามีและภரியากับหลักความเสมอภาคที่กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับรองไว้โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบนพื้นฐานของหลักการที่ว่าความแตกต่างระหว่างคู่ชีวิตและการสมรสขึ้นอยู่กับพื้นฐานของเพศวิถีซึ่งมีเฉพาะแต่เหตุผลอันสำคัญอย่างยิ่งยวดเท่านั้นที่จะนำมาใช้เป็นข้อสนับสนุนได้⁵²

ขณะที่องค์กรใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ ซึ่งต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคตลอดจนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแต่ด้วยเหตุที่มีที่มาแห่งอำนาจผูกพันกับเสียงข้างมากซึ่งมีประโยชน์

⁵⁰ Chin Shen, "After Interpretation No. 748 in Taiwan," *Journal of Education & Social Policy* 5, no. 3 (2018): 173, 178-179.

⁵¹ See Interpretation No. 748.

⁵² Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 928.

ขัดแย้งกันกับประโยชน์ของบุคคลเพศทางเลือกจึงมีบทบาทในการริเริ่มเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอย่างเบาบางหรือในบางกรณีกลับเป็นไปในรูปแบบการออกกฎหมายหรือนโยบายเพื่อริดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงมีรูปแบบที่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเนื่องจากมิได้มีที่มาแห่งอำนาจที่ต้องรับผิดชอบต่อเสียงข้างมากในสังคมดังเช่นในกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจะงดเว้นการริเริ่มหรือการแสดงบทบาทเชิงรุกในการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างสิ้นเชิงเสียทีเดียว ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในกรณีของพระราชบัญญัติคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษที่มีแรงผลักดันมาทั้งจากสมาชิกสภาสามัญและสภาขุนนางตลอดจนรัฐบาล เนื่องจากการที่ระบบกฎหมายอังกฤษไม่รับรองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในขณะที่สภาพสังคมของประเทศอังกฤษปรากฏรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาอย่างเปิดเผยเป็นจำนวนมาก เป็นเหตุให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวสูญเสียสิทธิหน้าที่อันพึงมีพึงได้จากสภาพครอบครัวของตนเอง โดยปรากฏบุคคลเพศทางเลือกจำนวนมากถูกปฏิเสธการเยี่ยมในโรงพยาบาลเพื่อพบคู่ชีวิตที่ป่วยหนัก หรือถูกปฏิเสธสถานะอันชอบธรรมในงานศพของคู่ชีวิตของตน หรือถูกขับไล่ออกจากบ้านของพวกเขาล้างจากความตายของคู่ชีวิตอีกฝ่าย⁵³

ประกอบกับการที่ไม่มีกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังส่งผลต่อการแพร่หลายของทัศนคติหวาดกลัวหรือรังเกียจพฤติกรรมรักร่วมเพศในสังคมอังกฤษอีกด้วย หลักการของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตได้รับการตอบสนองทั้งจากรัฐสภาและรัฐบาลอังกฤษอย่างรวดเร็วด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายคู่ชีวิตสามารถทำให้การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้รับสิทธิหน้าที่อันจำเป็นแก่การดำรงชีวิตครอบครัวอย่างความเสมอภาคและสอดคล้องกับสภาพครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกและเป็นเหตุให้พระราชบัญญัติคู่ชีวิตมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในระยะเวลาเพียง 4 ปีหลังจากมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐสภาอังกฤษ⁵⁴

ในขณะที่การเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษสามารถสะท้อนให้เห็นบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่มีต่อการคุ้มครองความเสมอภาคในสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ทีเดียวถึงเหตุผลทางการเมืองบางประการซึ่งอยู่

⁵³ Lorraine Conway and Catherine Fairbairn, The Civil Partnership Bill [HL]: Background and Debate, Research Paper No. 04/64 (2004), p. 10.

⁵⁴ Ibid., pp. 9-11.

เบื้องหลังการแสดงบทบาทเชิงรุกของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการสนับสนุนสิทธิเสรีภาพที่เท่าเทียมระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับการใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในกรณีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นผลจากปัจจัยทางด้านการเมืองที่ขณะกระแสต่อต้านแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนียังคงเกิดขึ้นเป็นระยะนับแต่รัฐบัญญัติคู่ชีวิตมีผลใช้บังคับในประเทศเยอรมนีเมื่อ ค.ศ. 2001 รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันกลับผ่านการพิจารณาของสภาและได้รับการลงนามโดยประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาในระหว่างที่รัฐบาลอนุรักษ์นิยมของนาง Angela Merkel ใกล้หมดวาระ และนาง Merkel ยอมให้สมาชิกในพรรคร่วมรัฐบาลลงคะแนนเสียงตามความสมัครใจแม้ตนจะไม่เห็นด้วย เพื่อประโยชน์ในการเลือกตั้งที่จะมีขึ้นในเดือนกันยายน ค.ศ. 2017 เนื่องจากพรรคร่วมรัฐบาลของตนได้ยกประเด็นการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นนโยบายหาเสียงเลือกตั้ง⁵⁵ อันนำไปสู่ข้อครหาว่าสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เป็นผลจากการริเริ่มโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนั้นสะท้อนถึงความพยายามในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริงหรือเป็นเพียงการแสวงหาเสียงสนับสนุนเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองโดยไม่คำนึงถึงผลลัพธ์ที่อาจกระทบต่อสังคมและระบบกฎหมาย เนื่องจากยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าสังคมเยอรมันในปัจจุบันได้เปิดกว้างและยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างแท้จริง⁵⁶ ตลอดจนปัญหาความขัดแย้งของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับบทบัญญัติคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในมาตรา 6 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่แม้จะมีความเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยยืนยันมาโดยตลอดว่าบทบัญญัติมาตรา 6 ดังกล่าว “มิได้เรียกร้องหรือให้อำนาจแก่กฎหมายที่จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแก่ความสัมพันธ์อื่นที่มีใช้การสมรส”⁵⁷ แต่ก็ยังมีปรากฏว่าได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 6 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้มีความสอดคล้องกับรูปแบบการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันแต่ประการใด

⁵⁵ Kate Connolly, "German Parliament Votes to Legalise Same-Sex Marriage," news release, 30 June 2017, 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/30/germany-poised-legalise-same-sex-marriage-bill-law>

⁵⁶ Naomi Conrad, "Germans Not Opposed to Same-Sex Marriage," news release, 27 June 2017, 2017, <http://www.dw.com/en/germans-not-opposed-to-same-sex-marriage/a-37110913#>,

⁵⁷ Saskia Lettmaier, "Germany - 2017: An Eventful Year in German Family Law," 220.

3.3.2 อิทธิพลของระบบกฎหมายที่ยังคงอยู่ภายใต้ความคิดทางเพศแบบทวินิยม

เพศสรีระที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิงได้ถูกสะท้อนให้ปรากฏในระบบกฎหมายมาเป็นระยะเวลายาวนานอันสืบเนื่องมาจากการะหน้าที่ซึ่งแต่ละเพศต้องตอบสนองให้แก่สังคมตามสถานะธรรมชาติแห่งร่างกายของตน แม้ว่าในห้วงระยะเวลาหนึ่งความคิดเกี่ยวกับปัจเจกชนนิยมและคุณค่าเชิงนามธรรมของมนุษย์ในธรรมชาติอาจส่งอิทธิพลต่อระบบกฎหมายในแง่มุมของความเป็นกลางทางด้านเพศในบางมิติ อาทิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเสรีภาพในการแสดงเจตนา อันมีลักษณะนามธรรมไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยด้านเพศของบุคคลที่ปรากฏให้เห็นจากภายนอกและส่งผลทั้งต่อระบบกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน แต่กระนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสัมพันธ์กับสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับเพศสรีระของบุคคลก็ยังคงปรากฏชัดอยู่ต่อมาอีกยาวนานจนกระทั่งปัจจุบันทั้งในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับที่ต่ำศักดิ์กว่า ภายใต้บริบทแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ความแตกต่างระหว่างเพศ ตลอดจนครอบครัวและการอุปการะเลี้ยงดูบุตรอันเป็นผลของเพศสรีระที่ต่างกันของชายและหญิงตามธรรมชาติเป็นพื้นฐานของทั้งหลักความเสมอภาค สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตลอดจนนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองและมุ่งคุ้มครอง ในกฎหมายระดับที่ต่ำศักดิ์กว่าเพศที่แตกต่างกันของบุคคลย่อมนำไปสู่สถานะอันก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่แตกต่างกันหลากหลายกันไป อาทิ สิทธิหน้าที่ในฐานะคู่หมั้นฝ่ายชายและคู่หมั้นฝ่ายหญิง สิทธิหน้าที่ในฐานะสามีและภรรยา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ในฐานะบิดาและมารดา ซึ่งมีความแตกต่างกันสอดคล้องกับบทบาททางเพศที่ปรากฏประกอบกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ

ความคิดทางเพศแบบทวินิยมที่แบ่งเพศของบุคคลในระบบกฎหมายออกเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้นยังส่งผลกระทบอย่างมากต่อกลุ่มบุคคลซึ่งให้คำนิยามตัวตนของตนเองว่าเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์ทางเพศหรือจัดเพศของตนเองให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางเพศในรูปแบบอื่นที่มีใช้จำกัดเพียงแค่ว่าชายกับหญิง ผลของความขัดแย้งระหว่างเพศในระบบกฎหมายกับเพศในความเป็นจริงส่งผลอย่างน้อย 2 ประการต่อกลุ่มบุคคลเพศทางเลือก ได้แก่ การหลุดรอดไปจากความคุ้มครองในระบบกฎหมาย และการถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ในด้านการหลุดรอดไปจากความคุ้มครองในระบบกฎหมายนั้นหมายถึง เมื่อระบบกฎหมายยอมรับความคิดทางเพศที่ประกอบไปด้วยชายและหญิงเท่านั้น เพศชายและหญิงย่อมเป็นจุดเกาะเกี่ยวระหว่างบุคคลกับสิทธิหน้าที่อันสืบเนื่องมาจากการมีสถานะทางกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลนั้น เมื่อเพศของบุคคลไม่สอดคล้องกับเพศในระบบกฎหมายที่มีเพียงแค่ว่าชายและหญิงบุคคลนั้น ๆ จึงหลุดรอดไปจากความคุ้มครองในระบบกฎหมายในลักษณะของการขาดคุณสมบัติที่จะมีสิทธิตามกฎหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานทางเพศแบบทวินิยมเหล่านั้น

ไปด้วย อาทิ การที่บุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันถูกปฏิเสธสิทธิในการสมรสและเป็นเหตุให้การใช้ชีวิตร่วมกันของพวกเขาไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยเหตุที่ว่าสมรสเป็นเรื่องของชายกับหญิงเท่านั้น⁵⁸ และแม้ว่ารัฐจะอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน คู่สมรสเพศเดียวกันก็อาจจะมีปัญหาการได้สิทธิที่เชื่อมโยงกับเพศในระบบกฎหมายซึ่งยังคงแบ่งออกเป็นชายและหญิงจนกว่าจะได้มีการแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายให้มีลักษณะที่เป็นกลางทางเพศ อาทิ ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากปัญหาในการใช้และตีความถ้อยคำ “สามี” และ “ภรรยา” ซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศชายและหญิงในกฎหมายแก่กรณีของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันทั้ง 2 ฝ่าย⁵⁹

ในขณะที่ผลของความคิดทางเพศแบบทวินิยมในระบบกฎหมายนำไปสู่การการหลุดรอดไปจากความคุ้มครองในระบบกฎหมาย สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอาจถูกละเมิดจากระบบกฎหมายที่ยังคงยึดติดอยู่กับเพศชายและหญิง ตลอดจนความพยายามในการใช้และตีความกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานทางเพศแบบทวินิยมกับกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกอย่างตรงไปตรงมา ซึ่งภายใต้ผิวหน้าของความสำเร็จยังคงไว้ซึ่งความคิดทางเพศแบบดั้งเดิมในระบบกฎหมาย ตลอดจนการใช้และตีความกฎหมายอย่างแข็งกระด้างย่อมเป็นการขัดแย้งเพศทางเลือกลงในกรอบความคิดของเพศชายและหญิงซึ่งไม่เพียงแต่จะเป็นการละเมิดตัวตนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้นในขณะเดียวกันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศทางเลือกไปด้วย อาทิ การละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกอันเนื่องมาจากการตีความว่าสมรสในระบบกฎหมายว่าเป็นเรื่องของชายและหญิงเท่านั้น หรือในกรณีของบุคคลเพศทางเลือกที่ต้องการจะข้ามเพศหรือเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายของตนไปยังเพศตรงข้ามที่ระบบกฎหมายมักจะยอมรับการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายดังกล่าวต่อเมื่อมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และโดยผลของการผ่าตัดดังกล่าวก็นำไปสู่การขาดความสามารถในการสืบพันธุ์อย่างถาวรโดยปราศจากการคำนึงถึงความจำเป็นในการคงไว้ซึ่งความสามารถดังกล่าวอันเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลและเป็นเหตุให้กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวทำลายสิทธิในการก่อสร้างครอบครัวซึ่งเป็นทั้งสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้น

⁵⁸ Alice Woolley, "Excluded by Definition: Same-Sex Couples and the Right to Marry," *The University of Toronto Law Journal* 45, no. 4 (1995): 471.

⁵⁹ Susan Frelich Appleton, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era," 231.

พื้นฐานของมนุษย์ทุกคนรวมถึงบุคคลเพศทางเลืออีกด้วย⁶⁰ ในทำนองเดียวกับบุคคลเพศกำกวมซึ่งมีอวัยวะเพศที่ไม่อาจบ่งชี้เฉพาะได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิงมาตั้งแต่กำเนิด ข้อจำกัดด้านความคิดเกี่ยวกับเพศแบบทวินิยมในกฎหมายและความพยายามในการบรรจุบุคคลเข้าสู่เพศที่มีเพียงชายกับหญิงเท่านั้นมักจะเป็นเหตุให้บุคคลเพศกำกวมถูกผ่าตัดตัดตกแต่งอวัยวะเพศให้เป็นเพศชายหรือหญิงตั้งแต่เด็กซึ่งแม้จะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายใต้การดูแลของแพทย์และบิดามารดาแต่ด้วยเหตุที่ในขณะนั้นบุคคลเพศกำกวมยังไม่อยู่ในสถานะที่จะตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวด้วยตนเองได้อย่างแท้จริงและเมื่อการผ่าตัดดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่ถาวรไม่อาจย้อนกลับมาแก้ไขได้ในอนาคตย่อมทำให้บุคคลเพศกำกวมสูญเสียอวัยวะตลอดจนตัวตนทางเพศที่แท้จริงของตนเองไปตลอดกาลอันเป็นการละเมิดต่อบูรณภาพแห่งเนื้อตัวร่างกายของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศกำกวมเช่นเดียวกัน⁶¹

3.3.3 ความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกกับแรงงานจากสังคม

ในสังคมส่วนใหญ่พฤติกรรมเพศทางเลือกไม่เพียงแต่ขาดความสอดคล้องกับประโยชน์หรือชนบประเพณีของคนส่วนใหญ่ในมิติของการให้กำเนิดและดูแลบุตร ทว่า ในบางสังคมพฤติกรรมเพศทางเลือกยังขัดแย้งกับมาตรฐานทางจริยธรรมที่สืบเนื่องมาจากความเชื่อหรือคำสอนทางศาสนาซึ่งเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรมของสังคมนั้น ๆ ปัญหาดังกล่าวเป็นเหตุให้เพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลเพศทางเลือกมีความแตกต่างจากข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมประการอื่น อาทิ เชื้อชาติ สีผิว หรือความพิการ ที่มีเพียงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกเท่านั้นที่เป็นข้อเท็จจริงด้านลักษณะส่วนบุคคลซึ่งเป็นความบาปในหลายศาสนาโดยเฉพาะกลุ่มศาสนาของอับราฮัมอันได้แก่ ศาสนายิว ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม ซึ่งล้วนมีที่มาของคำสอนและความเชื่อร่วมรากฐานเดียวกัน ไม่อาจปฏิเสธว่าคุณค่าของความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกับศีลธรรมนำไปสู่อุปสรรคสำคัญของการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกที่มักจะต้องเผชิญแรงต่อต้านจากสังคมอยู่เสมอและบ่อยครั้งที่นำไปในลักษณะรุนแรงปัญหาการต่อต้านการอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันได้ในประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างสำคัญของปรากฏการณ์ต่อต้านจากสังคมในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าว

⁶⁰ Council of Europe, Protecting Human Rights of Transgender Persons: A Short Guide to Legal Recognition (Strasbourg, France Council of Europe, 2015), p. 13.

⁶¹ Morgan Carpenter, "The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change," Reproductive Health Matters 24, no. 47 (2016): 74-75.

แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบเพศทางเลือกกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนจะเป็นหนึ่งในคุณค่าซึ่งระบบกฎหมายยอมรับและให้ความสำคัญในระดับที่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ การนำศีลธรรมมาพิจารณาปะปนกับกฎหมายโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและเหมาะสมเสียทีเดียวนัก เพราะแม้ว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะฝ่าฝืนต่อหลักคำสอนในบางศาสนาและเป็นสิทธิของศาสนิกชนที่จะเชื่อถือเช่นนั้น ก็อาจจะมีใช้กิจโดยตรงของรัฐที่จะเข้าแทรกแซง ทว่า รัฐควรวางตัวเป็นกลางอย่างยิ่งในประเด็นที่ละเอียดอ่อนเช่นนั้นและให้ความสำคัญไปที่ความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน คุณค่าซึ่งไม่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายเช่นนี้จะเป็นสิ่งมีอิทธิพลมากกว่าสถานะของมันในระบบกฎหมายเสียอีก และแม้ว่าคุณค่าที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมนั้นจะขึ้นอยู่กับความเชื่อที่ว่าสาระสำคัญของประวัติศาสตร์ เอกราช ตลอดจนมรดกตกทอดของชาติคือความผูกพันต่อความเป็นธรรมและความเสมอภาคต่อประชาชนทุกคนโดยมีค่านึงถึงความแตกต่างและหลากหลาย กระนั้นก็มีอาจปฏิเสธถึงพลังของความชอบด้วยศีลธรรมของข้อผูกพันที่ยากจะชี้วัดดังกล่าวข้างต้นได้⁶²

คุณค่าซึ่งอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรมที่นำไปสู่การต่อต้านความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกนั้นอาจสะท้อนให้เห็นอย่างเด่นชัดในระหว่างการขับเคลื่อนกฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสในประเทศฝรั่งเศสที่แม้จะมีความพยายามในการปฏิเสธความเชื่อมโยงระหว่างศาสนจักรกับข้อโต้แย้งหลักที่นำไปสู่การต่อต้านการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันผ่านเชื่อมโยงการต่อต้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดและเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์เข้ากับคุณค่าประการอื่นแทนที่คำสอนทางศาสนา อาทิ ความเป็นมนุษย์และธรรมชาติของร่างกายมนุษย์ แต่หากพิจารณาถึงลักษณะของข้ออ้างเหล่านั้นแล้วก็มีอาจปฏิเสธได้เต็มปากว่ามีได้มีจุดกำเนิดร่วมกันคือการเชื่อมโยงระหว่างคุณค่าของมนุษย์กับพระเจ้าในฐานะที่ทรงเป็นพระเจ้าผู้สร้าง โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาจากบทบาทของศาสนจักรที่มีต่อฝ่ายต่อต้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งปรากฏความเชื่อมโยงระหว่างวาติกันและโบสถ์คาทอลิกฝรั่งเศสกับการสนับสนุนทางการเงินและเครือข่ายที่อยู่เบื้องหลังการเดินขบวนประท้วง โบสถ์ยังช่วยเหลือในการจัดตั้งมวลชนที่มาประท้วงโดยการสนับสนุนยานพาหนะและตั้งศูนย์ดูแลผู้ชุมนุม สนับสนุนทางวิชาการทั้งการคิดคำพูดและประเด็นที่จะนำมาเป็นข้อโต้แย้งการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

⁶² Chai R. Feldblum, "Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More," *Yale Journal of Law and Feminism* 17 (2005): 151.

พระราชอาณัติฝรั่งเศสยังเป็นกลุ่มแรก ๆ ที่ต่อต้านกฎหมายนี้โดยเชื่อมโยงการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเข้ากับการสมรสแบบหลายผัวเมียและการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ ซึ่งบทบาทดังกล่าวของศาสนจักรช่วยส่งเสริมความน่าเชื่อถือศรัทธาให้แก่การประท้วงเป็นอย่างมาก⁶³

3.4 สรุป

การยอมรับว่าภายใต้บริบทแห่งความเป็นจริงที่ความแตกต่างซึ่งยังคงมีอยู่ในความเป็นจริงนั้นส่งผลใหญ่หลวงต่อประชากรบางกลุ่มอันมิใช่ชนกลุ่มใหญ่ในสังคมนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลในลักษณะที่เอื้อประโยชน์และสอดคล้องกับสาระสำคัญของความแตกต่างที่ปรากฏอยู่ โดยเฉพาะหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำซึ่งเกิดจากกลุ่มชาติพันธุ์หรือสีผิวซึ่งเป็นบทบาทที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคต่อการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำที่สะท้อนในสังคมผ่านการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคมให้เอื้อต่อการที่บุคคลจะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้โดยปราศจากอุปสรรคอันเนื่องมาจากเพศของตน ทั้งโดยการกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในเรื่องเพศเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งจะต้องผ่านการตรวจสอบด้วยมาตรฐานที่เคร่งครัดเป็นพิเศษ และการกำหนดหน้าที่ให้รัฐมีภาระหน้าที่ในการแก้ไขในโครงสร้างทางสังคมหรือระบบกฎหมายที่มีอยู่เพื่อสนับสนุนให้บุคคลสามารถพัฒนาศักยภาพที่สอดคล้องกับตัวตนของตนเองได้อย่างเต็มที่ซึ่งเป็นลักษณะเด่นของหลักความเสมอภาคที่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกในฐานะที่เป็นกลุ่มชายขอบ

ในขณะเดียวกับที่จุดเด่นของหลักความเสมอภาคมีความสามารถในการสนับสนุนและส่งเสริมให้บุคคลเพศทางเลือกมีและใช้สิทธิเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปทั้งในด้านป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพและด้านการสร้างสรรค์สังคมที่เหมาะสมกับบุคคลเพศทางเลือกในเชิงรุก ไม่อาจปฏิเสธได้ถึงลักษณะเฉพาะของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่การยอมรับในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในตัวบุคคลเพศทางเลือกได้นำไปสู่การทับซ้อนระหว่างสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับสิทธิเสรีภาพประการอื่นและนำไปสู่รับรู้ถึงการมีอยู่ของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้สิทธิเสรีภาพซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้นั้นและเป็นหน้าที่ของรัฐในอันที่จะแทนค่าคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพนั้นด้วยคุณค่าแห่งความเป็นปัจเจกบุคคลซึ่งมีอยู่ในตัวบุคคลเพศทางเลือกเช่นเดียวกันและแสดงออกมาให้ปรากฏผ่าน

⁶³ Camille Robcis, "Liberté, Égalité, Hétérosexualité: Race and Reproduction in the French Gay Marriage Debates," *Constellations* 22, no. 3 (2015): 448.

การใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค

การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลที่มีเพศต่างกันก็ล้วนมีลักษณะสำคัญบางประการที่รูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันเหล่านั้นมีส่วนร่วมกัน ลักษณะสำคัญดังกล่าวหมายถึงวัตถุประสงค์ซึ่งบุคคลตกลงสมัครใจเข้ามาดำรงชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นอันเป็นความตั้งใจที่จะใช้ชีวิตร่วมกันในระยะยาว ทั้งนี้เพื่อเติมเต็มชีวิตของกันและกันทั้งในด้านกายภาพและในด้านจิตใจ โดยการเติมเต็มชีวิตของกันและกันในด้านกายภาพนั้นได้แก่ การแบ่งปันภาระหน้าที่และการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในด้านแรงงาน การจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายในครัวเรือน ตลอดจนการแบ่งปันภาระหน้าที่ในกิจการอื่น ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการครองเรือนแม้ว่าจะไม่ได้เกิดขึ้นภายในบ้านเรือนอันรวมถึงการแสวงหารายได้เพื่อการดำรงชีวิตของทั้งคู่ ขณะที่การเติมเต็มชีวิตของกันและกันในด้านจิตใจนั้นแม้จะไม่ปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนเท่าหน้าที่ทางกายของชีวิตอันมีส่วนร่วมกัน แต่กลับส่งผลต่อชีวิตของมนุษย์ได้อย่างไม่น้อยกว่าความสำคัญที่ความสุขทางกายภาพจะสามารถตอบสนองให้แก่มนุษย์เลย ด้วยไม่อาจปฏิเสธถึงสาเหตุสำคัญซึ่งทำให้มนุษย์ละทิ้งความโดดเดี่ยวและหันไปใช้ชีวิตร่วมกันกับผู้อื่นที่เนื่องมาจากลักษณะการเป็นสัตว์สังคม แต่ยิ่งไปกว่านั้นคือ ความรัก ความอบอุ่น ความต้องการได้รับการปลอบประโลมในยามทุกข์ใจ เหล่านี้ล้วนเป็นมูลเหตุสำคัญซึ่งทำให้มนุษย์ไม่ว่าเพศกำเนิดใดตัดสินใจเริ่มต้นวิถีชีวิตใหม่ของตนร่วมกับบุคคลอื่น

ขณะที่วัตถุประสงค์ของการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นเป็นสาระสำคัญของวิถีชีวิตอันมีส่วนร่วมกันของมนุษย์ทุกรูปแบบดังกล่าว ผลซึ่งจะเกิดขึ้นภายหลังการเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์กลับเป็นจุดต่างอันยิ่งยวดระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิง เนื่องจากความต่างของสรีระร่างกายที่บุคคลซึ่งมีเพศสรีระเดียวกันแม้จะเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันก็ไม่อาจมีบุตรรวมกันได้โดยธรรมชาติ ซึ่งจำเป็นจะต้องถูกนำมาพิจารณาเช่นเดียวกันภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อต้องพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับต่าง ๆ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเพศของบุคคลในระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมิได้มุ่งประสงค์เอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญแม้จะได้อ้างอิงถึงการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคล และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถือเอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบของการสมรสและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสายสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร อย่างไรก็ตามการยอมรับความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวนั้นก็มิได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกจะถูกกระทบกระเทือน หากแต่หมายถึง

การปรับใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ กล่าวโดยเฉพาะได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว และสิทธิในการสืบมรดก ภายใต้เงื่อนไขด้านความเหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกก็ตาม

การใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังต้องเผชิญกับข้อท้าทายสำคัญอันเป็นผลมาจากลักษณะชายขอบของบุคคลเพศทางเลือกในสังคม กล่าวคือ วิธีชีวิตที่ไม่สอดคล้องกับกระแสหลักของการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ที่ได้รับการยึดถือเป็นส่วนใหญ่ในสังคมเป็นเหตุให้ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกตลอดจนสิทธิหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันมักจะปะทะกับคุณค่าซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ยึดถืออยู่เสมอ ประกอบกับที่มาของอำนาจรัฐซึ่งผูกพันกับเสียงส่วนใหญ่ของประชากรในรัฐ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจึงไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควรภายใต้องค์กรซึ่งใช้อำนาจรัฐซึ่งมีที่มาจากเสียงข้างมากในสังคม ประการต่อมาคือความคิดทางเพศแบบทวินิยมที่ในระบบกฎหมายที่แบ่งเพศของบุคคลออกเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้นยังส่งผลต่อกลุ่มบุคคลซึ่งมียอมจำกัดตนเองอยู่ในกฎเกณฑ์ด้านเพศหรือนิยามตนเองว่าอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางเพศรูปแบบอื่นที่มีได้จำกัดเพียงแค่เพศชายกับเพศหญิงอันจะเป็นเหตุให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลถูกละเมิดจากระบบกฎหมายที่ยังคงยึดติดอยู่กับเพศตามขนบประเพณีดังกล่าว และประการที่สาม ซึ่งเป็นปัญหาด้านแรงต้านอันเนื่องมาจากเหตุที่พฤติกรรมเพศทางเลือกยังคงมีลักษณะขัดแย้งกับมาตรฐานทางจริยธรรมซึ่งเป็นพื้นฐานของแต่ละสังคม อย่างไรก็ตาม การนำศีลธรรมมาพิจารณาปะปนกับกฎหมายโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมเพราะแม้ว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันจะฝ่าฝืนต่อคำสอนของศาสนาและอาจกระทบต่อความเชื่อของศาสนิกชนอื่น แต่นั่นก็ไม่ใช่อะไรโดยตรงของรัฐที่จะแทรกแซงในเรื่องจริยธรรมหรือคุณความดีของตัวบุคคล จึงเป็นการเหมาะสมอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องวางตัวเป็นกลางและให้ความสำคัญไปที่ความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียมกันภายใต้บริบทที่ละเอียดอ่อนเช่นว่านั้น

บทที่ 4

หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของต่างประเทศ

การศึกษาถึงหลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของต่างประเทศนั้นมีความสำคัญยิ่งต่อการศึกษาด้านการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทย ในฐานะตัวอย่างของการยอมรับสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทสังคมและกฎหมาย โดยมุ่งศึกษาถึงเพศและเพศทางเลือกในบริบททางสังคมและกฎหมายของแต่ละประเทศ (4.1) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกับเพศของบุคคลและเพศทางเลือก (4.2) ซึ่งปรากฏทั้งในส่วนที่เป็นจุดร่วมและลักษณะเฉพาะของแต่ละระบบกฎหมาย การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก (4.3) และผลของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4) ซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของสิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ตลอดจนบทสรุป (4.5) โดยลำดับ

4.1 เพศและเพศทางเลือกในบริบททางสังคมและกฎหมาย

การศึกษาถึงการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของต่างประเทศนั้น ในระดับแรกจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงภูมิหลังของเพศและเพศทางเลือกในสังคมและกฎหมายที่เดิมทีเป็นไปในรูปแบบของการปฏิเสธข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก (4.1.1) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากอิทธิพลของสังคมและศาสนาในโลกตะวันตก ก่อนที่ความคิดเหล่านั้นจะแพร่เข้าสู่โลกตะวันออกผ่านอิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตกต่อสถานะทางกฎหมายของเพศทางเลือกในเอเชีย (4.1.2) ตามลำดับ

4.1.1 การปฏิเสธข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก

ก่อนที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศกำเนิดเดียวกันจะได้รับการยอมรับนั้น ทศนะที่สังคมมีต่อเพศทางเลือกอยู่ในรูปแบบของการปฏิเสธข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกเป็นส่วนใหญ่ โดยปรากฏทั้งในรูปแบบของอิทธิพลของศาสนาต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.1.1.1) และการปฏิเสธเพศทางเลือกในสังคมตะวันตก (4.1.1.2) ซึ่งจะมีผลสำคัญต่อความคิดกระแสหลักเกี่ยวกับเพศทางเลือกของโลกในเวลาต่อมา



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

4.1.1.1 อิทธิพลของศาสนาต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลามต่างเป็นหนึ่งในกลุ่มศาสนาของอับราฮัมซึ่งมีรากฐานมาจากศาสนายิว แม้ว่าแต่ละศาสนาจะมีแนวคำสอนและข้อปฏิบัติของศาสนิกชนที่ต่างกัน ทั้งสามศาสนากลับมีจุดเกาะเกี่ยวที่สอดคล้องกันหลายประการโดยเฉพาะในเรื่องการกำเนิดของโลกและมนุษยชาติที่ทั้งสามศาสนาล้วนมีความเชื่อว่ามีพระเจ้าผู้ทรงอำนาจสูงสุดเป็นผู้สร้างโลกและมนุษย์ขึ้น เมื่อพิจารณาจากบริบทนี้คุณค่าของพฤติกรรมเพศทางเลือกจึงมักจะได้รับผลกระทบจากคำสอนทางศาสนาโดยเฉพาะในส่วนที่อยู่บนพื้นฐานความคิดว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นอย่างมาก เพราะพฤติกรรมเพศทางเลือกนั้นนอกจากจะผิดธรรมชาติแล้วในขณะเดียวกันยังฝ่าฝืนต่อสิ่งที่พระเจ้าทรงสร้างขึ้นคือการสมรสและความสัมพันธ์แบบชายกับหญิง¹

ไม่เพียงแต่อิทธิพลของความคิดที่ว่ารูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงมีความศักดิ์สิทธิ์ในระดับหนึ่ง เนื่องจากเป็นสภาวะที่ถูกสร้างขึ้นโดยพระเจ้าผู้สร้างโลกและสรรพสิ่งเท่านั้น ทั้งในศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลามต่างกล่าวประณามพฤติกรรมความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดไปจากความสัมพันธ์แบบชายกับหญิง โดยทั้ง 2 ศาสนาได้กล่าวถึงเหตุการณ์ในเมืองโสโดม (Sodom) ที่เต็มไปด้วยคนบาปก่อกรรมทำชั่วนานัปการและหนึ่งในนั้นคือการที่ชายชาวเมืองโสโดมพยายามที่จะข่มขืนหรือร่วมประเวณีกับทูตสวรรค์ซึ่งแปลงกายลงมาในรูปมนุษย์เพศชาย กรณีดังกล่าวนำไปสู่เหตุการณ์ในพระคัมภีร์ไบเบิลที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของเมืองโสโดมทำลายเมืองโสโดมด้วยพระองค์เองเพราะพฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นหนึ่งในความบาปที่ชาวเมืองนั้นก่อให้เกิดขึ้น² และเช่นเดียวกับคัมภีร์ไบเบิลของศาสนาคริสต์ ในศาสนาอิสลามนั้นพฤติกรรมเพศทางเลือกถูกเปรียบเทียบกับกลุ่มชนของลูฏ (People of Lū t)³ ซึ่งปรากฏในคัมภีร์กุรอานถึงบาปของชาวเมืองโสโดมตลอดจนการทำลายล้างเมืองโสโดมในทำนองเดียวกัน⁴

¹ John MacArthur, "God's Word on Homosexuality: The Truth about Sin and the Reality of Forgiveness," *The Master's Seminary Journal* 19, no. 2 (2008): 153.

² พระคัมภีร์ไบเบิลกล่าวถึงบาปของชาวเมืองโสโดมอันนำไปสู่การทำลายล้างว่า "...แต่ก่อนที่ทูตเหล่านั้นเข้านอน พวกผู้ชายเมืองนั้นคือพวกผู้ชายชาวเมืองโสโดม ทั้งแก่และหนุ่ม ทุกคนจากทุกสารทิศ มาล้อมเรือนนั้นไว้ พวกเขาเรียกโลทและพูดกับเขาว่า "ผู้ชายเหล่านั้นซึ่งมาหาท่านคืนนี้อยู่ที่ไหน จงนำเขาเหล่านั้นออกมาให้พวกเราเพื่อพวกเราจะได้สมสู่กับเขา" โลทก็ออกทางประตูไปหาพวกนั้นและปิดประตูหลังจากที่เขาออกไปแล้วและกล่าวว่า "พี่น้องทั้งหลาย ข้าพเจ้าขอวิงวอนท่าน อย่ากระทำให้ข้าพเจ้าเช่นนี้เลย..." โปรดดู ปฐมกาล 19: 4-7.

³ Javaid Rehman and Eleni Polymenopoulou, "Is Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality and LGBT Rights in the Muslim World," *Fordham International Law Journal* 37, no. 1 (2013): 8.

⁴ คัมภีร์กุรอานกล่าวถึงบาปของชาวเมืองโสโดมว่า "...กลุ่มชนของเขาได้มาหาเขา พวกเขาเรียกร้องมายังเขา และก่อนหน้านั้นพวกเขาเคยทำความชั่ว เขากล่าวว่า "กลุ่มชนของฉันเอ๋ย! เหล่านี้คือลูกสาวของฉัน พวกนางนั้นบริสุทธิ์สำหรับพวกท่าน ดังนั้น พวกท่านจงยำเกรงอัลลอฮ์เถิดและอย่าทำให้ฉันขายหน้าต่อแขกของฉันเลย ไม่มีคนที่มีสติสัมปชัญญะในหมู่พวกท่านบ้างหรือ?" พวกเขากล่าวว่า

เหตุการณ์การทำลายล้างเมืองโสโดมส่งผลกระทบอย่างมากต่อคุณค่าทางศีลธรรมของบุคคลเพศทางเลือก ทั้งนี้เป็นผลของการตีความถ้อยคำในคัมภีร์ไบเบิลและคัมภีร์อัลกุรอานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมรักร่วมเพศดังกล่าวโดยผู้นำทางศาสนาในเวลาต่อมา แม้ในเบื้องต้นจะพบว่าพฤติกรรมทางเพศที่เป็นสิ่งต้องห้ามจะสามารถแยกออกจากความหลากหลายทางเพศและการเป็นบุคคลเพศทางเลือก แต่ทั้งศาสนาคริสต์และอิสลามกลับตีความถ้อยคำที่ปรากฏในคัมภีร์ทางศาสนาของตนอย่างไม่เป็นเอกภาพนัก โดยเฉพาะในศาสนาอิสลามซึ่งดูจะเป็นปฏิปักษ์ต่อเพศทางเลือกมากที่สุด ทั้งนี้เนื่องมาจากการเทียบเคียงกับพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายกับหญิง ที่ตามคำสอนซึ่งได้รับการถ่ายทอดทั้งในนิกายชีอะฮ์และนิกายสุหนี่นั้น “ซินา” (Zina) หรือพฤติกรรมรักร่วมเพศทางทวารหนักระหว่างชายกับหญิงเป็นสิ่งต้องห้ามและควรที่จะได้รับการลงโทษเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในบางสำนักความคิด เช่น สำนักซาฮิรizm (Zahirism) ซึ่งยึดถือคำสอนของนิกายชีอะฮ์ และสำนักราฟิดา (Rafida) ซึ่งยึดถือคำสอนของนิกายสุหนี่กลับเห็นว่าไม่ควรลงโทษพฤติกรรมลักษณะดังกล่าว⁵

ในด้านศาสนาคริสต์นั้น เห็นได้ชัดว่าความรุนแรงของการต่อต้านเพศทางเลือกมีความแตกต่างกันไปอย่างมากระหว่าง 2 นิกายใหญ่อันได้แก่นิกายโรมันคาทอลิกและนิกายโปรเตสแตนต์ ที่ในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกนั้นการเข้าถึงคำสอนทางศาสนาสามารถกระทำผ่านทางพระสงฆ์ กล่าวคือพระสงฆ์จะเป็นผู้เทศน์เผยแพร่นำคำสอนในพระคัมภีร์ไบเบิลแก่คริสต์ศาสนิกชน ซึ่งคำสอนที่จะได้รับการเผยแพร่นี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสังฆมณฑลในกรุงวาติกันเสียก่อน เป็นเหตุให้คำสอนทางศาสนาในนิกายโรมันคาทอลิกมีเอกภาพและโบสถ์สามารถควบคุมทัศนคติของศาสนิกชนต่อกลุ่มเพศทางเลือกได้ผ่านทางแนวคำสอนของตน ในขณะที่ศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์นั้นศาสนิกชนสามารถเข้าถึงคำสอนทางศาสนาได้ด้วยตนเองอันเป็นลักษณะเด่นของนิกายนี้ ส่งผลให้ความเข้าใจในกลุ่มเพศทางเลือกมีความหลากหลายไม่เพียงแต่จากคำสอนที่แตกต่างกันไปในแต่ละคริสตจักรเท่านั้น ความเข้าใจของศาสนิกซึ่งอ่านและตีความพระคัมภีร์ไบเบิลอย่างแตกต่างกันไปตามความเข้าใจของแต่ละบุคคล ลักษณะเฉพาะของศาสนาคริสต์ทั้ง 2 นิกายนี้ส่งผลอย่างมากต่อการต่อต้านหรือยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในแต่ละพื้นที่

ด้วยเหตุที่คำสอนทางศาสนาในนิกายโรมันคาทอลิกผ่านการกลั่นกรองอย่างละเอียดถี่ถ้วนส่งผลให้ในนิกายนี้สามารถแบ่งแยกการเป็นบุคคลเพศทางเลือกออกจากการใช้ชีวิต

“โดยแน่นอน ท่านรู้ว่า เราไม่มีความใคร่ในลูกสาวของท่าน และแท้จริงท่านรู้ถึงสิ่งที่เราปรารถนา...” โปรดดู สุเราะฮ์ ฮูด 11: 78-79.

⁵ Javadi Rehman and Eleni Polymenopoulou, "Is Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality and LGBT Rights in the Muslim World," 10-11.

ร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกได้ กล่าวคือ แม้ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือก จะไม่ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน แต่ก็ยังเป็นกรณีที่อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดเช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์รูปแบบอื่นของมนุษย์ อาทิ การอยู่กินก่อนสมรส หรือ การคบชู้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันเพียงหนึ่งเดียวของมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับอันได้แก่การสมรสระหว่างชายกับหญิง ด้วยเหตุดังกล่าวการเป็นบุคคลเพศทางเลือกหรือการแสดงออกทางเพศของบุคคลที่แตกต่างจากเพศกำเนิดจึงไม่ได้รับการต่อต้านจากศาสนจักรโรมันคาทอลิกเพราะ “ไม่ปรากฏว่ามีจุดใดในคำสอนระบุว่า การเป็นบุคคลเพศทางเลือกเป็นบาปเลย ทำนองเดียวกับที่จิตแพทย์หรือนักจิตวิทยาต่างเห็นพ้องตรงกันว่าบุคคลไม่ได้เลือกเกิดมาพร้อมกับรูปแบบอัตลักษณ์ทางเพศอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ”⁶ ซึ่งตรงข้ามกับพฤติกรรมรักร่วมเพศที่ “ปรากฏในคำสอนว่าเป็นทั้งความผิดปรกติในตัวเองและผิดต่อกฎธรรมชาติด้วย”⁷

ตรงข้ามกับศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ที่แม้จะยึดถือบัพทบัญญัติในพระคัมภีร์ไบเบิลเป็นหลัก แต่ด้วยเหตุที่นิกายนี้ไม่ได้มีองค์การปกครองคณะสงฆ์ที่เป็นเอกภาพเช่นเดียวกับนิกายโรมันคาทอลิก จึงมีโอกาสมากมายที่บัพทบัญญัติในพระคัมภีร์ไบเบิลจะได้รับการตีความอย่างหลากหลาย เพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจึงมีโอกาที่จะได้รับการยอมรับหรือต่อต้านซึ่งอาจเป็นไปได้ในลักษณะที่รุนแรงและสุดโต่ง ทั้งนี้เป็นผลจากลักษณะของบัพทบัญญัติในพระคัมภีร์ไบเบิลซึ่งบ่อยครั้งที่มีความกำกวมนำไปสู่การศึกษาโดยตัวศาสนิกชนหรือแต่ละคริสตจักรเพื่อจะค้นหาความหมายที่แท้จริงของบัพทบัญญัติในพระคัมภีร์ดังกล่าว ทว่าเป็นการศึกษาวิจัยด้วยตนเองโดยขาดระเบียบวิธีวิจัยที่ชัดเจนและเหมาะสมทั้งยังขาดการคำนึงถึงบริบททางสังคมเท่าที่ควร ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวโน้มของนิกายนี้ที่มักนำข้ออ้างซึ่งได้ค้นพบจากการศึกษาวิจัยพระคัมภีร์ไบเบิลดังกล่าวไปใช้เป็นพื้นฐานของข้อเสนอแนะเพื่อการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมอยู่เสมอ⁸

4.1.1.2 การปฏิเสธเพศทางเลือกในสังคมตะวันตก

มักจะมีการเชื่อมโยงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ที่มีเพศเดียวกันเข้ากับความเป็นแม่ดหมอผีและเป็นเหตุให้ผู้ที่มีพฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกันต้องถูกเผาทั้งเป็นเช่นเดียวกับผู้ที่ต้องสงสัยว่าเป็นแม่ดหมอผีโดยเฉพาะที่เกิดในยุคกลางก่อนสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา (คริสต์ศตวรรษที่ 14-17)

⁶ S.J. James Martin, "What Is the Official Church Teaching on Homosexuality? Responding to a Commonly Asked Question," news release, 6 April 2018, 2018, <https://www.americamagazine.org/faith/2018/04/06/what-official-church-teaching-homosexuality-responding-commonly-asked-question>.

⁷ Ibid.

⁸ David P. Gushee, "Reconciling Evangelical Christianity with Our Sexual Minorities: Reframing the Biblical Discussion," *Journal of the Society of Christian Ethics* 35, no. 2 (2015): 141-158.

ในดินแดนเยอรมันการลงโทษเช่นนี้ก็ยังคงมีอยู่แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะมีประมวลกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรฉบับแรก (Constitutio Criminalis Carolina (CCC)) มีผลบังคับใช้ในทุกแคว้นของเยอรมนีใน ค.ศ. 1532 แต่ก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงความผิดและโทษสำหรับพฤติกรรมรกร่วมเพศแต่ประการใด โดยมาตรา 116 ของ CCC ขยายหรือหญิงก็ตามที่พบว่ามีความผิดฐานร่วมประเวณีกับผู้ที่มิเพศเดียวกันกับตนจะต้องรับโทษประหารชีวิต ต่อเมื่อรัฐต่าง ๆ ของเยอรมนีเริ่มปฏิเสธรำนาจของพระเจ้าจักรพรรดิและเริ่มที่จะยกร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นบังคับใช้ภายในดินแดนของตน การกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรกร่วมเพศจึงค่อย ๆ ถูกยกเลิกไป จนกระทั่งภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสซึ่งเป็นจุดที่อิทธิพลความคิดเกี่ยวกับปัจเจกชนนิยมส่งผลอย่างสูงต่อระบบการเมืองการปกครองของยุโรปในหัวเวเวลานั้น การกำหนดโทษประหารชีวิตแก่ความผิดฐานมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เกิดขึ้นในระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกันก็ถูกยกเลิกไปทั้งหมดจากทุกรัฐของเยอรมนี โดยบาวาเรียเป็นรัฐแรกของเยอรมนีที่นิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรกร่วมเพศอย่างสิ้นเชิงใน ค.ศ. 1813 และมีเพียงรัฐซัคเซิน (Sachsen) เทือริงเงิน (Thüringen) เฮสเซน (Hessen) บาเดิน (Baden) โอลเดนบวร์ก (Oldenburg) และฮัมบวร์ก (Hamburg) ที่ไม่ได้นิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรกร่วมเพศอย่างสิ้นเชิง ในเวลาต่อมาเมื่อมีการพัฒนาประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย ค.ศ. 1851 (Preußisches Strafgesetzbuch (PrStGB)) ซึ่งกินเวลายาวนานนับสิบปี การนิรโทษกรรมให้แก่พฤติกรรมรกร่วมเพศในบาวาเรียก็นำไปสู่ข้อถกเถียงเกี่ยวกับวิถีชีวิตแบบรักเพศเดียวกันเป็นจำนวนมากในช่วงแรก อย่างไรก็ตาม ร่างสุดท้ายของมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซียแม้จะตัดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเพศหญิงด้วยกันออกไปแต่ความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายด้วยกันก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ ภายหลังการรวมชาติเยอรมันใน ค.ศ. 1871 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ (Reichsstrafgesetzbuch (RStGB)) มาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซียก็ได้รับการนำมาปรับใช้เป็นมาตรา 175 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ในเวลาต่อมา โดยกำหนดโทษจำคุกแก่การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติระหว่างชายด้วยกันหรือระหว่างบุคคลกับสัตว์⁹ อย่างไรก็ตามในหัวเวลาของสาธารณรัฐไวมาร์ (ค.ศ. 1918 – ค.ศ. 1933) นโยบายเสรีนิยมส่งผลให้การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลรักเพศเดียวกันจะถูกยกเลิกไป โดยปรากฏว่ามีการก่อตั้งองค์กรเพื่อสิทธิชายรักชายขึ้นเป็นจำนวนมาก ใน ค.ศ. 1922 มีการร้องเรียนต่อรัฐบาลให้ยกเลิกความผิดอาญาฐานร่วมประเวณี

⁹ ในกรณีของประเทศไทย มาตรา 242 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เคยกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรม “ทำชำเราผิดธรรมชาติ” ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี” โดยกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 3 ปีและปรับตั้งแต่ 50 บาท ถึง 500 บาท ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวถูกยกเลิกไปเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2499 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีประวัติการบังคับใช้ See Douglas E. Sanders, "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia," *Asian Journal of Comparative Law* 4, no. 1 (2009): 14.

ผิดธรรมชาติตามมาตรา 175 ดังกล่าว แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จเนื่องจากสภาวะทางการเมืองขณะนั้นไม่เอื้ออำนวย ทั้งสถานะของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีก็กลับเลวร้ายลงเมื่อ ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ขึ้นสู่อำนาจใน ค.ศ. 1933 พฤติกรรมรักเพศเดียวกันตกอยู่ในสถานะภัยคุกคามต่อประชาชน รัฐและเชื้อชาติเยอรมัน ใน ค.ศ. 1935 มาตรา 175 กลับได้รับการแก้ไขให้มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นอีก และปรากฏว่ามีบุคคลรักเพศเดียวกันจำนวนมากที่ถูกส่งไปใช้แรงงานในค่ายกักกัน¹⁰

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอาญาร่วมเพศในประเทศเยอรมนียังคงไม่ได้รับการแก้ไขแต่ประการใด จนกระทั่ง ค.ศ. 1957 ได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 175 ว่าขัดแย้งกับสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้อย่างเสรีและสิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 2 (1) และมาตรา 3 (2)-(3) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าไม่ปรากฏพฤติการณ์การปฏิบัติต่อสิ่งซึ่งมีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้แตกต่างกัน ทั้งคู่รักชายหญิงและคู่รักเพศทางเลือกนั้นมีความแตกต่างกันจนไม่อาจจะนำมาเปรียบเทียบกันได้ และพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นขัดต่อแบบแผนทางศีลธรรม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่าเป็นความผิดอาญา ทั้งยังไม่ปรากฏว่าในการกำหนดโทษอาญาแก่พฤติกรรมลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำไปโดยปราศจากความสัมพันธ์อย่างเป็นสัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะเสียทีเดียว เนื่องจากการยกเลิกความผิดฐานร่วมนเพศอาจนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของพฤติกรรมดังกล่าวระหว่างผู้ใหญ่วัยด้วยกันในภาพรวมซึ่งอาจทำให้เกิดความเสี่ยงที่บุคคลจะถูกล่อลวงทางเพศได้¹¹

4.1.2 อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตกต่อสถานะทางกฎหมายของเพศทางเลือกในเอเชีย

ขณะที่อิทธิพลของศาสนาส่งผลอย่างมากต่อการปฏิเสธเพศทางเลือกในโลกตะวันตก ในซีกโลกตะวันออกซึ่งโดยพื้นฐานแล้วไม่ปรากฏความคิดเชิงลบต่อเพศทางเลือกนั้น ระบบกฎหมายตะวันตกได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างยิ่งยวดต่อสถานะทางกฎหมายของเพศทางเลือก ผ่านการนำระบบกฎหมายของประเทศเจ้าอาณานิคมมาใช้กับประเทศในอาณานิคม (4.1.2.1) และการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตก (4.1.2.2) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในหลายประเทศของทวีปเอเชีย

¹⁰ Karin M. Linhart, "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison," 945-947; see also Douglas E. Sanders, "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia," 5-7.

¹¹ Karin M. Linhart, "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison," 947-948.

4.1.2.1 การนำระบบกฎหมายของประเทศเจ้าอาณานิคมมาใช้กับประเทศในอาณานิคม

ประเทศสิงคโปร์เป็นตัวอย่างที่ดีแห่งหนึ่งของการศึกษาถึงอิทธิพลที่ระบบกฎหมายของประเทศเจ้าอาณานิคมมีต่อประเทศในอาณานิคมหรือรัฐในอารักขา ในฐานะที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนที่อยู่ในความปกครองของสุลต่านแห่งยะโฮร์มาเป็นเวลาช้านานจนกระทั่งตกเป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิอังกฤษในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 หรือภายในระยะเวลาไม่ถึง 200 ปีที่ผ่านมาที่ประเทศสิงคโปร์ได้ซึมซับเอาวัฒนธรรมและกฎหมายของโลกตะวันตก ภายใต้บริบทดังกล่าวดินแดนซึ่งปัจจุบันเป็นประเทศสิงคโปร์จึงมีพื้นฐานด้านสังคมและวัฒนธรรมที่ไม่ต่างจากเพื่อนบ้านในคาบสมุทรมลายูนัก และหากพิจารณาในด้านการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมแล้วปรากฏรูปแบบของการยอมรับถึงเพศทางเลือกที่หลากหลายตั้งแต่การมีอยู่ของชุมชนเพศทางเลือกและบทบาทของเพศทางเลือกในพิธีกรรมศักดิ์สิทธิ์ การมีอยู่ของเพศทางเลือกในสังคมซึ่งมีความเปิดเผยและได้รับการยอมรับระดับหนึ่งนั้นนอกจากจะแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างวัฒนธรรมมาเลย์ดั้งเดิมและวัฒนธรรมอิสลามในคาบสมุทรมลายูยังแสดงให้เห็นว่าการมีอยู่ของเพศทางเลือกในสังคมสิงคโปร์นั้นไม่เพียงแต่ได้รับการรับรู้ก่อนสมัยล่าอาณานิคมหากแต่เป็นเวลานานมาแล้วก่อนการเข้ามาอิทธิพลของศาสนาอิสลามในคาบสมุทรมลายูเสียอีก¹²

ผลสืบเนื่องจากการคิดเกี่ยวกับบทบาทที่ชัดเจนและแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงในโลกตะวันตกสมัยล่าอาณานิคมทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในสังคมของประเทศอาณานิคมในลักษณะความพยายามในการขีดเส้นแบ่งบทบาททางเพศของบุคคลซึ่งในอดีตไม่มีความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงให้มีบทบาทที่ชัดเจนภายใต้กรอบแนวคิดของโลกตะวันตก โดยชายกับหญิงจะต้องมีความแตกต่างกันทุกมิติในลักษณะที่ตรงข้ามกันและอาจสังเกตได้จากบทบาทของเพศที่ส่งผลกระทบต่อกรอบการประกอบอาชีพและชีวิตครอบครัวซึ่งยังคงตกทอดมาจนกระทั่งปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้พฤติกรรมทางเพศที่กำกวมหรือเพศทางเลือกที่ไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานของโลกตะวันตกดังกล่าวย่อมถือเป็นสิ่งที่แปลก ไม่เหมาะสม หรือไม่สมควรในที่สุดแม้จะเป็นสิ่งที่เคยได้รับการยอมรับในสังคมเอเชียมาก่อนแล้วเป็นเวลายาวนาน ในกรณีของประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นหนึ่งในประเทศอาณานิคมของอังกฤษที่เพศทางเลือกไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่แปลก ไม่เหมาะสม หรือไม่สมควรเท่านั้น หากแต่เป็นความผิดที่มีบทลงโทษอาญา

ค่อนข้างชัดเจนว่าคำสอนในศาสนาคริสต์ส่งอิทธิพลอย่างมากต่อการกำหนดความผิดแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศในยุโรป แต่เพราะเหตุใดการกำหนดความผิดลักษณะนี้จึงแพร่กระจายออกไปในประเทศอาณานิคมของอังกฤษจะเป็นคำถามที่น่าสนใจมากกว่า และที่สำคัญ

¹² Norhazlina Bte Md Yusop, "Same Sex Sexuality and Islam in Singapore " (Master's Thesis National University of Singapore 2004), pp. 36-42.

ยิ่งไปกว่านั้น เพราะเหตุใดบางประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ปัจจุบันเป็นศูนย์กลางการค้ามีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจสูงและหลุดพ้นจากการเป็นดินแดนในอาณานิคมของอังกฤษมาเป็นเวลาหลายสิบปีแล้วเช่นสิงคโปร์กลับยังคงมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในลักษณะนี้อยู่ ในการที่จะตอบคำถามแรกนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงบริบททางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายและสังคมของประเทศอังกฤษในยุคอาณานิคมเสียก่อน การเปรียบเทียบว่าอังกฤษเป็นดินแดนที่พระอาทิตย์ไม่ตกดินอาจเป็นถ้อยคำที่ยังคงค้ำชูแม้ว่าจักรวรรดิอังกฤษจะล่มสลายลงไปแล้วภายหลังการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 บริบทของจักรวรรดิอังกฤษในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นช่วงเวลาสำคัญของความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายอาญาในอังกฤษโดยเฉพาะแนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายเพื่อให้ความแน่นอน ชัดเจน และเป็นระบบเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าในห้วงเวลาเดียวกันนั้นอังกฤษเป็นประเทศเจ้าอาณานิคมที่ปกครองประชากรต่างชาติต่างภาษาในอัตราส่วนร่วมหนึ่งในสามของโลก ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือของรัฐที่สำคัญเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองจะตอบสนองความจำเป็นของจักรวรรดิอังกฤษมาก ซึ่งในขณะนั้นประเทศมหาอำนาจยุโรปหลายประเทศได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นอย่างเป็นระบบอยู่แล้ว อาทิ ประมวลกฎหมายอาญาเนโปเลียนของฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายอาญา *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) ของเยอรมนี ในกรณีของอังกฤษนั้นได้มีความความพยายามในการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นแล้วหลายฉบับ โดยประมวลกฎหมายอินเดียเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกที่ได้รับการเห็นชอบจากรัฐสภาอังกฤษเมื่อ ค.ศ. 1860 แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้เป็นการประมวลเอาตัวบทกฎหมาย หรือจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้วในท้องถิ่นขึ้นมาเขียนให้เป็นระบบระเบียบอย่างที่เราจะเห็นแต่ประการใด หากแต่เป็นปรับปรุงมาจากร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับก่อน ๆ ที่คณะกรรมการกร่างประมวลกฎหมายอาญาในอังกฤษได้ยกร่างขึ้นแล้ว¹³ การถ่ายทอดเอาความคิดในระบบกฎหมายอังกฤษเข้าสู่ดินแดนอาณานิคมโดยเฉพาะเรื่องความผิดของพฤติกรรมรกร่วมเพศที่บังคับใช้อยู่แล้วในยุโรปมาเป็นเวลาช้านานเข้าสู่เอเชียจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจปฏิเสธได้ ซึ่งลักษณะของการทำซ้ำกรอบแนวคิดเช่นนี้จะสามารถสังเกตเห็นได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเมื่อประมวลกฎหมายอาญาอินเดียถูกนำมาใช้เป็นแม่แบบในการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอาณานิคมอื่น ๆ ที่พฤติกรรมรกร่วมเพศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งจะได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดแม้ในดินแดนที่เพศทางเลือกไม่เคยถูกต่อต้านในบริบททางสังคมและวัฒนธรรมมาก่อนก็ตาม

ในกรณีของสิงคโปร์ ประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ ค.ศ. 1871 บัญญัติให้พฤติกรรมรกร่วมเพศเป็นความผิดเช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียแม้จะอยู่ภายใต้

¹³ Douglas E. Sanders, "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia," 8-11.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยมาตรา 377 ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียกำหนดความผิดแก่การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจร่วมประเวณีทางทวารหนักอันผิดต่อธรรมชาติกับชาย หญิง หรือสัตว์ใดก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปีและต้องได้รับโทษปรับด้วย”¹⁴ ในขณะที่มาตรา 377A ของประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์บัญญัติกำหนดความผิดแก่การกระทำใดอันมีลักษณะหยาบชาน่าเกลียดซึ่งไว้ว่า “ชายใดในที่สาธารณะหรือที่รโหฐานกระทำ หรือยั่ว จัฒหาหรือพยายามที่จะจัดหาให้มีการกระทำโดยชายใดก็ตามอันมีลักษณะหยาบชาน่าเกลียดซึ่งต่อชายอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี”¹⁵ จะสังเกตได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความแตกต่างกันระหว่างการ “ร่วมประเวณีทางทวารหนักอันผิดต่อธรรมชาติ” ในมาตรา 377 ของประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ซึ่งไม่จำกัดว่าจะเป็นการกระทำต่อชาย หญิง หรือสัตว์ กับการกระทำใด “อันมีลักษณะหยาบชาน่าเกลียดซึ่ง” ในมาตรา 377A ของประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ที่จำกัดเฉพาะการกระทำระหว่างชายด้วยกันเท่านั้น แต่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับยังคงมีจุดมุ่งหมายที่เด่นชัดว่าเป็นความพยายามในการปราบปรามการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมของประชาชนซึ่งล้วนวางอยู่บนพื้นฐานสรีระทางธรรมชาติของมนุษย์ภายใต้กฎเกณฑ์ทางเพศที่ได้รับการยอมรับโดยโลกตะวันตกในสมัยอาณานิคมนั่นเอง

ในปัจจุบันการบังคับใช้มาตรา 377A ของประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์นำไปสู่การขบคิดถึงการรับรู้ถึงเพศทางเลือกโดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างชายรักชายในประเทศสิงคโปร์อย่างมาก ไม่เพียงแต่บทบัญญัติดังกล่าวจะขาดการบังคับใช้อย่างจริงจัง กล่าวคือ ข้อหาความผิดตามมาตรา 377A จะถูกนำมาดำเนินคดีต่อผู้ต้องหาที่กระทำความผิดในที่สาธารณะเท่านั้นและผู้ต้องหาจะถูกดำเนินคดีร่วมกับความผิดฐานกระทำการอันเป็นที่น่าอับอายในที่สาธารณะร่วมด้วย และหากมีประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาล รัฐก็จะถอนฟ้องเฉพาะข้อหาตามมาตรา 377A ออกไปทันทีและดำเนินคดีกับจำเลยด้วยข้อหาอื่นเท่านั้น¹⁶ บ่อยครั้งที่ปรากฏการณ์เช่นนี้นำไปสู่การทบทวนถึงความจำเป็นที่จะคงไว้ซึ่งบทบัญญัติความผิดฐานรักร่วมเพศในประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ ในขณะที่เดียวกันความสำเร็จของการดำรงไว้ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 377A จนกระทั่งปัจจุบันไม่เพียงแต่สะท้อนให้เห็นถึงจุดหมาย

¹⁴ “Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal shall be punished with imprisonment for life, or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall be liable to fine.”

¹⁵ “Any male person who, in public or private, commits, or abets the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years.”

¹⁶ Jaclyn L. Neo, “Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang v. Attorney-General*”: 101.

แห่งคุณค่าของศีลธรรมและความดีในสังคมที่ประเทศเจ้าอาณานิคมให้ไว้เป็นมรดกตกทอดอยู่ในระบบกฎหมายสิงคโปร์เท่านั้น หากแต่ยังแสดงให้เห็นถึงผลของความขัดแย้งระหว่างการรับรู้ถึงเพศทางเลือกที่มีอยู่แล้วในคาบสมุทรมาลายูก่อนการเข้ามาของแนวคิดเกี่ยวกับเพศและสังคมในอุดมคติตลอดจนระบบกฎหมายของประเทศโลกตะวันตกในอดีตอีกด้วย

4.1.2.2 การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้อิทธิพลของระบบกฎหมายตะวันตก

ประเทศญี่ปุ่นเป็นหนึ่งในประเทศโลกตะวันออกซึ่งใช้กฎหมายในระบบลายลักษณ์อักษรที่ได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายโรมันและระบบกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมัน ทั้งยังเป็นประเทศที่ประมวลกฎหมายแพ่งมีอิทธิพลต่อการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ด้วยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้รับการนับถือกันในขณะที่ยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ทันสมัยและสามารถใช้งานได้ดี¹⁷ ผลจากการที่ประเทศญี่ปุ่นต้องทำสนธิสัญญากับประเทศตะวันตกซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมกับประเทศญี่ปุ่น อาทิ การเสียเอกราชในการกำหนดอัตราภาษีศุลกากร และการเสียเอกราชในทางศาลแก่ต่างประเทศ ภายหลังจากระบบศักดินาที่ใช้ปกครองญี่ปุ่นมาตั้งแต่ยุคโบราณสิ้นสุดลงเมื่อสมเด็จพระจักรพรรดิ Meiji ทรงปฏิรูปการปกครองประเทศญี่ปุ่นใน ค.ศ. 1867 และเริ่มการพัฒนาประเทศให้ก้าวเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ใน ค.ศ. 1868 การปรับปรุงระบบกฎหมายได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญเป็นอันดับแรกในการพัฒนาประเทศญี่ปุ่นและจะเป็นก้าวสำคัญอันนำไปสู่การยกเลิกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ญี่ปุ่นได้ทำไว้กับต่างชาติก่อนหน้านี้

การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้นได้กระทำโดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1804 มาใช้เป็นต้นแบบ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1804 เป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับว่ามีความทันสมัยและเหมาะสมที่สุดในยุโรปตะวันตกในช่วงเวลานั้น¹⁸ และในขณะเดียวกันก็มีการพิจารณาถึงระบบกฎหมายจารีตประเพณีของระบบกฎหมายในประเทศกลุ่ม แองโกล-อเมริกัน แต่พบว่าเป็นระบบกฎหมายที่ไม่เหมาะสมต่อรูปแบบประมวลกฎหมาย ใน ค.ศ. 1871 รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นได้ศาสตราจารย์ G. Boissonade ชาวฝรั่งเศสซึ่งได้เดินทางมาถึงประเทศญี่ปุ่นและเริ่มทำงานกับคณะกรรมการยกร่างกฎหมายใน ค.ศ. 1873 โดยโครงการแรกที่ทำคือการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายแพ่ง ในกรณี

¹⁷ พิชานู บุลง, "การตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (ตอนที่ 1)", ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อ 14 มิถุนายน 2565, แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/Article/d6_4_2.pdf.

¹⁸ Shusei Ono, "Comparative Law and the Civil Code of Japan (1)," *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 24 (1996): 28.

ของกฎหมายแพ่งนั้นคณะกรรมการได้ใช้วิธีการปรับปรุงจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยเฉพาะในกฎหมายลักษณะหนี้และทรัพย์สินสิทธิตั้งไปจนถึงการวางรูปแบบโครงสร้างประมวลกฎหมายญี่ปุ่นตามรูปแบบประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไปด้วย ซึ่งการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกของประเทศญี่ปุ่นเสร็จสิ้นใน ค.ศ. 1890 โดยจะมีผลบังคับใช้ใน ค.ศ. 1893

ในช่วงเวลาเดียวกันกับที่มีการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับแรกอยู่นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับดังกล่าวได้รับการถกเถียงจากนักวิชาการและนักการเมืองหัวอนุรักษนิยมชาวญี่ปุ่นเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่ง ด้วยเหตุว่าแม้สภาพสังคมของประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้นจะมีลักษณะที่สอดคล้องพอไปด้วยกันได้กับร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนที่เหมือนกับระบบกฎหมายของทวีปยุโรปหลายลักษณะ อาทิ กฎหมายลักษณะหนี้ และลักษณะทรัพย์สินก็ตาม หากแต่สภาพสังคมญี่ปุ่นมีความแตกต่างจากสังคมยุโรปเกินกว่าที่จะนำกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกในยุโรปมาใช้กับประเทศญี่ปุ่นได้โดยตรง ซึ่งความแตกต่างที่ว่านี้รวมไปถึง สถานะทางกฎหมายของผู้หญิง รูปแบบครอบครัวและเครือญาติ ความเป็นหัวหน้าครอบครัวและอำนาจปกครองบุตร ผลจากการโต้เถียงดังกล่าวเป็นเหตุให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับแรกถูกเลื่อนออกไปโดยไม่มีกำหนด จนกระทั่งถูกยกเลิกไปใน ค.ศ. 1892 โดยไม่เคยได้ประกาศบังคับใช้เลย

หลังจากการยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับแรกใน ค.ศ. 1892 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับใหม่ถูกยกร่างขึ้นใน ค.ศ. 1893 โดยไม่ได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลจากที่ปรึกษาชาวต่างชาติแต่เป็นคณะกรรมการยกร่างซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากสาขาต่าง ๆ อาทิ ผู้พิพากษา นักวิชาการ เจ้าหน้าที่จากกระทรวงยุติธรรม และนักการเมือง จำนวนประมาณ 30 ถึง 50 คน โดยมีชาวญี่ปุ่นจำนวนสามท่าน กล่าวคือ ศาสตราจารย์อุเมะ (Ume) ศาสตราจารย์โทมิต (Tomii) และศาสตราจารย์โฮซุมิ (Hozumi) เป็นผู้จัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งเสนอต่อคณะกรรมการ ซึ่งในวาระแรกร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้รับการนำมาพิจารณาประกอบการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับที่ 2 โดยไม่มีประมวลกฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายต้นแบบโดยเฉพาะ โดยการแทนที่โครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับแรกซึ่งถือตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วยระบบที่ปรากฏในร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอย่างไรก็ตามคณะกรรมการเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นควรประกอบด้วยเนื้อหาที่มาจากการศึกษาประมวลกฎหมายของหลายประเทศเป็นเหตุให้การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในส่วนเนื้อหาต้องรวบรวมประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 30 ประเทศและดึงเอาจุดเด่นที่ปรากฏในเนื้อหาของประมวล

กฎหมายแต่ละฉบับออกมาประกอบการยกร่างโดยสำเร็จเป็นประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบรรพ 1 ถึง บรรพ 3 ใน ค.ศ. 1896 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบรรพ 4 และบรรพ 5 เสร็จสมบูรณ์ใน ค.ศ. 1898 และมีผลใช้บังคับในปีเดียวกันนั้นเอง¹⁹

ผลจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งยกร่างขึ้นใหม่ใน ค.ศ. 1893 ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของยุโรป เป็นเหตุให้กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นลักษณะครอบครัวที่สามารถบังคับใช้ได้จริงฉบับแรกซึ่งวางอยู่บนระบบวัฒนธรรมของบ้านอันแสดงออกในด้านความสำคัญสูงสุดของสถาบันครอบครัวและเอกลักษณ์ของเพศชายในครอบครัว โดยเพศหญิงถือเป็นผู้ไร้ความสามารถและไม่สามารถมีอำนาจปกครองบุตรได้ อิทธิพลของระบบวัฒนธรรมของบ้านในระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นเริ่มผ่อนคลายลงภายหลังประเทศญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 และหลักการในปฎิญญา Potsdam ผลักดันให้ประเทศญี่ปุ่นต้องเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตย ความเสมอภาคระหว่างเพศชายกับหญิงจึงได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946²⁰ เป็นเหตุให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบรรพ 4 และบรรพ 5 ต้องถูกยกเลิกไปใน ค.ศ. 1947 เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยหลักการในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวที่ว่า การสมรสจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของทั้ง 2 เพศ และการสมรสจะต้องดำรงอยู่บนความร่วมมือกันระหว่างสิทธิในความเสมอภาคของทั้งสามีและภรรยา ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกคู่สมรส สิทธิในทรัพย์สิน การรับมรดก การเลือกภูมิลำเนา การหย่า หรือกรณีอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการสมรส และครอบครัวนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีของบุคคลและการให้ความเสมอภาคทางเพศ²¹

4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกับเพศของบุคคลและเพศทางเลือก

รัฐธรรมนูญของรัฐคือปัจจัยสำคัญที่ทำให้หลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการทั่วไปนั้นเกิดมีสภาพบังคับขึ้นเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกซึ่งนับได้ว่าเป็นเรื่องใหม่และเริ่มได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเพียงไม่นานมานี้ การศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกับเพศของบุคคลและเพศทางเลือกนั้นจึงต้องศึกษาทั้งด้านสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมใน

¹⁹ Ibid.: 29-30.

²⁰ ไพรโรจน์ กัมพูสิริ, *รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว*, หน้า 367-368.

²¹ Shusei Ono, "Comparative Law and the Civil Code of Japan (1)", 29.

รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับเพศและเพศทางเลือก (4.2.1) ประกอบกับข้อจำกัดของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.2.2) เนื่องจากไม่มีสิ่งใดที่จะอยู่บนความเท่าเทียมอันสมบูรณ์หากจะต้องปรากฏข้อยกเว้นสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่งอยู่เสมอ

4.2.1 สาระสำคัญของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับเพศและเพศทางเลือก

รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของแต่ละประเทศนั้นต่างบัญญัติถึงสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับเพศและเพศทางเลือก อันส่งผลโดยตรงต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือกในแต่ละรัฐ ผ่านแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์และความแตกต่างระหว่างบุคคลในเรื่องเพศ (4.2.1.1) ตลอดจนการจำแนกกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานด้านเพศหรือข้อเท็จจริงอื่นซึ่งยากจะเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล (4.2.1.2) ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

4.2.1.1 ความเป็นมนุษย์และความแตกต่างระหว่างบุคคลในเรื่องเพศ

การสะท้อนความสำคัญของความเป็นมนุษย์และความแตกต่างระหว่างบุคคลในเรื่องเพศในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้นเป็นส่วนสำคัญของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับเพศและเพศทางเลือก อันเป็นผลของการผสานระหว่างคุณค่าของความเป็นมนุษย์ซึ่งอยู่เหนืออิทธิพลของเพศ (4.2.1.1.1) กับข้อสงวนอันเนื่องมาจากสถานะธรรมชาติของเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ (4.2.1.1.2) ซึ่งทั้ง 2 ประการส่งผลโดยตรงต่อสถานะอันหลากหลายของบุคคลบนพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับเพศในระบบกฎหมาย

4.2.1.1.1 คุณค่าของความเป็นมนุษย์ซึ่งอยู่เหนืออิทธิพลของเพศ

การประกันว่าบุคคลย่อมมีความเท่าเทียมกันในสิทธิเป็นลักษณะสำคัญของหลักความเสมอภาคในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลสามารถข้ามพ้นสถานะแห่งความแตกต่างที่มีอยู่โดยกำเนิดจากปัจจัยหลายประการตามธรรมชาติที่ซึ่งภายใต้ผิวหน้าของความแตกต่างเหล่านี้คุณค่าของความเป็นพลเมืองหรือปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ต่างคงมีอยู่ไม่แตกต่างกันและเป็นสถานะที่สามารถก่อให้เกิดเจตจำนงร่วมกันอันจะขับเคลื่อนสังคมต่อไปได้²² การประเมินคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในหลักความเสมอภาคดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากความเสมอภาคเชิงสัดส่วนซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ได้รับการยอมรับว่าสิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติเป็น

²² ฌอง ฌาคส์ รูสโซ, *สัญญาประชาคม หรือ หลักแห่งสิทธิทางการเมือง*, หน้า 21-24.

อย่างเดียวกัน และด้วยการแทนค่าตัวบุคคลด้วยคุณค่าเชิงนามธรรมหรือการสลายลักษณะธรรมชาติของบุคคลลงแล้วเพ่งพิจารณาไปที่สาระสำคัญในความเป็นมนุษย์ของเขานั้นทำให้การเปรียบเทียบคนซึ่งถือกำเนิดมาแตกต่างกันด้วยเหตุปัจจัยที่หลากหลายตามธรรมชาตินั้นกลับกลายเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้

หลักความเสมอภาคมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการสร้างความเป็นธรรมในสังคมตามบริบทซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตลอดตามกาลเวลา ในอดีตการแทนค่าตัวบุคคลด้วยคุณค่าเชิงนามธรรมของมนุษย์มีบทบาทอย่างยิ่งต่อการปลดปล่อยมนุษย์ออกจากระบบศักดินาที่คุณค่าของมนุษย์ถูกยึดติดอยู่กับช่วงชั้นทางสังคมที่ตนถือกำเนิด ในเวลาต่อมาเมื่อชนชั้นและระบบศักดินาล่มสลายไปหมดสิ้นแล้วความคิดในการแทนค่าตัวบุคคลด้วยคุณค่าเชิงนามธรรมของมนุษย์จึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในการลดความเหลื่อมล้ำและสร้างสังคมที่เป็นธรรมมากยิ่งขึ้นสำหรับผู้ด้อยโอกาสอันเนื่องมาจากปัจจัยอื่น ๆ อาทิ เพศ สีผิว หรือฐานะทางเศรษฐกิจ ในขณะที่บทบาทของหลักความเสมอภาคในสังคมพัฒนาจากการยุติบทบาทของระบบศักดินาไปสู่การลดความเหลื่อมล้ำทางสังคมนั้นความเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ปรากฏให้เห็นในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นปรากฏแหล่งที่มาและพัฒนาการของหลักความเสมอภาคอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายฉบับทั้งในยุคปฏิวัติและสมัยใหม่ ที่หัวใจของหลักการนั้นอยู่ในมาตรา 6 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1791 ว่า “กฎหมายจะต้องเป็นเหมือนกันสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม” ความคิดพื้นฐานนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติหลายแห่ง กล่าวคือ ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนปรากฏอยู่ในมาตรา 1 ว่า “มนุษย์ทุกคนถือกำเนิดมาและดำรงอยู่อย่างเสมอภาคในสิทธิ” และในส่วนที่ 2 ของมาตรา 6 ว่า “พลเมืองทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย พวกเขาเสมอภาคกันในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง สถานที่ และการจ้างงานสาธารณะทั้งหลายตามความสามารถของพวกเขา และโดยปราศจากความแตกต่างอื่นใดนอกจากคุณความดีและความเชี่ยวชาญเท่านั้น” อารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ซึ่งประกาศสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจสมัยใหม่ก็ได้มีการอ้างถึงความเสมอภาคอยู่บ่อยครั้ง โดยในย่อหน้าแรกบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเชื่อ และในย่อหน้าที่สามก็ได้อ้างถึงความเสมอภาคในสิทธิของชายและหญิงในทุกด้าน²³

²³ Cynthia A. Vroom, "Equal Protection versus the Principle of Equality: American and French Views on Equality in the Law," 200-201.

แม้การปฏิวัติฝรั่งเศสจะนำไปสู่ความมั่นคงของกรอบความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคซึ่งประเมินจากคุณค่าเชิงนามธรรมของมนุษย์ในระบบการเมืองการปกครอง และแม้จะปรากฏวรรณกรรมสมัยปฏิวัติบางชิ้นที่กล่าวถึงความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง แต่กว่าที่เงื่อนไขเกี่ยวกับเพศของบุคคลจะปรากฏขึ้นในบทบัญญัติหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกลับกินระยะเวลาห่างจากการปฏิวัติฝรั่งเศสนับร้อยปี ในระหว่างนั้นสตรีเพศยังคงต้องตกอยู่ในสถานะกึ่งไร้ความสามารถทางกฎหมายโดยปัจจัยด้านเพศที่ส่งผลให้มีความสามารถในการครอบครองทรัพย์สินและการศึกษาที่จำกัด²⁴ ในทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของเยอรมนีที่ความเสมอภาคในสิทธิของสตรีเพิ่งจะปรากฏขึ้นในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 ภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งในระหว่างสงครามนั้นสตรีได้มีโอกาสพิสูจน์ให้เห็นถึงคุณค่าของตนว่ามีความสามารถไม่ต่างจากเพศชายผ่านการการทำงานและการศึกษาในระดับสูงเพื่อแทนที่แรงงานชายที่ต้องไปรบในสงคราม²⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเพศของบุคคลจะไม่ได้ปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญก็หาได้หมายความว่าโดยศักดิ์ศรีแล้วสตรีมีความเป็นมนุษย์ที่ต่ำกว่าบุรุษไม่ ทว่า ในยุคสมัยนั้น ๆ สถานะหรือบทบาททางสังคมของสตรีเพศอยู่ในฐานะของผู้ที่ควรแก่การอุปการะหรือการได้รับความคุ้มครองเพื่อสนับสนุนบุรุษจากที่บ้านในฐานะภริยาและมารดาของลูกมากยิ่งขึ้นกว่าการออกมาใช้ชีวิตต่อสู้ดิ้นรนเพื่อหาเลี้ยงครอบครัวหรือเล่นการเมือง²⁶ ซึ่งจะสังเกตได้ว่าทั้งในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสและเยอรมนีได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงไว้อย่างชัดเจนเป็นเวลาภายหลังการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งใดครั้งหนึ่งซึ่งอิทธิพลของสงครามส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคมโดยเฉพาะบทบาทของสตรีในสังคมอันเป็นผลจากการขาดแคลนแรงงานดังกล่าว

ในขณะที่ความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงในมิติของหลักความเสมอภาคจะเป็นที่รับรู้กันมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส แต่เพศทางเลือกเป็นข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏชัดเจนขึ้นไม่นานมานี้ เนื่องจากบริบททางสังคมและวัฒนธรรมเกี่ยวกับเพศของมนุษย์ยังคงยึดติดอยู่กับสรีระร่างกายซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถรับรู้ได้โดยง่ายเพียงการสังเกตจากความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่และรูปลักษณ์ภายนอกของร่างกายมนุษย์ ขณะที่เพศทางเลือกซึ่งเป็นเรื่องของการรับรู้ถึงตัวตนและจิตใจที่ไม่สอดคล้องกับสรีระร่างกายบางส่วนหรือทั้งหมดสิ้นเชิงนั้นยากที่จะสังเกตและรับรู้ได้โดยผิวเผิน ประกอบกับกรอบแนวคิดดั้งเดิมที่ว่าเพศทางเลือกเป็นความบาปและเป็นความผิดที่สืบทอดมาจากวรรณกรรมทางศาสนายังคงมีอิทธิพลต่อสังคมและระบบกฎหมายสืบต่อมาเป็นเวลายาวนาน ในอดีต

²⁴ Helena Rosenblatt, *The Lost History of Liberalism: From Ancient Rome to the Twenty-First Century* (Princeton, New Jersey, U.S.A.: Princeton University Press, 2018), pp. 83.

²⁵ Marie Silva, "The Rise and Fall of the Weimar Woman," *The Compass* 1, no. 5 (2018): 38.

²⁶ Darien A. McWhirter, *Equal Protection*, p. 107.

เพศทางเลือกจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของเพศชายและหญิงที่ถูกยอมรับอยู่ในห้วงเวลาดังกล่าวในฐานะความบกพร่องจากธรรมชาติที่เพศอันสมบูรณ์ของมนุษย์ควรจะมีหรือเป็นเท่านั้น

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับเพศทางเลือกเริ่มปรากฏในบริบทหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญช่วงทศวรรษที่ 1960 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมเกี่ยวกับบทบาททางเพศและครอบครัวส่งผลกระทบไปทั่วโลก แม้ว่าเพศทางเลือกจะไม่ได้รับการยอมรับอย่างทันทีทันใดในระบบกฎหมายแต่การขยายกรอบความคิดที่ว่าบุคคลไม่ควรถูกปฏิบัติให้แตกต่างกันเพราะเหตุแห่งเพศให้ครอบคลุมถึงเพศทางเลือกนั้นเป็นผลประการหนึ่งของการขบคิดและทบทวนถึงสาระสำคัญพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่ในขณะหนึ่งได้รับการยอมรับว่าไม่มีความแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงซึ่งนำไปสู่การเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันอันเกิดขึ้นในกรณีของเพศทางเลือกด้วย และแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติให้ชัดเจนถึงเพศทางเลือกโดยเฉพาะ อาทิ หลักความเสมอภาคในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งไม่ปรากฏข้อความที่อาจหมายถึงเพศทางเลือกก็ได้รับการยอมรับว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของเพศทางเลือกนั้นได้รับความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา 3 (1) ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ภายใต้มาตรฐานการพิจารณาที่เคร่งครัดเช่นเดียวกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศในมาตรา 3 (3) ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากเพศทางเลือกเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้แม้เจ้าตัวจะมีความประสงค์เช่นนั้นทำนองเดียวกันกับเพศ เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด หรือข้อเท็จจริงอื่นอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม²⁷

ขณะที่ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงได้รับการรับประกันไว้ ณ ที่แห่งใดแห่งหนึ่งในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ซึ่งแม้จะไม่ปรากฏบทบัญญัติรับประกันความเสมอภาคบนพื้นฐานเพศของบุคคลเลย แต่ด้วยเหตุที่มาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นการทั่วไปให้ “บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน”²⁸ สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองผ่านการใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคดังกล่าว โดยหลักการทั่วไปที่ใช้เพื่อพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในมาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นอาจพบได้จากหลักเกณฑ์ในการจำแนกชั้นที่มีเหตุผลหรือได้รับอนุญาตให้กระทำได้ที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Public Prosecutor v. Taw Cheng Kong ของศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ว่าประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ

²⁷ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 929.

²⁸ "All persons are equal before the law and entitled to the equal protection of the law."

1. กฎหมายฉบับนั้น ๆ มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ หรือกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่เพราะแม้ว่ากฎหมายนั้นจะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมก็ตามแต่ด้วยเหตุที่ข้อห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาดแต่อาจมีข้อยกเว้นได้ จึงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ามีการอนุญาตให้ยกเว้นเช่นนั้นหรือไม่ หากมีก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่ใช้ได้ หากไม่มีก็ต้องถือว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ

2. กฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัตินั้นเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หากว่าอยู่บนพื้นฐานของการจำแนกชั้นที่มีเหตุผลหรือได้รับอนุญาตให้กระทำได้ กล่าวคือ

2.1 การจำแนกชั้นนั้นอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างที่สามารถเข้าใจได้ ซึ่งแบ่งแยกบุคคลที่ถูกจัดกลุ่มรวมกันออกจากบุคคลที่อยู่นอกกลุ่มนั้น และ

2.2 ความแตกต่างมีความสัมพันธ์เชิงสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ซึ่งกฎหมายที่ถูกตั้งคำถามอยู่นั้นมุ่งประสงค์ โดยการจำแนกชั้นอาจอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกันได้ แต่สาระสำคัญคือจะต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างพื้นฐานของการจำแนกชั้นและวัตถุประสงค์ซึ่งกฎหมายที่ถูกตั้งคำถามอยู่นั้นมุ่งประสงค์

3. ปรากฏหรือไม่ว่ามีข้อสมมติฐานให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องสงสัยนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นข้อสมมติฐานที่อยู่บนพื้นฐานของอำนาจในการจำแนกชั้นซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องมีในการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีที่แตกต่างกันไปเมื่อพิจารณาถึงกลุ่มของบุคคลที่แตกต่างกันเพื่อให้เกิดผลสำเร็จตามนโยบาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลศาลอุทธรณ์สิงคโปร์กลับมีมาตรฐานในการพิจารณาถึงความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 12 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่แตกต่างออกไป ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการแบ่งแยกความแตกต่างโดยฝ่ายนิติบัญญัติในคำพิพากษาคดี Tan Eng Hong v. Attorney-General ว่าการแบ่งแยกความแตกต่างโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะถือว่าสอดคล้องกับมาตรา 12 (1) เฉพาะในกรณีที่ปรากฏว่า

1. การจำแนกชั้นอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างที่อาจเข้าใจได้ และ
2. ความแตกต่างนั้นมีสัดส่วนที่สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ซึ่งกฎหมายที่ถูกตั้งคำถามอยู่นั้นมุ่งประสงค์

จะเห็นว่ามาตรฐานในการพิจารณาถึงความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ

สิงคโปร์นั้นมีความเข้มงวดแตกต่างกัน และเช่นเดียวกันกับคดี Tan Eng Hong v. Attorney-General ในเวลาต่อมามาตรฐานที่เข้มงวดน้อยนั้นถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาคเมื่อมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในคดี Lim Meng Suang and Another v. Attorney-General ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยหลักความเสมอภาคตามที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ของความผิดฐานร่วมประเวณีผิดธรรมชาติระหว่างชายด้วยกันตามมาตรา 377A ในประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ โดยสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกลุ่มของบุคคลยังถูกเน้นย้ำในคำพิพากษาคดี Yong Vui Kong v. Public Prosecutor เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มของบุคคลซึ่งจะต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ว่ากฎหมายซึ่งยอมรับเอาวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอย่างชัดเจนย่อมไม่อาจผ่านข้อพิจารณาลำดับแรกไปได้ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันนั้นอาจเป็นที่เข้าใจได้ในแง่หนึ่งที่ว่ามันสามารถแยกกลุ่มซึ่งตกอยู่ในบังคับของกฎหมายออกจากกลุ่มซึ่งไม่ตกอยู่ในบังคับของกฎหมายได้ แต่ไม่อาจเป็นที่เข้าใจได้ในแง่หนึ่งที่ว่าย่อมจะไม่มีวิญญูชนคนใดซึ่งเห็นว่าข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้ส่งผลในฐานะของความแตกต่างที่อาจเข้าใจได้เลย²⁹

อาจสรุปได้ว่า แม้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะมีความกำกวมในความเสมอภาคบนพื้นฐานด้านเพศของบุคคลในระดับหนึ่ง ก็ยังมีโอกาสที่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากความแตกต่างในด้านเพศบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ในการการแบ่งแยกความแตกต่างอย่างมีเหตุผลและอาจเข้าใจได้ประกอบกับความสัมพันธ์เชิงสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดด้านบริบททางสังคมและวัฒนธรรมเนื่องจากความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นได้ย้อนกลับไปสู่ความคิดของหลักความเสมอภาคเชิงสัดส่วนที่อนุญาตให้มีการจัดจำแนกความแตกต่างระหว่างบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลได้ ปรากฏการณ์ทำนองนี้ย่อมเปิดโอกาสให้ทัศนคติหรือประสบการณ์ส่วนบุคคลของผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายเข้ามามีส่วนในการพิจารณาถึงความแตกต่างของข้อเท็จจริงเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลโดยเฉพาะในเรื่องเพศของบุคคลซึ่งได้รับอิทธิพลจากบริบททางสังคมและวัฒนธรรมค่อนข้างสูง และอาจส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่ความเป็นจริงแล้วควรมีอยู่เพียงหนึ่งเดียวและเป็นสากลให้มีความหลากหลายแปรเปลี่ยนไปตามบริบทของสังคมได้

²⁹ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 3-4, 7.

4.2.1.1.2 ข้อสงวนอันเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติของเพศใดเพศหนึ่ง โดยเฉพาะ

แม้ว่าในระบบกฎหมายความแตกต่างระหว่างบุคคลบนพื้นฐานข้อเท็จจริงด้านเพศจะถูกปฏิเสธโดยการบัญญัติหลักความเสมอภาครับประกันความเท่าเทียมในสิทธิเสรีภาพระหว่างชายกับหญิง แต่ในความเป็นจริงแล้วลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างเพศชายและหญิงตามธรรมชาติยังคงปรากฏอยู่เช่นเดิมทุกประการโดยร่างกายของเพศหญิงอาจตกอยู่ในสภาวะอ่อนแอตามธรรมชาติอันเนื่องมาจากความสามารถในการให้กำเนิดบุตรที่ไม่ปรากฏในเพศชาย อาทิ การมีประจำเดือน การตั้งครรภ์และการให้นมบุตร ซึ่งสภาวะดังกล่าวของหญิงเป็นเรื่องที่ไม่อาจปฏิเสธได้และบางกรณีอาจคงอยู่ในระยะเวลาที่ยาวนานหลายเดือน ด้วยเหตุดังกล่าวมาตรา 3 (2) ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงเปิดช่องให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนให้ชายกับหญิงมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงรวมทั้งการกำจัดจุดด้อยประการต่าง ๆ อันเนื่องมาจากเพศของบุคคลที่ยังคงมีอยู่ การบัญญัติกฎหมายหรือการกำหนดนโยบายเอื้อประโยชน์ในลักษณะที่เพศหนึ่งได้เปรียบอีกเพศหนึ่งโดยเฉพาะจึงไม่เพียงแต่เป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคหากแต่เป็นภาระหน้าที่ซึ่งผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติด้วย ทว่า การกำจัดข้อเสียเปรียบระหว่างเพศรูปแบบดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะขององค์รวมอย่างประเทศฝรั่งเศสซึ่งหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการทำให้สังคมอยู่ในสภาวะที่ประชาชนสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกันและการเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเหนือกลุ่มอื่นในสังคมจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยว่าความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายกำหนดโควต้าเพื่อเอื้อประโยชน์แก่สตรีในการเลือกตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 รวมทั้งหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าสิทธิและความสามารถในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งนั้นมีที่มาจากสถานะพลเมืองของบุคคลภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับพลเมืองคนอื่น ๆ ที่สิทธิและความสามารถเช่นเดียวกันนั้นไม่ถูกจำกัดเพราะเหตุแห่งอายุ ความพิการ หรือสัญชาติ หรือเหตุผลอื่นใดเพื่อที่จะรักษาเสรีภาพของผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรืออิสรภาพของผู้สมัครรับเลือกตั้ง³⁰

³⁰ Cynthia A. Vroom, "Equal Protection versus the Principle of Equality: American and French Views on Equality in the Law," 206-207; Anne Lavade, "Discrimination Positive et Principe d'Égalité en Droit Français," 65.

อนึ่ง ข้อสงวนอันเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติของเพศใดเพศหนึ่งไม่เพียงแต่นำไปสู่การกำจัดความไม่เท่าเทียมที่มีอยู่ระหว่างชายกับหญิงให้หมดสิ้นไป หลักความเสมอภาคระหว่างเพศยังยอมรับการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดความไม่เท่าเทียมที่มีอยู่หากแต่เพราะมีความจำเป็นอันเนื่องมาจากความแตกต่างของสรีระร่างกายซึ่งสัมพันธ์กับภาระหน้าที่ระหว่างเพศชายและหญิง ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าความแตกต่างที่เกิดขึ้นจากวัฒนธรรมหรือประเพณีแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจนำมาเป็นข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศดังกล่าวได้ โดยข้อสงวนอันเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติของเพศต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการพิจารณาที่เคร่งครัด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่กำหนดให้หญิงสมรสแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของชายผู้เป็นสามีหรือใช้ชื่อสกุลของตนต่อท้ายชื่อสกุลของสามีนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสถานะของชายและหญิงในเรื่องนามสกุลภายหลังสมรสกับความจำเป็นอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางกายภาพของชายกับหญิงตามธรรมชาติ³¹

4.2.1.2 การจำแนกกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานด้านเพศหรือข้อเท็จจริงอื่นซึ่งยากจะเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในบริบทของความแตกต่างบนพื้นฐานด้านเพศ ทั้งในความหมายของเนื้อตัวร่างกายหรือเพศสรีระและความหมายของจิตใจหรือเพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลที่ไม่ตรงกับสรีระร่างกายนั้น อันเป็นผลของข้อเท็จจริงซึ่งได้มาจากการจำแนกกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานด้านเพศหรือข้อเท็จจริงอื่นซึ่งยากจะเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคล โดยสะท้อนผ่านความหมายของเพศในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (4.2.1.2.1) และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับเพศทางเลือก (4.2.1.2.2) ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศโดยลำดับ

4.2.1.2.1 ความหมายของเพศในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมพบได้ในรัฐธรรมนูญของทั้งประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี โดยมีข้อความที่แตกต่างกันไป

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 139-142.

ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 14 บัญญัติว่า “...และห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในด้านการเมือง เศรษฐกิจ หรือความสัมพันธ์ทางสังคม เนื่องจากเชื้อชาติ ชาติกำเนิด เพศ สถานะทางสังคม หรือภูมิหลังของครอบครัว”³² ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาตรา 12 วรรค 2 บัญญัติว่า “เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนชาวสิงคโปร์บนพื้นฐานเพียงแค่ว่าศาสนา เชื้อชาติ ชาติกำเนิด หรือ ถิ่นกำเนิด...”³³ ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 1 วรรคแรก บัญญัติว่า “...ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของประชาชนชาวฝรั่งเศสพึงได้รับการรับประกัน โดยปราศจากความแตกต่างด้านภูมิหลัง เชื้อชาติ หรือศาสนา...”³⁴ และในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 3 วรรคสาม บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่พึงได้เปรียบหรือเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งเพศ บิดามารดา เชื้อชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิดหรือภูมิหลัง ความเชื่อหรือศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง จะไม่มีบุคคลใดได้เปรียบหรือเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการ”³⁵

ข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้มีการกำหนดไว้อย่างหลากหลายแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างทั้งหลายเหล่านั้นต่างตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเดียวกันที่ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมคือข้อเท็จจริงซึ่งบุคคลไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ไม่ว่าจะใช้ความพยายามเท่าใด อาทิ เพศ เชื้อชาติ ถิ่นกำเนิด หรือภูมิหลังของครอบครัว เนื่องจากเป็นปัจจัยซึ่งอยู่นอกเหนือความบังการจากจิตใจของบุคคล หรือแม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นข้อเท็จจริงที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ด้วยเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ความบังการจากจิตใจของบุคคล อาทิ ความเชื่อหรือศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง ทว่า การที่บุคคลต้องจำยอมเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงเหล่านั้น

³² “...and there shall be no discrimination in political, economic or social relations because of race, creed, sex, social status or family origin.”

³³ “Except as expressly authorised by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens of Singapore on the ground only of religion, race, descent or place of birth...”

³⁴ “...Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.”

³⁵ “Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.”

ยอมเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลดังกล่าวลงด้วยในขณะเดียวกัน

เพศเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ปรากฏอยู่ในมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 และมาตรา 3 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเพศในรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับมีความชัดเจนว่าหมายถึงความแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงทั้งโดยสรีระตามธรรมชาติและโดยบทบาททางสังคมและวัฒนธรรม ใน ค.ศ. 1992 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการห้ามการจ้างลูกจ้างหญิงให้ทำงานรายชั่วโมงในกะดึกโดยมุ่งไปที่ความแตกต่างระหว่างศักยภาพในการทำงานของแรงงานชายและแรงงานหญิงรวมทั้งความปลอดภัยของแรงงานหญิงในการทำงานกะดึก³⁶ ทำนองเดียวกันใน ค.ศ. 2015 ศาลสูงสุดญี่ปุ่นได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งกำหนดให้สามีและภริยาต้องใช้นามสกุลเดียวกัน โดยการพิจารณาถึงการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในเรื่องเพศนั้นศาลสูงสุดได้พิจารณาเพียงบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของครอบครัวชาวญี่ปุ่นเพื่อวิเคราะห์ถึงสาระสำคัญของบทบาททางเพศระหว่างชายและหญิงมากกว่าการยอมรับเพศในบริบทที่ซับซ้อนหรือการพิจารณาถึงเพศในมิติของการรับรู้ถึงตัวตนหรือจิตใจของบุคคล³⁷

4.2.1.2.2 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกับเพศทางเลือก

แม้ว่าโดยหลักการรัฐธรรมนูญจะบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้อย่างกว้าง ๆ ทว่า ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปด้วยความเคร่งครัดในระดับหนึ่ง กล่าวคือ หลักการซึ่งได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นได้อย่างตรงไปตรงมา ศาลสูงสุดญี่ปุ่นเคยวินิจฉัยว่าการที่บทบัญญัติคุ้มครองบูรณภาพของปัจเจกบุคคลในมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946³⁸ รวมเอาสิทธิในทางศีลธรรม (Moral Right) ของบุคคล

³⁶ 60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court, 2 ed., ed. Clauspeter Hill & Marc Spitzkat, Jürgen Bröhmer (Berlin, Germany: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2012), pp. 222-226.

³⁷ Koji Higashikawa, "Tying the Knot with a Surname?: The Constitutionality of Japan's Law Requiring a Same Martial Name," *Constitution Law Center Articles and Publications* 7, no. 1 (2015): 54.

³⁸ มาตรา 13 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนพึงได้รับความเคารพในฐานะปัจเจกบุคคล สิทธิในชีวิต เสรีภาพ ตลอดจนการเข้าถึงความสุขของพวกเขาเป็นข้อพิจารณาสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนองค์กรอื่นซึ่งใช้อำนาจรัฐรบกวนเท่าที่สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ” (“All of the people shall be respected as individuals. Their right to

ที่จะยังคงใช้นามสกุลเดิมของตนต่อไปภายหลังการสมรสซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเชิงนามธรรมเกินไปกว่าที่ศาลจะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งปฏิเสธสิทธิดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้³⁹

ในทำนองเดียวกัน หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแม้จะได้รับการรับรองว่าเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงซึ่งจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิบัติให้เป็นผลเสียต่อบุคคลมิได้ แต่ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศนั้นมุ่งที่จะยุติความเหลื่อมล้ำในสังคมอันเกิดจากความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงเป็นสำคัญ เพศทางเลือกจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ ใน ค.ศ. 1957 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติในมาตรา 175 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งในขณะนั้นกำหนดให้พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญาไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากเพศทางเลือกไม่อาจเทียบเคียงกับเพศชายหรือหญิงที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติคุ้มครองไว้โดยเฉพาะแล้วได้⁴⁰ และในสภาวะสังคมที่เพศทางเลือกตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอยู่เสมอ ความพยายามในการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อเพิ่มถ้อยคำที่ให้ความคุ้มครองถึงเพศทางเลือก อาทิ เพศวิถี (Sexual Orientation) ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นประเด็นที่ถูกผลักดันอย่างต่อเนื่อง และแม้ความคิดในการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้รับเสียงสนับสนุนจำนวนมากแต่ก็ยังไม่มากพอที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เป็นเหตุให้จนกระทั่งปัจจุบันความพยายามในการบรรจุให้เพศวิถีเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานแห่งการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จ⁴¹

life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and other governmental affairs.”)

³⁹ Koji Higashikawa, "Tying the Knot with a Surname?: The Constitutionality of Japan's Law Requiring a Same Martial Name," 54.

⁴⁰ Rudolf STREINZ, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics," 107-108.

⁴¹ Susanne Baer, "The Basic Law at 60-Equality and Difference: A Proposal for the Guest List to the Birthday Party," *German Law Journal* 11, no. 1 (2010): 75.

4.2.2 ข้อจำกัดของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศ ทางเลือก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน ๆ ว่าไม่มีหลักความเสมอภาคใดที่จะดำรงอยู่ในลักษณะสมบูรณ์แบบ ทว่า ในบริบทของหลายประเทศกลับพบข้อจำกัดในการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอยู่เสมอ โดยทั่วไปแล้วข้อจำกัดดังกล่าวสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (4.2.2.1) และความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรกับความสงบเรียบร้อยของสังคม (4.2.2.2) ซึ่งต่างเป็นข้อจำกัดที่มีที่มาจากลักษณะอันไม่สอดคล้องกับความสามารถในการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

4.2.2.1 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมมนุษย์ ลักษณะตามธรรมชาติหลายประการของครอบครัวซึ่งส่งผลต่อการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ หากปราศจากครอบครัวแล้วย่อมจะทำให้สังคมมนุษย์ล่มสลายไปในที่สุด ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองรัฐธรรมนูญในหลายประเทศจึงให้ความสำคัญกับครอบครัวและพยายามที่จะให้การสนับสนุนอย่างใดอย่างหนึ่งแก่สถาบันดังกล่าวเป็นกรณีพิเศษในรูปแบบที่แตกต่างกันไป โดยความหลากหลายภายใต้แนวคิดการสนับสนุนสถาบันครอบครัวนั้นปรากฏในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลี ไอร์แลนด์ กรีซ และโปรตุเกสยอมรับครอบครัวในฐานะสถาบันตามธรรมชาติหรือองค์ประกอบสำคัญของสังคมและในขณะเดียวกันก็เน้นย้ำความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างการสมรสและครอบครัว ด้วยเหตุนี้ในรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวมีบทบาทในฐานะเป็นบ่อเกิดของการให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองครอบครัวตามจารีตประเพณีที่อยู่บนพื้นฐานของการสมรสต่างเพศ ในประเทศอิตาลีนั้นภายหลังการล่มสลายของระบอบฟาสซิสต์ซึ่งกำหนดรูปแบบของครอบครัวที่ชายเป็นใหญ่ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 ได้ยอมรับคุณค่าของครอบครัวว่าเป็นหนวดยทางสังคมตามธรรมชาติซึ่งก่อตั้งขึ้นบนการสมรส และอยู่บนความเสมอภาคระหว่างสามีและภรรยา ในประเทศเยอรมนี มาตรา 6 ของกฎหมายพื้นฐาน ถูกออกแบบเพื่อคุ้มครองสถาบันการสมรส ยุกระดับการสมรสและครอบครัวขึ้นโดยให้ทั้ง 2 สิ่งนั้นอยู่ภายใต้ความคุ้มครองเป็นพิเศษของรัฐ และในขณะเดียวกันการให้ความหมายครอบครัวว่าเป็นสถาบันทางสังคมในระดับรัฐธรรมนูญเช่นนี้นำไปสู่การยอมรับบทบาทอันทรงพลังของรัฐในการคุ้มครองและควบคุมความสัมพันธ์ในครอบครัว กระนั้นในประเทศเหล่านี้รัฐไม่ได้เพียงแสดงบทบาทด้านการคุ้มครองเท่านั้นแต่ยังสนับสนุนการพัฒนาของครอบครัวและความสัมพันธ์ในครอบครัวอีกด้วย โดยรัฐตกอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ในการสร้างสิ่งแวดล้อมซึ่งครอบครัวจะก่อตั้งขึ้นและดำรงอยู่ต่อไป ซึ่งมี

ตัวอย่างในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี อิตาลี สเปน และไอร์แลนด์ ที่ได้กำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐที่มีต่อครอบครัว และในขณะเดียวกันกฎหมายหลายฉบับก็ได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัวเพื่อสนับสนุนประโยชน์สาธารณะ อาทิ ความมั่นคงทางสังคม การคุ้มครองศีลธรรม หรือการให้กำเนิดบุตร⁴²

จากแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐตามรัฐธรรมนูญที่มีต่อครอบครัวดังกล่าวทำให้สามารถเห็นได้ชัดเจนว่า ครอบครัวภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญนั้นคือสิ่งซึ่งผสานเอาประโยชน์ของบุคคลและสังคมส่วนรวมเข้าไว้ด้วยกัน เป็นเหตุให้ในกรณีที่รัฐจะต้องเคารพสิทธิเสรีภาพในครอบครัวของบุคคล รัฐก็จะมีหน้าที่ต้องคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสังคมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวนั้นด้วยเช่นเดียวกัน หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงเป็นข้อจำกัดสำคัญประการหนึ่งของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งส่งผลต่อพัฒนาการด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกอยู่ในระดับหนึ่ง ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น (4.2.2.1.1) และหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (4.2.2.1.2) เพื่อให้เห็นภาพของหลักการดังกล่าวได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ

4.2.2.1.1 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น

หลักการในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 เป็นไปตามข้อผูกมัดตามปฏิญญา Potsdam เนื่องมาจากการยอมจำนนในสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งญี่ปุ่นมีภาระต้องกำจัดอุปสรรคทั้งปวงต่อการกลับคืนและการเสริมสร้างความเข้มแข็งทางประชาธิปไตยในระหว่างประชาชนชาวญี่ปุ่น รวมทั้งภาระในการก่อตั้งเสรีภาพในการพูด การนับถือศาสนา และในความคิดเช่นเดียวกับความเคารพในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน โดยผลของข้อผูกพันดังกล่าวเป็นเหตุให้หลักการในรัฐธรรมนูญเมจิซึ่งไม่ได้มุ่งสนับสนุนประชาธิปไตยตลอดจนมีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ไม่ชัดเจนนั้นขัดแย้งกับหลักการของปฏิญญา Potsdam แทบทั้งหมด โดยเฉพาะในความคิดเกี่ยวกับครอบครัวซึ่งในครอบครัวภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญเมจินั้นเป็นการจำลองโครงสร้างการรวมอำนาจของรัฐมาไว้ในหน่วยของมนุษย์ที่เล็กที่สุดของสังคมญี่ปุ่น ซึ่งเป็นอุปสรรคทั้งต่อการเสริมสร้างประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวญี่ปุ่น การยกร่างรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจึงจำเป็นต้องกำหนดความหมายของครอบครัวเสียใหม่ให้ปรากฏชัดเจนในมาตรา

⁴² Angioletta Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality* (Portland, Oregon, U.S.A.: Hart Publishing, 2017), pp. 50-51.

23 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ยกร่างโดยฝ่ายรัฐบาลของกองบัญชาการใหญ่สัมพันธมิตร (General High Quarter Government Sector) ที่ประโยคแรกบัญญัตินิยามความหมายของครอบครัวว่า “ครอบครัวเป็นพื้นฐานของสังคมและวัฒนธรรมมนุษย์ อันจะนำไปสู่การเผยแพร่ความดีหรือความชั่วร้ายในชาติ”⁴³ และในมาตราเดียวกันยังได้บัญญัติคุ้มครองการสมรส สิทธิในครอบครัว และความเสมอภาคระหว่างสมาชิกในครอบครัวญี่ปุ่น โดยกำหนดให้การสมรสอยู่บนความเสมอภาคที่ชัดเจนทั้งทางกฎหมายและทางสังคมของทั้ง 2 เพศ ซึ่งได้ก่อตั้งขึ้นบนความยินยอมร่วมกันแทนที่จะเป็นการบังคับของบิดามารดา และดำรงไว้ผ่านความร่วมมือกันแทนที่จะเป็นอำนาจอันมีเหนือกว่าของชาย กฎหมายใดซึ่งขัดหรือแย้งกับหลักการเหล่านี้จะต้องถูกยกเลิกและแทนที่ด้วยการตระหนักถึงทางเลือก รูปแบบอื่นของคู่สมรส สิทธิในทรัพย์สิน มรดก การเลือกถิ่นที่อยู่ การหย่า ตลอดจนประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวบนพื้นฐานศักดิ์ศรีของปัจเจกบุคคลและแก่นสารของความเสมอภาคระหว่างเพศ⁴⁴

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความหมายของครอบครัวตามที่ปรากฏในมาตรา 23 ของร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะเชิงโวหารมากเกินไป ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มีผลบังคับใช้ความหมายของครอบครัวที่เคยถูกบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญจึงถูกตัดออกไป แต่การสมรส สิทธิในครอบครัว และความเสมอภาคระหว่างสมาชิกในครอบครัวญี่ปุ่นยังคงได้รับการคุ้มครองในมาตรา 24 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 ที่กำหนดให้การสมรสอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของทั้ง 2 เพศเท่านั้น และดำรงอยู่บนความร่วมมือกันด้วยความเสมอภาคในสิทธิของสามีและภรรยา ในด้านทางเลือกของคู่สมรส สิทธิในทรัพย์สิน มรดก การเลือกถิ่นที่อยู่ การหย่าและประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวนั้น กฎหมายต้องบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานศักดิ์ศรีของปัจเจกบุคคลและความเสมอภาคระหว่างเพศ⁴⁵

⁴³ “The family is the basis of human society and its traditions for good or for evil permeate the nation.”

⁴⁴ “Marriage shall rest upon the indisputable legal and social equality of both sexes, founded upon mutual consent instead of parental coercion, and maintained through cooperation instead of male domination. Laws contrary to these principle shall be abolished, and replaced by others viewing choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

⁴⁵ “Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis.

With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.”

การหายไปของนิยามความหมายของครอบครัวเป็นเหตุให้มาตรา 24 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 เบี่ยงเบนไปจากการสร้างพื้นฐานสังคมญี่ปุ่นขึ้นใหม่จากครอบครัวที่มีลักษณะเอื้อต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและมุ่งไปที่ความเสมอภาคระหว่างเพศชายและหญิงในการสมรสซึ่งเป็นผลที่ผู้ร่างไม่ได้คาดหมายไว้แต่แรก⁴⁶ เนื่องจากความจริงแล้วกรอบความคิดของมาตราดังกล่าวเป็นการปฏิรูปสังคมญี่ปุ่นขึ้นใหม่จากภาพรวมของครอบครัวที่มีลักษณะเอื้อต่อระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ส่วนหนึ่งคือการล้มล้างความคิดของระบบครอบครัวแบบดั้งเดิมซึ่งมีความใกล้ชิดกับรูปแบบอำนาจของพระจักรพรรดิ ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้สังคมญี่ปุ่นกลับไปสู่ยุคแห่งการใช้อำนาจโดยมิชอบธรรมอีก⁴⁷

4.2.2.1.2 หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกรอบแนวคิดที่ไม่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มากนัก เนื่องจากทั้ง 2 ประเทศเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 และในขณะที่ถูกยึดครองโดยฝ่ายสัมพันธมิตรนั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีเนื้อหาเอื้อต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงถูกดำเนินการขึ้นในทั้ง 2 ประเทศภายใต้อิทธิพลของฝ่ายสัมพันธมิตรเพื่อเป็นเครื่องมือในการปรับโครงสร้างพื้นฐานของสังคมและกฎหมายที่จะไม่เอื้อต่อการเกิดขึ้นของสงครามอีกดังเช่นที่เคยเป็นมาในอดีต การนำข้อผิดพลาดร้ายแรงในอดีตโดยเฉพาะในเชิงโครงสร้างของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 มาเป็นบทเรียนในการออกแบบรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีตะวันตกในขณะนั้นเป็นจุดเด่นและทำให้กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งที่ประสบความสำเร็จในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม แม้จะปรากฏว่าครอบครัวชาวเยอรมันภายใต้การปกครองของระบบฟาสซิสต์ในอดีตจะตกเป็นเครื่องมือทางการเมืองในการสร้างกำลังพลให้แก่กองทัพนาซีเยอรมันและการพัฒนาเชื้อสายอารยันให้บริสุทธิ์ รัฐธรรมนูญซึ่งยกร่างขึ้นโดยฝ่ายสัมพันธมิตรได้กำหนดหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวภายใต้กรอบแนวคิดสำคัญที่นอกจากจะนำรายการสิทธิเสรีภาพคลาสสิกซึ่งได้รับการพิจารณาภายใต้บริบทของเยอรมนีในขณะนั้นว่าน่าจะ สามารถแก้ปัญหาการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบธรรมที่เคยเป็นมาได้อย่างเหมาะสมมากที่สุด ในขณะที่

⁴⁶ Tanaka Hideo, "Legal Equality among Family Members in Japan: The Impact of the Japanese Constitution of 1946 on the Traditional Family System," *Southern California Law Review* 53, no. 2 (1980): 628-630.

⁴⁷ Elizabeth S. Beninger, "Conciliation of Family Disputes in Japan," *Conciliation Courts Review* 20, no. 2 (1982): 84; Fujiko Isono, "The Evolution of Modern Family Law in Japan," *International Journal of Law, Policy and the Family* 2, no. 2 (1988): 198.

สิทธิทางสังคมบางประการที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 เช่น สิทธิของครอบครัวที่มีบุตรมากในอันที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐตามมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 ซึ่งถูกเสนอให้บัญญัติเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแต่แล้วก็ถูกปฏิเสธเนื่องจากการพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่ยากจะเป็นไปได้จริง⁴⁸

แม้ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในบทบัญญัติเกี่ยวกับครอบครัวที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 จะถูกปฏิเสธไม่นำมารวมในการร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เมื่อพิจารณาจากวรรคแรกของมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสและครอบครัวพึงได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ”⁴⁹ ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อความดังกล่าวไม่มีความแตกต่างจากความในวรรคแรกของมาตรา 119 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 เท่าใดนัก และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในวรรคแรกของมาตรา 119 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสในฐานะพื้นฐานของชีวิตครอบครัวและการรักษาและแพร่ขยายซึ่งชาติได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ การสมรสนั้นอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของทั้ง 2 เพศ”⁵⁰ จะเห็นได้ค่อนข้างชัดเจนว่าวรรคแรกของมาตรา 6 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากวรรคแรกของมาตรา 119 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 ในระดับหนึ่ง

โดยผลของหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นเหตุให้รัฐมีพันธะที่จะต้องสนับสนุนครอบครัวเป็นกรณีพิเศษ แต่ด้วยเหตุที่วรรคแรกของมาตรา 6 แห่งกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติไว้ในถ้อยคำที่กินความหมายกว้างขวางก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และตีความกฎหมายในระดับหนึ่ง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีบทบาทอย่างมากในการอธิบายความหมายของหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอันอาจสรุปสาระสำคัญของหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวได้ว่า เสรีภาพของบุคคลที่จะเลือกคู่สมรสย่อมได้รับการคุ้มครอง เสรีภาพในการตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตสมรสและครอบครัวของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง และครอบครัวเป็นสถาบันหนึ่งเดียวที่มีหลักประกันตามรัฐธรรมนูญว่าจะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐซึ่งครอบคลุมปริมาณที่เกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวทั้งหมดใน

⁴⁸ Inga Markovits, "Constitution Making After National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990," 1308, 1310-1311.

⁴⁹ "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung."

⁵⁰ "Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter."

ภาพรวมไม่ว่าจะในขอบเขตของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม⁵¹ เป็นเหตุให้กฎหมายที่ให้ประโยชน์แก่คู่สมรสหรือสมาชิกในครอบครัวมากกว่ากรณีทั่วไป อาทิ การกำหนดรูปแบบพิเศษในการคำนวณภาษีสำหรับคู่สมรส การยกเว้นภาษีเป็นพิเศษในเงินได้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูสมาชิกภายในครอบครัว การกำหนดให้บิดามารดาสามารถออกแบบรูปแบบการศึกษาของบุตรได้เอง ตลอดจนการหยุดงานชั่วคราวเพื่อเลี้ยงดูบุตรนั้นนอกจากจะไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคแล้วยังสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวด้วย⁵² ซึ่งสะท้อนให้เห็นประสิทธิภาพของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ร่างได้วางรากฐานไว้แต่ตั้งแรก⁵³ และเป็นหลักประกันสำคัญว่าครอบครัวเยอรมันภายใต้บริบทกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่กลับไปเป็นเครื่องมือโดยมิชอบของรัฐเช่นในอดีตแม้ว่าหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวจะมีเนื้อหาแทบจะเป็นเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 ก็ตาม

4.2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

นอกจากหลักการคุ้มครองสมรสและครอบครัวในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรกับความสงบเรียบร้อยของสังคมก็เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของข้อจำกัดในการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก โดยในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงอิทธิพลของความสงบเรียบร้อยของสังคมต่อสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (4.2.2.2.1) และอิทธิพลของวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรในสมัยอาณานิคมต่อระบบกฎหมายสิงคโปร์ (4.2.2.2.2) ที่มีต่อสถานะของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมาย

⁵¹ 60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court, pp. 488, 490; Ruth Rubio-Marín, "The (Dis)establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter," *International Journal of Constitutional Law* 13, no. 4 (2015): 813.

⁵² Susanne Baer, "The Basic Law at 60-Equality and Difference: A Proposal for the Guest List to the Birthday Party," 812; Rudolf STREINZ, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics," 106; Ruth Rubio-Marín, "The (Dis)establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter," 813.

⁵³ Inga Markovits, "Constitution Making After National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990," 1312.

4.2.2.2.1 อิทธิพลของความสงบเรียบร้อยของสังคมต่อสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้อง กับครอบครัวในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ถือได้ว่ามีเอกลักษณ์ในด้านบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติรับประกันสิทธิและเสรีภาพโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ทว่า รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกลับยอมรับคุณค่าในเอกสารอื่นในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏเป็นประโยชน์อื่น ๆ ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ว่า “ประชาชนชาวฝรั่งเศสขอประกาศอย่างเป็นทางการถึงการถึงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและพลเมืองและหลักอำนาจอธิปไตยของชาติที่ได้บัญญัติไว้ในคำประกาศ ค.ศ. 1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946...”⁵⁴ ที่ซึ่งผลของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมานำไปสู่การขยายความคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ว่ามีคุณค่าในระดับเดียวกันกับรัฐธรรมนูญและถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ในขณะที่สิทธิและเสรีภาพได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีความจำเป็นที่คุณค่าบางประการอันเป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ซึ่งได้รับการรับรองว่ามีสถานะในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องได้รับการยอมรับว่ามีอยู่จริงเช่นเดียวกัน ในมิติของวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่แม้จะไม่ปรากฏอยู่อย่างเป็นรูปธรรมทั้งในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 แต่โดยเหตุที่มีพื้นฐานอันร่วมกันกับหลักเสรีภาพส่วนบุคคลในมาตรา 2 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ตลอดจนมาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 จึงได้รับการยอมรับและนำไปสู่การรับรองสิทธิและเสรีภาพ 3 ประการ กล่าวคือ สิทธิในการสมรส สิทธิที่จะมีชีวิตรอบครัวเป็นปกติ และสิทธิในการรวมกันของครอบครัวชาวต่างชาติ⁵⁵

ในทางกลับกัน เมื่อสิทธิและเสรีภาพอันได้รับการรับรองโดยผลของคุณค่าหรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตร แม้คุณค่าหรือ

⁵⁴ “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946...”

⁵⁵ Mari-Pierre Granger, “The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment,” *Acta Juridica Hungarica* 52, no. 1 (2011): 3-5, 7-12.

ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะไม่มีสถานะทางกฎหมายแต่เนื่องจากเป็นมูลเหตุอันนำไปสู่สิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง คุณค่าหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงมักจะถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 เช่นความสัมพันธ์ระหว่างวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรกับการเคารพชีวิตส่วนตัวของบุคคลตามมาตรา 2 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และหลักการพัฒนาของครอบครัวในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ที่รัฐต้องจัดหาปัจจัยอันจำเป็นแก่การพัฒนาให้แก่ปัจเจกบุคคลและครอบครัว⁵⁶ ซึ่งต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างคุณค่าอันเป็นพื้นฐานของหลักการทั้ง 2 กับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่ามีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกับสิทธิและเสรีภาพที่ได้มีการรับรองและคุ้มครองไว้แล้วหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีจำเป็นต้องพิจารณาถึงคุณค่าอันปรากฏในกฎหมายของสาธารณรัฐด้วย⁵⁷ เนื่องมาจากเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ไม่มีการแยกระดับของสิทธิและเสรีภาพตลอดจนหลักการที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าวจำเป็นต้องมีการประนีประนอมระหว่างสิทธิเสรีภาพกับหลักการซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะความสงบเรียบร้อยของสังคมอันได้แก่คุณค่าที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในสังคมฝรั่งเศส กล่าวคือ เมื่อสิทธิเสรีภาพใดได้รับการยอมรับว่ามีสถานะทางกฎหมายในระดับเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแต่ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยของสังคม สิทธิเสรีภาพนั้นย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับความสงบเรียบร้อยของสังคมฝรั่งเศส⁵⁸

4.2.2.2 อิทธิพลของวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรในสมัยอาณานิคมต่อระบบกฎหมายสิงคโปร์

สิงคโปร์เป็นประเทศซึ่งมีความหลากหลายทางสังคมและวัฒนธรรม ด้วยเหตุที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิอังกฤษ นอกจากนี้ประเทศสิงคโปร์ยังเป็นประเทศหนึ่งที่มีแม้จะเป็นรัฐฆราวาสและประชากรที่เป็นชาวมุสลิมไม่ใช่ประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ แต่ศาสนาอิสลามกลับมีอิทธิพลในระบบกฎหมายสิงคโปร์ระดับหนึ่งเนื่องจากการยอมรับหลักศาสนาอิสลามเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายครอบครัวและมรดก⁵⁹ รวมทั้งความสามารถของประเทศสิงคโปร์ในการรักษาคุณค่าหรือบรรทัดฐานทางสังคมและกฎหมายทั้งจากประเทศโลกตะวันตกในฐานะเจ้าอาณานิคมนำไปสู่ลักษณะเฉพาะทางสังคมและระบบกฎหมายที่ผสมผสานเอาคุณค่าในเรื่องเพศวิถีและชีวิต

⁵⁶ “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.”

⁵⁷ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

⁵⁸ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

⁵⁹ Ahmad Nizam bin Abbas, “The Islamic Legal System in Singapore,” *Pacific Rim Law & Policy Journal* 21, no. 1 (2012): 163.

ครอบครัวของโลกตะวันตกและโลกตะวันออกเข้าด้วยกัน เป็นเหตุให้วิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรผสนเข้าเป็นส่วนหนึ่งในระบบกฎหมายสิงคโปร์อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ปัญหาสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกลับปรากฏให้เห็นเด่นชัดภายใต้บริบทกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ผ่านบทบัญญัติแห่งมาตรา 377A ของประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์ซึ่งเป็นข้อท้าทายพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศสิงคโปร์ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ชายด้วยกันซึ่งมาตรา 377A บัญญัติให้ “การกระทำได้อันมีลักษณะหยาบชำน่าเกลียดซัง”⁶⁰ เป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี โดยถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมุ่งต่อการกระทำที่กระทบต่อศีลธรรมของประชาชนซึ่งส่งผลให้เป็นฐานความผิดที่มีลักษณะเชิงนามธรรมสูง สืบเนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับความดีบนพื้นฐานด้านเพศของบุคคลที่ประเทศอังกฤษในฐานะเจ้าอาณานิคมมุ่งจะให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางด้านเพศขึ้นในดินแดนที่ตนเข้าไปปกครอง เป็นเหตุให้ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาที่แม้จะมีถ้อยคำแตกต่างกันแต่ก็มุ่งที่จะลงโทษพฤติกรรมทางเพศซึ่งไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานอันได้แก่การร่วมประเวณีที่ฝ่าฝืนเพศสรีระของชายกับหญิงอยู่ในทุกประเทศที่เคยตกอยู่ภายใต้ความปกครองของอังกฤษ

ทั้งนี้หากพิจารณาจากการให้เหตุผลของศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ในคดี Lim Meng Suang and Another v. Attorney-General ซึ่งศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งมาตรา 377A ในประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์คือ “การบังคับให้เป็นไปตามทัศนคติของสังคมเกี่ยวกับศีลธรรมของพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายด้วยกัน” การพิเคราะห์ถึงเหตุผลของศาลในคดีดังกล่าวนำไปสู่ข้อสรุปของสถานะที่ต่างกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันรูปแบบอื่นในสังคมสิงคโปร์ซึ่งสะท้อนผ่านระบบกฎหมายสิงคโปร์ทั้งหมด กล่าวคือ ลักษณะบางประการของรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกไม่สอดคล้องกับศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับและยึดถือในประเทศสิงคโปร์ ทั้งนี้เมื่อมีการหยิบเอาศีลธรรมขึ้นมากล่าวอ้างย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นแนวความคิดซึ่งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงในสังคมสิงคโปร์ 2 ประการ อันได้แก่ ระบบกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งประเทศสิงคโปร์รับมรดกตกทอดมาจากเจ้าอาณานิคมนั้นได้มีการยอมรับความผิดฐานรักร่วมเพศระหว่างชายด้วยกันมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน และสังคมสิงคโปร์ยังคงยึดมั่นในการให้กำเนิดบุตรและการสืบสายโลหิตของตระกูลอย่างเหนียวแน่น ซึ่งสอดคล้องกับเหตุการณ์พิจารณาร่างกฎหมายยกเลิกมาตรา 377A ในรัฐสภาสิงคโปร์เมื่อ ค.ศ. 2007 ที่รัฐสภาสิงคโปร์ยืนยันที่จะคงบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวไว้โดยเหตุผลที่ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา

⁶⁰ “any act of gross indecency.”

ดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อ HIV⁶¹ ทั้งนี้แม้จะเป็นเหตุผลด้านสาธารณสุขแต่ก็ยังคงอยู่ในบริบทของเงื่อนไขด้านความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งบุคคลเพศทางเลือกต้องประสบอยู่เสมอในการโต้แย้งความเหลื่อมล้ำทางสังคมโดยเฉพาะในบริบทของกฎหมาย

4.3 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก

ในขณะที่รัฐธรรมนูญมีบทบาทต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกในด้านการช่วยให้หลักการทั่วไปอันมีอยู่แล้วเกิดสภาพบังคับชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้นมา อิทธิพลของแรงผลักดันอันมีที่มาจากภายนอกประเทศก็เป็นอีกสิ่งหนึ่งซึ่งส่งผลต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในสังคมเช่นเดียวกัน โดยปัจจัยสำคัญ 2 ประการซึ่งมีที่มาจากภายนอกอันส่งผลต่อสถานะของบุคคลเพศทางเลือกในสังคม ได้แก่ อิทธิพลของการปฏิรูปประเทศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในญี่ปุ่น (4.3.1) และอิทธิพลของกระแสการปฏิรูปทางเพศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในยุโรป (4.3.2)

4.3.1 อิทธิพลของการปฏิรูปประเทศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในญี่ปุ่น

ในสังคมดั้งเดิมของโลกตะวันออกนั้นมิได้มีความคิดเชิงลบเกี่ยวกับเพศทางเลือกเป็นพื้นฐาน หากแต่เกิดจากการรับเอาแนวคิดเรื่องบทบาทที่แตกต่างกันของชายกับหญิงในโลกตะวันตกเข้าสู่สังคมและระบบกฎหมายผ่านอิทธิพลของการปฏิรูปประเทศ โดยในหัวข้อนี้จะได้ยกตัวอย่างถึงความแตกต่างระหว่างความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกในช่วงเวลาก่อนและหลังการปฏิรูปประเทศญี่ปุ่น ซึ่งปรากฏชัดเจนว่าเพศทางเลือกนั้นได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในญี่ปุ่น ก่อนการปฏิรูปเมจิ (4.3.1.1) ทว่า ภายหลังการปฏิรูปเมจิความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกในญี่ปุ่นกลับมีลักษณะที่ตรงข้ามอย่างสิ้นเชิง (4.3.1.2) ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของบทบาททางเพศของบุคคลที่สัมพันธ์กับสรีระร่างกายอย่างชัดเจนมากขึ้นอันเป็นผลจากการพัฒนาสังคมและระบบกฎหมายให้ทัดเทียมกับโลกภายนอกดังกล่าว

4.3.1.1 เพศทางเลือกในญี่ปุ่นก่อนการปฏิรูปเมจิ

ก่อนการปฏิรูปประเทศญี่ปุ่นโดยสมเด็จพระจักรพรรดิ Meiji ใน ค.ศ.1868 ประเทศญี่ปุ่นถูกปกครองโดยระบบศักดินาที่แบ่งแยกสังคมญี่ปุ่นออกเป็นหลายชนชั้น พฤติกรรมชายรักชายแบบนันโชคุ (Nanshoku) เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปในยุคโบราณของญี่ปุ่น หลักฐานที่เก่าแก่

⁶¹ Jack Tsen-Ta Lee, "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ": 14-15; Po Jen Yap, "Section 377A and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?,": 637-638.

และชัดเจนที่สุดเกี่ยวกับพฤติกรรมชายรักชายแบบนินโซคุนั้นปรากฏในงานเขียน โอโจโยชู (Ojōyōshū) หรือ คำสอนที่จำเป็นสำหรับการกำเนิดใหม่ ค.ศ. 985 ของจินชิ (Ginshi) พระนิกายเทนได ที่กล่าวถึงการต้องตกรกหมกหมักใหม่ของชายที่ล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ชายโดยการเกี่ยวพาราสีหรือล่วงประเวณีโดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏงานเขียนที่เกี่ยวกับความผูกพันระหว่างผู้ชายในญี่ปุ่นก่อนหน้านั้น แม้จะไม่มีชัดเจนเท่าใดนักกว่าเป็นเรื่องของความรักใคร่ โดยพงศาวดารญี่ปุ่น (Nihongi) ค.ศ. 720 ของ Itawa Jun'ichi กล่าวถึงการเดินทางของสมเด็จพระจักรพรรดินี Jinkū⁶² ไปยังพื้นที่ในจังหวัดคิอิ (Kii) ซึ่งกำลังตกอยู่ในความมืดมนด้วยพระอาทิตย์ไม่ยอมส่องแสงเนื่องจากพระในลัทธิชินโตคนหนึ่งฆ่าตัวตายตามเพื่อนรักที่เป็นพระอีกคนและถูกฝังไว้ด้วยกัน พระจักรพรรดินีจึงทรงบัญชาให้ขุดร่างของพวกเขามาแล้วฝังไว้แยกจากกัน หลังจากนั้นแสงสว่างก็กลับมาสู่จังหวัดคิอิอีกครั้งหนึ่ง⁶³

ในสังคมโบราณของญี่ปุ่น พฤติกรรมชายรักชายแบบนินโซคุเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบทางจริยธรรม (Code of Ethics) ที่ปรากฏทั้งในบริบททางสังคม วัฒนธรรม ศิลปะ และวรรณคดี พฤติกรรมนินโซคุนั้นมุ่งถึงความสัมพันธ์ทางกายระหว่างผู้ชายที่มีวัยและสถานะทางสังคมแตกต่างกัน อันเป็นรูปแบบของพฤติกรรมที่ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวคิดในศาสนาพุทธและลัทธิขงจื้อในเรื่องความไม่บริสุทธิ์ของสตรีและความหวาดระแวงต่ออันตรายจากความสัมพันธ์กับสตรีเพศ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วปรากฏในระหว่างชนชั้นซามูไรและภายในวัดในพุทธศาสนา รูปแบบพฤติกรรมชายรักชายในระหว่างชนชั้นซามูไรนั้นเป็นคุณค่าที่ชายในวัยฉกรรจ์ถูกคาดหวังว่าจะเป็นแบบอย่างของความแข็งแกร่งสมชายชาตรีให้แก่เด็กหนุ่มที่อ่อนวัยกว่า เด็กหนุ่มในสังคมซามูไรจำเป็นต้องละทิ้งจากสภาพแวดล้อมเดิมของพวกเขาที่มีผู้หญิงเป็นส่วนประกอบ เช่น แม่และน้องสาว อันเป็นสภาพแวดล้อมอาจนำซึ่งความอ่อนแอ และย้ายเข้าสู่กลุ่มเฉพาะที่มีลักษณะทางการของผู้ชาย โดยเด็กหนุ่มต้องอุทิศตัวเพื่อการเรียนรู้ถึงความเป็นชายชาตรีในอุดมคติของซามูไร พฤติกรรมชายรักชายในชนชั้นซามูไรเช่นนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงความจงรักภักดีต่อผู้เป็นนายและนำมาซึ่งความผูกพันเป็นหนึ่งเดียวทั้งทางร่างกายและจิตใจของทั้ง 2 ในขณะที่รูปแบบของชายรักชายที่เกิดขึ้นในวัดของญี่ปุ่นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างพระที่มีอายุมากกว่ากับเณรหรือเด็กรับใช้ในวัด บทบาทของความสัมพันธ์ในรูปแบบนี้ได้รับการยกย่องจากพระว่าเป็นเสมือนตัวแทนของการหลุดพ้น ฝ่ายที่อ่อน

⁶² ครองราชย์ระหว่างปี ค.ศ. 201 – ค.ศ. 269.

⁶³ Gary P. Leupp, *Male colors: The construction of homosexuality in Tokugawa Japan* (Berkeley, California, U.S.A.: University of California Press, 1997), pp. 22-23, 31.

เยาว์กว่านั้นจะได้รับการยกย่องว่าเป็นเสมือนภาคหนึ่งของพระโพธิสัตว์อวโลกิเตศวร (Bosatsu หรือ Kannon) โดยไม่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่บาปเหมือนกับการมีความสัมพันธ์กับสตรีเพศ⁶⁴

4.3.1.2 เพศทางเลือกในญี่ปุ่นภายหลังการปฏิรูปเมจิ

ภายหลังการปฏิรูปเมจิ ประเทศญี่ปุ่นเริ่มเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ การปฏิรูปประเทศนำไปสู่การพัฒนาาระบบกองทัพและการล้มเลิกระบบศักดินา แนวคิดของโลกตะวันตกทั้งทางวิทยาศาสตร์และทางสังคมหลังไหลเข้าสู่ญี่ปุ่นโดยตรง ส่งผลต่อรูปแบบของพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในญี่ปุ่นให้หลุดพ้นจากลักษณะของเครื่องหมายระหว่างชนชั้นตามการล่มสลายลงของระบบศักดินา ผลจากการรับเอาแนวคิดจากโลกตะวันตกเข้าสู่ญี่ปุ่นในสมัยเมจิ พฤติกรรมชายรักชายหรือนันโซคุซึ่งเคยได้รับการยอมรับในสังคมญี่ปุ่นจึงกลับกลายเป็นความบาปและเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการร่วมเพศทางทวารหนัก (Sodomy Act) ค.ศ. 1872 และบทบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (Supplemental Criminal Code) ค.ศ. 1873 ซึ่งมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้การร่วมเพศทางทวารหนักเป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างคนรักเพศเดียวกันดังกล่าวขาดพื้นฐานการต่อต้านจากสังคมในญี่ปุ่นอันเป็นผลจากการที่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันฝังลึกในวัฒนธรรมญี่ปุ่นมาเป็นเวลาช้านาน รวมทั้งไม่ปรากฏข้อห้ามทางศาสนาต่อพฤติกรรมดังกล่าว ดังเช่นที่ปรากฏในวัฒนธรรมอื่นโดยเฉพาะในโลกตะวันตก ศาสตราจารย์ G. Boissonade ที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสจึงเสนอให้มีการยกเลิกบทบัญญัตินี้ดังกล่าวลงและเป็นเหตุให้เมื่อมีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเมจิฉบับเก่า (Old Meiji Criminal Code) ใน ค.ศ. 1880 ไม่มีการบัญญัติให้พฤติกรรมร่วมเพศทางทวารหนักเป็นความผิดอาญาอีกต่อไป⁶⁵

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมรักร่วมเพศตามแบบโลกตะวันตกจะส่งอิทธิพลอย่างเป็นทางการต่อรูปแบบพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในญี่ปุ่นเพียงระยะสั้น ๆ ในสมัยเมจิ แต่กระแสแนวคิดของโลกตะวันตกก็หลังไหลเข้าสู่ญี่ปุ่นอย่างไม่หยุดยั้งโดยเฉพาะแนวคิดทางการแพทย์สมัยใหม่

⁶⁴ Yuki Arai, "Is Japan ready to legalize same-sex marriage?," *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 16, no. 1 (2014): 124; "Japan's Queer Cultures," University of Wollongong, 2011, accessed April 14, 2019, <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=artpapers>; Teiko Tamaki, "National Report: Japan," *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 19, no. 1 (2011): 258; Gary P. Leupp, *Male colors: The construction of homosexuality in Tokugawa Japan*, p. 35; Junko Saeki, "From Nanshoku to homosexuality: A comparative study of Mishima Yukio's confession of a mask," *Japan Review* 8 (1997): 129-132.

⁶⁵ Yuki Arai, "Is Japan ready to legalize same-sex marriage?,": 127; Teiko Tamaki, "National Report: Japan,": 254; Douglas E. Sanders, "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia,": 14; Junko Saeki, "From Nanshoku to homosexuality: A comparative study of Mishima Yukio's confession of a mask,": 137.

และแนวคิดเกี่ยวกับเพศศึกษาพร้อมกับกลุ่มปัญญาชนชั้นนำของญี่ปุ่นที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศตะวันตกในสมัยไทโช⁶⁶ การหลั่งไหลเข้าสู่ประเทศญี่ปุ่นของแนวคิดทางการแพทย์ ที่แม้ว่าในช่วงเวลาดังกล่าวยังคงปราศจากข้อยุติและประกอบด้วยข้อถกเถียงจำนวนมากเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน การแสดงออกถึงรสนิยมในลักษณะของชายรักชายแบบนันทิคุก็กลับกลายเป็นรูปแบบของการแสดงออกซึ่งตัวตนที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ของบุคคลตามแนวคิดพฤติกรรมรักร่วมเพศแบบตะวันตกและนำมาซึ่งการฝังลึกทางแนวคิดเรื่องความผิดปกติของพฤติกรรมดังกล่าวจนกระทั่งปัจจุบัน⁶⁷ การรับเอาวัฒนธรรมตะวันตกเข้าสู่ญี่ปุ่นยังส่งอิทธิพลต่อพฤติกรรมหญิงรักหญิงที่แต่เดิมนั้นสถานะสูงสุดของเพศชาย (Male Supremacy) เป็นเหตุให้มุมมองเกี่ยวกับเพศในญี่ปุ่นมาจากทัศนะของผู้ชายเป็นส่วนใหญ่นำไปสู่การรับรู้ที่จำกัดถึงความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างผู้หญิงด้วยกัน แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าไม่เคยมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันเกิดขึ้นระหว่างเพศหญิงในญี่ปุ่นมาก่อน โดยเฉพาะในสภาพสังคมสมัยโบราณที่ซึ่งเพศหญิงถูกจำกัดการพบเจอกับเพศตรงข้ามเช่นเดียวกับเพศชาย เพียงแต่หลักฐานทางวรรณกรรมและศิลปะที่สื่อถึงการมีอยู่ของพฤติกรรมดังกล่าวไม่ได้ให้ความสำคัญกับหญิงรักหญิงมากเท่ากับพฤติกรรมชายรักชาย กระทั่งการเกิดขึ้นขององค์กรที่ประกอบด้วยสมาชิกเพศหญิงล้วน อาทิ โรงเรียนหญิงล้วนและหอพักหญิงในโรงงานที่ตั้งขึ้นเพื่อรองรับคนงานหญิงโสดในช่วงทศวรรษที่ 1920 นำไปสู่การรับรู้ถึงความสัมพันธ์ของผู้หญิงแบบรักเพศเดียวกัน อันเป็นผลของแบบแห่งความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดและแปลกประหลาดที่เริ่มแพร่กระจายไปในบุคคลทั่วไปในสังคม และเกิดการให้ความหมายของความสัมพันธ์ตามแนวคิดรักร่วมเพศแบบตะวันตกโดยมีละครและนิตยสารเพื่อความบันเทิงเป็นสื่อกลางที่สำคัญ ส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับความรักระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในญี่ปุ่นเริ่มเป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งระหว่างชายรักชายและหญิงรักหญิงตั้งแต่สมัยไทโชเป็นต้นมา⁶⁸

4.3.2 อิทธิพลของกระแสการปฏิรูปทางเพศต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือกในยุโรป

ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากระแสความเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่เกิดขึ้นบนโลกเป็นระยะนั้นส่งผลสำคัญยิ่งต่อการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศทางเลือก ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาถึงอิทธิพลของกระแสการปฏิรูปทางเพศต่อเพศทางเลือกในประเทศเยอรมนี (4.3.2.1) และอิทธิพลของกระแส

⁶⁶ รัชสมัยของสมเด็จพระจักรพรรดิ Yoshihito (ครองราชย์ระหว่างปี ค.ศ. 1912 – ค.ศ. 1926).

⁶⁷ Yuki Arai, "Is Japan ready to legalize same-sex marriage?," 127; Douglas E. Sanders, "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia," 17; Mark J. McLelland, "Virtual Ethnography: Using the Internet to Study Gay Culture in Japan," *Sexualities* 5, no. 4 (2002): 392; Junko Saeki, "From Nanshoku to homosexuality: A comparative study of Mishima Yukio's confession of a mask," 133-134.

⁶⁸ Yuki Arai, "Is Japan ready to legalize same-sex marriage?," 129; Mark J. McLelland, "Japan's Queer Cultures,"

การปฏิรูปทางเพศต่อเพศทางเลือกในประเทศฝรั่งเศส (4.3.2.2) ซึ่งจะช่วยให้เห็นภาพของปรากฏการณ์ทางสังคมดังกล่าวได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

4.3.2.1 กระแสการปฏิรูปทางเพศกับผลต่อเพศทางเลือกในประเทศเยอรมนี

จุดหักเหของสถานะทางกฎหมายของบุคคลรักร่วมเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1960 ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการปฏิรูปทางเพศ กล่าวคือ เรื่องทางเพศไม่ได้ถูกมองเป็นข้อห้ามอีกต่อไปในสายตาประชาชนโดยส่วนมากของสังคม ในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมนี (ประเทศเยอรมนีตะวันออก) พฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกันระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกันถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องถูกกฎหมายใน ค.ศ. 1968 และในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (เยอรมนีตะวันตก) พฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกันระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกันได้รับการนิรโทษกรรมใน ค.ศ. 1969 ก่อนที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะพิพากษาว่าการกำหนดโทษอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนใน ค.ศ. 1984 จนกระทั่งเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1994 ภายหลังการรวมประเทศเยอรมนีเป็นเวลา 4 ปี มาตรา 175 จึงถูกยกเลิกอย่างสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมเยอรมันแล้ว นับตั้งแต่ ค.ศ. 1969 เป็นต้นมา พฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกันไม่ได้เป็นโรค บาบ หรือภัยคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอีกต่อไป⁶⁹

4.3.2.2 กระแสการปฏิรูปทางเพศกับผลต่อเพศทางเลือกในประเทศฝรั่งเศส

นับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมา การใช้ชีวิตคู่ของมนุษย์เริ่มมีความเปลี่ยนแปลงจากในอดีตที่นักศึกษาวัยหนุ่มสาวนิยมออกจากบ้านเพื่อเข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยมากขึ้น วิถีชีวิตในมหาวิทยาลัยของนักศึกษามีสภาพที่ไม่แตกต่างจากครอบครัวมากนัก โดยจะมีการทำงานเพื่อหาเงินมาเลี้ยงชีพและมีการจับคู่อยู่กินกันระหว่างคนรักอย่างเปิดเผย ซึ่งเป็นวิถีชีวิตที่ดำเนินไปอย่างอิสระและเปิดเผยด้วยอยู่ห่างไกลจากอิทธิพลของครอบครัวที่กำกับเหน็ด โดยรูปแบบครอบครัวของคนรุ่นใหม่ดังกล่าวนำไปสู่การแพร่ขยายของรูปแบบความสัมพันธ์นอกกรอบของการสมรสตามประเพณีที่เคยเป็นมาในอดีต สอดคล้องกับอัตราที่เพิ่มขึ้นของค่าเฉลี่ยอายุเริ่มต้นของบุคคลในการสมรส ทั้งยังส่งผลต่อกิจกรรมในลักษณะของการส่งเสริมต่อความเคารพในเสรีภาพส่วนบุคคล ก่อให้เกิดการส่งต่อแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลของความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นผ่านทางรูปแบบของการเลี้ยงดูบุตรของครอบครัวรุ่นต่อ ๆ มา

⁶⁹ Rudolf STREINZ, "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics," 31; see also Karin M. Linhart, "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison," 947-950.

ใน ค.ศ. 1968 เกิดความเปลี่ยนแปลงอันสำคัญต่อทางโครงสร้างพื้นฐานของสังคมเกี่ยวกับสถาบันครอบครัวในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ คนรุ่นใหม่ชะลอการสมรสของตนออกไป และมีลักษณะของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้สมรส นอกจากนี้ยังปรากฏว่าบุคคลซึ่งเลือกการอยู่กินฉันสามีภริยาในลักษณะของจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การสมรสก็มักจะไม่ได้ดำเนินการให้เกิดการสมรสที่สมบูรณ์ภายหลัง เป็นเหตุให้การมีบุตรไม่ได้ผูกพันอยู่กับเงื่อนไขในเบื้องต้นที่จะต้องผ่านขั้นตอนการสมรสกันก่อนอีกต่อไปแต่ประการใด รูปแบบของการอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสกันในฝรั่งเศสจึงเพิ่มมากขึ้นในอัตราที่สอดคล้องกับจำนวนที่ลดลงอย่างต่อเนื่องของการสมรส

สถานะความเป็นคู่อยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสนั้น เดิมระบบกฎหมายฝรั่งเศสปฏิเสธสถานะความสัมพันธ์ดังกล่าว โดยถือว่าต่างฝ่ายต่างเป็นโสเภณีไม่มีความเกี่ยวข้องใด ๆ ต่อกัน แต่ด้วยสภาพครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยามีลักษณะร่วมกับคู่สมรสหลายประการ โดยเฉพาะลักษณะการอยู่อาศัยและมีบุตรร่วมกัน สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายที่คู่สมรสได้รับ จึงมีความจำเป็นต่อครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งความจำเป็นดังกล่าวส่งผลให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับสิทธิหน้าที่บางประการอันจำเป็นแก่รูปแบบครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรส อาทิ สิทธิในการมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน และสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ในสวัสดิการสังคมบางประการ

แม้ว่ารูปแบบครอบครัวของฝรั่งเศสจะมีแนวโน้มไปในรูปแบบของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสมากขึ้นและระบบกฎหมายของฝรั่งเศสก็ได้ยอมรับความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวผ่านกระบวนการให้สิทธิหน้าที่บางประการอันจำเป็นแก่ครอบครัวซึ่งอยู่กินร่วมกันโดยมิได้สมรส อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ปฏิเสธที่จะนิยามความหมายของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสว่าหมายถึงคู่ของบุคคลเพศทางเลือกด้วย เนื่องมาจากการพิจารณาถึงสถานะของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาในด้านชีวิตสมรสอย่างเคร่งครัดว่าหมายถึงการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ในคดีดังกล่าว คู่รักที่เป็นเพศหญิงทั้ง 2 ฝ่ายร้องขอให้สิทธิที่จะได้รับประโยชน์ในการประกันสังคมมีผลถึงอีกฝ่ายซึ่งในขณะนั้นอยู่ในสถานะว่างงาน โดยสิทธิในทำนองเดียวกันนี้กฎหมายฝรั่งเศสให้แก่บุคคลที่อยู่กินร่วมกันในลักษณะที่เหมือนกับการสมรสแต่ศาลพิพากษาว่าสิทธิดังกล่าวควรได้แก่คู่ที่เป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น เนื่องจากการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขาดลักษณะที่จะเทียบเคียงกับการสมรสได้ เป็นเหตุให้สิทธิหน้าที่อันกฎหมายให้แก่คู่ที่อยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้สมรสดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงบุคคลเพศทางเลือกด้วย นำไปสู่การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้มีการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศฝรั่งเศสเวลาต่อมา

4.4 ผลของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ภายหลังจากการต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกได้ดำเนินมาเป็นระยะเวลาที่ต่อเนื่องและยาวนาน ประกอบกับปัจจัยที่เกิดขึ้นทั้งด้านการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเพศในระบบกฎหมายภายในรัฐและกระแสดันอันมีที่มาจากภายนอก รัฐ นำไปสู่ผลของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เห็นเด่นชัด 2 ประการซึ่งสะท้อนผ่านบทบาทของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4.1) ตลอดจนการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4.2) ในมิติของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก

4.4.1 การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นผลสำคัญประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งมีที่มาจากความก้าวหน้าของกระบวนการนิติบัญญัติเพื่อลดช่องว่างทางกฎหมายอันก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีเพศกำเนิดเดียวกันกับบุคคลทั่วไป โดยทั่วไปแล้วปรากฏอยู่ใน 2 รูปแบบ กล่าวคือ กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต (4.4.1.1) และกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (4.4.1.2) โดยกฎหมายทั้ง 2 รูปแบบนั้นแม้จะมีความแตกต่างกันทั้งในด้านวัตถุประสงค์และสาระสำคัญแต่ล้วนนำไปสู่ความเท่าเทียมในสิทธิอันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเช่นเดียวกัน

4.4.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต

กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตเป็นเสมือนก้าวแรกในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในกระบวนการด้านนิติบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาความขาดแคลนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สอดคล้องกับวิถีชีวิตซึ่งมีสาระสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันที่แตกต่างจากการสมรสระหว่างชายกับหญิง โดยในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงกฎหมายบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต (Pacs) ของประเทศฝรั่งเศส (4.4.1.1.1) และรัฐบัญญัติคู่ชีวิต (Labenspartnerschaftsgesetz) ของประเทศเยอรมนี (4.4.1.1.2) ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวต่างมีเอกลักษณ์และมีความโดดเด่นในตัวเองอันจะช่วยให้เห็นภาพรวมของกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4.4.1.1.1 กฎหมายบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต (Pacs) ของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายก่อตั้งสถานะการเป็นคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วย ร่างกฎหมายจำนวนหลายฉบับ กล่าวคือ ร่างกฎหมาย Partenariat Civil ร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale และร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile et Sociale โดยสาระสำคัญของร่างกฎหมาย Partenariat Civil มีลักษณะของสัญญา ระหว่างบุคคลที่ต้องนำไปบันทึกทะเบียนไว้กับเทศมนตรีและคู่สัญญาสามารถตกลงยกเลิกข้อสัญญา เมื่อใดก็ได้โดยปราศจากขั้นตอนที่ยุ่งยาก นำระบบทรัพย์สินของสามีภริยามาบังคับใช้ในส่วน ของระบบทรัพย์สินของคู่สัญญา ตลอดจนให้คู่ชีวิตเป็นทายาทโดยธรรมของอีกฝ่ายและมีสิทธิในทางภาษี เช่นเดียวกันกับสามีภริยา ในขณะที่สาระสำคัญของร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile ร่าง กฎหมาย Contract d' Union Sociale และร่างกฎหมาย Contract d' Union Civile et Sociale มีรายละเอียดมากกว่าร่างกฎหมาย Partenariat Civil โดยมีหลักการคล้ายคลึงกับการสมรสหากแต่ มีความแตกต่างจากการสมรสอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ การเลิกสัญญาไม่ได้กระทำโดยกระบวนการ หย่า และการก่อตั้งของสัญญาไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะเครือญาติ (Filiation) อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายทั้ง 4 ฉบับดังกล่าวยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องบุคคลที่สามารถทำสัญญาคู่ชีวิตได้ ด้วยร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ไม่เปิดช่องให้บุคคลทั่วไป เช่น พี่น้อง หรือเพื่อน สามารถสร้างรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างกันได้แต่เปิดโอกาสสำหรับคู่ที่อยู่กินร่วมกัน ฉันทามีภริยาเท่านั้น ในขณะที่ร่างกฎหมาย Partenariat Civil ร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile และร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile et Sociale เปิดกว้างให้แก่การใช้ชีวิตร่วมกัน ทุกรูปแบบโดยไม่จำเป็นต้องปรากฏลักษณะของการอยู่กินร่วมกันฉันทามีภริยาเท่านั้น ใน ค.ศ. 1997 พรรคฝ่ายซ้ายประสบความสำเร็จในการเลือกตั้งประกอบกับการขับเคลื่อนของกลุ่มบุคคลเพศ ทางเลือกภายนอกสภาเป็นเหตุให้ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ได้รับความสำคัญจาก พรรคอย่างมาก แต่เนื่องจากสาระสำคัญในร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวที่สนับสนุนเพศทางเลือกอย่าง ชัดเจน ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงไม่ได้รับการสนับสนุนจาก ส.ส. ของพรรคด้วยเกรงว่าจะไม่ได้รับ การเลือกตั้งในสมัยถัดไป ต่อมาใน ค.ศ. 1998 ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ได้รับการ ยกร่างใหม่ โดยเปลี่ยนชื่อเป็น Pacs (Pacte Civil de Solidarité) ซึ่งร่างกฎหมาย Pacs มี สาระสำคัญที่มีลักษณะเปิดกว้างในการก่อตั้งสถานะความสัมพันธ์แก่ทั้งการใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับ หญิงและเพศทางเลือก มีการนำระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามาใช้ และให้สิทธิคู่ชีวิตในการเป็น ทายาทโดยธรรม ทว่า ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้รับการสนับสนุนจากนาย Lionel Jospin นายกรัฐมนตรีฝรั่งเศสในขณะนั้น ด้วยเหตุผลว่าสถานะความสัมพันธ์ตามร่างกฎหมาย Pacs ไม่ สามารถเทียบกับการสมรสได้เป็นเหตุให้เกิดการแก้ไขร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวในประเด็นต่าง ๆ กล่าวคือ

1. การบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตไม่ได้กระทำต่อเทศมนตรีเช่นเดียวกับการสมรส แต่กระทำต่อศาลชั้นต้น (Tribunal d' Instance) ซึ่งมีคุณค่าเชิงสัญลักษณ์น้อยกว่าการสมรส
2. ใช้ระบบกรรมสิทธิ์รวมแก่ทรัพย์สินของคู่ชีวิตแทนระบบทรัพย์สินของสามีภริยา
3. คู่ชีวิตไม่เป็นทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย
4. สิทธิหน้าที่อันเนื่องจากการมีสถานะคู่ชีวิตมีเงื่อนไขในที่เคร่งครัดกว่าในกรณีของคู่สมรส อาทิ คู่ชีวิตจะได้สิทธิในการเสียภาษีร่วมกันต่อเมื่อระยะเวลาล่วงผ่านไปแล้วสามปีนับแต่ได้มีการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต เป็นต้น

แม้ว่าร่างกฎหมาย Pacs จะได้รับการแก้ไขจนกระทั่งมีสาระสำคัญที่แตกต่างจากการสมรสตลอดจนสิทธิที่คู่สามีภริยาได้จากการสมรส แต่เนื่องจากร่างกฎหมาย Pacs จะส่งผลให้การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกอันกระทบต่อรากฐานทางสังคมของฝรั่งเศสซึ่งเป็นเรื่องที่น่าตกใจในสังคมฝรั่งเศสขณะนั้น ในทันทีที่ร่างกฎหมาย Pacs ผ่านเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศสในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1998 ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงได้รับการต่อต้านอย่างหนักทั้งจากพรรคการเมืองฝ่ายขวา และผู้นำทางศาสนาคริสต์ทั้งนิกายโรมันคาทอลิกและนิกายโปรเตสแตนต์ ผู้นำทางศาสนาอิสลาม และชุมชนชาวยิว ประกอบกับในการพิจารณาร่างกฎหมาย Pacs ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่อาจโน้มน้าว ส.ส. ของพรรคสังคมนิยมให้เห็นคล้อยกับประโยชน์ของร่างกฎหมาย Pacs ได้ ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงไม่ได้รับการสนับสนุนเท่าที่ควรจาก ส.ส. พรรคสังคมนิยมเมื่อร่างกฎหมายเข้าสู่ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศสและเป็นที่เหตุให้ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านการพิจารณา ภายหลังจากร่างกฎหมาย Pacs ไม่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศส ร่างกฎหมาย Pacs ได้รับการเสนออีกครั้งโดยเพิ่มสิทธิในการเป็นคู่ชีวิตแก่บุคคลที่เป็นพี่น้องกันด้วยเพื่อหลีกเลี่ยงข้อครหาว่าเป็นกฎหมายให้ประโยชน์แก่กลุ่มเพศทางเลือกโดยเฉพาะ แม้ร่างกฎหมาย Pacs ที่เสนอในภายหลังจะผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแต่ร่างกฎหมาย Pacs กลับไม่ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา ด้วยเหตุผลว่าร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการปฏิเสธระบบการสมรสหลักในสังคมฝรั่งเศส ในการพิจารณาร่างกฎหมายวาระที่ 4 ซึ่งเป็นวาระสุดท้ายเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1999 สภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศสลงคะแนนเสียงผ่านร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวโดยปราศจากความเห็นชอบของวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 315 ต่อ 249 และกฎหมาย Pacs ได้รับการลงนามโดยประธานาธิบดี Jacques Chirac ให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 ผลจากการเป็นกฎหมายที่ได้รับการโต้เถียงในระหว่างกระบวนการนิติบัญญัติอย่างดุเดือดที่สุดนับตั้งแต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1958 เป็นต้นมา เป็นเหตุให้สาระสำคัญของร่างกฎหมายได้รับการเปลี่ยนแปลงและ

แก้ไขในหลายประการ กล่าวคือ สิทธิในการเป็นคู่ชีวิตกันระหว่างพี่น้องถูกปฏิเสธจากสภาและไม่ได้
รับการบัญญัติในกฎหมาย แต่ให้เพิ่มเติมสถานะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส
(Concubinage) ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสโดยให้สถานะความสัมพันธ์ดังกล่าวให้ครอบคลุมถึง
การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกด้วย⁷⁰

4.4.1.1.2 รัฐบัญญัติคู่ชีวิต (Lebenspartnerschaftsgesetz) ของประเทศ เยอรมนี

ความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทะเบียน (Eingetragene Lebenspartnerschaft) เป็นสถานะความสัมพันธ์ตามกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการนำมาใช้ใน
ประเทศเยอรมนีเมื่อ ค.ศ. 2001 โดยรัฐบัญญัติคู่ชีวิต (Lebenspartnerschaftsgesetz) อันเป็น
ความสัมพันธ์ในรูปแบบเฉพาะสำหรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่ไม่เปิดช่องให้คู่รัก
ต่างเพศบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้ อันเป็นความแตกต่างจากการสมรสทั้งรูปแบบและการบัญญัติ
กฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับรูปแบบความสัมพันธ์ที่ก่อตั้งขึ้นใหม่นี้ พัฒนาการของรัฐบัญญัติคู่ชีวิต
ในประเทศเยอรมนีเริ่มต้นขึ้นใน ค.ศ. 1994 เมื่อสภายุโรปมีมติให้คณะกรรมการการยุโรปแนะนำแก่
ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเพื่อการเยียวยาความเสียหายแก่คู่รักเพศทางเลือกที่ไม่อาจสมรสได้โดย
การกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สามารถเทียบเคียงได้กับการสมรสเพื่อรับรองความสัมพันธ์ของ
บุคคลเหล่านั้น ซึ่งคณะกรรมการยุติธรรมสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
(Rechtsausschuss) ได้พิจารณาติของสภายุโรปเมื่อวันที่ 27 เมษายน และ 27 กันยายน ค.ศ.
1995 ตามลำดับ และได้เรียกร้องให้กระทรวงยุติธรรมจัดทำรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์ของบุคคล
เพศทางเลือกในประเทศเยอรมนี อันนำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายคู่ชีวิตต่อรัฐสภาแห่งสหพันธ์
สาธารณรัฐ (Bundestag) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 โดยพรรค SPD และพรรครกรีน
(Bündnis 90/Die Grünen) ซึ่งเป็นพรรคร่วมรัฐบาลในขณะนั้น ต่อมาเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ.
2000 รัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐผ่านร่างกฎหมายและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ.
2001 ก่อตั้งสถานะคู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทะเบียนในฐานะซึ่งแม้จะแตกต่างในทางกฎหมายแต่
ในทางปฏิบัติแล้วเท่าเทียมกันกับการสมรสขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศเยอรมนี⁷¹

⁷⁰ Claude Martin and Irène Théry, "The PACS and Marriage and Cohabitation in France," *International Journal of Law, Policy and the Family* 14, no. 3 (2001): 135-158; Yuval Merin, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnership in Europe and the United State* (Chicago: The University of Chicago Press, 2002), pp. 137-138.

⁷¹ Jens M. Scherpe, "National Report: Germany," *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 162-164.

เมื่อกฎหมายคู่ชีวิตได้รับการประกาศใช้ในประเทศเยอรมนี บทบัญญัติกำหนดหน้าที่คุ้มครองพิเศษซึ่งรัฐมีต่อการสมรสตามรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นได้รับการหยิบยกขึ้นมาถกเถียงอย่างมาก เนื่องจากเมื่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้การคุ้มครองต่อการสมรสแล้วก็ไม่ควรที่จะมีความสัมพันธ์อื่นใดที่คู่ควรแก่การได้รับสิทธิประโยชน์ในทำนองเดียวกันอีกแม้เพียงเล็กน้อย และความสัมพันธ์อื่นนั้นควรมีลักษณะที่แตกต่างจากการสมรสอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่รับรองสิทธิบางประการแก่คู่ชีวิตเพื่อให้เกิดข้อแตกต่างระหว่างการสมรสและคู่ชีวิต โดยคู่ชีวิตไม่มีสิทธิรับบุตรบุญธรรม และคู่ชีวิตจะถูกถือว่าเป็นสถานะภาพโสดในบริบทของกฎหมายมรดกและกฎหมายภาษี ซึ่งในประเด็นดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ว่าสถานะคู่ชีวิตนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีความแตกต่างจากการสมรสในสาระสำคัญและด้วยเหตุที่การสมรสเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถที่จะก่อตั้งรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างคู่รักเพศเดียวกันที่ไม่อาจสมรสได้ ทั้งการสมรสก็ไม่อาจถูกทำลายลงโดยกฎหมายคู่ชีวิตเนื่องจากเป็นสถานะคู่ชีวิตไม่เปิดช่องแก่คู่รักต่างเพศเป็นคู่ชีวิตได้ ศาลยังเห็นอีกว่าแม้กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะคุ้มครองการสมรส ก็ได้หมายความว่ามีความประสงค์ให้มีการปฏิบัติต่อความสัมพันธ์รูปแบบอื่นด้อยกว่าการสมรสแต่ประการใด ซึ่งเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติลดความแตกต่างบางประการที่เคยได้กำหนดลงไว้ก่อนหน้านี้ โดยคู่ชีวิตสามารถรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองได้แต่ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้⁷²

4.4.1.2 กฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การสมรสและครอบครัวเป็นสิ่งที่แม้จะมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างแนบแน่นแต่ก็สามารถแยกออกจากกันได้ ในเบื้องต้นไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการสมรสเป็นจุดกำเนิดของครอบครัวเนื่องจากการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์อันเกิดขึ้นภายหลังจากการสมรสของสามีและภรรยา หรือการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบิดามารดาและบุตรนั้นคือพื้นฐานของครอบครัวในความหมายที่รับรู้และเข้าใจกันโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม การสมรสและครอบครัวสามารถแยกออกจากกันได้เนื่องจากทั้ง 2 ประการอยู่บนฐานความคิดที่ต่างกัน เมื่อกล่าวถึงการสมรสโดยพื้นฐานแล้วย่อมหมายถึงสัญญาหรือความตกลงระหว่างบุคคลที่จะเข้ามาอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา แต่หากกล่าวถึงครอบครัวแล้ว

⁷² Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 925-927; "Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act," 2002, accessed July 21, 2022, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/constitutional-court-upholds-lifetime-partnership-act/FAD68414451926037AD4AB2873023BD8>

โดยพื้นฐานแล้วย่อมหมายถึงสถาบันหรือหน่วยที่เล็กที่สุดและในขณะเดียวกันเป็นรากเหง้าของสังคมมนุษย์ซึ่งเป็นผลจากการรวมกันของครอบครัวจำนวนมาก

กฎหมายสมรสในประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศสต่างเป็นกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของการสมรสทางแพ่ง กล่าวคือ คำสอนหรือองค์รทางศาสนาไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของการสมรส ซึ่งแตกต่างจากการสมรสในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงกลับพบว่าพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นไปอย่างเชื่องช้าในประเทศเยอรมนี ทั้งยังปรากฏการต่อต้านการพิจารณากฎหมายอย่างรุนแรงในสังคมฝรั่งเศส ซึ่งเหตุผลหลักของความเชื่องช้าและการต่อต้านดังกล่าวไม่ได้มีผลมาจากการอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในระบบกฎหมายโดยตรง หากแต่เป็นผลจากการอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งคู่สมรสเพศเดียวกันนั้นจะมีฐานะเป็นครอบครัวในระบบกฎหมายและนำไปสู่สิทธิหน้าที่หลายประการทั้งที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกับครอบครัวรูปแบบทั่วไปในสังคม ในบริบทที่การสมรสเป็นเพียงความตกลงร่วมกันของบุคคล 2 คนซึ่งสามารถแยกออกจากศาสนาได้เด็ดขาดดังกล่าว การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจึงไม่มีความขัดแย้งกับการสมรส แต่ในบริบทที่ครอบครัวยังคงเป็นหน่วยพื้นฐานซึ่งสัมพันธ์กับการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของสังคมมนุษย์แล้ว ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีความขัดแย้งกับลักษณะของครอบครัวในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะการขาดความสามารถตามธรรมชาติในการให้กำเนิดบุตรซึ่งยังคงเป็นปัญหาสำคัญของรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันลักษณะนี้และนำไปสู่ข้อโต้แย้งที่ว่าไม่อาจรวมการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเข้าไว้ในความหมายของครอบครัวได้

ในขณะที่มีการนิบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีนั้น ทั้ง 2 ประเทศต่างมีประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมายเพื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอยู่แล้ว โดยปรากฏว่ามีกฎหมายบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันมาแล้วเป็นระยะเวลา 14 ปี ในประเทศฝรั่งเศส และ 16 ปี ในประเทศเยอรมนี อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในทั้ง 2 ประเทศเป็นการข้ามผ่านความคิดดั้งเดิมที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเหมาะสมกับกฎหมายลักษณะเฉพาะที่ก่อตั้งรูปแบบความสัมพันธ์ขึ้นใหม่แยกออกจากหากอย่างเด็ดขาดจากการสมรส โดยสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวแม้จะเลียนแบบสิทธิหน้าที่ซึ่งปกติแล้วเป็นของสามีภริยาแต่คู่ชีวิตก็มีสิทธิไม่เท่าเทียมกับคู่สมรสหลายประการโดยเฉพาะที่

เกี่ยวข้องกับบุตรและสัญชาติ⁷³ และก้าวเข้าสู่การยอมรับว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกับชีวิตสมรสระหว่างชายกับหญิงอย่างแท้จริง ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถตอบสนองความคิดดังกล่าวได้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือในระดับที่จำกัดอยู่เฉพาะการสมรสเท่านั้น ในขณะที่ในมิติของความเป็นครอบครัวของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกลับไม่ได้รับการตอบสนองโดยกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ที่แม้กฎหมายดังกล่าวจะส่งผลให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อให้การสมรสสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดเพศของคู่สมรส แต่ในขณะเดียวกันสิทธิบางประการโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบุตรยังคงถูกสงวนไว้ให้แก่คู่สมรสชายกับหญิงเท่านั้น อันได้แก่ ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นบิดามารดากับบุตร การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมร่วมกัน และการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่เป็นการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้วเพื่อเปิดช่องให้คู่สมรสเพศเดียวกันมีสิทธิหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว

แม้จะมีความแตกต่างในสิทธิหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการมีบุตรจนดูราวกับว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันทั้งในฝรั่งเศสและเยอรมนีจะไม่สามารถก้าวออกจากกรอบแนวคิดที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกคู่ควรกับสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างกับชีวิตคู่ของชายกับหญิง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงบริบทในขณะที่ยกกฎหมายดังกล่าวของทั้ง 2 ประเทศอยู่ระหว่างการพิจารณาจะพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของการขยายสิทธิเสรีภาพในการสมรสให้แก่บุคคลเพศทางเลือกหากแต่เป็นการสลายกรอบแนวคิดเดิมเกี่ยวกับการสมรสที่ว่าการสมรสเป็นเรื่องของชายกับหญิงเท่านั้นลงแล้วจึงก่อตั้งกรอบแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสที่เปิดกว้างสำหรับทุกคนขึ้น สังเกตได้จากการขับเคลื่อนกฎหมายลักษณะดังกล่าวทั้งในฝรั่งเศสและเยอรมนีที่ไม่ได้ใช้ข้อความอันสื่อความหมายไปในทำนองเป็นการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสได้แต่ประการใด หากแต่เป็น “การสมรสสำหรับทุกคน” ในทำนองเดียวกันทั้งในภาษาฝรั่งเศสและภาษาเยอรมัน⁷⁴ ปรากฏการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าโดยผลของกรอบแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสรูปแบบใหม่ในระบบกฎหมายสามารถแยกออกจากการให้กำเนิดบุตรได้ กล่าวโดยเฉพาะคือ บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงการสมรสโดยไม่จำกัดเพศของคู่สมรส และการสมรสนี้ยังนำไปสู่การเกิดขึ้นของครอบครัวซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ในบริบทกฎหมายเอกชน

⁷³ Camille Robcis, "Liberté, Égalité, Hétérosexualité: Race and Reproduction in the French Gay Marriage Debates," 453.

⁷⁴ Bruno Perreau, "The Power of Theory: Same-Sex Marriage, Education, and Gender Panic in France," in *After Marriage Equality: The Future of LGBT Rights*, ed. Carlos A. Ball (New York, U.S.A.: NYU Press, 2016), p. 317; Ursula Kania, "Marriage for All ('Ehe fuer alle')?! A Corpus-Assisted Discourse Analysis of the Marriage Equality Debate in Germany," *Critical Discourse Studies* 17, no. 2 (2020): 140.

และกฎหมายมหาชนอยู่เช่นเดิม ทว่า การสมรสซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลนั้นสามารถแยกออกจากการให้กำเนิดและการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับประโยชน์ของสังคมส่วนรวมได้ การที่กฎหมายคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือกอย่างเสมอภาคกับบุคคลทั่วไปจึงมิได้หมายความว่าในเรื่องการให้กำเนิดและการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์นั้นกฎหมายจะคุ้มครองคู่สมรสเพศทางเลือกเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงเสมอไป ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส (4.4.1.2.1) และสาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี (4.4.1.2.2) เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงความเท่าเทียมอันเกิดจากการปฏิฐานความคิดดั้งเดิมในสังคมโดยไม่ถือว่าการสมรสเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นอีกต่อไปโดยลำดับ

4.4.1.2.1 สาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส

การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นผลของการทำลายอุปสรรคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในฐานะคู่สมรส การกล่าวว่าประเทศฝรั่งเศสอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันจึงไม่ถูกต้องเสียทีเดียวนัก ด้วยผลของหลักความเสมอภาคภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพที่มุ่งเน้นการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนให้เป็นอย่างเดียวกันโดยปราศจากการปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งให้แตกต่างไปเป็นกรณีพิเศษ แม้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นจะนำไปสู่การเอื้อประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจทุกคนสามารถเข้าถึงการพัฒนาตัวตนภายใต้เจตจำนงเสรีได้อย่างเต็มที่ เมื่อปรากฏอุปสรรคอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งส่งผลให้มนุษย์ไม่อาจมีและใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันได้ รัฐย่อมมีภาระที่จะทำลายข้อจำกัดดังกล่าวลง และในกรณีการใช้ชีวิตระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศสนั้น เมื่อบุคคลไม่ว่าจะมีเพศใดสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันได้ในระดับหนึ่งภายใต้กฎหมายคู่ชีวิต ทว่า บุคคลเพศเดียวกันยังไม่สามารถบรรลุถึงเป้าหมายของชีวิตร่วมกันในอุดมคติที่จะสามารถยกระดับศักดิ์ศรีของตนเองให้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปซึ่งมีวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศได้ เมื่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอนุญาตให้เฉพาะบุคคลซึ่งมีเพศต่างกันเท่านั้นที่จะสมรสกันและนำไปสู่สิทธิบรรดามีอันกฎหมายมุ่งคุ้มครองในฐานะคู่สมรส บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องกีดกันต่อเจตจำนงอันมีลักษณะอิสระและเสรีของปัจเจกบุคคลและจำเป็นที่รัฐจะต้องแก้ไขให้บุคคลทุกคนไม่เฉพาะแต่ชายฝ่ายหนึ่งกับหญิงฝ่ายหนึ่งเท่านั้นที่จะสมรสกันได้

การเปิดกว้างให้บุคคลทุกคนโดยปราศจากข้อจำกัดด้านเพศในการสมรสในฝรั่งเศสนั้นส่งผลให้บุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิหน้าที่ในทางแพ่งเพิ่มเติมจากการเป็นคู่ชีวิตซึ่งถูกจำกัดสิทธิหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งสะท้อนการพึ่งพาและการพักอาศัยอยู่ร่วมกัน โดยสิทธิหน้าที่ในส่วนสำคัญที่สุดของการสมรสคือสิทธิและหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากผลของการมีสถานะสมรสของบุคคลเพศทางเลือกที่มีการมีสถานะสมรสนั้นในขณะเดียวกันส่งผลต่อการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ครอบคลุมถึงบุคคลเพศทางเลือกด้วยโดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับบุตรผู้เยาว์ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะบุตรโดยธรรมชาติหรือบุตรบุญธรรมก็ตาม การสมรสเป็นเพียงเงื่อนไขเดียวในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เปิดช่องให้บุคคลสามารถก่อตั้งความสัมพันธ์ในรูปแบบครอบครัวซึ่งประกอบด้วยบิดามารดากับบุตรที่สมบูรณ์ซึ่งอยู่ภายใต้อิทธิพลของข้อเท็จจริงว่าการเกิดขึ้นของมนุษย์คนหนึ่งตามธรรมชาติย่อมเป็นผลจากการรวมกันของเซลล์สืบพันธุ์เพศชายและหญิง และแม้กฎหมายจะได้แยกออกอย่างเด็ดขาดจากข้อเท็จจริงดังกล่าว ทว่า พื้นฐานของกฎหมายครอบครัวซึ่งอยู่บนความคิดที่ว่าครอบครัวย่อมต้องประกอบด้วยบิดา มารดา และบุตรก็ยังคงสะท้อนให้ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ด้วยเหตุดังกล่าวไม่เพียงแต่คู่สมรสเพศเดียวกันจะได้สิทธิประโยชน์ทั้งหลายซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นสิทธิของคู่สมรส อาทิ กฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญ หรือกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง คู่สมรสเพศเดียวกันยังสามารถมีอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ร่วมกันได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปในรูปแบบซึ่งสอดคล้องกับวิถีชีวิตแบบเพศทางเลือกโดยการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันและการรับบุตรติดของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนโดยที่คู่สมรสฝ่ายที่เป็นบิดาหรือมารดาไม่จำเป็นต้องเสียอำนาจปกครองบุตรไปเพราะเหตุแห่งการรับบุตรบุญธรรมนั้น⁷⁵

4.4.1.2.2 สาระสำคัญของกฎหมายการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี

ท่ามกลางกระแสต่อต้านแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ลงนามในรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom

⁷⁵ Gaëlle Meslay, "Five Years of Same-Sex Marriage in France: Differences Between Male and Female Couples," *Population* 74, no. 4 (2019): 468.

20. Juli 2017) ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2017 เนื้อหาของรัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการแก้ไขกฎหมายจำนวน 4 ฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliche Gesetzbuch) รัฐบัญญัติคู่ชีวิต (Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001) รัฐบัญญัติว่าด้วยการแปลงเพศ (Transsexuellengesetzes vom 10. September 1980) และรัฐบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche) รองรับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันและการเปลี่ยนสภาพจากคู่ชีวิตเป็นคู่สมรส โดยเฉพาะการแก้ไขมาตรา 1353 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่เดิมเพียงกล่าวถึงการสมรสโดยไม่เจาะจงเพศของคู่สมรส และไม่ได้นิยามความหมายของการสมรสโดยชัดแจ้งไว้แต่ประการใด เพื่อให้การสมรสเปิดช่องสำหรับคู่ที่มีเพศเดียวกันโดยนิยามความหมายของการสมรสเสียใหม่ว่า “การสมรสคือการรวมกันของบุคคล 2 คนที่มีเพศต่างกันหรือเพศเดียวกันชั่วชีวิต”⁷⁶

อย่างไรก็ตาม การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนียังคงมีข้อจำกัดด้านเพศของบุคคลซึ่งเป็นเหตุให้คู่สมรสเพศทางเลือกไม่ได้มีสิทธิเสมือนคู่สมรสชายหญิงได้ทุกประการ โดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันมิได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากภายหลังการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่นานนัก ใน ค.ศ. 2018 ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ (Bundesgerichtshof, BGH) ได้วินิจฉัยว่าการที่คู่ชีวิตเพศเดียวกันซึ่งเปลี่ยนสถานะเป็นคู่สมรสโดยผลแห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวไม่ได้อำนาจปกครองบุตรซึ่งเกิดจากคู่สมรสอีกฝ่ายโดยอัตโนมัติแม้บุตรคนดังกล่าวจะเกิดในระหว่างสมรส เนื่องจากศาลเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1591 ได้บัญญัติถึงความเป็นมารดาไว้โดยเฉพาะแล้วโดยการกำหนดให้มารดาของบุตรตามกฎหมายได้แก่หญิงซึ่งให้กำเนิดบุตรนั้นโดยระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นมารดาเหมือนดังที่รับรู้ถึงความเป็นบิดา รวมทั้งระบบกฎหมายเยอรมันยังไม่มีกฎหมายรับรู้ถึงความเป็นมารดาพร้อมกับหญิงซึ่งให้กำเนิดบุตรจากการผสมเทียมในกรณีความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ศาลยังได้วินิจฉัยด้วยว่าข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 1592⁷⁷ นั้นไม่อาจนำมาใช้กับกรณีแห่ง

⁷⁶ “Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.”

⁷⁷ มาตรา 1592 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า

“บิดาของบุตรนั้นได้แก่ชาย

1. ผู้ซึ่งได้สมรสกับมารดาของเด็กอยู่แล้วในขณะเด็กเกิด
2. ผู้ซึ่งได้ยอมรับว่าเป็นบิดา หรือ

คดีนี้ได้ทั้งโดยตรงและโดยอนุโลม เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นอยู่บนสมมติฐานที่ว่าเด็กคนหนึ่งย่อมต้องมีทั้งบิดาและมารดาแต่มิได้รวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีเพศเดียวกันด้วย ทั้งรัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็มีได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าว ส่วนที่ศาลเห็นว่าไม่อาจนำมาตรา 1592 มาใช้แก่กรณีนี้ได้โดยอนุโลมนั้นเนื่องจากไม่ปรากฏว่าเป็นกรณีที่มีช่องว่างแห่งกฎหมายซึ่งไม่อาจหาข้อกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีได้ เพราะการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้อนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเพื่อยุติการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกโดยที่มิได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายไว้โดยเฉพาะก็มีได้หมายความว่าไม่เพราะความบกพร่องหลังลิ้มของฝ่ายนิติบัญญัติแต่ประการใด กรณีจึงต้องถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งนั้นมีผลใช้บังคับแยกต่างหากจากบทบัญญัติว่าด้วยการสมรส⁷⁸

4.4.2 การใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

บทบาทของหลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมิได้ปรากฏเพียงในรูปแบบของกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น ทว่า หลักความเสมอภาคยังมีอิทธิพลต่อการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกด้วย ซึ่งปรากฏทั้งในด้านการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการให้บริการสาธารณะ (4.4.2.1) และบทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4.2.2)

4.4.2.1 การยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการให้บริการสาธารณะ

แม้ว่าในบางกรณีรัฐธรรมนูญและกฎหมายจะได้บัญญัติถึงรูปแบบของการสมรสไว้อย่างชัดเจน ว่าหมายความว่าถึงรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง แต่ก็ปรากฏข้อถกเถียงจำนวนมากถึงความเป็นไปได้ในการขยายสิทธิในการสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกัน ในประเทศญี่ปุ่นนั้นเมื่อพิจารณาจากบริบททางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่ง

3. ผู้ซึ่งความเป็นบิดาได้ถูกก่อตั้งโดยอำนาจศาลตามมาตรา 1600d หรือมาตรา 182 Abs. 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวและคดีไม่มีข้อพิพาท (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).”

⁷⁸ BGH XII ZB 231/18.

ที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างแนบแน่น ด้วยการยกย่องรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นในส่วนรูปแบบของการสมรสเป็นไปเพื่อการรับประกันเสรีภาพในการสมรสและลดความเหลื่อมล้ำในครอบครัวจากปัญหาการจำกัดสิทธิสตรีอย่างไม่เท่าเทียมและรูปแบบครอบครัวขยาย (le) ซึ่งครอบงำเหนือสมาชิกในครอบครัวที่ปรากฏในญี่ปุ่นก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ในขณะที่เดียวกันการกำหนดหลักการพื้นฐานดังกล่าวในรัฐธรรมนูญก็ส่งผลโดยตรงต่อประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับปัจจุบัน จากการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบรรพ 4 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 5 ว่าด้วยมรดก ค.ศ. 1898 ให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 ที่กำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวต้องอยู่บนหลักการของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเท่าเทียมกันทางเพศ จำเป็นที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับเดิมซึ่งมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อหลักการในรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการแก้ไขหลายประการ อาทิ ข้อห้ามการสมรสของหัวหน้าครอบครัวหรือทายาทซึ่งจะดำรงตำแหน่งหัวหน้าครอบครัวต่อไปในอนาคตที่อาจทำให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นสมาชิกของครอบครัวอื่น การกำหนดให้สมาชิกครอบครัวอยู่ภายใต้อำนาจของหัวหน้าครอบครัวโดยการต้องได้รับความยินยอมของหัวหน้าครอบครัวในการสมรสหรือการเลือกที่อยู่อาศัย การจำกัดสิทธิในทางทรัพย์สินของภริยา การใช้อำนาจปกครองที่แตกต่างกันระหว่างบิดาและมารดา การเลือกปฏิบัติระหว่างบุตรชายและบุตรสาวในการสืบทอดความเป็นหัวหน้าครอบครัว เป็นเหตุให้บรรพ 4 และบรรพ 5 ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับเดิมถูกยกเลิก เจตนารมณ์ในการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญนี้สามารถพบได้จากบทบัญญัติมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นที่ถูกเพิ่มเติมขึ้นในคราวเดียวกันว่า “ประมวลกฎหมายนี้ จะต้องได้รับการตีความอย่างสอดคล้องกับความเคารพต่อศักดิ์ศรีของบุคคล และความเสมอภาคอันสำคัญยิ่งของทั้ง 2 เพศ”⁷⁹ ยิ่งทำให้เห็นภาพลักษณ์ของรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในปัจจุบันได้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเฉพาะด้านการส่งเสริมคุณค่าของปัจเจกบุคคล ปลดปล่อยบุคคลออกจากความผูกพันอยู่กับสถาบันครอบครัวจารีตประเพณีดั้งเดิม รวมถึงส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศของบุคคล ทั้งนี้เพื่อเกื้อหนุนหลักเสรีภาพและเสมอภาคที่เป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยิ่งไปกว่าการรักษารูปแบบการสมรสตามจารีตประเพณีโดยมุ่งจำกัดสิทธิในการสมรสของคู่รักที่มีเพศเดียวกันหรือเพื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยตรง

⁷⁹ Akitoshi Yanagihashi and Keith Vincent, "Towards legal protection for same-sex partnerships in Japan: From the perspective of gay and lesbian identity," in *Legal recognition of same-sex partnerships: A study of national, European and international law*, ed. Robert Wintemute & Mads Andenæs (Oxford: Hart, 2001), pp. 349-350; Shusei Ono, "Comparative Law and the Civil Code of Japan (1)," 29; Mojuro Tonooka, "The development of the family law in modern Japan," *Comparative Law Review* 2, no. 1 (1965): 217-216.

นอกจากพื้นฐานของกฎหมายสมรสในประเทศญี่ปุ่นจะไม่มีเจตนารมณ์กีดกันการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจากสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายในฐานะสถาบันครอบครัวแล้ว มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นยังบัญญัติรับรองสิทธิในความเสมอภาคไว้ว่า “บุคคลทุกคนเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย และการเลือกปฏิบัติในความสัมพันธ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมเนื่องจากเหตุแห่งเชื้อชาติ ลัทธิความเชื่อ เพศ สถานะทางสังคม และต้นตระกูล จะกระทำมิได้” อย่างไรก็ตาม พื้นฐานสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ต้องนำมาพิจารณาถึงความเป็นไปได้ของการขยายสิทธิในการสมรสให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน อันเป็นแก่นแท้ของการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกทั่วโลก จำเป็นอย่างยิ่งที่ในสังคมนั้น ๆ รูปแบบความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันต้องได้รับการยอมรับว่าในสาระสำคัญแล้วไม่มีความแตกต่างจากรูปแบบความสัมพันธ์ของคู่รักชายหญิง ซึ่งจะก่อให้เกิดการยอมรับถึงความจำเป็นที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นจะได้รับสิทธิหน้าที่ในครอบครัวของตนอย่างเสมอภาคกับครอบครัวของคู่รักชายหญิงอันจะนำไปสู่การรับรองสถานะตามกฎหมายให้แก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในที่สุด⁸⁰

แต่เนื่องจากสถานะทางสังคมของคู่รักเพศเดียวกันในญี่ปุ่น อยู่ในสถานะที่แตกต่างจากในโลกตะวันตกด้วยขาดความเข้มข้นในการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องการคุ้มครองสิทธิแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ความเข้าใจที่ถูกต้องต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในญี่ปุ่นจึงไม่แพร่หลายเท่าที่ควร เป็นเหตุให้ขาดพื้นฐานด้านการยอมรับทางสังคมอันเป็นปัจจัยสำคัญที่จะนำไปสู่การยอมรับทางกฎหมายในลำดับถัดไป โดยเฉพาะในสังคมญี่ปุ่นซึ่งเป็นสังคมที่มีความอนุรักษ์นิยมสูง เพื่อให้เกิดการยอมรับทางสังคมกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกจึงต้องก้าวข้ามแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการสมรสและสถาบันครอบครัวดั้งเดิม โดยเฉพาะทัศนะเกี่ยวกับความสามารถของคู่สมรสในการให้กำเนิดสมาชิกใหม่แก่สังคม รวมทั้งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการปรับปรุงสภาพแวดล้อมทางสังคม ผ่านกระบวนการโต้แย้งกับการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อ

⁸⁰ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Constitutional Council of France) เคยมีคำวินิจฉัยในคดี Decision no. 2010-92 of 28 January 2011 Mrs Corinne C. et al [Prohibition of Marriage between Persons of the Same Sex] ในประเด็นความสอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 75 และมาตรา 144 ที่ไม่เปิดช่องให้มีการสมรสระหว่างผู้ที่มีเพศเดียวกัน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยถึงสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคไว้อย่างน่าสนใจว่า “...หลักความเสมอนั้นไม่ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติที่จะดำเนินการต่อสถานการณ์ที่ต่างกันในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป หรือห้ามการลดทอนความเสมอนั้นลงเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม เนื่องจากในทั้งสองกรณีดังกล่าว การปฏิบัติอย่างแตกต่างนั้นส่งผลโดยตรงต่อความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งขึ้น ที่ซึ่งโดยการดำรงไว้ในหลักการเกี่ยวกับการสมรสอันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจของตนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในการพิจารณาว่าความต่างกันระหว่างคู่รักที่มีเพศเดียวกันและคู่รักที่ประกอบด้วยชายและหญิงสามารถนำไปสู่การกำหนดมาตรการที่แตกต่างกันเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในเรื่องสิทธิในครอบครัวได้ ซึ่งนั่นก็ไม่ใช่เรื่องของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะไปดำเนินการให้ความเห็นถึงสถานการณ์ที่แตกต่างกันดังกล่าวแทนฝ่ายนิติบัญญัติได้...”

การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ร่วมกันกับการให้ความรู้แก่บุคคลเพศทางเลือกถึงความสามารถของพวกเขาในการที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันด้วยในขณะเดียวกัน อันจะส่งผลเป็นการปรับแต่งโครงสร้างของสังคม ให้มีความเป็นไปได้ที่สังคมจะสนับสนุนการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งเป็นเรื่องที่ทำหายอย่างมากสำหรับบุคคลเพศทางเลือกในญี่ปุ่น⁸¹

เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2015 เขตชิบูยะ กรุงโตเกียว ได้ออกข้อกำหนดท้องถิ่นอนุญาตให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันยื่นคำร้องเพื่อออกหนังสือรับรองสถานะความเป็นคู่ชีวิต (Partnership Certificate) โดยยอมรับความสัมพันธ์ของคู่รักเพศทางเลือกเช่นเดียวกับคู่สมรส เพื่อคุ้มครองสิทธิของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในฐานะคู่ชีวิต จากการถูกปฏิเสธการเช่าที่พักอาศัยร่วมกัน หรือการถูกปฏิเสธการเยี่ยมคู่ชีวิตอีกฝ่ายในโรงพยาบาล โดยการออกข้อกำหนดดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อร้องเรียนต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับอุปสรรคของคู่รักเพศทางเลือกในการเข้าบ้านพักอาศัยและการเยี่ยมคู่รักอีกฝ่ายในโรงพยาบาล ซึ่งนายโทชิทาเกะ คุวาราระ (Toshitake Kuwahara) นายกเทศมนตรีของเขตชิบูยะยังให้ความเห็นว่า นอกจากกระบวนการออกข้อกำหนดดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อเยียวยาแก่กลุ่มบุคคลที่อาจได้รับความเสียหายจากประเด็นความหลากหลายทางเพศในสังคมแล้ว ยังเป็นการสอดคล้องกับลักษณะของเขตชิบูยะซึ่งเป็นเขตที่มีความน่าสมัยและเป็นที่ยอมรับกันดีด้านความคิดสร้างสรรค์และความเป็นเสรีนิยม⁸² และแม้ว่ารูปแบบการรับรองสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าวโดยเขตชิบูยะจะไม่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย โดยคู่รักเพศทางเลือกจะได้รับประโยชน์จากการรับรู้ถึงสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันตามหนังสือรับรองดังกล่าวจากองค์กรรัฐและเอกชนภายในเขตชิบูยะเท่านั้น แต่จะไม่ได้รับสิทธิหน้าที่โดยทั่วไปอันเนื่องมาจากการมีสถานะครอบครัวตามกฎหมายญี่ปุ่น อาทิ สิทธิในการรับมรดก สิทธิในทางภาษี หรือสิทธิที่จะได้รับสวัสดิการจากรัฐ⁸³ การยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในฐานะคู่ชีวิตโดยเขตชิบูยะ กรุงโตเกียว จึงเป็นลักษณะของการรับรองรูปแบบการใช้ชีวิต

⁸¹ Mark J. McLelland, "Japan's Queer Cultures,"; Akitoshi Yanagihashi and Keith Vincent, "Towards legal protection for same-sex partnerships in Japan: From the perspective of gay and lesbian identity," pp. 351-352, 355.

⁸² Elain Lies, "Small step by Tokyo district could be giant leap for LGBT equality," news release, 3 March 2015, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-japan-samesex-idUSKBN0LZ0AS20150303> ; "Tokyo ward Shibuya certifies same-sex partnerships," news release, 31 March 2015, 2015, <http://www.bbc.com/news/world-asia-32130599>; Yoshikazu Tsuno, "Same sex marriage wins recognition in Tokyo's Shibuya ward," news release, 31 March 2015, 2015, http://www.chinadaily.com.cn/world/2015-03/31/content_19963745.htm

⁸³ "Legal Recognition of Same-Sex Relationships," Jones Day Law Firm, 2016, accessed April 14, 2019, <http://www.samesexrelationshipguide.com/~media/files/ssrguide/asia/legal-recognition-of-samesex-relationships-japan.pdf>; "Same-Sex Marriage," Fellows Visa & Legal Services, n.d., accessed April 14, 2019, <http://www.fellows-legal.jp/en/same-sex-marriage.html>

ร่วมกันตามความเป็นจริง ที่แม้จะต่างจากการบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตที่ก่อให้เกิดสถานะครอบครัวตามกฎหมายในระบบกฎหมายอื่น แต่ก็ปรากฏการณ์ที่โด่งดังไปทั่วโลกและส่งผลต่อการตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในญี่ปุ่นอย่างมาก เพียงไม่นานหลังจากเขตชิบูยะประกาศรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกัน ก็ปรากฏองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในญี่ปุ่นเริ่มดำเนินนโยบายทำนองเดียวกันขึ้นอีกหลายแห่ง อาทิ เขตเซตากายะ กรุงโตเกียว และ เมืองทะกะระซูกะ จังหวัดเฮียวโงะ ภูมิภาคคันไซ ตามลำดับ⁸⁴

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นอยู่ระหว่างพัฒนาการก้าวสำคัญของการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก โดยเฉพาะในด้านการพัฒนาความรู้ และการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ที่แม้ว่าในสังคมญี่ปุ่นจะปราศจากพื้นฐานการต่อต้านพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอย่างชัดเจนทั้งในบริบททางประวัติศาสตร์และศาสนา แต่ผลจากรูปแบบของสถาบันครอบครัวญี่ปุ่นซึ่งยังคงได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเกี่ยวกับครอบครัวตามชนบประเพณีที่ความสามารถในการให้กำเนิดบุตรเป็นปัจจัยสำคัญของสถาบันครอบครัวอันส่งผลโดยตรงต่อการยอมรับในสังคมญี่ปุ่นว่าสถาบันครอบครัวจะต้องประกอบด้วยบุคคล 2 เพศคือชายและหญิงซึ่งเป็นเพศที่สามารถให้กำเนิดบุตรได้เมื่อมีเพศสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ ซึ่งยังคงเป็นรูปแบบของความสัมพันธ์ที่ได้รับการยอมรับแม้ว่าครอบครัวตามชนบประเพณีที่ประกอบด้วยคู่รักชายหญิงนั้นในบางกรณีอาจจะไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้เนื่องจากปัญหาการเจริญพันธุ์ของคู่รักฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้ง 2 ฝ่าย หรือเป็นความประสงค์ของคู่รักชายหญิงนั้นเองที่ไม่ต้องการจะมีบุตร แต่ก็ยังไม่อาจลบล้างแนวคิดดั้งเดิมในสังคมญี่ปุ่นเรื่องความสามารถโดยธรรมชาติในการให้กำเนิดบุตรของคู่รักชายหญิงได้อย่างสิ้นเชิง

การขาดพื้นฐานการต่อต้านพฤติกรรมรักเพศเดียวกันอย่างชัดเจนของสังคมญี่ปุ่นโดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในโลกตะวันตกที่พฤติกรรมรักเพศเดียวกันถูกต่อต้านอย่างรุนแรงยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการขับเคลื่อนทางสังคมเพื่อให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในญี่ปุ่นอย่างมาก ด้วยเป็นเหตุให้การเคลื่อนไหวเพื่อความเสมอภาคด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในญี่ปุ่นเป็นไปอย่างเบาบาง โดยเฉพาะการขาดการให้ความรู้ที่ถูกต้องเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันทั้งแก่บุคคลทั่วไปและแก่กลุ่มบุคคลเพศ

⁸⁴ Shusuke Murai, "Tokyo's Shibuya and Setagaya wards issue first same-sex partnership papers," news release, 5 November 2015, 2015, <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/11/05/national/social-issues/shibuya-set-issue-first-certificates-recognizing-sex-couples/#.VL65K16prfZ> ; Jessica Kozuka, "Takarazuka becomes fourth Japanese municipality to recognize same-sex partnerships," news release, 1 June 2016, 2016, <https://soraneews24.com/2016/06/01/takarazuka-becomes-fourth-japanese-municipality-to-recognize-same-sex-partnerships/>

ทางเลือกด้วยตนเอง ซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของความเกลียดกลัวพฤติกรรมรักร่วมเพศ อันเป็นผลจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่า การมีความรู้สิทธิรักใคร่ชอบพอนในตัวบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันกับตนนั้นเป็นสิ่งผิดปรกติ ในขณะที่เดียวกันการขาดความรู้ในสิทธิอันพึงมีพึงได้ของบุคคลเพศทางเลืกนอกจากจะเป็นเหตุให้บุคคลเพศทางเลืกเฉื่อยชาไม่กระตือรือร้นต่อการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิหน้าที่อันตนควรได้รับแล้ว สภาวะดังกล่าวยังอาจส่งผลให้กลุ่มบุคคลเพศทางเลืกมีแนวโน้มที่จะยอมจำนนต่อความเหลื่อมล้ำที่สังคมมอบให้แก่ตนอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากกระบวนการขับเคลื่อนทางสังคมในญี่ปุ่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกซึ่งแม้จะปรากฏขึ้นอย่างเบาบาง แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการเคลื่อนไหวที่ประสบผลสำเร็จและได้รับความสนใจจากสาธารณชนในระดับหนึ่ง ทั้งรูปแบบของการต่อรองของบุคคลเพศทางเลืกผ่านกระบวนการหลีกเลี่ยงความเหลื่อมล้ำทางกฎหมายในรูปแบบการรับคู่รักอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมและการจัดทำตราสารข้อตกลงใช้ชีวิตร่วมกันโดยโนตารี ที่แม้จะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ด้านความเหมาะสมแต่ก็สามารถตอบสนองแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกในรูปแบบของการชดเชยสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งขาดหายไปจากความเหลื่อมล้ำระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกและครอบครัวของคู่รักชายหญิงได้อย่างชัดเจน ตลอดจนปรากฏการณ์ทางสังคมที่เกิดขึ้นในเขตชิบูยะ กรุงโตเกียว อันเป็นองค์ประกอบร่วมกันระหว่างการต่อสู้เรียกร้องของกลุ่มบุคคลเพศทางเลืกและลักษณะเฉพาะด้านความคิดสร้างสรรค์และความเป็นเสรีนิยมของเขตชิบูยะเองที่เอื้อต่อการเปิดกว้างแก่รูปแบบสังคมที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นปัจจัยสำคัญให้การคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกบรรลุผลสำเร็จเป็นรูปธรรมในลักษณะของข้อกำหนดท้องถิ่น ที่แม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันใด ๆ ในทางกฎหมาย แต่ก็สามารถสะท้อนถึงความจำเป็นที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อันเป็นหนทางสำคัญที่จะนำไปสู่กระบวนการนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกในลักษณะของพัฒนาการทางกฎหมายที่ค่อยเป็นค่อยไปและเหมาะสมกับสภาพสังคมของญี่ปุ่นที่ยังคงมีความอนุรักษ์นิยมในบริบทสถาบันครอบครัว โดยเฉพาะการพัฒนาไปสู่การคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกในรูปแบบการบันทึกทะเบียนคูชีวิต เพื่อให้คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถมีสิทธิหน้าที่ในครอบครัวตามกฎหมายโดยหลีกเลี่ยงความยุ่งยากจากการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นที่เกี่ยวข้องกับการสมรส ตลอดจนเป็นกลยุทธ์หลักของการเตรียมความพร้อมในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลืกในสังคมญี่ปุ่นในการพัฒนาบริบททางสังคมและกฎหมายเพื่อบุกเบิกเส้นทางสู่กระบวนการขยายสิทธิในการสมรสให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันต่อไป

4.4.2.2 บทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้หลักความเสมอภาคต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรซึ่งมีบทบาทสำคัญยิ่งในการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก โดยการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวนั้นปรากฏทั้งในรูปแบบของการขยายสิทธิหน้าที่ในการสมรสแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4.2.2.1) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (4.4.2.2.2)

4.4.2.2.1 การขยายสิทธิหน้าที่ในการสมรสแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรซึ่งมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการขยายสิทธิและหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสมรสแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ดังเช่นในกรณีของประเทศเยอรมนีที่แม้กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้บัญญัติไว้ถึงรูปแบบของสถาบันที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษอย่างชัดเจนและหากพิจารณาอย่างผิวเผินแล้วจะเห็นได้ชัดว่า เป็นการยากที่การสมรสตลอดจนครอบครัวในฐานะสถาบันซึ่งก่อตั้งโดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ถูกยกράงขึ้นในอดีตนั้นจะแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างว่าจงใจให้ความหมายครอบคลุมการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังไม่เป็นที่รับรู้หรือได้รับการยอมรับในสังคมเยอรมัน กระนั้นเมื่อกฎหมายคู่ชีวิตได้รับการประกาศใช้ในประเทศเยอรมนีและมีการถกเถียงถึงหน้าที่ซึ่งรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษต่อการสมรสว่าการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกซึ่งมีความแตกต่างจากการสมรสนั้นคู่ควรแก่การได้รับสิทธิประโยชน์ในทำนองเดียวกันกับการสมรสอีกหรือไม่ และหากพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานที่ชี้เฉพาะถึงการสมรสอย่างตรงไปตรงมาย่อมจะเข้าใจได้โดยง่ายว่าการสมรสเป็นเพียงสถาบันหนึ่งเดียวซึ่งรัฐธรรมนูญเล็งเห็นความสำคัญในฐานะพื้นฐานของสังคมและควรค่าแก่ความคุ้มครองเป็นพิเศษนั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ยังไม่พยายามที่จะหยิบยกเอาประเด็นเรื่องความแตกต่างระหว่างสถานะคู่ชีวิตและการสมรสขึ้นเป็นข้ออ้างในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้มีการใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะคู่ชีวิตระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นหลุดรอดไปจากความคุ้มครองของกฎหมายได้ ในฐานะที่ศาลมองว่าการเป็นคู่ชีวิตและการสมรสเป็นคนละเรื่องกันและมีอาจถือได้ว่าการมีอยู่ของสถาบันใดสถาบันหนึ่งนั้นจะเป็นการบ่อนทำลายสถาบันอื่นไปด้วย โดยการใช้และตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวเป็นมูลเหตุ

สำคัญที่ทำให้รัฐสภาเยอรมันขยายความคุ้มครองแก่การเป็นคู่ชีวิตอย่างเท่าเทียมกับการสมรสบนพื้นฐานที่ว่า การเป็นคู่ชีวิตนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ให้ความคุ้มครองแก่การสมรสเป็นพิเศษ

หลังจาก ค.ศ. 2002 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเริ่มเน้นย้ำความเหมือนระหว่างคู่ชีวิตและการสมรส โดยเฉพาะด้านการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันยาวนานในฐานะคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย และระหว่างที่พวกเขาดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นพวกเขาแบ่งปันทรัพย์สินร่วมกัน ด้วยความคาดหวังว่าจะสามารถดำรงชีวิตต่อไปได้ในกรณีที่ยกฝ่ายถึงแก่ความตายลง และการที่คู่ชีวิตนั้นแสวงหาทรัพย์สินก็มีใช้เพื่อตนเองหากแต่เพื่อคู่ชีวิตของเขารวมถึงบุตรด้วยในบางกรณีซึ่งก็ไม่ได้มีความแตกต่างจากคู่สมรส ในการวินิจฉัยคดีเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2005 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิซึ่งได้รับความคุ้มครองมาตรา 1 (1)⁸⁵ และมาตรา 2 (1)⁸⁶ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อันเป็นการพัฒนาสิทธิในความเสมอภาคในครอบครัวของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งทั้ง 2 มาตราเป็นบทบัญญัติรับประกันสิทธิส่วนตัวของบุคคลและภายใต้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับประกันไว้นั้นบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์กับคู่ชีวิตตามที่ตนเองปรารถนา และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองให้ความเป็นคู่ชีวิตนั้นชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการสมรสหรือคู่ชีวิตก็ตาม⁸⁷

ใน ค.ศ. 2010 และ ค.ศ. 2012 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเสมอภาคในสิทธิประโยชน์ทางภาษี ที่คู่ชีวิตมีสิทธิจะ

⁸⁵ มาตรา 1 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้ รัฐมีหน้าที่โดยตรงในการเคารพและพิทักษ์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าว” (Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.).

⁸⁶ มาตรา 2 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะพัฒนาความเป็นตัวตนของพวกเขาได้อย่างเสรี トラบเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่นหรือขัดต่อระบอบรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรม” (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.).

⁸⁷ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 927. ในคดีดังกล่าว นอกจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยืนยันว่าการผ่าตัดแปลงเพศเป็นเงื่อนไขในการแก้ไขเพศตามกฎหมายของบุคคลได้แล้ว ศาลยังพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการเปลี่ยนชื่อบุคคลและการกำหนดเพศในกรณีพิเศษหรือรัฐบัญญัติว่าด้วยการแปลงเพศ (Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG)) ที่ให้คำสั่งศาลกำหนดชื่อบุคคลให้สอดคล้องกับเพศซึ่งตรงข้ามกับเพศกำเนิด สิ้นผลไปหากผู้ร้องสมรสนั้นขัดต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี See European Parliament, Transgender Persons' Rights in the EU Member States PE 425.621 (2010), pp. 21-22; see also Commissioner for Human Rights, Short Human Rights and Gender Identity, p. 8; see also 1 BvL 3/03.

ได้รับเช่นเดียวกับคู่สมรส โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พิพากษาให้บทบัญญัติในรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีของชาวและมรดก และรัฐบัญญัติว่าด้วยภาษีการโอนอสังหาริมทรัพย์ ในด้านการกำหนดอัตราภาษีและการยกเว้นภาษีที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างคู่สมรสและคู่ชีวิต เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่ชีวิตโดยไม่สอดคล้องกับหลักทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาคตามมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศาลให้เหตุผลถึงการปฏิบัติต่อสถาบันครอบครัวของการเป็นคู่ชีวิตและการสมรสว่าไม่ได้มีสาระสำคัญที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะหากพิจารณาถึงลักษณะยืนยาวและถาวรของความสัมพันธ์ในรูปแบบคู่ชีวิต รวมถึงภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่คู่ชีวิตแต่ละฝ่ายมีต่อกัน คงมีเพียงปัจจัยทางเพศของบุคคลเท่านั้นที่เป็นเหตุให้คู่ชีวิตและการสมรสมีความแตกต่างกัน แต่นั่นก็ไม่ใช่ปัจจัยที่สามารถนำมาเป็นพื้นฐานแห่งการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมได้ นอกจากนี้ศาลยังได้วินิจฉัยถึงบทบาทที่รัฐมีต่อการสมรสในการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่การสมรสตามที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ว่าการปฏิบัติต่อวิถีแห่งชีวิตรูปแบบอื่นให้ด้อยกว่าการสมรสนั้นไม่ใช่ภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับการคานวณจากกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในกรณีนี้ และการให้โอกาสแก่สถาบันอื่นเพื่อการปฏิบัติต่ออย่างเสมอภาคกับการสมรสนั้นก็ไม่ทำให้เป็นการเสื่อมเสียต่อภาระหน้าที่ซึ่งรัฐมีต่อการสมรสตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแต่ประการใด⁸⁸

แม้ว่าคู่ชีวิตจะมีสิทธิในการรับบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน แต่มาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิตกลับปฏิเสธสิทธิของคู่ชีวิตในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน ซึ่งมีความแตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสที่คู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้⁸⁹ ใน ค.ศ. 2008 คู่ชีวิตเพศหญิงรายหนึ่งซึ่งได้บันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตมานับตั้งแต่ ค.ศ. 2005 ได้ยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนต่อศาลยุติธรรมแต่ศาลได้ยกคำร้องดังกล่าว เธอจึงได้ยื่นคำร้องทุกข้อต่อ

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht, "Unequal Treatment of Marriage and Registered Civil Partnerships in Gift and Inheritance Tax Act Unconstitutional," news release, 17 August 2010, 2010, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2010/bvg10-063.html>; see also Bundesverfassungsgericht, "Unequal Treatment of Marital Spouses and Registered Civil Partners in the Real Estate Transfer Tax Act Unconstitutional," news release, 8 August 2012, 2012, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-062.htm>.

⁸⁹ มาตรา 1742 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า "บุตรบุญธรรมนั้น ในขณะที่ความสัมพันธ์บุตรบุญธรรมยังคงมีอยู่ ภายในช่วงชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรมจะถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมอีกได้ก็แต่โดยคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นเอง" (Ein angenommenes Kind kann, solange das Annahmeverhältnis besteht, bei Lebzeiten eines Annehmenden nur von dessen Ehegatten angenommen werden.).

ศาลรัฐธรรมนูญได้แย้งคำวินิจฉัยของศาลและอ้างว่ามาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิตขัดแย้งต่อสิทธิในความเสมอภาคตามมาตรา 3 (1) และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในครอบครัวตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่ามาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิต ขัดแย้งกับมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในส่วนที่ไม่ยอมให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ แต่ศาลเห็นว่าไม่เป็นการขัดแย้งต่อสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ด้วยคู่ชีวิตดังกล่าวนี้ยังไม่มีสถานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย และลำพังเพียงการอยู่อาศัยร่วมกันกับเด็กในครอบครัวเดียวกันโดยมีอำนาจปกครองบางประการที่ได้รับจากรัฐบัญญัติคู่ชีวิต ก็ไม่ทำให้คู่ชีวิตของผู้รับบุตรบุญธรรมกลายเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในบริบทของรัฐธรรมนูญที่จะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยในประเด็นความขัดแย้งของมาตรา 9 (7) รัฐบัญญัติคู่ชีวิตต่อหลักความเสมอภาคนั้น ศาลเห็นว่าการห้ามคู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนขัดต่อสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุตรนั้น ตามที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 3 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นการส่งผลเสียแก่บุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีบุตรบุญธรรมของคู่สมรสและบุตรตามธรรมชาติของคู่ชีวิต ซึ่งอาจถูกคู่ชีวิตอีกฝ่ายรับเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ในทางที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเป็นการปฏิเสธโอกาสของเด็กที่จะมีผู้ใช้อำนาจปกครองคนที่ 2 ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่เด็กในด้านความมั่นคงในพัฒนาการของเด็กในครอบครัวที่เด็กอาศัยอยู่นั้นมากกว่า และศาลเห็นว่าเป็นสิ่งซึ่งปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วยความแตกต่างระหว่างการเป็นคู่ชีวิตและคู่สมรสนั้นไม่ใช่สิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันในการรับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของข้อจำกัดด้านการห้ามรับบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นเป็นบุตรบุญธรรมของตนในขณะเดียวกันนั้นมีเหตุมาจากการป้องกันเด็กจากความขัดแย้งในการใช้สิทธิระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองด้วยกันเองซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับปัจจัยด้านเพศของบุคคลแต่ประการใด⁹⁰

ผลจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าวเป็นเหตุให้คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งสามารถรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม

⁹⁰ ในระบบกฎหมายไทย มาตรา 1598/26 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การรับบุตรบุญธรรมนั้นผู้เยาว์จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นในขณะเดียวกันอีกไม่ได้เว้นแต่จะเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม โดยมีมูลเหตุมาจากการป้องกันปัญหาความซ้ำซ้อนด้านอำนาจปกครองเช่นเดียวกัน และกฎหมายไทยไม่มีข้อห้ามทำนองเดียวกันในการรับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ประการใด ทั้งนี้ด้วยในกรณีดังกล่าวไม่มีปัญหาเรื่องการใช้อำนาจปกครองซ้ำซ้อนกัน โปรดดู ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 442.

ของตนได้ และส่งผลให้ไม่เกิดความเหลื่อมล้ำระหว่างการสมรสและคู่ชีวิตอันจะเป็นลักษณะของการคุ้มครองพิเศษตามมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอีกต่อไป นำมาซึ่งวลีที่ใช้เปรียบเทียบระหว่างการสมรสกับคู่ชีวิตว่ามีความแตกต่างแต่เท่าเทียม ด้วยแม้จะมีความแตกต่างกันทางกฎหมายอย่างชัดเจนแต่โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นเหตุให้ทั้งการสมรสและคู่ชีวิตได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน ผลของการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิพากษาไปในทางคุ้มครองสิทธิของคู่ชีวิตมาโดยตลอดนี้เองอาจเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้การเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีในขณะนั้นเป็นไปอย่างเบาบาง⁹¹

4.4.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ไม่เพียงแต่ความขัดแย้งกันระหว่างสภาพสังคมและระบบกฎหมายเท่านั้น ในบริบททางการเมืองที่ยังขาดเอกภาพในเชิงนโยบายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอาจเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวได้ ในกรณีของประเทศเยอรมนีนั้นแม้จะประสบความสำเร็จในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระดับหนึ่งและเป็นประเทศนำร่องในด้านการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เท่าเทียมกับการสมรสระหว่างคู่รักต่างเพศแต่ก็ยังไม่อาจปฏิเสธถึงความแตกต่างระหว่างสถานะทางกฎหมายของการสมรสและคู่ชีวิตได้ ใน ค.ศ. 2016 ILGA-Europe จัดอันดับประเทศเยอรมนีอยู่ในอันดับที่ 16 จากทั้งหมด 49 ประเทศ โดยพิจารณาจากกฎหมายและนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งประเทศเยอรมนีตกจากอันดับที่ 14 ใน ค.ศ. 2015 อันเป็นผลจากการชะลอตัวของประเทศเยอรมนีในด้านการพัฒนากฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในยุโรปประเทศอื่น ๆ ซึ่งการคุ้มครองสิทธิในรูปแบบการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นรูปแบบที่ได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้น และเป็นเหตุให้มาตรฐานการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในยุโรปสูงขึ้น⁹² ทว่า แม้พรรคการเมืองขนาดใหญ่ของเยอรมนีโดยส่วนมากจะสนับสนุนสิทธิในความเสมอภาคด้านการสมรส แต่นาง Angela Merkel นายกรัฐมนตรีประเทศเยอรมนีและหัวหน้าพรรคสหภาพประชาธิปไตยคริสเตียนแห่งเยอรมนี

⁹¹ ไฟโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)", 259.

⁹² "Country Ranking," ILGA-Europe: The European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, n.d., accessed July 12, 2021, <https://rainbow-europe.org/country-ranking>; Emma Anderson, "Germany 'scared' to take lead on gay rights: report," news release, 10 May 2016, 2016, <https://www.thelocal.de/20160510/germany-scared-to-take-leadership-on-gay-rights-report-lgbt-lgbti-same-sex-marriage>.

(Christian Democratic Union) ยังคงมีนโยบายไปในทิศทางตรงกันข้ามและเพิกเฉยต่อการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันและการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเว้นแต่ที่ถูกบังคับโดยคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้น⁹³

ในขณะที่การคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของคู่รักเพศทางเลือกของประเทศเยอรมนียังไม่ทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรปหลายประเทศ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส โปรตุเกส สเปน และอังกฤษ เมื่อพิจารณาจากการรับรองสิทธิในการสมรสที่เปิดกว้างที่มากกว่า การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิในการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีกลับปรากฏอย่างเบาบาง อันอาจเป็นผลจากเหตุปัจจัยสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก แม้ว่าประเทศเยอรมนีจะคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเพียงในระดับคู่ชีวิตแต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็มีบทบาทอย่างมากในการขยายสิทธิที่กฎหมายให้แก่คู่สมรสชายหญิงให้แก่คู่ชีวิตจนแทบจะไม่ปรากฏความแตกต่างในทางปฏิบัติระหว่างการสมรสและคู่ชีวิต ประการที่ 2 แม้ว่าสังคมเยอรมันจะมีความอดทนอดกลั้นต่อพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในระดับหนึ่ง แต่ยังคงปรากฏเหตุการณ์ความรุนแรงต่อบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีอยู่เสมอ⁹⁴ เนื่องจากยังคงปรากฏชาวเยอรมันจำนวนไม่น้อยที่ไม่พึงพอใจต่อการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เช่น การจู่โจมในที่สาธารณะ⁹⁵ ปัจจัยทั้ง 2 ประการต่างส่งผลต่อพัฒนาการด้านการเคลื่อนไหวเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิในการสมรสแก่บุคคลเพศทางเลือกในประเทศเยอรมนีอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยง

เมื่อรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนีผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐด้วยคะแนนเสียง 393 เสียงต่อ 226 เสียง งดออกเสียง 4 เสียง ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองที่น่าสนใจอย่างยิ่งในประเทศเยอรมนี เนื่องจากเป็นรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาในระหว่างที่รัฐบาลอนุรักษ์นิยมของนาง Merkel กำลังจะหมดวาระลง และแม้ว่านาง Merkel จะไม่เห็นด้วยกับรัฐบัญญัติดังกล่าว แต่กลับยินยอมให้สมาชิกในพรรคร่วมรัฐบาลลงคะแนนเสียงตามความสมัครใจ ซึ่งถูกตั้งข้อสงสัยว่าการที่นาง Merkel พยายามรักษาคู่ยืนของพรรคการเมืองโดยการยืนยันว่าการสมรสตามกฎหมายย่อมหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่การไม่กีดกันการลงคะแนนเสียงของสมาชิกในพรรคร่วม

⁹³ Alexander Görlach, "Germany's Retrograde Record on Gay Rights," news release, 27 September 2016, 2016, https://www.nytimes.com/2016/09/28/opinion/germanys-retrograde-record-on-gay-rights.html?_r=0

⁹⁴ Bina Emanvel, "The Difficulties of Being an LGBT Refugee in Germany," news release, 2016, <http://wafmag.org/2016/06/difficulties-lgbt-refugee-germany/#;>; see also Stephen Fuchs, "Homophobic Hate Crime on the Rise in Germany," news release, 1 December 2016, 2016, <http://www.lgbtgermany.com/2016/12/01/homophobic-hate-crime-rise-germany/>,

⁹⁵ Naomi Conrad, "Germans Not Opposed to Same-Sex Marriage,"

รัฐบาลก็อาจเป็นผลดีต่อการเลือกตั้งที่มีขึ้นในเดือนกันยายน ค.ศ. 2017 ที่พรรคสังคมนิยมประชาธิปไตย (the Social Democrats (SPD)) ในฐานะพรรคร่วมรัฐบาลของนาง Merkel ได้ยกประเด็นการสมรสระหว่างบุคคลรักเพศเดียวกันเป็นนโยบายหาเสียงเลือกตั้ง⁹⁶

ในขณะเดียวกัน รัฐบัญญัติว่าด้วยการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันของประเทศเยอรมนีก็ผ่านการพิจารณาของทั้งรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐและสภาผู้แทนรัฐ (Bundesrat) จนกระทั่งประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐลงนามประกาศใช้บังคับภายใต้บริบทกฎหมายดั้งเดิมของประเทศเยอรมนี ที่ไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวแต่ประการใด โดยเฉพาะมาตรา 6 (1) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับประกันการคุ้มครองพิเศษที่รัฐมีหน้าที่ต่อสถาบันครอบครัวและการสมรสซึ่งได้รับการยึดถือเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่าหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ในบริบทดังกล่าวนี้ ทันทีที่รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวผ่านการพิจารณาของรัฐสภา กระแสเรียกร้องให้มีการทบทวนกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้รับการกล่าวถึงอย่างแพร่หลายไม่น้อยไปกว่ากระแสความยินดีต่อชัยชนะของบุคคลรักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี⁹⁷ ซึ่งหากใช้วิธีการเทียบเคียงกับสิทธิอื่น ๆ ที่มีการรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 6 (1) ก็ควรที่จะครอบคลุมรวมถึงคู่ชีวิตด้วย เนื่องจากสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตราอื่น ๆ ต่างก็ได้รับการตีความไปในทางประกันสิทธิโดยไม่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และแม้ว่าในอดีตศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่ามาตรา 6 (1) เป็นกฎหมายพิเศษสำหรับคู่ที่ประกอบด้วยทั้ง 2 เพศ จึงเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จะไม่รวมเอาคู่รักเพศทางเลือกเข้าอยู่ในความคุ้มครองตามมาตรานี้ และหากพิจารณาความหมายของมาตรา 6 (1) โดยคำนึงถึงเฉพาะแต่เจตจำนงของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่แปลกที่การตีความมาตราดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางที่ว่ามาตรา 6 (1) หมายถึงการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ทั้งหากพิจารณาถึงบริบททางสังคมเยอรมันในขณะที่มีการร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว กฎหมายหลายฉบับในอดีตอาจขัดแย้งกับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้หากพิจารณาในบริบทสังคมปัจจุบัน อาทิ กฎหมายกำหนดความผิดอาญาแก่พฤติกรรมรักร่วมเพศ เป็นต้น การที่ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่อยู่ในวิสัยที่จะคาดเห็นสภาพสังคมในอนาคตที่คู่รักเพศทางเลือกสามารถสมรสกันได้จึงไม่อาจนำมา

⁹⁶ Kate Connolly, "German Parliament Votes to Legalise Same-Sex Marriage,".

⁹⁷ Christoph Ricking, "Same-sex marriage in Germany: An issue for the court?," news release, 3 July 2017, 2017, <http://www.dw.com/en/same-sex-marriage-in-germany-an-issue-for-the-court/a-39527311>,

เป็นรากฐานในการตัดความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแก่คู่รักเพศทางเลือกได้ การหยิบยกเอาความคิดเห็นของสาธารณชนที่มีต่อการสมรสของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังนำไปสู่ประเด็นปัญหาสำคัญว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นโดยปกติแล้วย่อมมุ่งที่จะปกป้องปัจเจกบุคคลจากความคิดเห็นของสาธารณชนซึ่งแสดงออกผ่านวิธีการต่าง ๆ รวมถึงการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมาจากการเลือกตั้ง ทั้งการเทียบเคียงกับการให้ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอื่น ๆ ทั้งในบริบทกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา อาทิ สัญญา ทรัพย์สิน การฆาตกรรม ซึ่งก็ไม่ถูกต้องความโดยอาศัยความเห็นของสาธารณชนเช่นเดียวกัน และเป็นการยากที่จะชี้ชัดว่าความเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นได้เกิดขึ้นแล้วจริง ๆ ในสังคมเยอรมัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะเป็นที่ยอมรับกันว่าเกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมขึ้นเมื่อศาลได้มีคำพิพากษายืนยันถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ศาลยังเคยมีคำวินิจฉัยใน ค.ศ. 1978 ว่าเพศของบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นความผูกพันทางชีววิทยาจนชั่วชีวิตหากแต่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ และผู้ที่ผ่านการแปลงเพศมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะเปลี่ยนเพศและชื่อตามกฎหมายได้หากเห็นว่าไม่สอดคล้องกับเพศสภาวะของตน⁹⁸ ภายหลังศาลยังได้มีคำวินิจฉัยใน ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับกฎหมายบังคับให้ชายที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศและมีสถานะสมรสต้องไปดำเนินการหย่าก่อนที่จะแก้ไขเพศตามกฎหมายเพื่อป้องกันการเกิดการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยปริยาย โดยศาลเห็นว่าเป็นหน้าที่โดยปริยายที่จะต้องหย่าแม้คู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายจะยังคงมีความรักต่อกันอยู่ก็ตาม แต่ใน ค.ศ. 2011 ศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศก่อนที่จะแก้ไขเพศตามกฎหมายได้นั้นขัดรัฐธรรมนูญ⁹⁹ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้พัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการเชื่อมโยงระหว่างการสมรสและการให้กำเนิดบุตร ที่แม้ว่ารากฐานของสถาบันสมรสจะมีความเกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตรมานับตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน ซึ่งมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์สะท้อนแนวคิดนี้อย่างชัดเจน และแม้ว่ากฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ปรากฏเนื้อความที่แสดงถึงความเกี่ยวข้องระหว่างการให้กำเนิดอย่างชัดเจนดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไวมาร์ แต่แนวคิดที่ว่า การสมรสคือการรวมกันของชายและหญิงเท่านั้นก็มักจะอ้างถึงพื้นฐานของความสามารถในการให้กำเนิดบุตรร่วมกันของชายและหญิงเสมอ

⁹⁸ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3 ed. (Durham: Duke University Press, 2012), p. 421.

⁹⁹ Bundesverfassungsgericht, "Prerequisites for the statutory recognition of transsexuals according to § 8.1 nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act are unconstitutional," news release, 28 January 2011, 2011, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>; see also Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 933-934.

อย่างไรก็ตาม ครอบครัวที่ได้รับการรับรองในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 6 กลับไม่ได้หมายความถึงครอบครัวของคู่สมรสเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองบิดามารดาที่ไม่ได้สมรสและบุตรของพวกเขาเช่นกัน โดยนัยนี้เป็นเหตุให้ครอบครัวตามความหมายของมาตรา 6 ครอบคลุมถึงครอบครัวของคู่รักเพศทางเลือกซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกับบุตรของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย และหากยอมรับตามแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ว่า การสมรสเป็นสิ่งซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ของบิดามารดามั่นคงยิ่งขึ้น และในทางกลับกันการประกันสถานะของบุตรโดยไม่คำนึงว่าบุตรนั้นจะเป็นบุตรบุญธรรมหรือไม่ ที่อาจนำมาเทียบเคียงได้ว่าสถานะคู่ชีวิตสามารถทำให้ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศทางเลือกมั่นคงได้เช่นกัน ซึ่งก็จะสามารถช่วยเหลือพัฒนาการของเด็กในครอบครัวของบุคคลรักเพศเดียวกันได้มากกว่าคู่รักเพศทางเลือกที่ไม่มีสถานะคู่ชีวิต การเชื่อมโยงการสมรสกับการให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สะท้อนข้อเท็จจริงบางประการเกี่ยวกับการสมรสที่คู่สมรสบางคู่ไม่อาจที่จะมีบุตรหรือไม่ประสงค์ที่จะมีบุตร รวมทั้งมาตรา 6 (5) กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มุ่งที่จะให้ความเสมอภาคแก่เด็กทุกคนไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส และจากบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางไว้ว่าความสามารถในการมีบุตรไม่ใช่เงื่อนไขเบื้องต้นของการสมรสตามมาตรา 6 (1) รวมถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มุ่งให้ครอบครัวซึ่งประกอบด้วยบุตรบุญธรรมนั้นสามารถก่อตั้งครอบครัวตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ นอกจากนี้ การสมรสที่มุ่งเฉพาะความสามารถมีบุตรร่วมกันของชายและหญิงก็ไม่สะท้อนการให้กำเนิดบุตรโดยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน นำไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความหมายของการสมรสในปัจจุบันเสียใหม่โดยแยกการสมรสออกจากการก่อตั้งและอุปการะเลี้ยงดูครอบครัวในรูปแบบดั้งเดิมที่ยึดถือบุตรเป็นองค์ประกอบสำคัญ และควรมุ่งการให้ความหมายของการสมรสไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งเป็นแนวคิดที่เพศสภาพของทั้ง 2 ฝ่ายไม่ใช่ปัจจัยสำคัญใด ๆ อีกต่อไปเลย¹⁰⁰

ปัญหาสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกลับปรากฏให้เห็นเด่นชัดเมื่อพิจารณาภายใต้บริบทกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ โดยเฉพาะการใช้หลักความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้บัญญัติรับรองไว้ต่อพฤติกรรมหรือความสัมพันธ์อันเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการของประเทศสิงคโปร์ยืนยันแนวคิดพื้นฐานที่เห็นว่าการสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นมีความแตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงในสาระสำคัญและไม่อาจเปรียบเทียบกันได้เสมอมา รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาตรา 12

¹⁰⁰ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 936-939.

(1) บัญญัติรับรองให้ “บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายเท่าเทียมกัน”¹⁰¹ อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะได้เขียนไว้ชัดเจนถึงเพียงนั้น ทว่า สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันนั้นกลับไม่ได้เรียกร้องให้กฎหมายมีผลบังคับเช่นเดียวกันต่อบุคคลทุกคนเสมอไป เพราะบทบัญญัติที่ว่าบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายนั้นหมายความว่า “บุคคลทุกคนที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกันเท่านั้นที่จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน”¹⁰² ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ กล่าวโดยเฉพาะย่อมหมายถึงความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับหลักความเสมอภาค จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะที่เหมือนหรือแตกต่างระหว่างฝ่ายที่จะต้องตกอยู่ในภายใต้บังคับบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นปัญหากับอีกฝ่ายซึ่งมีต้องตกอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดียวกันนั้นเสมอ

อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญของมาตรฐานการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับเพศทางเลือกนั้นจะพบว่าศาลสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งจะต้องนำมาวิเคราะห์หาสัดส่วนที่เหมาะสมของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างบุคคล ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลักทั่วไปของหลักความเสมอภาคที่การปฏิบัติอันแตกต่างระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในกลุ่มหรือจำพวกที่แตกต่างกันนั้นสามารถกระทำได้และสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค แต่เป็นที่แน่ชัดว่าไม่มีระบบกฎหมายใดจะใช้หลักความเสมอภาคอย่างตรงไปตรงมาเช่นนั้น เนื่องจากการกำหนดมาตรฐานการใช้หลักความเสมอภาคไว้เพียงหยาบ ๆ เท่านั้นย่อมทำให้หลักความเสมอภาคแทบจะไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นที่ยอมรับว่าการปฏิบัติที่แตกต่างอาจสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคแม้จะไม่พบว่ามี ความแตกต่างระหว่างกลุ่มบุคคลที่สมบูรณ์แบบ ฉะนั้นความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกให้แตกต่างจากบุคคลทั่วไปกับการกำหนดกลุ่มของบุคคลที่จะต้องตกอยู่ในบังคับหรือไม่ต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายอย่างพอเหมาะพอดี ไม่มากจนกระทั่งเกินกว่าวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายและไม่น้อยจนไม่อาจตอบสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าวของกฎหมายได้จึงเป็นกุญแจสำคัญในการพิจารณาว่าการจำแนกบุคคลในสังคมให้ได้รับผลกระทบที่แตกต่างกันโดยกฎหมายนั้นสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์หรือไม่ ซึ่งในกรณีของตามมาตรา 377A ในประมวล

¹⁰¹ “All persons are equal before the law and entitled to the equal protection before the law.”

¹⁰² Jaclyn L. Neo, “Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang v. Attorney-General*”: 96.

กฎหมายอาญาสิงคโปร์อาจกล่าวได้ว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลอื่นในสังคมสิงคโปร์อย่างชัดเจนที่สุด และเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถูกตรวจสอบความชอบด้วยหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์บ่อยครั้ง กระนั้น บทบัญญัตินี้ก็ยังคงยืนหยัดอยู่ได้ท่ามกลางกระแสโลกาภิวัตน์ซึ่งเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมรักร่วมเพศโดยเฉพาะระหว่างชายกับชายไปจากที่เป็นไปในศตวรรษที่ผ่านมาจนแทบไม่เหลือเค้าเดิม

4.5 สรุป

อิทธิพลของความเชื่อเกี่ยวกับการกำเนิดของโลกและมนุษยชาติที่ว่ามีพระเจ้าผู้ทรงอำนาจสูงสุดเป็นผู้สร้างโลกและมนุษย์ขึ้นส่งผลกระทบโดยตรงต่อคุณค่าของพฤติกรรมเพศทางเลือกที่นอกจากจะผิดธรรมชาติแล้วยังฝ่าฝืนต่อการสมรสและความสัมพันธ์แบบชายและหญิงที่พระเจ้าสร้างขึ้นด้วยความเชื่อเช่นนี้เชื่อมโยงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ที่มีเพศเดียวกันเข้ากับความเป็นแม่และพ่อในยุคคลาสของยุโรปและนำไปสู่การลงโทษที่โหดร้ายต่อบุคคลเพศทางเลือก ในเวลาต่อมาเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้ามามีบทบาทในการปกครองแทนที่ความเชื่อทางศาสนาและจารีตประเพณีการร่วมเพศที่ผิดไปจากธรรมชาติก็ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายซึ่งมีโทษอาญาแก่ชายที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ชายด้วยกัน การปฏิเสธพฤติกรรมเพศทางเลือกในโลกตะวันตกยังถูกส่งต่อมายังทวีปเอเชียผ่านความคิดในการเอาผิดพฤติกรรมร่วมเพศผิดธรรมชาติจากระบบกฎหมายซึ่งประเทศเจ้าอาณานิคมได้บัญญัติขึ้น และไม่เพียงแต่กฎหมายอาญาเท่านั้นที่ส่งผลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกในโลกตะวันออก อิทธิพลของความคิดทางเพศแบบทวินิยมโดยเฉพาะหลักเพศชายเป็นใหญ่ในกฎหมายแพ่งโรมันและกฎหมายจารีตประเพณีเยอรมันยังถูกส่งต่อมายังประเทศในเอเชียที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะประเทศญี่ปุ่นซึ่งต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจะเป็นหนึ่งในประมวลกฎหมายที่ถูกนำมาเป็นแม่แบบในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ขณะที่ความคิดแบบชายเป็นใหญ่ผลักดันให้สตรีและเพศทางเลือกตกอยู่ในสถานะชายขอบเป็นเวลานาน ทว่า สถานะทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย การที่ครั้งหนึ่งสตรีต้องอยู่ในฐานะที่ควรได้รับความคุ้มครองมากกว่าการต้องต่อสู้ดิ้นรนเช่นบุรุษก็หาได้หมายความว่าสตรีมีความเป็นมนุษย์ที่ต่ำกว่าไม่ การทบทวนถึงสาระสำคัญพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับว่าไม่มีความแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงได้นำไปสู่การยอมรับข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นในกรณีของเพศทางเลือกเช่นเดียวกันแม้ว่าจะไม่ได้เป็นไปอย่างทันทีทันใดก็ตาม รวมไปถึง

การกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่แตกต่างกันไปในเรื่องรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศบนพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่แม้จะได้รับรองว่าเพศเป็นเหตุผลหนึ่งซึ่งรัฐจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิบัติให้เป็นผลเสียต่อบุคคลมิได้ แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปด้วยความเคร่งครัดด้วยผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายต้องการความชัดเจนที่เพียงพอในระดับที่สามารถนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นได้อย่างตรงไปตรงมาซึ่งอาจนำไปสู่ผลเสียต่อการให้ความคุ้มครองต่อเพศทางเลือกอันมิใช่วัตถุประสงค์ของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ

มิใช่ว่าความแตกต่างระหว่างเพศของบุคคลจะถูกปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงในระบบกฎหมาย หากแต่ความแตกต่างระหว่างบุคคลยังคงได้รับการยอมรับในฐานะข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจในสถานะธรรมชาติที่เป็นของเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ การรับรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ส่งผลให้หลักความเสมอภาคไม่แข็งแกร่งและไม่ทำให้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนำไปสู่สังคมที่อยู่ในสถานะผิดหรือผิดธรรมชาติ ทว่า ในมิติของเพศทางเลือกนั้นแม้ข้อสงวนอันเนื่องมาจากสถานะธรรมชาติของบุคคลจะยังคงมีอยู่แต่กลับมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าและมีได้สะท้อนการสนับสนุนให้บุคคลสามารถมีและใช้สิทธิของตนได้อย่างเท่าเทียมกับผู้อื่น ซึ่งเป็นผลมาจากคุณค่าที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศและการให้กำเนิดบุตรตลอดจนความเป็นสถาบันพื้นฐานของครอบครัวซึ่งส่งผลต่อการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ รัฐธรรมนูญในหลายประเทศจึงให้ความสำคัญกับครอบครัวในความหมายของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงตลอดจนการให้กำเนิดและดูแลบุตรและพยายามที่จะให้การสนับสนุนอย่างใดอย่างหนึ่งแก่สถาบันดังกล่าวเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวเหล่านี้มิได้ส่งผลโดยตรงต่อบุคคลเพศทางเลือก ทว่า ความหมายอันเนื่องมาจากสถานะธรรมชาติของการสมรส ครอบครัว ตลอดจนการให้กำเนิดบุตรซึ่งมีการรับรู้ในสังคมและระบบกฎหมายภายใต้อิทธิพลของความคิดทางเพศแบบทวินิยมไม่เพียงแต่ได้ผลักดันให้เพศทางเลือกหลุดพ้นออกจากความคุ้มครองของหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญหากแต่ยังเหวี่ยงให้เพศทางเลือกกลับไปอยู่ในชั่วตรงข้ามกับคุณค่าหรือคุณค่าอันเป็นพื้นฐานของสถาบันต่าง ๆ ซึ่งหลักการดังกล่าวมุ่งคุ้มครองอีกด้วย

การรับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับเพศและครอบครัวจากภายนอกประเทศนั้นเป็นปัจจัยสำคัญยิ่งอีกประการหนึ่งที่ส่งผลต่อสถานะของบุคคลเพศทางเลือกภายในประเทศ แนวความคิดดังกล่าวไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบในแง่ลบต่อบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น ในบางกรณีกระแสเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ

ซึ่งแพร่กระจายไปทั่วโลกในห้วงเวลาหนึ่งจะค่อย ๆ ถูกซึมซับและคลี่คลายสภาวะดังเคียดด้านเพศ และครอบครัวตามขนบประเพณีซึ่งจะนำไปสู่การยอมรับสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของพวกเขาเหล่านั้นในที่สุด ตัวอย่างที่สำคัญ 2 ประการคือการเกิดขึ้นของกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตและการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสได้ เนื่องจากการมองบุคคลโดยมุ่งไปที่เจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา ยิ่งกว่าเพศว่าเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันครอบครัวนั้นนำไปสู่การกำหนดสาระสำคัญในกฎหมายที่เป็น การยอมรับข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลโดยปราศจากเงื่อนไขด้านเพศที่ต้องเป็นชาย ฝ่ายหนึ่งและหญิงฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ทั้งยังนำไปสู่การนำระบบทรัพย์สินของสามีภริยามาใช้บังคับแก่ กรณีดังกล่าวตลอดจนการกำหนดให้ทั้ง 2 ฝ่ายเป็นทายาทโดยธรรมซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นการสะท้อน ประโยชน์ของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลมากยิ่งขึ้นกว่าการเป็นสถาบันของการรวมตัวเป็น ครอบครัวส่งผลให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นสูงและมีความสามารถในการประนีประนอมกับรูปแบบ สังคมอนุรักษ์นิยมตลอดจนบทบัญญัติคุ้มครองการสมรสในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเป็นพื้นฐานของการ อนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในอนาคตเมื่อสังคมมีความพร้อมเพียงพอที่จะ ยอมรับว่าการสมรสเป็นเพียงความตกลงร่วมกันระหว่างบุคคลและสามารถแยกออกจากศาสนาได้ เด็ดขาด เมื่อนั้นการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกย่อมไม่มีความขัดแย้งกับพื้นฐานของการ สมรสอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม ภายใต้บริบทที่ครอบครัวยังคงสัมพันธ์กับการเกิดขึ้นของสังคมมนุษย์ ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีความขัดแย้งกับลักษณะของ ครอบครัวในมิติที่บุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันนั้นแม้จะได้มาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะถาวรแต่ก็ไม่สามารถที่จะมีบุตรร่วมกันได้โดยธรรมชาติ เป็นเหตุให้รัฐไม่อาจนำสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับบุตรซึ่งปกติแล้ว เป็นของคู่สมรสชายกับหญิงมาใช้แก่บุคคลเพศทางเลือกได้โดยตรงโดยปราศจากการปรับแต่งให้ สอดคล้องกับวิถีชีวิตแบบรักเพศเดียวกันเสียก่อน

บทที่ 5

หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบท ของประเทศไทย

ภายใต้บริบทของประเทศไทยนั้น การที่จะสามารถใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิต
ร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้อย่างเหมาะสมมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงเหตุปัจจัยสำคัญบาง
ประการอันเป็นประเด็นหลักที่มุ่งศึกษาในบทนี้ กล่าวคือ หลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย (5.1) เพศทางเลือก การสมรส และครอบครัวในบริบทของประเทศไทย (5.2) ซึ่งมี
ลักษณะเฉพาะและเป็นเหตุให้การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคล
เพศทางเลือกภายใต้บริบทสังคมและระบบกฎหมายของประเทศไทย (5.3) ควรเป็นไปในแนวทางที่
เหมาะสมกับรูปแบบโครงสร้างของระบบสังคมและกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนบทสรุป (5.4)
โดยลำดับ

5.1 หลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักความเสมอภาคได้เข้ามามีบทบาทในการลดความเหลื่อมล้ำที่มีอยู่อันเนื่องมาจากเพศของ
บุคคลนับแต่การบัญญัติรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเลือกตั้งในพระราชบัญญัติ
ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย
และหลังจากนั้นเพศของบุคคลก็ได้มีบทบาทต่อการพัฒนาการด้านความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทยมาโดยตลอด การศึกษาถึงอิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาค
ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (5.1.1) ย่อมช่วยให้เห็นภาพรวมของเพศในรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทยได้ชัดเจนยิ่งขึ้น รวมตลอดถึงความคิดของเพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคใน
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (5.1.2) ซึ่งแสดงถึงลักษณะเฉพาะในด้านความหลากหลายทางเพศ
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

5.1.1 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศต่อหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย

เพศของบุคคลเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือก
อย่างมากผ่านหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม ความคิด
เกี่ยวกับเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังคงยึดโยงอยู่กับสรีระร่างกายของบุคคลเป็นหลัก



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / rev: 29082565 10:13:37 / seq: 37

นำไปสู่ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือก 2 ประการ กล่าวคือ ความเป็นไปได้ในการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศทางเลือก (5.1.1.1) และความหมายของชายและหญิงในหลักความเสมอภากระหว่างเพศ (5.1.1.2)

5.1.1.1 ความเป็นไปได้ในการใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปต่อเพศทางเลือก

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นหลักการที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ซึ่งหลักการของหลักความเสมอภาคทั่วไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลโดยปราศจากการคำนึงถึงข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขเฉพาะตัวใด ๆ ของบุคคลนั้น โดยหลักความเสมอภาคทั่วไปหรือความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายนั้นหมายถึงการที่บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน และสถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลเหล่านั้นเป็นพิเศษแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็นหลักความเสมอภาคอันมีลักษณะทั่วไปที่บุคคลทุก ๆ คนสามารถอ้างหลักการดังกล่าวเพื่อเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นได้¹

ด้วยลักษณะที่ทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงว่ารัฐหรือผู้อื่นซึ่งมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคจะต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ หลักความเสมอภาคทั่วไปจึงอาจนำมาปรับใช้ได้แก่ทุกกรณีรวมทั้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกด้วย แต่นั่นมิได้หมายความว่า การใช้หลักความเสมอภาคทั่วไปหรือการที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกันนั้นจะหมายความว่าในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลบุคคลเพศทางเลือกเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปเสมอ ทั้งนี้เนื่องจากความเสมอภาคนั้นมิได้มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีโอกาสรัฐตลอดจนผู้มีหน้าที่ผูกพันต่อหลักความเสมอภาคจะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกและบุคคลทั่วไปได้หากเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์อันชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสาระสำคัญของเพศทางเลือกซึ่งสัมพันธ์กับกฎหมายนั้น ๆ แล้วพบว่ามี ความแตกต่างระหว่างเพศทางเลือกและบุคคลทั่วไปซึ่งความแตกต่างนั้นเป็นสาระสำคัญและเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้อาจถือได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่าง

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 159-160.

กันระหว่างเพศทางเลือกและบุคคลทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคทั่วไปที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

5.1.1.2. ความหมายของชายและหญิงในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

หลักความเสมอภาคระหว่างเพศได้ถูกบัญญัติขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 แต่มีใช้มาในอดีตก่อนหน้านั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะไม่ยอมรับความเท่าเทียมระหว่างชายกับหญิงเนื่องจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยได้บัญญัติรับรองให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้ง² อันเป็นลักษณะที่ค่อนข้างก้าวหน้าประการหนึ่งของประเทศไทยที่ไม่น้อยหน้าในประเทศอื่นๆ ในขณะนั้น จนกระทั่งความคิดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในครอบครัวระหว่างสามีและภริยาจะนำไปสู่การบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ในที่สุด อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากบริบทสังคมและกฎหมายได้พัฒนามากขึ้นไปในเวลาต่อมา หลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงรับประกันความเท่าเทียมในสิทธิระหว่างชายกับหญิงอาจไม่เป็นการสอดคล้องกับระบบกฎหมายเท่าใดนักหากจะได้ออมรับว่าเพศในระบบกฎหมายไทยมีมากกว่าเพียงเพศที่อยู่บนพื้นฐานของสรีระร่างกายที่แบ่งออกเป็นชายกับหญิงเท่านั้น

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าสิทธิในทางการเมืองระหว่างชายกับหญิงนั้นได้รับการนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญพร้อม ๆ กับการเกิดขึ้นของระบอบประชาธิปไตยในประเทศไทย ทว่าภายใต้บริบทของความเท่าเทียมกันในสิทธิทางการเมืองดังกล่าวนี้ สตรีเพศเมื่ออยู่ในสถานะภริยา กลับถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายอย่างมากมาโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสามารถและทรัพย์สินที่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแต่เพียงผู้เดียว³ โดยสิทธิในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินบริภัณฑ์ของหญิงมีสามีย่อมถูกจำกัดว่า จะต้องได้รับอนุญาตจากสามีก่อนมิเช่นนั้นย่อมเป็นโมฆียะกรรม⁴ เว้นแต่สามีจะไม่อยู่ในฐานะที่เหมาะสมจะอนุญาตได้ เช่น ไม่แน่นอนว่าสามียังคงมีชีวิตอยู่หรือว่าตายแล้ว หรือสามีได้ละทิ้งภริยาไป หรือสามีเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถตามคำสั่งศาล หรือเป็นคนวิกลจริตซึ่งต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาล⁵ หรือเว้นแต่เป็นการทำพินัยกรรมในสินบริภัณฑ์ส่วนของหญิงนั่นเอง⁶

² สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 84.

³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 184.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 38 (เดิม).

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 39 (เดิม).

หรือเว้นแต่เป็นการทำนิติกรรมในกิจการค้าขายที่ได้รับอนุญาตจากสามีก่อนแล้วเฉพาะในทรัพย์สินที่เป็นส่วนของหญิงเท่านั้น⁷ ตลอดจนกฎหมายยังให้ถือเอาภูมิลำเนาของสามีเป็นภูมิลำเนาของหญิงมีสามีด้วย⁸ ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับแนวทางและระยะเวลาในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่ให้สิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างสามีและภริยาหากมีการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นหนึ่งที่ได้รับการหยิบยกขึ้นมากถกเถียงบ่อยครั้งในที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ⁹ “ชาย” และ “หญิง” ที่ปรากฏในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเป็นการมุ่งถึงเพศสภาพที่แตกต่างกันระหว่างบุคคลอันเนื่องมาจากบทบาทหน้าที่ในครอบครัวที่เป็นผลของสถานะ “สามี” และ “ภริยา” ภายหลังจากการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสำคัญ และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 ก็ได้นำไปสู่การตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวจนแล้วเสร็จใน พ.ศ. 2519¹⁰ ยกเลิกอภิสิทธิ์ที่สามีมีเหนือภริยาในฐานะของผู้นำหรือช้างเท้าหน้าที่ฝังลึกในสังคมและระบบกฎหมายไทยมาอย่างยาวนานโดยการกำหนดให้สามีและภริยามีสิทธิหน้าที่เท่าเทียมกันในลักษณะของการช่วยเหลือพึ่งพาซึ่งกันและกันในรูปแบบของการเป็นหุ้นส่วนมากกว่าการเป็นเจ้าของกับบริวารที่รวมตลอดถึงการจัดการทรัพย์สินซึ่งต้องทำร่วมกันหรือโดยได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งด้วยในที่สุด

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความก้าวหน้าในด้านความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงมากฉบับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อระยะเวลาล่วงเลยไปและความคิดเกี่ยวกับเพศในสังคมและระบบกฎหมายได้มีการพัฒนาก้าวหน้าไปมากขึ้นกว่าในอดีต ความคิดเกี่ยวกับเพศแบบทวินิยมซึ่งยังคงฝังแน่นอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยผ่านบทบัญญัติที่มีเนื้อหาและเจตนารมณ์มุ่งเฉพาะบทบาทในครอบครัวของ “ชาย” กับ “หญิง” เท่านั้น ในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะไม่เป็นผลดีแก่การใช้หลักความเสมอภาคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกทำให้นักเพราะนอกจากจะไม่สามารถบรรจุเพศทางเลือกลงในกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศชายและเพศหญิงในรัฐธรรมนูญได้อย่างลงตัวแล้ว ยังเป็นการขัดแย้งกับกรอบความคิดในระบบกฎหมายไทยทั้งที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเองและกฎหมายในระดับที่ต่ำกว่าอีกด้วย

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 40 (เดิม).

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 41 (เดิม).

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 50 (เดิม).

⁹ โปรดดู รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม.

¹⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 184.

ซึ่งเริ่มเปิดกว้างและยอมรับว่าเพศของบุคคลในระบบกฎหมายไม่ได้จำกัดเฉพาะเพศสรีระหรือบทบาททางเพศที่ต้องสอดคล้องกับเพศสรีระตามที่ได้ถือกำเนิดมาเท่านั้นด้วย

5.1.2 เพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ไม่เพียงแต่บทบาทของเพศบนพื้นฐานเนื้อตัวร่างกายที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นที่ส่งผลต่อระบบกฎหมายไทย ความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกที่ผุดผ่องไปจากหน้าที่อันสอดคล้องสัมพันธ์กับเพศสรีระของบุคคลก็ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเช่นเดียวกันผ่านกระบวนการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (5.1.2.1) และอิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อระบบกฎหมาย (5.1.2.2)

5.1.2.1 การรับรู้ถึงเพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การรับรู้ถึงเพศของบุคคลในบริบทที่หลากหลายเป็นลักษณะเฉพาะที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันปรากฏอยู่ในแนวคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภากระหว่างเพศ (5.1.2.1.1) และเพศทางเลือกในบริบทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (5.1.2.1.2) เพื่อสะท้อนถึงเอกลักษณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศดังกล่าว

5.1.2.1.1 เพศทางเลือกในบริบทของหลักความเสมอภากระหว่างเพศ

นับตั้งแต่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักใหญ่ในการปกครองบ้านเมืองเป็นต้นมา อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มุ่งเน้นไปที่การกำจัดความแตกต่างระหว่างเพศของราษฎรเป็นอันดับแรก ด้วยแม้ว่าหลักความเสมอภาคจะเป็นหนึ่งในหลัก 6 ประการของคณะราษฎรซึ่งเข้าเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข กระนั้นในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยกลับมิได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเป็นการทั่วไปไว้แต่ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแก่ประชาชนชาวไทยที่มีอายุครบ 20 ปี บริบูรณ์ไว้ในมาตรา 14 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลง

มดีเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...”¹¹ จนกระทั่งในเวลาต่อมาจึงได้มีการบัญญัติหลักความเสมอภาคเป็นการทั่วไปไว้ในวรรค 2 ของมาตรา 1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ว่า “ประชาชนชาวสยามไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” ในขณะที่หลักความเสมอภาคบนพื้นฐานด้านเพศของบุคคลโดยเฉพาะไม่ได้ถูกกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอีกจนกระทั่งได้มีการบัญญัติความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งเป็นผลของการตระหนักถึงบทบาทของชายและหญิงซึ่งสอดคล้องกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับการสมรสซึ่งมักให้สามีมีสิทธิเหนือภริยา ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วนั้นทั้ง 2 ต่างก็ “เป็นมนุษย์” เหมือน ๆ กัน และในความเป็นสามีภริยานั้นก็มีใช้การเป็นเจ้าของซึ่งกันและกันหากแต่มีลักษณะที่คล้าย “หุ้นส่วนเท่า ๆ กัน” และเป็นการตระหนักถึงสถานะที่แท้จริงของสตรีในสังคมไทยที่ไม่ได้มีสถานะต่ำต้อยกว่าบุรุษนับตั้งแต่โบราณมา ทว่า เป็นเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายตะวันตกโดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งส่งผลต่อความไม่เสมอภาคระหว่างสามีและภริยา ทำนองเดียวกันกับสิทธิในการเลือกตั้งซึ่งประเทศไทยให้สิทธิในการเลือกตั้งเสมอภาคกันแก่ราษฎรไม่ว่าเพศชายหรือเพศหญิงตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก การบัญญัติความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงมีการถกเถียงถึงความสอดคล้องกับระยะเวลาในการแก้ไขกฎหมายที่บัญญัติไว้ในบทเฉพาะกาลด้วย¹²

อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เห็นได้ชัดว่ามุ่งไปที่เพศในบริบทเนื้อตัวร่างกายของบุคคล โดยเฉพาะการมีอวัยวะเพศที่ตรงกับเพศใดเพศหนึ่งระหว่างชายกับหญิงเป็นสำคัญ ซึ่งก็เป็นการสอดคล้องกับความไม่เสมอภาคในสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีและภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นมูลเหตุหลักที่นำไปสู่การยกย่องรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว ในขณะที่เพศทางเลือกหรือ “กะเทย” นั้น นายมารุต บุญนาค กรรมการธิการมีความเห็นว่า “หากว่าในบ้านเมืองของเราการแพทย์เจริญ จะได้มีการผ่าตัด อย่างเช่นในประเทศเยอรมนี ผ่าหญิงเป็นชาย ชายเป็นหญิงได้แล้ว สิทธิก็ย่อมเป็นไปตามลักษณะของการผ่าตัดนั้น แต่ในปัจจุบันนี้สิทธิของกะเทยก็ย่อมเป็นไปตามเพศที่เกิดขึ้นมา”¹³ ซึ่งเป็นการ

¹¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 84-85.

¹² รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 613, 616-619.

¹³ Ibid., หน้า 624.

เน้นย้ำความสำคัญของเพศในบริบทเนื้อตัวร่างกายของบุคคลซึ่งควรมีลักษณะตรงข้ามกันระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น

ในขณะที่การบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายไทยหลายประการโดยเฉพาะในบริบทของกฎหมายครอบครัว จากให้สามีซึ่งเดิมมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแต่เพียงผู้เดียวในฐานะหัวหน้าครอบครัว เป็นให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกัน การเลิกล้มฐานะการเป็นหัวหน้าครอบครัวของสามี รวมทั้งยกเลิกบทบัญญัติจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี¹⁴ แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศกลับมิได้ส่งผลเฉพาะความแตกต่างระหว่างเพศชายกับเพศหญิงในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น แต่แนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้สะท้อนผ่านพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ที่ให้การคุ้มครองบุคคลทุก ๆ เพศซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะเพศชายและเพศหญิงด้วย¹⁵ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความพยายามอย่างมากในสังคมไทยที่จะบ่งชี้ให้เห็นถึงความหลากหลายในด้านเพศของสังคม การกำหนดตัวชี้วัดถึงความหลากหลายในเรื่องเพศที่บ่อยครั้งจะมีการอ้างอิงถึงหลักการในระดับนานาชาติเพื่อวิเคราะห์ถึงความไม่สมบูรณ์ของการยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยอยู่เสมอ โดยเฉพาะความหมายของถ้อยคำที่จะบ่งชี้ถึงความหลากหลายทางเพศของสังคมไทยและการยอมรับความหลากหลายเหล่านั้นในระบบกฎหมายไทย¹⁶ จะเป็นเรื่องที่มีลักษณะเชิงอัตวิสัยค่อนข้างสูงหากจะพิจารณาจากพื้นฐานของสังคมไทยที่ความหมายของคำว่าเพศเพียงคำเดียวเพียงพอที่จะครอบคลุมความหมายของคำศัพท์ต่าง ๆ เกี่ยวกับเพศที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในโลกตะวันตกไม่ว่าจะหมายถึงเพศในความหมายของสภาพร่างกายของบุคคล หรือความพึงพอใจหรือความโน้มเอียงส่วนบุคคลที่มีต่อตนเองหรือที่มีต่อบุคคลอื่นในสังคมก็ตาม

¹⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 184.

¹⁵ Angkhana Neelapajit, *Gender Equity and SOGIE Rights in Thailand: Lessons-Learned from National Human Rights Commission of Thailand*, (2016), p. 4.

¹⁶ อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) ภาควิชาสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559), หน้า 559.

5.1.2.1.2 เพศทางเลือกในบริบทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁷ และเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ความแตกต่างระหว่างบุคคลในด้านเพศเป็นหนึ่งในพื้นฐานของการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่ในขณะที่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญเยอรมัน ไม่รวมเอาเพศในความหมายด้านจิตใจหรือความรู้สึกนึกคิดของบุคคล อาทิ เพศวิถีหรือความโน้มเอียงทางเพศของบุคคล (Sexual Orientation) เข้าไว้ในความหมายของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศด้วย¹⁸ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกลับรวมเอาอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดซึ่งรวมเอาเพศในความหมายด้านจิตใจหรือความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลเข้าไว้ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศด้วยดังจะเห็นได้จากในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เพศ” ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมว่าความแตกต่างเรื่องเพศนั้นนอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังให้หมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มี “อัตลักษณ์ทางเพศ” (Sexual Identity) หรือ “เพศสภาพ” (Gender) หรือ “ความหลากหลายทางเพศ” (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดด้วย เป็นเหตุให้ไม่ได้บัญญัติถ้อยคำต่าง ๆ ดังกล่าวไว้ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีก เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงถ้อยคำดังกล่าวอยู่แล้วและจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะความแตกต่างเหล่านั้น¹⁹

ความหมายของคำว่า “เพศ” ที่มีลักษณะกว้างขวางไม่จำกัดเฉพาะเพศสรีระในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวยังถูกนำมาให้ความหมายของบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาทิ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติรับประกันความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้แก่ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ ศาสนาใด อย่างเสมอกัน และ

¹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 85-86.

¹⁸ 1 Bv 1164/07, para. 64.

¹⁹ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 22-23.

คำว่า “เพศ” ในมาตรา 5 ดังกล่าว มิได้จำกัดเฉพาะเพศชายและหญิงแต่เพียงเท่านั้นหากแต่หมายถึงเพศที่มีได้จำกัดอยู่บนพื้นฐานร่างกายของบุคคลตามที่ปรากฏในความหมายของคำว่า “เพศ” ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเช่นเดียวกัน²⁰

ภายหลังการยึดอำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 เป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง และนำไปสู่การยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ถูกยกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ได้บรรจุคำว่า “เพศสภาพ” ในวรรค 2 มาตรา 34 ควบคู่กับคำว่า “เพศ” ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง...เพศ เพศสภาพ...จะกระทำมิได้”²¹ ซึ่งในที่นี้ “เพศสภาพ” หมายถึง “สภาพทางเพศ ที่ปรากฏให้เห็นและหมายความรวมถึงเพศวิถี ซึ่งหมายถึงบทบาทและรสนิยมทางเพศ หรือวิถีชีวิตทางเพศที่อาจจะไม่ตรงกับเพศสภาพ และเพศ”²² ความคุ้มครองตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงมุ่งถึงบุคคลทุกคน “โดยไม่เจาะจงเฉพาะเพศกำเนิดเท่านั้น”²³ ทว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีโอกาสได้รับการประกาศใช้ เนื่องจากสภาพปฏิรูปแห่งชาติได้ลงมติ เมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 ด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบ 105 เสียง ไม่เห็นชอบ 135 เสียง และงดออกเสียง 7 เสียง ซึ่งมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดจำนวน 257 คน จึงถือว่าสภาพปฏิรูปแห่งชาติลงมติไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว²⁴ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้รับการประกาศใช้ในเวลาต่อมาไม่ได้บัญญัติถึงเพศสภาพไว้ แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติคำว่า “เพศสภาพ” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ก็ตามนั้น อาจกล่าวได้ว่า ไม่น่าจะก่อให้เกิดความแตกต่างในระบบกฎหมายไทยเท่าใดนัก เมื่อคำนึงถึงพื้นฐานของการรับรู้ความหมายของเพศในสังคมไทยที่ครอบคลุมบริบทที่เกี่ยวกับเพศทั้งหมด ประกอบกับแนวคิด

²⁰ Ibid., หน้า 4.

²¹ วิษณุ ทรายอ่อน, “เพศสภาพ”, ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อ 14 มิถุนายน 2565, แหล่งที่มา <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-055.pdf>.

²² ถวิลวดี บุรีกุล ปัทมา สุภก่าปิง สติธร ธนานิธิโชติ และ จารุวรรณ กาบซ้อน, *สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักงานการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), หน้า 12-23.

²³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “ข่าวแจก กสม. ขอชื่นชมและสนับสนุนคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ กรณีบัญญัติคำว่า เพศสภาพ ไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพ”, 16 มกราคม 2558, สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2564, แหล่งที่มา <http://www.nhrc.or.th/News/Information-News/ข่าวแจก-กสม-ขอชื่นชมและสนับสนุนคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ.aspx>.

²⁴ บันทึกการประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ ครั้งที่ 67/2558 วันอาทิตย์ที่ 6 กันยายน พุทธศักราช 2558 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 4.

ของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ ดังกล่าวข้างต้น รวมทั้งผลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังกล่าวต่อระบบกฎหมายไทย และเนื่องจากได้มีการเพิ่มเติม “เหตุอื่นใด” ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นพัฒนาการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในแง่ของการทำลายข้อจำกัดในการใช้หลักการดังกล่าวและเป็นการยืนยันว่าข้อเท็จจริงทั้งหลายอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ได้กล่าวมาาก่อนนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งแต่มิใช่ทั้งหมดของความแตกต่างระหว่างบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองโดยหลักการดังกล่าวและเปิดช่องให้มีการนำไปใช้แก่ข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่มีได้ถูกบัญญัติไว้ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อไปในอนาคต

5.1.2.2 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อระบบกฎหมาย

ความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกมิได้ปรากฏอยู่อย่างไร้ความหมายภายใต้ตัวอักษรของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทว่า อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกและหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นจริงในระบบกฎหมายหลายประการ ผ่านกระบวนการใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคของเพศทางเลือก (5.1.2.2.1) และกระบวนการนิติบัญญัติภายใต้บริบทของการยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (5.1.2.2.2)

5.1.2.2.1 การใช้และตีความกฎหมายภายใต้บริบทของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคของเพศทางเลือก

ด้วยเหตุที่เพศทางเลือกมิได้ถูกกล่าวไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แม้ว่าจะมีการยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายก็มักจะเกิดจากเหตุผลที่ผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายให้การยอมรับในคุณค่าที่สัมพันธ์ระหว่างเพศทางเลือกกับความเป็นมนุษย์²⁵ อาทิ ในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/ 2554 ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการระบุในใบสำคัญ (แบบ สด.9) ว่าบุคคลเพศทางเลือกนั้นเป็นโรคจิตถาวรว่า

“การที่คณะกรรมการตรวจเลือกอาศัยเพียงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกายของผู้ฟ้องคดีที่มีเต้านมแบบหญิงและมีบุคลิกลักษณะเป็นหญิงซึ่งมิได้

²⁵ อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ," วารสารนิติสังคมศาสตร์, 11, 2 (2561): 112-113.

สัมพันธ์กับอาการของผู้ป่วยทางจิตตามความหมายทางวิชาการ แล้วนำมาวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นโรคจิตถาวร ตามข้อ 2 (11) (ก) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริง เป็นการสร้างภาระให้เกิดกับผู้ฟ้องคดี อีกทั้งยังเป็นการทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องได้รับความอับอายและสูญเสียความภาคภูมิใจในคุณค่าของตนเองที่มีต่อครอบครัวและสังคม เนื่องจากการปรากฏข้อความว่าเป็นโรคจิตถาวรในเอกสารประจำตัวของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกสารราชการที่ต้องนำไปแสดงในการสมัครงานหรือในการอื่น ๆ จึงเท่ากับเป็นการตีตราว่าผู้ฟ้องคดีมีอาการทางจิตผิดปกติอย่างรุนแรงและไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นโรคจิตแต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ฟ้องคดีโดยตรง จึงเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ฟ้องคดี...”²⁶

จะเห็นได้ว่าแม้การปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปในการตรวจคัดเลือกรับราชการกองเกินเข้ารับราชการทหารในลักษณะที่เพศทางเลือกต้องได้รับผลเสียหายเพียงเพราะตนเองมีเพศสภาพที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะได้รับความคุ้มครองภายใต้เจตนารมณ์ของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรตลอดจนศาลปกครองกลางเองก็ไม่ปรากฏการตรวจสอบความชอบด้วยหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศสภาพที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดดังกล่าวในคำพิพากษาของศาล ในขณะที่เดียวกันศาลกลับหยิบเอาความภาคภูมิใจในคุณค่าของตนเองอันเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยมาตรา 4 และมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ซึ่งการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องคำนึงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าวของผู้เข้ารับการตรวจเลือกทุกคนขึ้นมาเป็นหลักในเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย²⁷ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะแนวคิดเกี่ยวกับ “เพศสภาพ” ที่อยู่ภายใต้ถ้อยคำ “เพศ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นยังขาดความชัดเจนเป็นรูปธรรมเพียงพอที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาเป็นหลักในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองได้

²⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 วันที่ 13 กันยายน 2554," *จุลนิติ*, (พ.ศ.ธ.ย.2554): 132-133.

²⁷ *Ibid.*: 136.

5.1.2.2.2 กระบวนการนิติบัญญัติภายใต้บริบทของการยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในขณะที่ความหมายของเพศในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ทำให้ความคิดเกี่ยวกับเพศแบบดั้งเดิมอันเคยได้รับการยึดถือในระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานานแปรเปลี่ยนไปไม่ส่งผลกระทบชัดเจนในมิติขององค์กรซึ่งมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายเท่าใดนัก ในด้านของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตลอดจนการขับเคลื่อนเพื่อให้เกิดการตรากฎหมายซึ่งเกิดขึ้นภายหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ กลับพบว่าแนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีบทบาทในการเกิดขึ้นของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเท่าเทียมแก่บุคคลเพศทางเลือกหลายฉบับ ที่ไม่เพียงแต่ความหมายของเพศในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจะได้สะท้อนผ่านพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติให้การคุ้มครองบุคคลทุก ๆ เพศ ไม่จำกัดเฉพาะเพศชายหรือเพศหญิงเท่านั้น การขับเคลื่อนกฎหมายรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทยหลายฉบับทั้งที่ปรากฏในรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวเพื่อให้โอกาสแก่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่จะได้รับการรับรองในระบบกฎหมาย โดยหยิบยกเอาเหตุผลที่ว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่างมุ่งคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่ง “เพศ” และเพศทางเลือกเป็นหนึ่งในกลุ่มที่ตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองของหลักการดังกล่าวด้วย²⁸ การหยิบยกหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศขึ้นเป็นพื้นฐานแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวปรากฏให้เห็นได้ในส่วนหนึ่งของเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคก้าวไกลเสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2563 ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หลายมาตรานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติซึ่งปรากฏในบรรพ 5

²⁸ สรุปผลการประชุม คณะอนุกรรมการด้านกฎหมายในคณะกรรมการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุและผู้พิการ สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 7 วันพฤหัสบดีที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 203 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2; หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/43358 ลงวันที่ 28 ธันวาคม 2561 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะขัดต่อวิธีการดำรงชีวิตของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ

บทบาทของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิของเพศทางเลือกที่ซึ่งภายใต้บริบทของการขับเคลื่อนกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในด้านต่าง ๆ นั้นนับได้ว่าประสบความสำเร็จในระดับหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทบาทที่หลักการเดียวกันมีต่อองค์กรซึ่งมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความคาดหวังและเชื่อมั่นที่กลุ่มเพศทางเลือกตลอดจนฝ่ายนิติบัญญัติมีต่อยุทธวิธีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งคุ้มครองบุคคลบนความแตกต่างบนพื้นฐานด้านเพศสภาพและเพศวิถีแม้จะยังขาดความชัดเจนเป็นรูปธรรมในด้านลายลักษณ์อักษร และการให้ความสำคัญแก่คุณค่าอันมีอาจมองเห็นได้เช่นนี้ย่อมเป็นการเน้นย้ำถึงความเป็นกฎหมายธรรมชาติของหลักความเสมอภาคเองที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่โดยปราศจากเงื่อนไขที่จะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐโดยการบัญญัติหลักการดังกล่าวให้เป็นลายลักษณ์อักษรและแม้จะได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ย่อมเป็นเพียงการยืนยันถึงสิ่งซึ่งเกิดขึ้นอยู่แล้วให้ปรากฏชัดเจนบนหน้ากระดาษเท่านั้น

5.2 เพศทางเลือก การสมรส และครอบครัวในบริบทของประเทศไทย

การศึกษาถึงเพศทางเลือก การสมรส และครอบครัวในบริบทของประเทศไทย เป็นส่วนสำคัญของกระบวนการซึ่งจะนำไปสู่การใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทยได้อย่างถูกต้องแม่นยำ ในเบื้องต้นจำเป็นที่จะต้องทราบถึงภูมิหลังของเพศทางเลือกในสังคมไทยผ่านการศึกษาถึงการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย (5.2.1) ประกอบกับอิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศและความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย (5.2.2) ที่แสดงถึงพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายไทยอันสัมพันธ์กับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

5.2.1 การรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย

ในบริบทของประเทศไทยนั้นพบว่ามีการรับรู้ถึงเพศทางเลือกนับแต่อดีต ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากพื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับเพศและเพศทางเลือก (5.2.1.1) ที่มีความสำคัญทั้งในระบบเศรษฐกิจ สังคม ศาสนา และวัฒนธรรมประเพณีของประเทศไทย ตลอดจนการยอมรับเพศทางเลือกในประเทศไทย (5.2.1.2) ที่ปรากฏอยู่ทั้งในบริบทของสังคมและกฎหมายเช่นเดียวกัน

5.2.1.1 พื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับเพศและเพศทางเลือก

พื้นฐานความคิดเกี่ยวกับเพศและเพศทางเลือกในสังคมไทยนั้นมิที่มาจากการสั่งสมและหลอมรวมปัจจัยทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมด้านต่าง ๆ เข้าด้วยกันเป็นระยะเวลายาวนานก่อนที่จะตกผลึกเป็นคุณค่าเกี่ยวกับเพศอันได้รับการยอมรับในระดับรากฐานของสังคม ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงรากฐานของคุณค่าเกี่ยวกับเพศและเพศทางเลือกเหล่านั้นในสังคมไทย กล่าวคือ ความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงภายใต้บริบททางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศไทย (5.2.1.1.1) และอิทธิพลของคติความเชื่อทางศาสนาต่อการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย (5.2.1.1.2) โดยลำดับ

5.2.1.1.1 ความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงภายใต้บริบททางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศไทย

เพศของบุคคลมีความเกี่ยวข้องกับการเป็นสื่อกลางทั้งในทางสังคมและวัฒนธรรมที่จะนำไปสู่ความเข้าใจถึงความเป็นชายหรือหญิงหรือการแบ่งประเภทในรูปแบบอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ในสังคมไทยนั้นความหมายของคำว่า “เพศ” มีความเป็นเอกลักษณ์ที่แตกต่างจากในสังคมตะวันตก เนื่องจากคำว่า “เพศ” ในสังคมไทยนั้นเป็นการรวมเอาแนวคิดที่ซับซ้อนเกี่ยวกับเพศทั้งหมดซึ่งในสังคมตะวันตกแยกแนวคิดต่าง ๆ เหล่านั้นออกจากกันเป็นเอกเทศ เช่น เพศสรีระ เพศสภาพ เพศวิถี หรือแม้แต่การมีความสัมพันธ์ทางเพศเข้าไว้ในคำว่า “เพศ” เพียงคำเดียว การศึกษาถึงเพศของบุคคลในสังคมไทยบนพื้นฐานของการแบ่งแยกแนวคิดเกี่ยวกับเพศออกเป็นแขนงต่าง ๆ ดังที่ได้รับความนิยมในโลกตะวันตกจึงเป็นเรื่องที่ควรจะต้องคำนึงถึงความชัดเจนในข้อนี้ด้วย²⁹

ในสังคมไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่า “เพศ” ของบุคคลเป็นกฎเกณฑ์ที่หลอมรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับบทบาทของความเป็น “คนไทย” ที่แม้จะไม่มี ความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงอันสามารถเห็นได้เด่นชัดในการใช้ชีวิตประจำวันนับตั้งแต่ในสังคมในสมัยอยุธยา ลาลูแบร์ราชทูตฝรั่งเศสซึ่งได้เดินทางเข้ามาทูลเกล้าถวายพระราชสาส์นแก่สมเด็จพระนารายณ์มหาราช ได้บันทึกวิถีชีวิตของชาวกรุงศรีอยุธยาไว้ว่าชายจะมีบทบาทเหนือหญิงอย่างเห็นได้ชัดก็ต่อเมื่ออยู่ในฐานะหัวหน้าครอบครัว ทั้งนี้เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบที่บิดามารดาจะต้องมีหากบุตรของตนก่อให้เกิดเหตุร้ายขึ้น โดยบิดามารดาอาจต้องรับโทษทัณฑ์แทนบุตรของตนในกรณีดังกล่าว แต่นอกไปจากนั้น ชายและหญิงชาวกรุงศรีอยุธยาจะมีวิถีชีวิตที่มีความละม้ายคล้ายคลึงกัน

²⁹ Nerida M. Cook and Peter A. Jackson, "Desiring Constructs: Transforming Sex/Gender Orders in Twentieth-Century Thailand," in *Gender and Sexualities in Modern Thailand*, ed. Peter A. Jackson and Nerida M. Cook (Chaing Mai: Silkworm Books, 1999), pp. 1-3.

ทั้งในด้านการแต่งกายที่ลาอุแบร์เห็นว่าชายและหญิงแม้จะนิยมการนุ่งน้อยห่มน้อยแต่ก็ละอายต่อการเปิดเผยเรือนร่างของตนเป็นที่สุด อย่างไรก็ตาม สังคมสมัยอยุธยามีกฎเกณฑ์ในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศและการสมรสค่อนข้างเคร่งครัด เนื่องจากสตรีชาวกรุงศรีอยุธยาไม่อาจเที่ยวคบหาผู้ชายได้ตามอำเภอใจ แม้ว่าจะมีธรรมเนียมที่จะต้องหาหรือบุตรสาวก่อนที่บิดามารดาจะตกลงจัดให้มีการสมรสขึ้นก็ตาม³⁰

ในสมัยรัตนโกสินทร์ เมื่อกล่าวถึงชาวสยาม ในวาระแรก ฦง-บัปติสต์ ปาลแก้วซ์ สังฆนายกคณะมิชชันนารีโรมันคาทอลิกประจำประเทศสยาม ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พยายามกล่าวให้เห็นถึงความแตกต่างที่สำคัญของเพศชายและหญิงในประเทศสยามขณะนั้น ซึ่งแทบจะไม่แตกต่างจากสภาพสังคมในสมัยอยุธยา ทั้งในด้านการแต่งกาย การได้รับการศึกษา และสถานะทางสังคม โดยทั่วไปแล้วชายและหญิงไม่มีความแตกต่างกันมากนักในการใช้ชีวิตประจำวัน หญิงชาวบ้านมีความสามารถในการทำงานได้อย่างแข็งขัน และต่างก็ได้รับการศึกษาตามขนบธรรมเนียมประเพณี จะแตกต่างที่ชายจะได้รับการศึกษาวิธีอ่านและเขียนจากวัด ในขณะที่หญิงจะได้รับการศึกษาวิชาการบ้านการเรือนอยู่ที่บ้าน ในสังคมสยาม สตรีจึงนับว่าเป็นเพศที่ได้รับเกียรติและได้รับการยกย่องในระดับหนึ่ง แม้ในเรื่องการสมรสนั้นก็จำเป็นที่บิดามารดาของฝ่ายหญิงจะต้องปรึกษาลูกสาวเพื่อขอความยินยอมก่อน³¹ ประกอบกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเพศในสังคมขณะนั้นถือว่าเป็นเรื่องที่ค่อนข้างเคร่งครัด ซึ่ง ฦง-บัปติสต์ ปาลแก้วซ์ เห็นว่าคนไทยมีความสํารวมมากในการติดต่อกับผู้หญิงและมีกฎหมายกำหนดโทษในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างรุนแรง การลอบคลาสิตรีเพียงเล็กน้อยก็อาจเกิดเป็นคดีความขึ้นได้ และบุคคลใดรับสารภาพว่าได้ล่วงเกินบุตรสาวหรือภริยาของผู้อื่นก็อาจมีโทษถึงต้องถูกขายไปเป็นทาสเลยทีเดียว³²

ในสังคมไทยนั้น วัฒนธรรมประเพณีของสังคมและระบบครอบครัวมีอิทธิพลสูงต่อแนวคิดเกี่ยวกับเพศของบุคคล ในสภาพสังคมกสิกรรมที่ยังมีความเชื่อเรื่องผีป่วนหรือวิญญาณบรรพบุรุษฝ่ายแม่ และประเพณีที่ชายจะต้องย้ายเข้าไปอยู่ในบ้านของฝ่ายหญิงหลังจากการสมรสทำให้เพศหญิงมีอิทธิพลในสังคมสูง ในภาคเหนือของประเทศไทย จำนวนวันที่หญิงคลอดบุตรใหม่จะต้องอยู่ไฟขึ้นอยู่กับเพศสรีระของบุตรนั้นว่าเป็นบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมานั้นเป็นบุตรหญิงหรือ

³⁰ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระนราธิปประพันธ์พงศ์, จดหมายเหตุลาอุแบร์, เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: องค์การค้าของคุรุสภา, 2505), หน้า 111-113, 217-218, 230, 233.

³¹ ฦง-บัปติสต์ ปาลแก้วซ์, เล่าเรื่องกรุงสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 4, แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร, (นนทบุรี: ศรีปัญญา, 2552), หน้า 139-155.

³² Ibid., หน้า 140-141.

บุตรชาย โดยมารดาที่คลอดบุตรหญิงจะต้องอยู่ไฟนานกว่ามารดาที่คลอดบุตรชาย อันเป็นผลจากความสำคัญของสตรีเพศดังกล่าวข้างต้น³³

แต่ในกรณีของชนชั้นสูง เพศของบุคคลมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการสืบเผ่าพันธุ์ชาติยะ หญิงสามัญชนมักอยู่ในบทบาทของการเป็นแม่ของพระราชวงศ์ซึ่งจะประสูติมาจากเจ้าชายในราชสำนัก ความสำคัญของสตรีในครอบครัวชนชั้นสูงของไทยจึงมักจะขึ้นอยู่กับเพศและลำดับของบุตรชายที่ถือกำเนิดจากตน³⁴ และเจ้าหญิงในราชสกุลแม้จะมีฐานะทางสังคมสูงแต่ก็ถูกควบคุมในเรื่องเพศอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกันโดยเฉพาะในเรื่องคู่ครอง ดังที่ ฌ็อง-บัปติสต์ ปาลเลกัวซ์ ได้กล่าวถึงสถานะของธิดาพระเจ้าแผ่นดินสยามว่าพระธิดาของกษัตริย์ต้องประทับอยู่แต่ในวังหลวงและถือพรหมจรรย์ ด้วยเหตุผลทางการเมืองจึงไม่อนุญาตให้พระเจ้าแผ่นดินมีพระราชบุตรชาย เพราะเป็นการเกรงกลัวว่าพระราชบุตรชายจะถือโอกาสที่มีตำแหน่งสูงก่อการกบฏต่อราชบัลลังก์³⁵

อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ทางเพศเกี่ยวกับการสมรสของพระราชธิดาจะไม่เคร่งครัดถึงเพียงนั้น ด้วยมิได้ปรากฏว่ามีกฎหมายที่ห้ามมิให้สตรีซึ่งเกิดในราชตระกูลสมรส ทั้งยังปรากฏว่าในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเอง พระองค์ได้ทรงพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้พระราชธิดาเสกสมรสได้³⁶ แต่นั่นย่อมหมายถึงการสมรสกับชายซึ่งมีบรรดาศักดิ์เสมอกันหรือชายซึ่งมีบรรดาศักดิ์ด้อยกว่าโดยความยินยอมของบิดามารดาหญิงเท่านั้น มิใช่การสมรสกับไพร่อันจะถือว่าการเสื่อมเสียเกียรติยศแก่ราชตระกูลเพราะไปคบชายที่ “ไม่ควรแท้” ซึ่งในกรณีดังกล่าวพระเจ้าอยู่หัวก็จะทรงพระราชดำริตัดสินให้ทำโทษชายและจองจำหญิงไว้ไม่ให้เสื่อมเสียเกียรติยศแก่ราชตระกูล³⁷ รวมถึงอาจมีการถอดฝ่ายหญิงลงเป็นไพร่เพื่อมิให้เกี่ยวข้องกับราชตระกูลอีกต่อไป³⁸

ความสำคัญของเพศในสังคมไทยยังครอบคลุมถึงวิถีชีวิตของบุคคลตั้งแต่เกิดจนตาย ไม่ได้จำกัดเพียงแต่บทบาทของเพศสภาพที่เกี่ยวกับการสมรสและการก่อตั้งครอบครัวเท่านั้น ในอดีต การศึกษาและการมีอาชีพของหญิงเป็นเรื่องจำกัด สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนีในรัชกาลที่ 9 ทรงมีโอกาสเรียนวิชาพยาบาลก็ด้วยการชักชวนของพระยาดำรงแพทยาคุณ (ฮวด วีระไวทยะ) แพทย์ประจำพระองค์สมเด็จพระศรีพัชรินทราบรมราชินีนาถ พระพันปี

³³ ยศ สันตสมบัติ, "การทำความเข้าใจ “เพศสถานะ” และ “เพศวิถี” ในสังคมไทย," ใน *เพศสถานะและเพศวิถีในสังคมไทย*, อมรา พงศาพิชญ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 10-11, 18.

³⁴ ส. ศิวรักษ์, *สัมภาษณ์ ม.จ.จจจิตรนอม ดิศกุล*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์, 2555), หน้า 20.

³⁵ ฌ็อง-บัปติสต์ ปาลเลกัวซ์, *เล่าเรื่องกรุงสยาม*, หน้า 180.

³⁶ *ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394-2404*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดำรงธรรม, 2511), หน้า 191.

³⁷ Ibid., หน้า 507-509.

³⁸ *รายงานการประชุมเสนาบดีสภา ร.ศ. 111*, เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2550), หน้า 684-693.

หลวง ที่พระองค์เคยประทับอยู่ด้วยเมื่อครั้งทรงพระเยาว์ และเมื่อได้รับการชักชวนก็ทรงตอบรับทันที เนื่องจาก“ในสมัยนั้นผู้หญิงไม่มีอาชีพที่จะเลือกมากนัก”³⁹ เนื่องด้วยการศึกษาในระดับสูงมักจะเป็นเรื่องที่สงวนไว้สำหรับเพศชาย ในขณะที่การได้รับการศึกษาของสตรีเพศเป็นเรื่องยกเว้น กล่าวคือ การที่สตรีเพศจะได้รับการศึกษาในระดับสูงอาจเป็นเพราะการที่มีบิดาหรือมีผู้อุปถัมภ์ที่เป็นชนชั้นสูง คุณหญิงแรม พรหมโบล บุญยประสพ บุตรีของ พ.ต.อ. พระยาบุเรศผดุงกิจ (รวย พรหมโบล) อดีตอธิบดีกรมตำรวจ กล่าวถึงการสมัครเข้าเรียนกฎหมายเมื่อก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 ว่า

“วันนั้น ดิฉันใส่เสื้อคอปิดมิดชิด นุ่งผ้าซิ่นยาว ยืนอยู่หน้าห้องด้วยความหวั่นเกรง แต่ก็สุดท้ายใจเข้าแรง เตรียมตัวให้กล้า ประตุสมัยก่อนเปิดกว้างแต่มีม่านเป็นไม้เปิดปิดกันบังตา การเข้าออกก็เพียงแต่ผลัก เมื่อท่านเสนาบดีเอ่ยปากส่งเสียงให้เข้ามาได้ ดิฉันไม่ได้ผลักม่านไม้แน่นแล้วเดินเข้าไป แต่ดิฉันก็กลัวได้ม่านแล้ว ก็คลานคุกเข่าเข้าไปนั่งพับเพียบกับพื้นอยู่หน้าโต๊ะท่าน พร้อมกับกราบลงกับพื้น เมื่อท่านถามความประสงค์ที่มาพบ ก็กราบเรียนว่า อยากจะขอเข้าเรียนกฎหมาย และได้เอ่ยชื่อบิดาและการเรียนจบชั้นมัธยมให้ท่านทราบ รอสักพักใหญ่ แต่รู้สึกเหมือนนานมาก ท่านก็พยักหน้าพร้อมกับบอกว่า อนุญาตให้เข้าเรียนได้ จำได้ว่าดีใจจนแทบร้องไห้ ก็กราบลงขอบพระคุณท่าน แล้วก็คลานลอดใต้ประตูม่านไม้แน่นออกมาเหมือนตอนเข้าไป”⁴⁰

เหตุการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของเพศสภาพต่อโอกาสในการได้รับการศึกษาในระดับสูงของสตรีในสังคมไทยในอดีต เนื่องจากก่อนหน้าคุณหญิงแรม พรหมโบล บุญยประสพ ไม่เคยมีสตรีได้รับอนุญาตให้เข้าเรียนวิชากฎหมายในประเทศไทยมาก่อน กล่าวโดยเฉพาะในกรณีนี้ การได้รับโอกาสในการศึกษาวิชากฎหมายของคุณหญิงแรม พรหมโบล บุญยประสพ อาจมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสถานะทางสังคมของผู้เป็นบิดาผู้มีใช้น้อย

แม้ในกรณีดังกล่าวข้างต้นจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเพศสภาพของสตรีกับฐานะทางสังคมของบิดาหรือผู้ใหญ่เพศชายที่ให้การอุปถัมภ์ แต่ก็มีผลสอดคล้องกับชานันท์ ยอดหงษ์ ที่เห็นว่าเพศบุคคลในวัฒนธรรมไทยในอดีตมีความสำคัญน้อยกว่าชนชั้นฐานันดรชาติกำเนิด และความอาวุโสของสถานภาพทางสังคม โดยเขาให้ความเห็นเกี่ยวกับเพศสภาพของ

³⁹ สมเด็จพระเจ้าพี่นางเธอ เจ้าฟ้ากัลยาณิวัฒนา กรมหลวงนราธิวาสราชนครินทร์, แม่เล่าให้ฟัง: พระราชประวัติสมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี พ.ศ. 2443-2481, พิมพ์ครั้งที่ 11, (เชียงใหม่: ชิลด์เวอร์ม, 2549), หน้า 25.

⁴⁰ อารียา ลินธู, "สตรีไทย จากวันวาน...ถึงวันนี้," ใน คุณหญิงแรม พรหมโบล บุญยประสพ เนติบัณฑิตหญิงคนแรก, (กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2551), หน้า 29.

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวว่าพระองค์ไม่ได้ทรงมีเพศสภาวะชายที่ชัดเจน ด้วยทรงมีลักษณะที่คล้ายผู้หญิงและยังแวดล้อมไปด้วยผู้ชายในทีร์โทฐานแทนข้าบาทบริจาริกา ซึ่งในอดีตนั้นการสะสมหญิงสาวเป็นการแสดงออกถึงเพศสภาวะของชายที่เป็นชั้นสูง ตรงข้ามกับชนชั้นสามัญที่เพศสภาวะไม่ได้มีความสำคัญมากเท่าสถานภาพทางสังคม⁴¹

ในขณะที่ชานันท์ ยอดหงษ์ ลดคุณค่าความสำคัญของเพศในสังคมไทยลงต่ำกว่าสถานภาพทางสังคม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธว่ากรณีที่เขาเข้ามาศึกษานั้นเป็นเพศของชนชั้นสูงในราชสำนักและสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวซึ่งเป็นชายที่มีอิทธิพลและบารมีสูงที่สุดในแผ่นดิน จึงยากที่จะมองภาพรวมการให้ความสนใจแก่เพศของสังคมไทยจากกรณีตัวอย่างดังกล่าวได้โดยชัดเจนเท่าที่ควรนัก ในขณะที่ สุรเชษฐ์ สุขลากกิจ มองเพศสภาพของบุคคลในสังคมไทยจากพื้นฐานของคำสอนในพุทธศาสนา ที่ถือว่าเพศเป็นเครื่องแสดงระดับบุญกรรมของบุคคล ซึ่งเขาเห็นว่ายังคงมีอิทธิพลต่อสังคมไทยจนกระทั่งพุทธศตวรรษที่ 25 ร่วมสมัยกับกรณีของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวข้างต้น โดย สุรเชษฐ์ สุขลากกิจ เห็นว่าบนพื้นฐานคำสอนของพุทธศาสนาแล้ว สตรีเพศถือเป็นเพศที่ต่ำต้อยที่สุดยิ่งเสียกว่ากะเทย หรือสัตว์ถูกต้อน ซึ่งในพุทธศาสนาเองถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการชดใช้บาปกรรมที่ได้กระทำในชาติปางก่อน เพราะสตรีเพศนั้น “ขาดซึ่งบุญสั่งสม นั่นคือเป็น “หินชาติ” ในชาติต่าง ๆ จึงแสดงบุคลิกลักษณะของผู้หญิงว่ามีความโง่เขลา, ใจแคบ และขี้อริยาโดยธรรมชาติ”⁴² ซึ่งเป็นแนวคิดที่อาจสะท้อนความเป็นจริงเกี่ยวกับความสำคัญของเพศสภาพในอดีตหรือแม้แต่ในปัจจุบันของสังคมไทยได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ แม้ในกรณีของชนชั้นสูง สภาวะที่ตรงข้ามกับ “ความดี” ของสตรีเพศในสังคมไทยก็ยังปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ดังเช่น กรณีที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตำหนิความวุ่นวายและความไม่รู้จักกาลเทศะของฝ่ายใน เมื่อเวลาที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จสวรรคต ซึ่งพระองค์ทรงเรียกฝ่ายในทั้งที่เป็นเจ้าจอมและลูกเธออย่างเหมารวมว่า “พวกผู้หญิง” และเมื่อสมเด็จพระศรีพัชรินทราบรมราชินีทรงมีลายพระหัตถ์ถึงพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทักท้วงการที่จะให้เจ้านายฝ่ายในถวายน้ำสรงมูรธาภิเษกในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกเนื่องจากพระองค์ทรงหวังจะ “ให้งานเปนสิริมงคลตลอดไป”⁴³

⁴¹ ชานันท์ ยอดหงษ์, “นายใน” สมัยรัชกาลที่ 6, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2556), หน้า 251.

⁴² สุรเชษฐ์ สุขลากกิจ, *ผู้เดียวเมียเดียว อาณานิคมครอบครัวยุคใหม่*, (กรุงเทพฯ: ศิลปวัฒนธรรม, 2561), หน้า 48-49.

⁴³ งาม วชิราวุธ, *ประวัติต้นรัชกาลที่ 6*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2559), หน้า 37-39, 53, 98.

5.2.1.1.2 อิทธิพลของคติความเชื่อทางศาสนาต่อการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทย

ในสังคมไทยนั้น ศาสนาเป็นสถาบันหลักของสังคมและเป็นบ่อเกิดสำคัญประการหนึ่งของขนบธรรมเนียมประเพณีไทย สุพัตรา สุภาพ กล่าวว่า “บุคคลเกิดมาในศาสนาใดก็มักจะนับถือศาสนานั้น และมีความประพฤติคล้าย ๆ กับบุคคลที่นับถือศาสนานั้น”⁴⁴ และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณค่าของพฤติกรรมเพศทางเลือกมักจะได้รับอิทธิพลจากคำสอนทางศาสนา โดยเฉพาะศาสนาที่มีความเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นเนื่องจากพฤติกรรมเพศทางเลือกนั้นเป็นทั้งเรื่องผิดธรรมชาติและฝ่าฝืนต่อการสมรสและความสัมพันธ์แบบชายและหญิงซึ่งเป็นพระประสงค์ของพระเจ้า ดังจะเห็นได้จากทั้งในพระคัมภีร์ไบเบิลของศาสนาคริสต์และคัมภีร์อัลกุรอานของศาสนาอิสลามต่างกล่าวถึงเหตุการณ์ที่พระเจ้าทรงทำลายล้างเมืองโสโดมจากความบาปของชาวเมืองในทำนองเดียวกันว่าเป็นเพราะชาวเมืองผู้ชายต้องการจะล่วงละเมิดทางเพศแก่ทูตสวรรค์ซึ่งจำแลงกายมาในรูปมนุษย์เพศชาย ไม่เพียงแต่ความเชื่อว่าพฤติกรรมเพศทางเลือกเป็นความบาปในศาสนาคริสต์และอิสลามเท่านั้น ศาสนาส่วนใหญ่มีทิศทางที่จะจัดให้พฤติกรรมเช่นเดียวกับเพศทางเลือกเป็นพฤติกรรมที่ “ผิดธรรมชาติ” “ไม่ศรัทธาในพระเจ้า” และ “ไม่บริสุทธิ์”⁴⁵ ในขณะที่ศาสนาซึ่งไม่มีบทบัญญัติเรื่องความบาปของพฤติกรรมเพศทางเลือกโดยตรง เช่น ศาสนาพุทธนิกายเถรวาท ซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติของประเทศไทย กะเทย หรือ บันเทิงเกย์ ถูกกล่าวถึงในพระไตรปิฎกในฐานะเป็นข้อห้ามไม่ให้บวช และการบัญญัติห้ามในพระวินัยปิฎก ห้ามภิกษุเสพเมถุน แม้เป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย อันเป็นผลจากข้อห้ามเรื่องการรักษาวรรณกรรมของสมณเพศ พฤติกรรมเพศทางเลือกก็ยังคงถูกมองว่าเป็นเรื่องของความ “ไม่สมบูรณ์” “น่าละอาย” และ “น่ารังเกียจ” อันเป็นผลจากบาปกรรมที่ได้ทำลงในชาติปางก่อน⁴⁶

การรับรู้ถึงเพศทางเลือกในสังคมไทยนั้นปรากฏอยู่ตั้งแต่ครั้งอดีตก่อนการเข้ามาของวัฒนธรรมทางเพศในโลกตะวันตก ย่อมเป็นกรณีชัดเจนอยู่ในตัวเองว่าภายใต้บริบทซึ่งขาดอิทธิพลโน้มนำจากภายนอก คำสอนทางศาสนาโดยเฉพาะศาสนาพุทธซึ่งมีอิทธิพลต่อสังคมและวัฒนธรรมไทยมาเป็นเวลาช้านานย่อมส่งผลต่อการรับรู้ถึงเพศของบุคคลโดยเฉพาะเพศทางเลือกใน

⁴⁴ สุพัตรา สุภาพ, สังคมและวัฒนธรรมไทย: ค่านิยม ครอบครั้ว ศาสนา ประเพณี, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2536), หน้า 76-77.

⁴⁵ Amy Adamczyk and Cassidy Pitt, "Shaping Attitudes about Homosexuality: The Role of Religion and Cultural Context," *Social Science Research* 38, no. 2 (2009): 339.

⁴⁶ ปิยลักษณ์ โพธิ์วรรณ, "คนข้ามเพศ: ตัวตน วัฒนธรรมย่อย และพื้นที่ทางสังคม," *ดำรงวิชาการ*, 10, 1 (2554): 111; นฤพนธ์ ดวงวิเศษ, "เพศและความเป็นชายในพุทธศาสนา: กับการควบคุม ภิกษุ สามเณร และบันเทิงเกย์," *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 12, 1 (2559): 9-13.

สังคมไทยอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ขณะที่พฤติกรรมประวัติดังกล่าวต่อเพศเดียวกันในความเชื่อของศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลามนั้น บุคคลซึ่งมีจิตใจเสนอหาต่อบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับตนย่อมเป็นการทำบาปและเป็นความผิดอันเนื่องมาจากพื้นฐานของทั้ง 2 ศาสนาที่มองว่ามนุษย์ถูกสร้างขึ้นโดยพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าให้มีเพียง 2 เพศเท่านั้น ตามธรรมชาติมนุษย์เพศชายจึงต้องสนใจในมนุษย์เพศหญิงและมนุษย์เพศหญิงย่อมต้องสนใจในตัวมนุษย์เพศชาย การที่มนุษย์กระทำการอันแตกต่างไปจากแบบแผนตามธรรมชาตินี้จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้โดยอำนาจบังคับภายในจิตใจของตนและเป็นเหตุให้บุคคลเพศทางเลือกเป็นเพียงรูปแบบของการกระทำซึ่งบุคคลอาจกลับใจหรือยุติไม่กระทำการอันเป็นบาปนั้นต่อไปและกลับเข้าสู่ครรลองธรรมในวิถีชีวิตแบบรักต่างเพศซึ่งพระเจ้าผู้เป็นเจ้าได้กำหนดเอาไว้แล้วได้ ตรงข้ามกับความเชื่อในพระพุทธศาสนาที่เชื่อว่าการที่บุคคลมีพฤติกรรมผิดเพี้ยนไปจากเพศกำเนิดของตนนั้นเป็นลักษณะเฉพาะตัวบุคคลซึ่งถูกขับเคลื่อนด้วยผลแห่งกรรมที่ทำลงในชาติปางก่อน การเป็นบุคคลเพศทางเลือกจึงมิใช่พฤติกรรมที่อยู่ภายใต้เจตจำนงของบุคคลดังเช่นในกรณีของศาสนาคริสต์และอิสลาม ด้วยเหตุดังกล่าว การเป็นบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของศาสนาพุทธนั้นแม้จะไม่ใช่ความผิดหรือความบาปแต่กลับถูกถือว่าเป็นสภาวะธรรมชาติของบุคคลเพศทางเลือกที่แม้กระทั่งตัวบุคคลนั้นเองก็ไม่อาจกลับใจหรือแก้ไขให้ถูกต้องได้ในชั่วชีวิตนี้ บริบททางสังคมและวัฒนธรรมไทยซึ่งอยู่บนพื้นฐานของคำสอนในศาสนาพุทธเป็นส่วนใหญ่จึงมีความสัมพันธ์โดยตรงกับทัศนะเชิงลบในรูปแบบความคิดสมเพศหรือเวทนาต่อเพศทางเลือกที่ซึ่งถูกรับรู้ว่าต่ำต้อยกว่าบุคคลทั่วไปโดยกำเนิดและเมื่อเพศทางเลือกนั้นมีลักษณะถาวรอันไม่อาจแก้ไขได้ในชาตินี้ สถานะที่ด้อยกว่าและไม่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคมไทยของบุคคลเพศทางเลือกจึงมีอยู่ในที่ลักษณะถาวรด้วยเช่นเดียวกัน

5.2.1.2 การยอมรับเพศทางเลือกในประเทศไทย

ในประเทศไทยนั้นปรากฏถึงหลักฐานของการยอมรับเพศทางเลือกมานับตั้งแต่ในอดีตซึ่งพบอยู่ทั้งในบริบทของสังคมและกฎหมาย ในหัวข้อนี้จึงจะได้กล่าวถึงการยอมรับพฤติกรรมเพศทางเลือกและบุคคลเพศทางเลือกในบริบทสังคมไทย (5.2.1.2.1) และการยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทย (5.2.1.2.2) โดยลำดับ

5.2.1.2.1 การยอมรับพฤติกรรมเพศทางเลือกและบุคคลเพศทางเลือกในบริบทสังคมไทย

ในสังคมไทยปรากฏหลักฐานที่แสดงว่าได้มีการรับรู้ถึงเพศทางเลือกมานับตั้งแต่ในอดีต ทั้งส่วนที่มีความเกี่ยวข้องกับรูปแบบของความประพฤติดังเพศที่แตกต่างจากวิถี

ธรรมชาติของชายกับหญิงที่เกิดขึ้นในราชสำนัก อาทิ การเล่นเพื่อนของหญิงชาววัง⁴⁷ และกรณีของกรมหลวงรักษรณเรศหรือหม่อมไกรสรกับเจ้าพวกละคร⁴⁸ แม้จะไม่ปรากฏว่าความรักกับบุคคลที่มีเพศสรีระเดียวกันกับตนเป็นเรื่องที่ผิดในตัวเองอย่างชัดเจนแต่ก็ไม่ใช่เรื่องที่จะได้รับการสนับสนุน อาทิ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวไม่ทรงสนับสนุนให้พระเจ้าลูกเธอฯ เล่นเพื่อนแต่ทรงสนับสนุนให้ “มีผัว”⁴⁹ ในขณะที่พฤติกรรมของกรมหลวงรักษรณเรศหรือหม่อมไกรสรแม้จะถูกยกขึ้นมากล่าวถึงในภายหลังอีกหลายครั้งในทำนองที่ไม่ดี แต่ก็มิได้เจาะจงว่าหมายถึงพฤติกรรมที่มีสัมพันธ์กับพวกละคร เนื่องจากกรมหลวงรักษรณเรศหรือหม่อมไกรสรเคยแสดงตนเป็นศัตรูต่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวอย่างชัดเจนและทั้ง 2 เกือบชกกัน “เหมือนขมิ้นกับปูน”⁵⁰ จนปรากฏว่ามีการกล่าวตำหนิกรมหลวงรักษรณเรศหรือหม่อมไกรสรต่าง ๆ นานาในรัชกาลต่อ ๆ มา อาทิ “เปนชาติเวรต่อพระเดชพระคุณมาแต่ก่อน”⁵¹ และ “เป็นคนใจพาลสันดานหยาบ ประพฤติชั่วต่าง ๆ เป็นอันมาก เป็นปฏิปักษ์ออกหน้าตรง ๆ กับทุลกระหม่อม...”⁵²

ในการศึกษาของ Busakorn Suriyasarn พบว่า ในปัจจุบันแม้จะมีการยอมรับบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังมิได้รับการยอมรับ “อย่างเต็มที่” เนื่องจากสังคมไทยยังคงขาดความเข้าใจและยังคงมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศอยู่⁵³ การยอมรับบุคคลเพศทางเลือกตลอดจนพฤติกรรมเพศทางเลือกในสังคมไทยจึงเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ได้รับการศึกษาอย่างแพร่หลาย การศึกษาของ บังอร เทพเทียน ได้แสดงให้เห็นถึงความเข้มแข็งของการยึดถือความสัมพันธ์แบบรักต่างเพศเป็นหลักของสังคมไทย ซึ่งระบบความหมายในเรื่องเพศที่ปรากฏในสังคมไทยสามารถสร้างกลไกควบคุมในเรื่องเพศต่อเพศทางเลือกได้อย่างแยบยล ในรูปแบบการควบคุมตัวตนของตนเอง ที่ไม่เพียงแต่เป็นเหตุให้บุคคลเพศ

⁴⁷ ศันสนีย์ วีระศิลป์ชัย, “สี่แผ่นดิน” กับเรื่องจริงในราชสำนักสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2554), หน้า 94.

⁴⁸ กรมศิลปากร, พระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 3 ของ เจ้าพระยาทิพากรวงศ์มหาโกษาธิบดี, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2538), หน้า 131-132.

⁴⁹ ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394-2404, หน้า 191.

⁵⁰ วรชาติ มีชูบท, เบื้องลึก เบื้องหลัง ในพระราชบันทึกเรื่อง “ประวัติต้นรัชกาลที่ 6”, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มติชน, 2559), หน้า 378-387.

⁵¹ ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394-2404, หน้า 271.

⁵² พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระราชวิจารณ์ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่อง พระราชพงศาวดารพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก่ไขการปกครองแผ่นดิน และ พระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระราชทานพระเจ้าลูกยาเธอ, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล สหประชาพาณิชย์, 2532), หน้า 70.

⁵³ Busakorn Suriyasarn, *Gender Identity and Sexual Orientation in Thailand* (Bangkok: International Labor Organization, 2014), pp. 40-41.

ทางเลือกคล้ายตามสังคมโดยการควบคุม ปกปิด ซ่อนเร้นสิ่งที่เป็นและความต้องการของตนเท่านั้น หากแต่ยังทำให้บุคคลเพศทางเลือกเห็นว่าสิ่งที่ตนเป็นนั้นน่าอับอายและผิดปกติเมื่อเทียบกับความสัมพันธ์แบบรักต่างเพศ⁵⁴ ในทำนองเดียวกันกับ ปิยลักษณ์ โพธิ์วรรณ ที่เห็นว่าการยอมรับระบบเพศแบบ 2 เพศตามสรีระธรรมชาติของมนุษย์ผลักดันให้บุคคลเพศทางเลือกกลายเป็นชายขอบหรือส่วนด้อยของสังคมไทยซึ่งไม่อาจได้รับสิทธิที่เท่าเทียมได้ การยอมรับบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยจึงเป็นกรณีเฉพาะตัวบุคคลบนพื้นฐานปัจจัยด้านต่าง ๆ เฉพาะตัวบุคคลเพศทางเลือกคนนั้น ๆ บ่อยครั้งที่ภาพของความพยายามในการยอมรับเพศทางเลือกมักเกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการรังเกียจและกีดกัน ความพยายามในการสร้างความเสมอภาคและการยอมรับเพศทางเลือกในสังคมไทยจึงเป็นเพียงมายาคติเท่านั้น⁵⁵ ในขณะที่การศึกษาบางชิ้นได้ศึกษาถึงกลายในรายละเอียดไปถึงระดับการยอมรับที่แตกต่างกันของสังคมไทยบนพื้นฐานความแตกต่างในระหว่างบุคคลเพศทางเลือกด้วยกันเอง โดย อาทิตย์ พงษ์พานิช ได้ศึกษาถึงระดับการยอมรับของสังคมไทยที่แตกต่างกันในระหว่าง “ภาพยนตร์กะเทย” และ “ภาพยนตร์เกย์” ที่ภาพยนตร์กะเทยมีแนวโน้มได้รับความนิยมมากกว่าภาพยนตร์เกย์ ซึ่งอาจมีความสอดคล้องกับลักษณะของเกย์ที่เป็นชายซึ่งมีความสัมพันธ์กับชายด้วยกันโดยไม่สละภาพลักษณ์ของความเป็นชายทิ้งไปอันเป็นการสั่นคลอนระบบเพศแบบ 2 ขั้วในสังคมไทยมากกว่ากะเทยที่มักจะมีกิริยาอาการกระตุงกระตึ่งและแต่งกายเลียนแบบเพศหญิง⁵⁶

ในบริบทด้านสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยเป็นหนึ่งในรัฐภาคีขององค์การสหประชาชาติและได้ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ทำให้มีผลผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาตลอดจนข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ ด้านสิทธิมนุษยชน ในปัจจุบันประเทศไทยได้จัดทำและประกาศใช้แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมาแล้วจำนวน 4 ฉบับ เพื่อเป็นแนวทางที่จะช่วยให้องค์กรเครือข่ายสิทธิมนุษยชนนำไปใช้ปฏิบัติในการส่งเสริม ปกป้อง ค้ำครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ประชาชน เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสิทธิอันจะพึงได้รับในแต่ละเรื่องอย่างเท่าเทียมกันอย่างสอดคล้องกับแนวทางการจัดทำแผนสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับปัจจุบันได้แก่แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2565) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2563 กำหนดแผนด้านสิทธิมนุษยชน

⁵⁴ บังอร เทพเทียน, "วิถีชีวิตของคนรักเพศเดียวกัน," *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม*, 32, 2 (2556): 75-76.

⁵⁵ ปิยลักษณ์ โพธิ์วรรณ, "คนข้ามเพศ: ตัวตน วัฒนธรรมย่อย และพื้นที่ทางสังคม," 100-101.

⁵⁶ อาทิตย์ พงษ์พานิช, "ไม่ได้ขอให้มารัก: กะเทยกับความเชื่อทางพุทธเถรวาทในภาพยนตร์ไทย," *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม*, 20, 2 (2556): 114-115.

ออกเป็น 10 ด้าน ครอบคลุมเป้าหมาย 12 กลุ่ม อันเป็นการให้ความสำคัญกับประเด็นในมิติต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มเปราะบางที่เสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

ในด้านที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกนั้น แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2565) ได้กำหนดแผนสิทธิมนุษยชนสำหรับกลุ่มความหลากหลายทางเพศไว้เป็นกรณีเฉพาะและกำหนดยุทธศาสตร์บนพื้นฐานข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาในภาพรวมของประเทศไทยเพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติทางเพศในเรื่องต่าง ๆ แก่บุคคลเพศทางเลือกอันเป็นการต่อยอดจากแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561) ที่ได้กำหนดแผนสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศบนพื้นฐานสภาพปัญหาที่สังคมไทยยังคงขาดความรู้ความเข้าใจในตัวตนและวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกที่สะท้อนผ่านความเชื่อและอคติต่าง ๆ ในสังคมไทย เป็นเหตุให้บุคคลกลุ่มดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงและการถูกปฏิบัติต่ออย่างมีอคติ ส่งผลให้บุคคลเพศทางเลือกขาดโอกาสที่จะได้พัฒนาตนเองอย่างมีศักดิ์ศรีและมีโอกาสเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม ซึ่งจากการประเมินผลสัมฤทธิ์ในการดำเนินการตามแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561) ด้านสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าวนั้น แม้ว่ารัฐจะสามารถบรรลุมาตรการที่ได้กำหนดไว้ในแผนโดยเฉพาะการออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อสร้างความเข้าใจในตัวตนและวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือก แต่ยังคงปรากฏสภาพปัญหาในด้านเศรษฐกิจและสังคมโดยเฉพาะความเหลื่อมล้ำด้านโอกาสทางเศรษฐกิจของบุคคลเพศทางเลือกอันนำไปสู่การกำหนดข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกลุ่มความหลากหลายทางเพศ 6 ประการในแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2565) ดังต่อไปนี้กล่าวคือ

1. ดูแลติดตามให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะกฎหมายฉบับใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกลุ่มเปราะบาง อาทิ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ควรจัดทำคู่มือและแนวปฏิบัติรองรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่เน้นการให้ความรู้แก่บุคลากรในภาคส่วนราชการและเอกชนเพื่อการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

2. เร่งดำเนินการให้ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกลุ่มเปราะบางมีผลใช้บังคับ เช่น ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เป็นต้น ซึ่งจะส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มความหลากหลายทางเพศมีความครอบคลุมและรัดกุมยิ่งขึ้น

3. ส่งเสริมภาคธุรกิจให้มีส่วนร่วมในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มเป้าหมายดังกล่าวโดยออกมาตรการสร้างแรงจูงใจ ส่งเสริมแรงจูงใจเพื่อให้มีการจ้างกลุ่มเป้าหมาย

อย่างเท่าเทียม ขจัดนโยบายภายในองค์กรที่เป็นการแบ่งแยกในเรื่องเพศ อาทิ ข้อจำกัดด้านการแต่งกาย การมีเครื่องแบบที่เป็นกลาง (Unisex) การมีกลไกการร้องเรียนภายในองค์กรภาคเอกชนเมื่อมีการถูกละเมิดที่สะดวกและไม่มีขั้นตอนซับซ้อน

4. ดำเนินมาตรการอย่างต่อเนื่องที่ช่วยส่งเสริมเจตคติของคนในสังคมให้มีความเข้าใจและยอมรับในการมีอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเพศสภาพ อาทิ การจัดการติตราในด้านเพศด้วยสีหรือของเล่นในเด็กปฐมวัย เพื่อขจัดการตีกรอบความคิดของเด็กในด้านเพศ การเผยแพร่สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศทุกปี

5. สำนักงานประกันสังคมจะต้องพิจารณาการให้สิทธิประโยชน์แก่กลุ่มคนข้ามเพศให้เหมาะสมสอดคล้องกับมาตรฐานสวัสดิการของทุกระบบในประเทศไทย

6. สนับสนุนการเข้าถึงสวัสดิการสังคม การดูแลและการตรวจรักษาของกลุ่มคนข้ามเพศ เช่น สิทธิในการลาแปลงเพศ การดูแลรักษาหลังการข้ามเพศ สิทธิในการตรวจดูแลช่องคลอดเทียม เป็นต้น

5.2.1.2.2 การยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทย

ในปัจจุบัน สังคมไทยเริ่มยอมรับว่าแม้เพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลจะไม่สอดคล้องกับเพศสรีระโดยกำเนิดแต่ก็ไม่ใช่ว่าเรื่องของอาการผิดปกติหรือเป็นเรื่องที่ผิดธรรมชาติ ดังเช่นในอดีต ในระบบกฎหมายไทยจึงได้ยอมรับเพศของบุคคลในความหมายที่อยู่บนพื้นฐานของจิตใจในระดับหนึ่ง แม้ว่าสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน และไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเนื่องจากความแตกต่างของเพศ ความแตกต่างของบุคคลเพศทางเลือกจะมีได้ถูกบัญญัติไว้โดยชัดเจน แต่ก็ได้รับความคุ้มครองโดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ที่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ไม่ได้หมายความว่าความถึงเฉพาะความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงซึ่งเป็นการพิจารณาจากร่างกายภายนอกบนพื้นฐานของเพศสรีระเท่านั้น ทว่า การที่บุคคลมีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศสรีระโดยกำเนิด ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นเดียวกันในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของความแตกต่างในเรื่องเพศ⁵⁷

⁵⁷ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 22-23; สมชาย ปรีชาศิลปกุล, บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ, 2556), หน้า 41-42; Busakorn Suriyasarn, *Gender Identity and Sexual Orientation in Thailand*, pp. 20-21.

ในขณะที่ความคุ้มครองต่อบุคคลเพศทางเลือกในด้านเพศสภาพและเพศวิถีในระบบกฎหมายไทยมีความชัดเจนเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ด้วยการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของบุคคลได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งหลักการของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้มุ่งให้ความคุ้มครองในปริมณฑลที่กว้างขวางแก่บุคคลทุก ๆ เพศ ไม่ได้มุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะแต่เพียงเพศชายและเพศหญิงที่อยู่ในกรอบของเพศสรีระตามกำเนิดของบุคคลเท่านั้น อันเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 เช่นเดียวกัน⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็นเสมือนกฎหมายหนึ่งอันเป็นจุดเปลี่ยนของการยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายซึ่งก่อนหน้านี้เพศทางเลือกได้รับการยอมรับในระดับที่จำกัด หากแต่ภายหลังจากที่สภาวะทางเพศซึ่งไม่ตรงกับเพศกำเนิดของตนเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้เป็นเหตุให้เกิดพัฒนาการด้านการยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยอย่างแพร่หลายดังจะเห็นได้จากการเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ดังกล่าวข้างต้น การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนพระทำชำเราตามมาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญา ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงบุคคลโดยไม่จำกัดเพศสรีระ⁵⁹ รวมตลอดถึงความพยายามในการยกร่างกฎหมายรับรองความเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกทั้งในรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่ออนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้

5.2.2 อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศและความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย

ความคิดที่ว่ามนุษย์มีความเท่าเทียมกันโดยปราศจากการคำนึงถึงปัจจัยด้านเพศนั้น ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานานแล้ว ส่วนสำคัญประการหนึ่งเป็นผลจากการรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศและความหลากหลายทางเพศจากโลกภายนอก ที่มีกระแสการพัฒนาขึ้นเป็นระยะเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย นับแต่การรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส

⁵⁸ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24 วันพฤหัสบดีที่ 13 พฤศจิกายน 2557, หน้า 113, 118; Angkhana Neelapajit, Short Gender Equity and SOGIE Rights in Thailand: Lessons-Learned from National Human Rights Commission of Thailand, p. 4.

⁵⁹ ศุทธิณี อยู่สวัสดิ์, "สาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 27: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานข่มขืนพระทำชำเรา", วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, 12, 2 (2562): 56.

และครอบครัวสมัยใหม่เข้าสู่ระบบกฎหมายไทยผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (5.2.2.1) ซึ่งเป็นการยุติบทบาทของภริยาในฐานะเบี้ยล่างหรือทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามี และอิทธิพลของการเรียกร้องสิทธิสตรีและสิทธิความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย (5.2.2.2) ซึ่งนำไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศชายกับหญิงและเพศทางเลือกในบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในเวลาต่อมา

5.2.2.1 การรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวสมัยใหม่เข้าสู่ระบบกฎหมายไทยผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จุดเริ่มต้นที่ความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศจากโลกภายนอกได้เข้าสู่ประเทศไทยนั้นอยู่ที่การรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวสมัยใหม่เข้าสู่ระบบกฎหมายไทยผ่านการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสามารถศึกษาเปรียบเทียบจากระบบการสมรสและครอบครัวในประเทศไทยก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (5.2.2.1.1) ร่วมกับการผสมระบบผัวเดียวเมียเดียวและแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย (5.2.2.1.2) ซึ่งจะช่วยให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงสถานะทางเพศของบุคคลในระบบกฎหมายไทยได้อย่างชัดเจน

5.2.2.1.1 ระบบการสมรสและครอบครัวในประเทศไทยก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในสังคมไทย การสมรสเป็นการเริ่มต้นชีวิตครอบครัว เป็นการผูกสัมพันธ์ทั้งระหว่างตัวคู่บ่าวสาวเองและครอบครัวของพวกเขาเข้าด้วยกัน การสมรสระหว่างชายกับหญิงในสังคมไทยดั้งเดิมจึงเป็นเรื่องที่เรียบง่ายและขึ้นอยู่กับความสมัครใจของทั้งตัวคู่บ่าวสาวและครอบครัวของทั้ง 2 ฝ่าย⁶⁰ การสมรสในสังคมไทยจึงมุ่งเน้นไปที่การก่อสร้างครอบครัวขึ้นใหม่ ดังจะเห็นจากบทพระราชนิพนธ์เสภาเรื่องขุนช้างขุนแผน ที่มีบางตอนเป็นการบรรยายถึงความเกี่ยวพันระหว่างการสมรสและก่อสร้างครอบครัวของสามัญชนชาวไทยในอดีตว่า

“...ศรีประจันได้ฟังทางหัวเราะ จำเพาะจะมาอ้อมค้อมว่า
เราก็เป็นเพื่อนบ้านกันนานมา ลูกข้าข้าจะหวงไว้ทำไม
ถึงยากจนอย่างไรก็ไม่ว่า แต่พัวรัดหลังมาจะยกให้
อุตส่าห์ทำมาหากินไป รู้ทำรู้ได้ด้วยง่ายตาย

⁶⁰ สุพิศวง ธรรมพินทา, พื้นฐานวัฒนธรรมไทย, (กรุงเทพฯ: ดี.ดี. บุ๊คส์, 2532), หน้า 174-175.

ถึงเงินทองเป็นของพ่อแม่ให้ ไม่รู้รักษาไว้ก็ฉิบหาย
 ตูจะขอลามความท่นายาย ลูกขายนั่นดีถาอย่างไร
 ไม่เล่นเบี้ยกินเหล้าเมากัญชา ผื่นผามันสุมบ้างถาไม
 จะสูงต่ำดำขาวสักคราวใคร ตูยังไม่เห็นแก่ตาว่าตามจริงฯ
 ครานั้นตาสนกับตาเสา อีกทั้งยายเฒ่าและยายมิ่ง
 ว่านานไปท่นจะได้ฟัง ลูกทองประศรีดียิ่งนะคนนี้...”⁶¹

ในขณะที่การสมรสในสังคมไทยยังคงเป็นรูปแบบพหุภริยา ก็ถือว่าความยินยอมพร้อมใจของผู้จะเป็นสามีภริยาและบิดามารดาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการครองชีวิตสมรส แม้ในชนชั้นสูงซึ่งมีภริยามากขึ้นตามอำนาจาสนา ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งประเพณีไทยในขณะนั้นนิยมการถวายตัวบุตรหลานที่เป็นหญิงให้เป็นข้าบาทบริจาริกาขององค์พระมหากษัตริย์ พระองค์ก็ทรงอนุญาตให้ข้าราชการฝ่ายในเหล่านั้นที่ไม่สมควรรับราชการสนองพระเดชพระคุณทูลลาออกจากราชการได้โดยทรงให้เหตุผลว่า “ด้วยบัดนี้ไม่ได้ทรงหวงแหนท่านผู้ใดผู้หนึ่งไว้ในราชการ ด้วยการข่มเหงกักขังดอก ทรงพระกรุณาชุบเลี้ยงตามสมควร”⁶² ทั้งยังทรงห้ามการข่มเหงฉุดคร่าหญิงเพื่อมาถวายเจ้านายหรือผู้มีบุญวาสนาอื่นโดยเด็ดขาด และหากบิดามารดาหญิงร้องทุกข์ว่าถูกบังคับจึงยอมให้บุตรมาถวายพระองค์ ๆ ก็ทรงเสียค่าทำขวัญให้ และหากหญิงอยู่กับผู้อื่นที่ไม่ใช่พระองค์ ๆ ก็ทรงเร่งรัดให้คืนตัวให้⁶³

ความสัมพันธ์ของครอบครัวกับสังคมไทยในฐานะที่ครอบครัวเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการสมรสจึงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างไม่อาจแบ่งแยกได้ ซึ่งอาจพบให้เห็นได้จากวัฒนธรรมประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและการก่อตั้งครอบครัว อาทิ การที่หญิงซึ่งยังไม่ได้สมรสจะต้องรักษานวลสงวนตัว การที่บุตรเขยต้องอยู่อาศัยในบ้านของภริยาและทำงานให้แก่พ่อและแม่ของภริยาภายหลังการสมรส⁶⁴ ล้วนเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับหน้าที่ทางสังคมอันเชื่อมโยงกับเพศสภาพของคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งความสัมพันธ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสังคมของการสมรสและครอบครัวในสังคมไทยนั้นปรากฏให้เห็นได้ทั้งในครั้งบุพกาลที่ระบบการปกครองและเศรษฐกิจของชุมชนยังคงยึด

⁶¹ เสภาเรื่องขุนช้างขุนแผน, เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: เพชรกระรต์, 2554), หน้า 176.

⁶² โปรดดู “ประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เจ้าจอมอยู่จนกราบถวายบังคมลาออกได้ แล้วด้วยเจ้าจอมมารดาแลหม่อมห้ามที่มีหม่อมเจ้ามีผิว,” ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394–2404, หน้า 295–296.

⁶³ โปรดดู “ประกาศเรื่องพระยาพิพิธฤทธิเดช ผู้สำเร็จราชการเมืองตราด ส่งหญิงเข้ามาถวาย 3 คน,” ใน ibid., หน้า 322.

⁶⁴ ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 124–125, 131.

โยงอยู่กับครอบครัวในลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างผู้อาวุโสกับลูกหลาน⁶⁵ และเมื่อเวลาที่สังคมไทยก้าวเข้าสู่ระบบศักดินา การสมรสและครอบครัวยังคงมีบทบาทสำคัญต่อการปกครองและระบบเศรษฐกิจของสังคมไทยอยู่ต่อไปในฐานะเครื่องประกันความอยู่รอดของชนชั้นปกครองผ่านการสมรสและการให้กำเนิดทายาทที่มีลักษณะการเชื่อมโยงเครือข่ายทางการเมืองเพื่อความมั่นคงของราชบัลลังก์⁶⁶ ในขณะที่การแบ่งปันผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจะขึ้นอยู่กับสายสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นสำคัญโดยเฉพาะในชนชั้นปกครองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดิน⁶⁷ นอกจากนี้ ครอบครัวไทยยังมีความสามารถในการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันและการพึ่งพาตนเอง ซึ่งเป็นลักษณะอันโดดเด่นของครอบครัวไทยที่สามารถพบได้นับตั้งแต่อดีต อาทิ การพึ่งพาตนเองของครอบครัวชาวอีสาน ที่ปรากฏว่าชาวอีสานมักจะให้ความช่วยเหลือพี่น้องญาติมิตรของตนเสมอในยามอดอยาก โดยชาวนาจะเตรียมผลผลิตสำรองไว้เพื่อความต้องการในยามฉุกเฉินตามแต่ความสามารถจะทำได้เสมอจนกลายเป็นประเพณี⁶⁸

5.2.2.1.2 การผสานระบบฟัวเดียวเมียเดียวและแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเข้าสู่ระบบกฎหมายไทย

ผลของสนธิสัญญาเบาว์ริงที่สยามทำกับประเทศอังกฤษในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนำไปสู่การเปิดประเทศเป็นเหตุให้สยามรับเอาความคิดแบบตะวันตกเข้าสู่พระราชอาณาจักรทั้งในด้านเศรษฐกิจ การค้า และการปกครอง การติดต่อค้าขายซึ่งนำไปสู่การหลั่งไหลเข้ามาของชาวตะวันตกนำไปสู่ปัญหาเรื่องอำนาจของกฎหมายสยามที่มีเหนือตัวบุคคลในบังคับต่างชาตินั้นที่ในสภาวะซึ่งสยามปกครองโดยจารีตประเพณีและพระราชกำหนดกฎหมายอันมีมาแต่ดึกดำบรรพ์ที่ในสายตาของชาวต่างชาติแล้วเป็นเรื่องที่ล้าหลังและป่าเถื่อน นำไปสู่ข้อกำหนดในสนธิสัญญาเบาว์ริงเองตลอดจนสนธิสัญญาฉบับหลัง ๆ ที่สยามทำกับประเทศตะวันตกในเวลาต่อมาให้บุคคลในบังคับต่างประเทศไม่ต้องตกอยู่ในอำนาจของกฎหมายสยามหากแต่เป็นกฎหมายสัญชาติหรือชาติที่ตนอยู่ในบังคับหากบุคคลเหล่านั้นตกเป็นจำเลยในคดี

การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นผลส่วนหนึ่งของความพยายามในการปฏิรูประบบกฎหมายโดยการจัดทำประมวลกฎหมายที่ทันสมัยกว่าพระราชกำหนดกฎหมายเดิมเพื่อที่จะยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตดังกล่าวข้างต้น และความพยายามที่จะเอา

⁶⁵ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, เศรษฐกิจหมู่บ้านไทยในอดีต, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: เลิฟแอนด์ลิฟเพรส, 2550), หน้า 2-3.

⁶⁶ Tamara Loos, Subject Siam: Family Law, and Colonial Modernity in Thailand (Chiang Mai: Silkworm Books, 2006), pp. 110-117.

⁶⁷ ไพรอดู “ประกาศร่างพระราชหัตถเลขาเรื่องพระราชทานนาพระเจ้าลูกเธอ,” ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394-2404, หน้า 447-448.

⁶⁸ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และ พรพิไล เลิศวิชา, วัฒนธรรมหมู่บ้านไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2541), หน้า 79.

อย่างอารยะประเทศนำไปสู่การซึมซับเอาความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเข้าสู่สังคมและระบบกฎหมายไทยเป็นครั้งแรกผ่านระบบฟัวเดียวเมียเดียวในกฎหมายครอบครัวซึ่งถูกจัดทำขึ้นเพื่อใช้แทนที่จารีตประเพณีตลอดจนกฎหมายลักษณะฟัวเมียที่มีอยู่แต่เดิมซึ่งรองรับวัฒนธรรมที่ชายไทยสามารถมีเมียได้หลายคนไม่จำกัดตามแต่ฐานะของชายผู้เป็นสามี อันเป็นการผลักดันระบบฟัวเดียวเมียเดียวซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงที่ได้รับการยอมรับในโลกตะวันตกเข้าสู่สังคมและวัฒนธรรมชายเป็นใหญ่ของไทย ผ่านการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการผานกรอบความคิดที่ว่าชายกับหญิงเท่าเทียมกันเข้ากับสังคมดั้งเดิมที่มีพื้นฐานความคิดเกี่ยวกับระดับชั้นทางเพศซึ่งฝังลึกและยังได้รับการสนับสนุนจากคำสอนในศาสนาพุทธเกี่ยวกับบุญและความสามารถของชายที่ผู้เกิดเป็นหญิงไม่อาจจะเท่าเทียมได้ไม่ว่าโดยประการใดในชาติภพนี้ ซึ่งความพยายามดังกล่าวส่งผลต่อระบบกฎหมายไทยอย่างน้อยใน 2 ระดับ กล่าวคือ ในระดับแรกความขัดแย้งระหว่างพื้นฐานแนวคิดของระบบฟัวเดียวเมียเดียวของและระบบฟัวเดียวหลายเมียเป็นเหตุให้การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ล่าช้าออกไปอีกเป็นระยะเวลาหลายสิบปีซึ่งส่งผลต่อการคงอยู่ของปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในพระราชอาณาจักร และความพยายามในการประนีประนอมระหว่างระบบฟัวเดียวเมียเดียวกับบริบทของสังคมไทยนำไปสู่ระบบฟัวเดียวเมียเดียวในเชิงรูปแบบ กล่าวคือ เป็นระบบฟัวเดียวเมียเดียวเฉพาะในมิติของการจดทะเบียนสมรสเท่านั้นและเป็นเหตุให้ระบบกฎหมายไทยถูกออกแบบมาเพื่อรองรับการที่ชายไทยจะมีเมียหลายคนอีกด้วย

ในด้านความล่าช้าของการปฏิรูปกฎหมายซึ่งเริ่มดำเนินการมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ปรากฏว่าประเด็นปัญหาที่ว่าชายไทยจะสามารถมีภริยาได้กี่คนนั้นถูกโต้เถียงมาตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องจากในสายตาของชนชั้นนำสยามระบบฟัวเดียวเมียเดียวยังเป็นประเด็นขัดแย้งในลักษณะของการชั่งน้ำหนักระหว่างความคุ้มค่าที่สยามจะได้รับจากความสำเร็จสมบูรณ์ของการปฏิรูปกฎหมายซึ่งจะนำไปสู่การยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับการปฏิรูปฐานสังคมไทยในระดับรากเหง้าโดยเฉพาะครอบครัวที่เป็นพื้นฐานแห่งอำนาจของชนชั้นปกครองของสยามในขณะนั้นและแม้จะค่อนข้างเป็นที่ชัดเจนว่าชนชั้นนำของสยามในขณะนั้นมีแนวทางแก้ไขปัญหาความขัดแย้งผ่านความพยายามที่จะยกร่างกฎหมายและพิจารณาภายในกลุ่มชนชั้นนำเองซึ่งกระบวนการที่ประกอบไปด้วยวัฏจักรของข้อเสนอจากทั้งที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศและชนชั้นนำชาวสยามที่เกี่ยวข้องซึ่งมีทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับระบบฟัวเดียวเมียเดียวและลงเอยด้วยการชะลอการตัดสินใจหรือชะลอการบังคับใช้ร่างกฎหมายที่ทำสำเร็จแล้วออกไปอย่างไม่มี

กำหนดมีความสัมพันธ์กับความล่าช้าของการได้รับอิสระภาพในทางศาลของประเทศไทยอย่างไม่อาจปฏิเสธได้⁶⁹

ในด้านลักษณะผิวเดียวเมียวเดียวเชิงรูปแบบในระบบกฎหมายไทยนั้น เป็นผลของการผสมผสานความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเข้าสู่สังคมและระบบกฎหมายไทยใน ลักษณะของการประนีประนอมระหว่างความเสมอภาคและศักดิ์ศรีของหญิงซึ่งจะอยู่ในฐานะของเมีย ตามกฎหมายของชายกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของไทยในขณะนั้นที่มีการมีเมียหลายคนไม่ใช่ เป็นเรื่องผิดปกติและไม่ได้เป็นบาป แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จะอนุญาตให้ ชายมีภรรยาได้เพียงคนเดียว แต่เนื้อแท้ของกฎหมายก็ได้มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงระบบ ครอบครัวของไทยเท่าใดนักด้วยเหตุผลอย่างน้อยสามประการ กล่าวคือ ประเทศไทยไม่มีกฎหมาย กำหนดโทษแก่พฤติกรรมพหุภรรยา การกำหนดเหตุหย่าให้สามารถหย่ากันได้เฉพาะในกรณีที่ภริยามีชู้ เท่านั้น การยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุตรนอกสมรส การไม่กำหนดให้การมีเมียหลายคนเป็น ความผิดตามกฎหมายไทยนั้นส่งผลให้การพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนภริยาของชายไทยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนจากกันอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ การมีเมีย และการจดทะเบียนเมีย โดยเหตุที่การมีเมียมากกว่า 1 คนนั้นไม่เป็นเรื่องต้องห้ามในระบบกฎหมายด้วยไม่มีกฎหมายกำหนดโทษ จึงเป็นเหตุให้โดยปริยาย แล้วจะอ้างว่ากฎหมายไทยนั้นห้ามการมีเมียมากกว่า 1 คนมิได้ และด้วยเหตุที่ระบบผิวเดียวเมียวเดียว ถูกเลือกโดยที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2476 ด้วยคะแนนเสียง 77 เสียง ต่อ 19 เสียง เป็นมติของที่ประชุม “ให้จดทะเบียนภริยาได้คนเดียว”⁷⁰ จึงเป็นการประนีประนอมระหว่าง การมีเมียหลายคนในความเป็นจริงกับเมียตามกฎหมายที่ได้รับการจดทะเบียนซึ่งมีได้เพียง 1 คนบน พื้นฐานของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงดังเช่นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ

ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยยกย่องความเสมอภาคระหว่างชายและ หญิงผ่านการกำหนดให้ชายสามารถจดทะเบียนภริยาได้คนเดียวและในขณะเดียวกัน “ไม่ห้าม” การที่ ชายไทยจะมีภริยาที่มีได้จดทะเบียนสมรสซึ่งนอกจากจะสะท้อนออกมาในลักษณะของการไม่ปรากฏ บทกำหนดโทษแก่พฤติกรรมพหุภรรยาเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ซึ่งประกาศใช้ครั้งแรกใน พ.ศ. 2477 ยังไม่กำหนดให้หญิงสามารถฟ้องหย่าได้เพราะเหตุที่ชายมี ความสัมพันธ์กับหญิงอื่นหรือยกย่องหญิงอื่นในฐานะภริยา⁷¹ ในขณะเดียวกันบุตรที่เกิดแต่หญิงซึ่งมิได้ เป็นภริยาชายอาจเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นหากในภายหลังบิดามารดาสมรสกัน หรือ

⁶⁹ Tamara Loos, *Subject Siam: Family Law, and Colonial Modernity in Thailand*, pp. 110-117; สุรเชษฐ์ สุขลากิจ, *ผิวเดียวเมียวเดียว อาณานิคมครอบครัวในสยาม*, หน้า 150-168.

⁷⁰ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 8 (สมัยสามัญ สมัยที่สอง) วันจันทร์ที่ 22 มกราคม 2476, หน้า 339.

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1500 (เดิม).

บิดาจดทะเบียนว่าเป็นบุตร และศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร⁷² อันเป็นการสะท้อนระบบผัวเดียวหลายเมียในความเป็นจริงซึ่งได้รับการยอมรับโดยปริยายในระบบกฎหมายและถูกซ่อนอยู่ภายใต้ผิวหน้าของระบบผัวเดียวเมียเดียวที่ได้รับการยอมรับโดยการจดทะเบียนอีกชั้นหนึ่งอันมีลักษณะของการประนีประนอมระหว่างคุณค่า ประโยชน์ ตลอดจนกรอบความคิดที่เป็นพื้นฐานของระบบครอบครัวทั้ง 2 รูปแบบ อันได้แก่ ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงและจารีตประเพณีดั้งเดิมของสังคมไทยอย่างแบบยล

5.2.2.2 อิทธิพลของการเรียกร้องสิทธิสตรีและสิทธิความหลากหลายทางเพศต่อระบบกฎหมายไทย

ความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคบนพื้นฐานด้านเพศนั้นมีได้เข้าสู่ระบบกฎหมายไทยเพียงครั้งเดียวจากการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ทว่า กระแสการเปลี่ยนแปลงสำคัญในความคิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นบนโลกได้เผยแพร่เข้าสู่ประเทศไทยเป็นระยะในรูปแบบของการเรียกร้องสิทธิสตรีและสิทธิความหลากหลายทางเพศ ซึ่งในทุกครั้งที่แนวคิดใหม่เกี่ยวกับเพศในโลกหลังไหลเข้าสู่ประเทศไทยก็ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงต่อบริบทกฎหมายของประเทศไทยอย่างมหาศาล โดยอาจแบ่งพัฒนาการเกี่ยวกับเพศรูปแบบใหม่ที่ส่งผลต่อระบบกฎหมายไทยออกเป็น 2 ระยะ กล่าวคือ กระแสการปลดปล่อยสตรีและผลต่อความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง (5.2.2.2.1) และพัฒนาการของสิทธิความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์ (5.2.2.2.2)

5.2.2.2.1 กระแสการปลดปล่อยสตรีและผลต่อความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง

หลังจากการอภิวัดณ์เปลี่ยนแปลงการปกครองโดยคณะราษฎรใน พ.ศ. 2475 ความเสมอภาคที่จะรับรองให้ราษฎรมีสืสิทธิเสมอภาคกันมิให้มิชนชั้นอภิสิทธิ์เหนือผู้อื่น และการศึกษาที่จะให้ราษฎรได้รับการศึกษาอย่างทั่วถึง เป็นหลักการสำคัญ 2 ใน 6 ประการของคณะราษฎรซึ่งในเวลาต่อมาสะท้อนปรากฏในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งได้รับรองความเสมอภาคในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของชายและหญิง ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นฉบับถาวรยังได้รับประกันการให้การศึกษาแก่ประชาชนชาวไทยทั้งปวง โดยมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 บัญญัติเอาระดับการศึกษาของ

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1526 (เดิม).

ราษฎรเป็นเกณฑ์หนึ่งในการกำหนดประเภทสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยกำหนดให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 2 ประเภทจนกว่าราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะมีการศึกษาถึงระดับประถม สามัญมากกว่าครึ่งหนึ่งของประชากรผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมด และไม่เพียงแต่ด้านการศึกษาขั้นมูลฐาน ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองโรงเรียนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรมได้ถูกโอนไปสังกัดเป็น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองใน พ.ศ. 2477 ซึ่งมีรูปแบบการเรียนการสอนในลักษณะของ ตลาดวิชาที่เปิดโอกาสให้สตรีได้เข้ารับการศึกษาวิชายกฎหมายในระดับสูงได้ตามใจปรารถนาโดยมิ จำต้องขึ้นอยู่กับวงศ์ตระกูลหรือยศศักดิ์ของผู้เป็นบิดาดังเช่นในอดีต เป็นเหตุให้การเรียนการศึกษาทั้ง ในระดับเบื้องต้นและระดับสูงมิใช่เรื่องของชายเท่านั้นอีกต่อไป ส่งผลให้ระหว่าง พ.ศ. 2477 - พ.ศ. 2480 มีธรรมศาสตร์บัณฑิตที่เป็นหญิง จำนวน 8 คน ในขณะที่ผู้สำเร็จการศึกษาชั้นเนติบัณฑิตจาก โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรมในระหว่าง พ.ศ. 2448 - พ.ศ. 2476 มีเพียง 2 คนเท่านั้นที่เป็น สตรี⁷³ ผลสำคัญยิ่งต่อสังคมไทยของการยกระดับการศึกษาของสตรีให้เท่าเทียมกับบุรุษภายหลังการ เปลี่ยนแปลงการปกครองคือการเปิดกว้างให้สตรีได้มีความรู้ในระดับสูงพอที่จะมีโอกาสปฏิบัติหน้าที่ การงานตลอดจนดำรงบทบาททางการเมืองการปกครองได้อย่างเท่าเทียมกับบุรุษ และแม้จะปรากฏ ว่าตำแหน่งหน้าที่ราชการจำนวนมากที่ไม่เปิดช่องให้สตรีเข้าปฏิบัติหน้าที่ได้ แต่ก็อาจเป็นปัจจัยหนึ่ง อันนำไปสู่การเกิดขึ้นของความพยายามในการเรียกร้องสิทธิสตรีเพื่อยกระดับวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของ สตรีที่ยังคงด้อยกว่าบุรุษในสังคมไทยให้ดียิ่งกว่าที่เป็นอยู่เดิมในอดีต ซึ่งความก้าวหน้าในสิทธิเสมอ ภาคและการศึกษาของสตรีก็ได้ส่งสมอย่างค่อยเป็นค่อยไปจนกระทั่งเริ่มผลิดอกออกผลให้เห็นปรากฏ ชัดในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีสตรีที่สำเร็จการศึกษาทางกฎหมายและการเมืองจำนวน 80 คน รวมกันก่อตั้ง “คณะเนติบัณฑิตและธรรมศาสตร์บัณฑิตหญิง” ดำเนินกิจกรรมบริการประชาชน ทางด้านกฎหมายและเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิสตรีโดยสมาชิกที่ประกอบด้วยสตรีทั้งหมดขึ้นเป็นครั้งแรก ใน พ.ศ. 2490⁷⁴

โครงสร้างทางกฎหมายภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเปิดช่อง ให้สตรีมีโอกาสได้ใช้ชีวิตในสังคมอย่างเท่าเทียมกับบุรุษหลายประการ ทั้งในด้านความเสมอภาคใน การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและการศึกษาที่ได้รับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แม้ว่าความคิด เกี่ยวกับความเท่าเทียมระหว่างชายกับหญิงในสังคมไทยภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญจะมีได้ แพร่หลายในทันทีรวมทั้งยังปรากฏข้อจำกัดด้านสังคมชายเป็นใหญ่อยู่ แต่กระนั้นก็ได้เป็นการ วางรากฐานให้แก่การพัฒนาของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงที่จะเกิดขึ้นในเวลาต่อ ๆ มา

⁷³ สุขสรณ์ แดงภักดี, "ความคาดหวังของสังคมต่อสตรีไทยในสมัยสร้างชาติ พ.ศ. 2481-2487" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 24-27.

⁷⁴ Ibid., หน้า 188.

โดยเฉพาะความสำเร็จของขบวนการเรียกร้องประชาธิปไตยของนิสิตนักศึกษาใน พ.ศ. 2516 ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตลอดจนสถานะของสตรีในสังคมได้ถูกหยิบยกขึ้นมาโต้เถียงอย่างกว้างขวาง⁷⁵ ประกอบกับในห้วงเวลาดังกล่าวกระแสการปลดปล่อยสตรี ซึ่งมุ่งต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของสังคมและระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชายเป็นใหญ่ได้รับการหยิบยกขึ้นมาถกเถียงและเรียกร้องในโลกตะวันตกได้สะท้อนเข้ามาสู่สถานิติบัญญัติแห่งชาติใน พ.ศ. 2517 ระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่เป็นผลของการเรียกร้องประชาธิปไตยและสิทธิเสรีภาพใน พ.ศ. 2516 โดยประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสมอภาคระหว่างชายและหญิงซึ่งมีแนวคิดมาจากหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และภายใต้หลักการเดียวกันกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่ได้รับการยอมรับโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมุ่งคุ้มครองสตรีจากความไม่เสมอภาคในสิทธิตามกฎหมายครอบครัวและมรดก⁷⁶ ซึ่งนายหยุด แสงอุทัย (กรรมการ) หยิบยกขึ้นแสดงในที่ประชุมสถานิติบัญญัติแห่งชาติว่าส่วนสำคัญที่เกี่ยวกับสามีภริยาคือสามีไม่มีอำนาจเหนือภริยาอีกต่อไปแล้ว โดยสามีภริยามีอำนาจเท่ากันอย่างยุติธรรมเพราะเหตุว่าทั้งคู่ต่างเป็นมนุษย์เหมือนกันเพียงแต่มาสมรสกันเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่ทำให้สตรีกับบุรุษมีสิทธิเท่าเทียมกันซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับสามีภริยา จึงควรกำหนดเวลาไว้ในบทเฉพาะกาล 2 ปี เพื่อให้รัฐบาลไปจัดเตรียมการที่จะทำให้กฎหมายเหล่านั้นเสมอภาคต่อไป⁷⁷

แม้ว่าการยกระดับชีวิตของหญิงให้เท่าเทียมกับบุรุษในความเป็นจริงของสังคมจะเป็นบทบาทที่โดดเด่นของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁸ และเป้าหมายของการขับเคลื่อนเรียกร้องสิทธิเสมอภาคของสตรีในสังคมไทยจะเป็นไปเพื่อปลดปล่อยสตรีจากสังคมและระบบกฎหมายแบบชายเป็นใหญ่ซึ่งก็สอดคล้องกับกระแสหลักของโลกในห้วงระยะเวลาเดียวกันนั้น ทว่า ความคาดหวังของสตรีไทยที่เป็นสมาชิกสถานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้นกลับอยู่ในระดับที่จำกัด โดยมีได้คาดหวังว่าการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศลงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะสามารถช่วยยกระดับชีวิตของหญิงไทยให้เท่าเทียมกับชายได้ในความเป็นจริงเท่าที่ควร หากแต่ยังคงถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบแห่ง

⁷⁵ ดวงหทัย บุรณเจริญกิจ, แนวคิดสตรีนิยมและขบวนการทางสังคมของผู้หญิงในประเทศไทย: วิเคราะห์ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ข้อถกเถียงและยุทธศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท, 2560), หน้า 6.

⁷⁶ Monica Bhattacharya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 921.

⁷⁷ รายงานการประชุมสถานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 613.

⁷⁸ Monica Bhattacharya, "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law," 927.

จารีตประเพณีดั้งเดิมที่ว่าหญิงต้องเป็นแม่บ้านแม่เรือนซึ่งสามารถแยกออกจากสถานะที่เท่าเทียมกันของชายและหญิงในระบบกฎหมายได้ ดังที่นางจันทน์ สันตะบุตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้อภิปรายถึงสถานะทางสังคมของหญิงไทยว่าผู้หญิงนั้นต้องตกอยู่ในกรอบของขนบธรรมเนียมประเพณี โดยเรื่องขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นแยกจากกฎหมายเป็นอีกส่วนหนึ่ง และแม้ว่าจะให้สิทธิหญิงเท่าเทียมกับชายก็ตาม ผู้หญิงก็ยังคงต้องมีหน้าที่ดูแลครอบครัว ให้ความสุขกับครอบครัว ผู้หญิงก็ต้องหุงหาอาหารให้ผู้ชายรับประทานอยู่ดี จึงควรที่จะให้หญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันกับชายในทางกฎหมายบ้างเป็นอย่างน้อย⁷⁹

คำอภิปรายของนางจันทน์ สันตะบุตร เน้นย้ำธรรมชาติและลักษณะอันประณีประนอมของระบบกฎหมายและสังคมไทยกับหลักการในโลกตะวันตกซึ่งแม้จะไม่ส่งผลให้เกิดความบิดเบี้ยวของหลักการดังกล่าวโดยตรงแต่ก็มักจะเป็นเหตุให้หลักการซึ่งโดดเด่นและประสบความสำเร็จอย่างดีเยี่ยมในการแก้ไขปัญหาสังคมของโลกตะวันตกนั้นไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรนักในสังคมไทย หลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการประณีประนอมระหว่างคุณค่า 2 ประการอันได้แก่หลักความเสมอภาคซึ่งมุ่งแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชายกับหญิงที่เกิดขึ้นจริงในสังคมกับบทบาทที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงในสังคมซึ่งถูกสะท้อนผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายครอบครัว โดยปัญหาความเหลื่อมล้ำจากระบบกฎหมายครอบครัวเป็นสถานการณ์หนึ่งที่ซึ่งหลักความเสมอภาคมุ่งแก้ไขในระดับเบื้องต้นเท่านั้น มิใช่ว่าเมื่อมีการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำระหว่างชายและหญิงในบริบทกฎหมายครอบครัวแล้วจะเป็นเหตุให้การกิจของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศหมดสิ้นลง และหากพิจารณาถึงประเด็นที่ได้รับการถกเถียงในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบว่าแม้เป้าหมายหลักของการยกร่างหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะอยู่ที่ความพยายามในการแก้ไขสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งยังคงเหลื่อมล้ำอยู่ระหว่างชายกับหญิงแต่ก็มีการให้ความสำคัญกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสามีและภริยาอยู่ไม่น้อย⁸⁰ ผลของการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงลงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงนำไปสู่การชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว โดยยกเลิกความเหลื่อมล้ำในสถานะและสิทธิที่สามีเคยมีเหนือภริยาตามกฎหมายครอบครัวของไทยมาอย่างยาวนานและกำหนดให้สามีและภริยามีสถานะในครอบครัวตลอดจนสิทธิหน้าที่เท่าเทียมกันเป็นผลสำเร็จใน พ.ศ. 2519 ในที่สุด

⁷⁹ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 622.

⁸⁰ Ibid., หน้า 613-628.

5.2.2.2 พัฒนาการของสิทธิความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายไทย ภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์

ในขณะที่รูปแบบครอบครัวในสังคมและระบบกฎหมายไทยจะมีพัฒนาการในมิติด้านความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงอย่างเป็นลำดับนับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นผลของหลักความเสมอภาค ตลอดจนพัฒนาการด้านการศึกษาที่เปิดโอกาสให้หญิงได้มีสถานะในสังคมเท่าเทียมกับชายอันนำไปสู่การเกิดขึ้นของหลักความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และการชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในด้านของเพศทางเลือกนั้นแทบจะไม่ปรากฏพัฒนาการด้านสังคมหรือกฎหมายในลักษณะที่คู่ขนานกันไปนอกเสียจากการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่มาตรา 242 แห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นความผิด และมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาใน พ.ศ. 2499 โดยไม่ปรากฏว่าการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญาที่ประกาศใช้ใหม่อีกต่อไป อันถือได้ว่าเป็นการยกเลิกความผิดเกี่ยวกับพฤติกรรมรักร่วมเพศซึ่งส่งผลให้อุปสรรคอันสำคัญด้านกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหมดสิ้นลง แต่กระนั้นแม้ว่าบุคคลเพศทางเลือกจะสามารถใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมไทยได้อย่างมีต้องเกรงกลัวต่อการตกเป็นผู้กระทำผิดกฎหมาย ทว่า บุคคลเพศทางเลือกต้องตกอยู่ในสถานะที่ “ไร้ตัวตน” “ไม่มีสิทธิ” และ “นอกกฎหมาย” เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตและตัวตนของบุคคลเพศทางเลือก ตลอดจนไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รับรองว่าวิถีชีวิตและตัวตนของบุคคลเพศทางเลือกนั้นอยู่ในสถานะที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปอยู่ต่อมาอีกเป็นระยะเวลาหลายสิบปีดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ตอนหนึ่งว่า

“ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวไม่เพียงแต่สะท้อนให้เห็นถึงนิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายในอดีตที่ผูกพันอยู่กับกรอบความคิดที่ว่าเพศของบุคคลมีเพียง 2 เพศคือชายกับหญิงตามเพศสรีระที่ถือกำเนิดมาเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการสะท้อนสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยในอดีตได้อย่างดีอีกด้วย กรอบความคิดดังกล่าวไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะผลแห่งคำพิพากษาคดีที่บุคคลเพศทางเลือกเป็นคู่ความเท่านั้น หากแต่ยังส่งอิทธิพลไปยังกฎหมายอื่นโดยเฉพาะการใช้และตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคล ดังความหมายของ

“หญิง” ในองค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเราที่เดิมหมายถึงเพศของบุคคลธรรมดาซึ่งถือตามสภาพที่กำเนิดมาและเป็นเพศที่คลอดบุตรได้ไม่ใช่แปลงเพศจากชายเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ตลอดจนบุคคลซึ่งจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ต้องเป็นชายเท่านั้น ด้วยองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำประการแรก คือ การกระทำชำเราซึ่งผู้ถูกกระทำเป็นหญิง เหตุนี้จึงต้องเป็นชายกระทำต่อหญิง การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายด้วยกันย่อมไม่เป็นความผิดฐานนี้⁸¹

ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ในระบบกฎหมายไม่ได้เป็นเรื่องของเนื้อหาแห่งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่ขาดหายไปเป็นเหตุให้กฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงเสียทีเดียวแต่เป็นเรื่องที่ไม่มีความหมายกำหนดไว้ จริงอยู่ที่ศาลไม่อาจปฏิเสธจะพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเหตุที่ว่าไม่อาจหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับแก้คดีได้ ตลอดจนมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก้คดีตามลำดับ ทว่า การที่ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิบุคคลที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมากลับส่งผลให้ไม่เกิดการใช้นิติวิธีที่จะปรับบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามลำดับ แต่เป็นไปในลักษณะการตัดสิทธิของบุคคลเนื่องจากการที่ไม่มีกฎหมายที่จะใช้แก้คดีนั้นเสีย อิทธิพลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ยังสะท้อนให้เห็นในการปฏิบัติราชการเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวซึ่งไม่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ การเทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ในการปฏิเสธการใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการของบุตรหลานข้าราชการที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์เทียมในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ใช้บังคับในประเทศไทย ด้วยเหตุที่ไม่อาจถือได้ว่าเด็กซึ่งเกิดจากเทคนิคการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันตามกฎหมายและไม่อาจใช้หลักกฎหมายอื่นมาปรับใช้แก้คดีได้เนื่องจากกรณีนี้เป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองไว้⁸² อันเป็นการเน้นย้ำความคิดที่ว่าเพศและครอบครัวรูปแบบใหม่ที่ไม่สอดคล้องกับขนบธรรมเนียมและกฎหมายที่มีอยู่นั้นขาดสิทธิหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเนื่องจากเป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองซึ่งสามารถแยกออกจากกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อย่างชัดเจน

⁸¹ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 734. ในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ให้เป็นความผิดที่มีจำเพาะว่าต้องกระทำต่อหญิงเท่านั้น.

⁸² หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/ ว 26 ลงวันที่ 3 มีนาคม 2543 เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร.

ขณะที่บุคคลเพศทางเลือกต้องตกอยู่ในสภาวะสุญญากาศทางกฎหมายอยู่เป็นระยะเวลาหลายสิบปีนั้น กระแสโลกาภิวัตน์ซึ่งเกิดขึ้นพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีสารสนเทศโดยเฉพาะการเกิดขึ้นของระบบอินเทอร์เน็ตในช่วงทศวรรษที่ 1990 นำไปสู่การหลอมรวมเป็นหนึ่งเดียวของประชาคมโลก โดยเฉพาะการแพร่หลายทางความคิดที่เป็นผลจากการทำลายขีดจำกัดของการติดต่อสื่อสาร ก่อให้เกิดสภาวะที่ความคิดเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันในสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกสามารถแพร่กระจายจากซีกโลกหนึ่งไปยังอีกซีกโลกหนึ่งได้อย่างอย่างรวดเร็ว ปรากฏการณ์ดังกล่าวนำไปสู่พัฒนาการของความเสมอภาคในสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกในลักษณะที่ชัดเจนมากขึ้นในประเทศไทย ทั้งในรูปแบบของการปฏิเสธที่จะยินยอมต่อสภาวะไร้อำนาจทางกฎหมายและตอบโต้เมื่อถูกละเมิดโดยการต่อสู้ทั้งด้านการดำเนินการทางกฎหมายและการขับเคลื่อนทางสังคมเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าว ในด้านการดำเนินการทางกฎหมายนั้นส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในนิติวิธีที่ผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายเคยใช้ต่อบุคคลเพศทางเลือกในรูปแบบของการไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิในสถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือกไปสู่ความพยายามในการปรับใช้หลักการแห่งรัฐธรรมนูญต่อจนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นซึ่งมีลักษณะทั่วไปแก่กรณีของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งแสดงให้เห็นผลอย่างน้อย 2 ประการอันเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับการเปลี่ยนแปลงกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศทางเลือกในระบบกฎหมาย คือการที่ตัวตนของบุคคลเพศทางเลือกนั้นได้รับการยอมรับจากผู้มีอำนาจใช้และตีความกฎหมายโดยเฉพาะฝ่ายตุลาการ ซึ่งผลของการยอมรับดังกล่าวทำให้ฝ่ายตุลาการเลี้ยงที่จะไม่ปฏิเสธสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกโดยการหยิบยกสภาวะที่ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิขึ้นมาตัดฟ้องเสียได้ ๑ และนำไปสู่ผลประการที่ 2 คือฝ่ายตุลาการเลือกที่จะปรับใช้หลักการหรือกฎหมายที่มีอยู่อันมีลักษณะทั่วไป อาทิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นหลักทั่วไปในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกซึ่งไม่มีหลักการหรือกฎหมายบัญญัติสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกไว้อย่างชัดเจนโดยตรง⁸³ อันเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาหลักกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกที่สำคัญประการหนึ่งในระบบกฎหมายไทย

ในการขับเคลื่อนทางสังคมเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลเพศทางเลือกนั้น สะท้อนให้ปรากฏทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับที่ต่ำศักดิ์กว่า ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏความพยายามอย่างยิ่งของกลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกที่จะเรียกร้องให้ระบุข้อความซึ่งสะท้อนถึงบุคคลเพศทางเลือกไว้อย่างชัดเจน อาทิ ความพยายามในการเพิ่มเติมถ้อยคำ “บุคคลที่มีความหลากหลายทาง

⁸³ อารยา สุขสม, “รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ”, 112-113; สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 วันที่ 13 กันยายน 2554”, 136.

เพศ” เพิ่มเติมจาก “ชายและหญิง” ในบทบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ขณะมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อให้หลักความเสมอภาคครอบคลุมทั้ง “บุคคลรักเพศเดียวกัน” อาทิ หญิงรักหญิง ชายรักชาย และ บุคคลรัก 2 เพศ “บุคคลที่มีสองเพศแต่กำเนิด” อันได้แก่ บุคคลที่มีอวัยวะเพศกำวมจนไม่อาจกำหนดเพศชายหรือหญิงได้ “บุคคลที่มีบทบาทเป็นหญิงชายทางสังคมแตกต่างจากเพศสรีระตามกำเนิด” อาทิ กะเทย สาวประเภท 2 และ “บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ” ที่แม้ว่าจะไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากความไม่ชัดเจนของการนิยามลักษณะทางเพศในสังคมที่หลากหลายและความยากลำบากในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แต่กระนั้นหลักการดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับนำมาบันทึกไว้เป็นเจตนารมณ์ของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยถือว่าความแตกต่างด้านเพศของบุคคลอันเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นย่อมหมายความรวมถึงเพศของบุคคลในมิติอื่น ๆ นอกจากเพศสรีระที่มีเพียงชายกับหญิงอันเป็นเหตุให้ “เพศ” ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นหมายความรวมถึงความหลากหลายทางเพศในสังคมหรือบุคคลเพศทางเลือกด้วย⁸⁴

ความพยายามในการบรรจุเพศทางเลือกลงในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นความพยายามครั้งสำคัญในการทำลายข้อจำกัดด้านเพศของบุคคลในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้กฎหมายสูงสุดมีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมไทย โดยเฉพาะเมื่อบทบาทหลักของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศนั้นคือการก่อให้เกิดสภาพบังคับที่จะทำให้รัฐต้องปฏิบัติตามเพื่อให้บุคคลทุกคนในสังคมไทยมีสิทธิเท่าเทียมกันโดยปราศจากความแตกต่างทางด้านเพศอย่างแท้จริง การบรรจุความหลากหลายทางเพศไม่จำกัดเฉพาะชายกับหญิงลงในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงสามารถชี้แนะรัฐให้ปรับโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อสรรค์สร้างสังคมที่พร้อมสำหรับทุกเพศโดยเฉพาะ ขณะที่ผลของการต่อสู้ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสภาร่างรัฐธรรมนูญออกมาในทิศทางการยอมรับหลักการที่ว่าเพศในรัฐธรรมนูญได้จำกัดเฉพาะชายกับหญิงในลักษณะข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่มีบทบาทในเชิงตั้งรับมากกว่าหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มีลักษณะเชิงรุกสามารถแสดงถึงลักษณะการประนีประนอมระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมในสภารัตถะแห่งรัฐธรรมนูญเอง

ลักษณะประนีประนอมในการแสวงหาความชัดเจนในบทบัญญัติหลักความเสมอภาคที่เกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกนั้นไม่เพียงแต่จะปรากฏในหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เท่านั้น ภายหลังการปฏิวัติรัฐประหารใน พ.ศ.

⁸⁴ อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ", 108-109.

2557 ส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ล้นสุดลง ความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญกลับมาเป็นเวทีแห่งการต่อสู้เพื่อสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกอีกครั้ง โดยครั้งนี้เกิดขึ้นจากด้านของรัฐธรรมนูญเองเมื่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญอันมี ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ เป็นประธาน ได้บรรจุข้อความ “เพศสภาพ” เป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งข้อความดังกล่าวถูกคัดค้านจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเนื่องจากเห็นว่าเป็นการไม่จำเป็นเพราะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้คุ้มครองครอบคลุมเรื่องดังกล่าวอยู่แล้วโดยมีจำต้องบัญญัติถึงเพศสภาพในรัฐธรรมนูญไว้ให้ชัดเจนอีก ในเวลาต่อมาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ผ่านความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีผลบังคับใช้ไม่ได้บัญญัติถึงเพศสภาพไว้อย่างชัดเจนแต่ก็ยังคงเนื้อหาของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไว้แม้จะไม่มีมีการเผยแพร่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างเป็นทางการเช่นในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁸⁵ ซึ่ง อารยา สุขสม เห็นว่าเป็นความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลเพศทางเลือกตามรัฐธรรมนูญนั้นตามหลักการอันปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ต้องผ่านการใช้และตีความเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกัน⁸⁶

หลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ แม้ความคิดที่ว่าบุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปจะได้รับการยอมรับในระดับที่ไม่ถึงขั้นถูกนำมาบัญญัติให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวก็ถูกเน้นย้ำให้ชัดเจนเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ การขับเคลื่อนร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในประเทศไทยเป็นอีกปรากฏการณ์หนึ่งซึ่งสะท้อนความชัดเจนและอิทธิพลของหลักความเสมอภาคภายใต้บริบทการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่แม้จะไม่ปรากฏให้เห็นเป็นตัวอักษรอยู่ ณ มาตรการใดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเลย แต่หลักการดังกล่าวกลับนำไปสู่การเกิดขึ้นของการยกร่างพระราชบัญญัติลักษณะดังกล่าวตั้งแต่ฉบับแรกใน พ.ศ. 2556 ที่มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรียกร้องให้มนุษย์ทุกคนสมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายโดยปราศจากสาเหตุความแตกต่างหลากหลายทางเพศ แต่กลับไม่มีกฎหมายรับรองสถานะความสัมพันธ์ของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกทั้งที่ปรากฏว่ามีบุคคลเพศทาง

⁸⁵ UNDP & APTN, การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ สำนักงานประเทศไทย, 2560), หน้า 25-26; อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ," 110.

⁸⁶ อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ," 111.

เลือกใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยา⁸⁷ และแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตจะได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายในทันทีแต่กลับผ่านการยกร่างขึ้นใหม่จำนวนหลายครั้งในระยะเวลาหลายปี แต่กระนั้นก็ได้ทำให้หลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนพื้นฐานของเพศที่มีความหลากหลายซึ่งอยู่เบื้องหลังร่างพระราชบัญญัตินั้นเสื่อมคุณค่าหรือเป็นการแสดงถึงบทบาทที่ไม่ชัดเจนของเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ประการใด ในทางตรงข้ามการขับเคลื่อนเพื่อให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในประเทศไทยที่กินระยะเวลายาวนานหลายปีกลับเป็นการเน้นย้ำคุณค่าของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศซึ่งมีความหมายกว้างขวางกว่าความแตกต่างระหว่างเพศชายและหญิงให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นดังจะเห็นได้จากที่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้นแม้จะไม่ได้บัญญัติข้อความถึงตัวบุคคลเพศทางเลือกโดยตรงถูกนำมาเป็นเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองสิทธิเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหลายฉบับทั้งร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตฉบับที่ถูกยกกร่างขึ้นขณะที่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับและร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต ตลอดจนร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ที่ถูกยกกร่างขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นผลบังคับใช้ไปแล้ว

5.3 การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทสังคมและระบบกฎหมายของประเทศไทย

การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทสังคมและระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นมุ่งศึกษาถึงความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย (5.3.1) ซึ่งเป็นการหาจุดสมดุลระหว่างจุดแข็งและจุดอ่อนของหลักความเสมอภาคในส่วนซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทยและนำไปสู่ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย (5.3.2) อันแสดงให้เห็นถึงแนวคิดในการดึงหลักความเสมอภาคที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาปรับใช้กับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

⁸⁷ สรุปผลการประชุม คณะอนุกรรมการด้านกฎหมายในคณะกรรมการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุและผู้พิการ สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 7 วันพฤหัสบดีที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 203 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

5.3.1 ความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย

การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทยนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทย โดยมีข้อพิจารณาสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ ความสอดคล้องระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (5.3.1.1) และข้อท้าทายของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย (5.3.1.2)

5.3.1.1 ความสอดคล้องระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การพิจารณาถึงความเหมาะสมของหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทยนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความสอดคล้องระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก อันประกอบไปด้วยสาระสำคัญสามส่วนด้วยกัน กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (5.3.1.1.1) บทบาทที่แตกต่างกันของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ (5.3.1.1.2) ตลอดจนความสอดคล้องของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (5.3.1.1.3)

5.3.1.1.1 สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นมีด้วยกันทั้งสิ้นสามประการ กล่าวคือ

1) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

ขณะที่สิทธิในครอบครัวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2492 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเพิ่งจะได้รับการนำมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รวมกับสิทธิในครอบครัวที่ได้มีการบัญญัติมาก่อนโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) ที่มีความหมายสอดคล้องกับปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ข้อ 12⁸⁸ ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น โดยถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองและจะล่วงละเมิดมิได้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะที่ครอบคลุมหลายเรื่อง อาทิ สิทธิในความเป็นส่วนตัวทางด้านทรัพย์สิน และสิทธิในความเป็นส่วนตัวทางการติดต่อสื่อสารหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้านข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยังครอบคลุมถึงสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงของบุคคลด้วย⁸⁹

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เห็นได้ชัดเจนว่ามีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสิทธิในครอบครัวซึ่งได้รับการนำมาบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ในฐานะของส่วนขยายความคุ้มครองที่เดิมให้ความคุ้มครองเฉพาะ “ครอบครัว” ให้ครอบคลุมถึงคุณค่าอื่นของมนุษย์ อันได้แก่ “เกียรติยศ หรือชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว”⁹⁰ ซึ่งภายใต้บริบทของหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว Jaunius Gumbis, Vytaute Bacianskaite & Jurgita Randakeviciute เห็นว่าสิทธิใน “ความเป็นอยู่ส่วนตัว” หรือ “ความเป็นส่วนตัว” (Private Life, Privacy) ในกรณีดังกล่าวนี้จึงควรที่จะมุ่งหมายถึงสิทธิที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอกไม่ว่าจะโดยองค์กรรัฐหรือโดยปัจเจกบุคคลใดก็ตามอันเป็นการกระจายความหมายของ “ความเป็นอยู่ส่วนตัว” หรือ “ความเป็นส่วนตัว” ที่มีลักษณะนามธรรมและคลุมเครือให้เป็นรูปธรรมภายใต้เงื่อนไขสภาวะการดำรงชีวิตที่แท้จริงของมนุษย์⁹¹ ซึ่งสอดคล้องกับ ทิพาพร นะมาตร์ ที่สรุปว่า “ความเป็นอยู่ส่วนตัว” นั้นหมายถึง

⁸⁸ ข้อ 12 ของปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 บัญญัติว่า “บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือจะถูกละเมิดซึ่งเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่อการแทรกแซงหรือการละเมิดดังกล่าว” ซึ่งมีเนื้อหาเช่นเดียวกับข้อ 17 (1). ของ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้และจะถูกกลบหลู่เกียรติยศและชื่อเสียงโดยมิชอบด้วยกฎหมายมิได้”.

⁸⁹ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 27.

⁹⁰ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 22/2534 วันที่ 26 สิงหาคม 2534, หน้า 347.

⁹¹ Vytaute Bacianskaite & Jurgita Randakeviciute Jaunius Gumbis, "Do Human Rights Guarantee Autonomy?," *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 62/63, no. 1 (2011): 78, 84.

การแสดงออกซึ่งบุคลิกภาพหรือความเป็นตัวตนของบุคคล การปกครองตนเอง ความสามารถในการกำหนดข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง และความเจียบสงบ⁹²

ด้วยเหตุดังกล่าวบทบาทสำคัญของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวภายใต้บริบทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงควรมีเป้าหมายไปในทิศทางของการปฏิเสธอำนาจครอบงำจากภายนอกตัวปัจเจกบุคคล กล่าวคือ แม้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจะเป็นการยอมรับตัวตนของบุคคลแต่ในขณะเดียวกันสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวก็มิได้นำไปสู่ภาระหน้าที่แก่รัฐในลักษณะของการส่งเสริมตัวตนของปัจเจกบุคคลหรือการสนับสนุนให้ปัจเจกบุคคลนั้นสามารถพัฒนาตัวตนของตนเองได้อย่างเต็มที่ ภายใต้บริบทนี้ ด้านหนึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงมีความสอดคล้องกับวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกอย่างมากโดยเฉพาะด้านการใช้ชีวิตร่วมกันที่ซึ่งครั้งหนึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเคยเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่ในสังคมไทยอันเนื่องมาจากภูมิหลังทางด้านศาสนาและวัฒนธรรมประเพณีที่ยังคงมีอิทธิพลต่อความเชื่อและมุมมองของคนในสังคมไทยอยู่ เป็นเหตุให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวสามารถที่จะประกันและให้ความคุ้มครองปริมณฑลซึ่งบุคคลเพศทางเลือกสามารถใช้ชีวิตร่วมกันได้อย่างสงบสุขปราศจากการแทรกแซงโดยสิ่งแวดล้อมภายนอก ทว่าในอีกด้านหนึ่งนั้นเมื่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะเชิงตั้งรับ กล่าวโดยเฉพาะคือ อำนาจเรียกร้องซึ่งเกิดจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นอยู่ในลักษณะของการปฏิเสธมิให้รัฐหรือปัจเจกบุคคลเข้ามาล่วงล้ำวัตถุแห่งสิทธิอันได้แก่ตัวตนและวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือก เป็นเหตุให้ภาระหน้าที่ของรัฐหรือปัจเจกบุคคลภายนอกตัวผู้ทรงสิทธินั้นมีลักษณะของการงดเว้นที่จะกระทำการแทรกแซงอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยิ่งไปกว่าภาระหน้าที่ที่กระทำการเพื่อสนับสนุนหรือส่งเสริมให้ตัวตนหรือวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกสามารถบรรลุถึงเจตจำนงที่ได้ตั้งเอาไว้และเป็นเหตุให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งแม้จะมีลักษณะเหมาะสมสอดคล้องกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในเรื่องสิทธิที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในระดับพื้นฐานจะไม่ถูกล่วงละเมิดแต่ในขณะเดียวกันจะไม่สามารถแสดงบทบาทเด่นชัดในการยกระดับวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกด้านอื่น ๆ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการยกยอการดำรงตัวว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ที่ข้อ 6 ของหลักการดังกล่าวได้บัญญัติยืนยันถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลของบุคคลเพศทางเลือกโดยมุ่งเน้น

⁹² ทิพาพร นมะมาตร, "สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2551), หน้า 16-17.

ความคุ้มครองไปที่การเรียกร้องให้รัฐยกเลิกความผิดอาญาที่กำหนดโทษแก่การมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นสำคัญ⁹³

2) สิทธิในครอบครัว

เป็นที่น่าสังเกตว่านับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิในครอบครัวของบุคคลขึ้นเป็นครั้งแรกในมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัวย่อมได้รับความคุ้มครอง” และมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเดียวกันยังได้กำหนดให้ “ความสัมพันธ์ในครอบครัว” เป็นหนึ่งในเหตุที่จะจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรและในการประกอบอาชีพได้ ทว่า กลับไม่ปรากฏบทนิยามความหมายของคำว่า “ครอบครัว” ไว้ ณ ที่แห่งใดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเลย ความหมายของ “ครอบครัว” ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญนี้ย่อมก่อให้เกิดความสับสนได้อยู่มากเนื่องจากครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่ปกติแล้วลักษณะและความหมายย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอตามสภาวะของสังคม อาทิ ความเปลี่ยนแปลงในความหมายของครอบครัวซึ่งสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบของครอบครัวจากครอบครัวขยายที่ประกอบไปด้วยสมาชิกหลายรุ่นและหลายช่วงวัยอาศัยอยู่ด้วยกันในสังคมเกษตรกรรมไปสู่ครอบครัวเดี่ยวที่ประกอบไปด้วยสมาชิกเพียง 2 รุ่นภายใต้สภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันหรือการเกิดขึ้นของครอบครัวพ่อเลี้ยงเดี่ยวหรือแม่เลี้ยงเดี่ยว ตลอดจนครอบครัวเพศทางเลือก ซึ่งหากจะได้พิจารณาจากการอภิปรายของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมจะพบว่าการที่มีได้นิยามความหมายของ “ครอบครัว” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไว้ให้ชัดเจนก็ด้วยเป็นเพราะได้มีการถกเถียงถึงความหมายของคำว่า “สิทธิในครอบครัว” จนเป็นที่เข้าใจถูกต้องตรงกันแล้วว่า “สิทธิในครอบครัว” นั้นสามารถแยกออกจากความสัมพันธ์ในด้านอื่นแม้จะเป็นเรื่องภายในครอบครัวตามความหมายที่เข้าใจกันทั่วไป อันได้แก่ อำนาจปกครอง หรือ การอุปการะเลี้ยงดู ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของสามีและภรรยา หรือระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งเป็นเรื่องของ “หน้าที่” มิใช่ “สิทธิ” และเมื่อพิจารณาถึงครอบครัวในฐานะที่เป็น “สิทธิ” แล้ว “สิทธิในครอบครัว” จึงต้อง “เป็นไปตามตัวอักษร” ว่าหมายถึง “การมีสามีภรรยา” และเป็นเหตุให้มีข้อเสนอว่าควรบัญญัติถ้อยคำในรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะตรงไปตรงมาว่า “ความเป็นผัวเมียนั้นแล้วแต่ตามใจสมัคร”⁹⁴

⁹³ จันทร์จิรา บุญประเสริฐ, *ชีวิตที่ถูกละเมิด: เรื่องเล่า กะเทย ทอม ดี หมิงรักหมิง ชายรักชาย และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพฯ: สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย, 2554), หน้า 113-115.

⁹⁴ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10/2491 วันจันทร์ที่ 2 สิงหาคม พุทธศักราช 2491 ณ พระที่นั่งอภิเศกดุสิต เริ่มประชุมเวลา 9.45 นาฬิกา, หน้า 467-470.

ในขณะที่สิทธิในครอบครัวเป็นสิทธิใหม่ที่ไม่เคยถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาก่อน และเมื่อขอบเขตของสิทธิในครอบครัวเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา แต่ก็มีใช้จะเป็นการเน้นย้ำระบบครอบครัวที่ชายเป็นใหญ่ในระบบกฎหมายหากแต่แนวคิดอันเป็นพื้นฐานของสิทธิในครอบครัวมีที่มาจากความพยายามสร้างความเสมอภาคระหว่างสามีภรรยาซึ่งในความจริงแล้วก็คือหลักการที่อยู่เบื้องหลังหลักความเสมอภาคระหว่างเพศนั่นเอง และหากเป็นไปตามเจตนารมณ์ดังกล่าวของสิทธิในครอบครัวก็ควรนำไปสู่การชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้ชายและหญิงในฐานะสามีและภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีสิทธิเท่าเทียมกันต่อไปนับแต่ได้บัญญัติรับรองสิทธิในครอบครัวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ด้วยสาระสำคัญของสิทธิในครอบครัวนั้นอยู่ที่การส่งเสริมความเข้มแข็งของครอบครัวอันเป็นรากฐานของสังคมและเป็นการยืนยันว่าสมาชิกในครอบครัวมีสิทธิเสมอภาคกัน ฉะนั้น เมื่อได้รับรองสิทธิในครอบครัวไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วรัฐจึงไม่สามารถตรากฎหมายใด ๆ เพื่อให้ประโยชน์เฉพาะชายหรือหญิงเพียงเท่านั้นได้เพราะจะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ⁹⁵

แม้ว่านัยสำคัญของสาระแห่งสิทธิในครอบครัวจะเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของชาติผ่านหลักประกันความเสมอภาคของสามีและภริยาในฐานะที่ครอบครัวเป็นพื้นฐานของรัฐนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องความเสมอภาคของสามีและภริยาภายใต้บริบทของสิทธิในครอบครัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 นั้นก็ดูจะไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่รับรู้กันในระดับสากลเท่าใดนัก ด้วยความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงในขณะที่ยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ยังถูกชี้นำจากความคิดที่อยู่บนพื้นฐานว่าชายและหญิงยังคงมีความแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากส่วนหนึ่งของคำอภิปรายของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญว่า “ความเสมอภาคของหญิงและชายนั้นข้าพเจ้าไม่เคยเห็นเสมอกันที่ไหนเลย ข้าพเจ้าไม่เคยคลอตบุตรมันจะเหมือนกันได้อย่างไร ฐานะมันย่อมต่างกัน”⁹⁶ และความคิดเช่นนี้ส่วนหนึ่งยังคงตกทอดมาจนกระทั่งการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ในฐานะของสภาพปัญหาซึ่งจะต้องได้รับการแก้ไขในบริบทของรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคมดังจะเห็นได้จากส่วนหนึ่งในคำอภิปรายของนางแรม พรหมโมบล บุญประสพ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่เห็นว่าตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาจนถึง พ.ศ. 2492 ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญ ข้าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้กำหนดให้สามีเป็นผู้เลือกถิ่นที่อยู่ของครอบครัว เพราะขณะนั้นสภาวะการณ์ของ

⁹⁵ Ibid., หน้า 470-471.

⁹⁶ Ibid., หน้า 472.

บ้านเมืองยังมิได้เปลี่ยนแปลงไป จนกระทั่งเมื่อ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้การเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรสามารถกระทำได้หากเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว เพราะในบางกรณีสามีอาจต้องการให้ภริยาไปอยู่ในที่แห่งหนึ่งแล้วหากไม่ตามไปด้วยก็จะเกิดความไม่ถูกต้องในเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งในบริบทของสังคมขณะนั้นไม่มีหญิงคนใดที่จะกล้าปฏิเสธสามีได้⁹⁷

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ซึ่งให้สิทธิสามีมากกว่าภริยาอย่างเห็นได้ชัดและถูกชำระภายหลังจากการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงมิใช่ผลโดยตรงของสิทธิในครอบครัวซึ่งก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เช่นเดียวกัน ส่วนหนึ่งเป็นเพราะความอ่อนแอของหลักการซึ่งอยู่เบื้องหลังสิทธิในครอบครัวเองที่แม้จะมีพื้นฐานมาจากความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงในการมีสถานะสามีภริยาแต่บทบาทของสิทธิในครอบครัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนอกจากจะเป็นการรับประกันเสรีภาพในการสมรสแล้วก็มุ่งเน้นไปที่การรักษาความมั่นคงในครอบครัวภายใต้บริบทของชายและหญิงในระบบกฎหมายขณะนั้น ด้วยเหตุนี้ ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งชายและหญิงยังไม่มีความเท่าเทียมกันในระบบกฎหมาย สิทธิในครอบครัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าวจึงมุ่งเน้นไปที่การรักษาความมั่นคงของครอบครัวภายใต้การตัดสินใจหรือชี้แนะของชายผู้เป็นสามีโดยเฉพาะในเรื่องสถานที่อยู่กินร่วมกันเป็นสำคัญ ด้วยเหตุดังกล่าวการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่อง “ความสัมพันธ์ในครอบครัว” จึงเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจตัดสินใจของชายผู้เป็นสามีที่มีลักษณะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในขณะนั้นมีใช้การตกลงร่วมกันของทั้ง 2 ฝ่าย⁹⁸ และเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งเป็นห้วงเวลาที่ความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงได้ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นในสังคมไทยแล้ว “ครอบครัว” ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเริ่มขยายออกจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาในลักษณะที่สามีเป็นผู้ตัดสินใจถึงความมั่นคงของครอบครัวไปสู่ “ครอบครัว” ในมิติที่คำนึงถึงความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงโดยเฉพาะด้านศักยภาพในการทำงานและการประกอบอาชีพตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรมากยิ่งขึ้นในฐานะส่วนหนึ่งของครอบครัวภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย

สาระสำคัญของสิทธิในครอบครัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเป็นเรื่องของความเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคล ทั้งในด้านการเริ่มต้นความสัมพันธ์และ

⁹⁷ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 13 วันพฤหัสบดีที่ 14 มีนาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 118-119.

⁹⁸ Ibid., หน้า 115-116.

รูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกันซึ่งแม้จะเป็นสถานะที่อยู่นอกเหนือปัจจัยด้านเพศของบุคคล อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสิทธิในครอบครัวที่เป็นการรับประกันความมั่นคงของการสมรส และครอบครัวอันเป็นสถาบันที่มีอยู่แล้วโดยมิได้เป็นการก่อตั้งรูปแบบความสัมพันธ์ของบุคคลขึ้นใหม่ ในระบบกฎหมาย ความหมายของครอบครัวอันเป็นวัตถุแห่งสิทธินั้นย่อมต้องมีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยอย่างไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าสาระสำคัญของสิทธิในครอบครัวจะมีได้เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลโดยตรงเสียทั้งหมดทีเดียว แต่เมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจนเท่ากับการสมรสและครอบครัวของชายกับหญิง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิในครอบครัวที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยย่อมจะมีความสอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเพียงในระดับที่ไม่ขัดหรือแย้งกับการสมรสและครอบครัวตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าความสอดคล้องสัมพันธ์กันระหว่างครอบครัวในรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมานี้มิใช่เรื่องที่แข็งแกร่งหรือตายตัวหากแต่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงได้ ฉะนั้นหากในอนาคตการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีความชัดเจนในระบบกฎหมายไทยมากขึ้นไม่ว่าจะในฐานะของการเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสก็ตามย่อมเป็นการขยายขอบเขตความคุ้มครองหรือความหมายของสิทธิในครอบครัวให้กว้างขวางและครอบคลุมรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมากขึ้นเป็นลำดับด้วยเช่นเดียวกัน

3) สิทธิในการสืบทอด

สิทธิในการสืบทอดของบุคคลนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิของทายาทในอันที่จะรับมรดกของเจ้ามรดก ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาก่อนการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ด้วยเหตุที่ในขณะที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองนั้นบุคคลยังมิได้รับมรดก หากแต่อยู่ในฐานะที่จะเป็นทายาทโดยธรรมหรือโดยพินัยกรรมก็ดีซึ่งจะมีสิทธิรับมรดกหากเจ้ามรดกถึงแก่ความตายลง และภายใต้บริบทที่สิทธิในการสืบทอดนี้คุ้มครองบุคคลก่อนที่จะได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สิทธิในการสืบทอดจึงสามารถแยกออกได้อย่างชัดเจนกับสิทธิในทรัพย์สินซึ่งได้รับความคุ้มครองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นเดียวกัน สิทธิในการสืบทอดเป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ในขณะที่สิทธิในทรัพย์สินนั้นได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อนแล้วตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 สิทธิในการสืบทอดนี้เป็นที่โต้เถียงในที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญอย่างมากว่าสมควรที่จะบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการสืบทอดของบุคคลลงในรัฐธรรมนูญหรือไม่เนื่องจากมีประเด็นปัญหาว่าสิทธิในทรัพย์สินซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นครอบคลุมสิทธิในการสืบทอดอยู่แล้ว และบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็บัญญัติถึงสิทธิในการ

รับมรดกของบุคคลอยู่แล้วจึงไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะนำสิทธิในการสืบทอดมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซ้ำอีก⁹⁹ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความสับสนระหว่างสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นเรื่องของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งกับสิทธิในการสืบทอดซึ่งเป็นเรื่องสถานะของบุคคลซึ่งจะอยู่ในฐานะทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขณะที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถึงแก่ความตาย รวมทั้งความสับสนระหว่างผลทางกฎหมายของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญและสิทธิตามกฎหมายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญในระดับหนึ่ง การบัญญัติสิทธิในการสืบทอดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมีจุดมุ่งหมายเพื่อยืนยันความคุ้มครองสิทธิในการรับมรดกของทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิให้รัฐออกกฎหมายจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิในการรับมรดกของทายาทโดยธรรมหรือโดยพินัยกรรม หรือหากจะมีการออกกฎหมายในทำนองดังกล่าวก็ต้องผ่านขั้นตอนแก้ไขรัฐธรรมนูญเสียก่อน จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁰⁰

เมื่อสิทธิในการสืบทอดเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับสถานะของบุคคลตามกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลซึ่งจะเป็นผู้ทรงสิทธิในการสืบทอดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นย่อมจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่จะอยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมหรือโดยพินัยกรรมในขณะที่บุคคลอีกคนหนึ่งถึงแก่ความตายในฐานะเจ้ามรดกเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาภายใต้บริบทการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกแล้ว สิทธิในการสืบทอดย่อมมีความสอดคล้องกับวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเพียงเท่าที่สถานะความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอื้ออำนวย โดยบุคคลเพศทางเลือกจะเป็นผู้ทรงสิทธิในการสืบทอดของบุคคลเพศทางเลือกอีกคนที่ใช้ชีวิตร่วมกันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเฉพาะในกรณีที่ตามกฎหมายซึ่งบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นเปิดช่องให้บุคคลเพศทางเลือกเป็นทายาทของอีกฝ่าย ในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองการเป็นทายาทโดยธรรมระหว่างบุคคลเพศทางเลือกที่เข้ามาใช้ชีวิตร่วมกัน บุคคลเพศทางเลือกย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในการสืบทอดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเฉพาะในฐานะผู้รับพินัยกรรมในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ตนเท่านั้น และหากระบบกฎหมายไทยเปิดช่องให้บุคคลเพศทางเลือกซึ่งเข้า

⁹⁹ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 10/2491 วันจันทร์ที่ 2 สิงหาคม พุทธศักราช 2491 ณ พระที่นั่งอภิเศกดุสิต เริ่มประชุมเวลา 9.45 นาฬิกา, หน้า 462-466.

¹⁰⁰ ดังจะเห็นจากส่วนหนึ่งของคำอภิปรายโดย นายทองม้วน อรรถการ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่า “...ปัญหาเรื่องมรดกมันต่างกับเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลแต่ละคน ในการตกทอดไปยังบุคคลอื่น ไม่ใช่สิทธิของบุคคลอื่นแต่เมื่อบุคคลได้มาแล้วจึงจะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน นี่ปัญหาหนึ่ง อีกประการหนึ่งปัญหาที่ว่าที่เราจะบัญญัติอะไรต่ออะไรลงไปนั้น มีอยู่ในประมวลแพ่งและอาญาแต่สำหรับประมวลแพ่งครอบครัวฉบับหนึ่งถึงเดี๋ยวนี้พูดถึงสิทธิทรัพย์สินอย่างไรก็ไม่อยู่ในรัฐธรรมนูญหมด แต่สิทธิในการรับมรดกนั้นไม่มีบัญญัติไว้เลย ด้วยเหตุนี้จึงเห็นควรบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ถ้าหากว่าไม่บัญญัติไว้แล้ว ถ้าหากว่าสภาผู้แทนราษฎรที่ดีหรือรัฐสภาก็ดีย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจรับมรดกได้ทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นถ้าเราบัญญัติไว้จะเป็นการยากแก่การแก้ไขรัฐธรรมนูญได้” โปรดดู ibid., หน้า 466.

มาใช้ชีวิตร่วมกันเป็นทายาทโดยธรรมซึ่งกันและกันได้ทำนองเดียวกับสามีและภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลเพศทางเลือกก็ย่อมอยู่ในฐานะซึ่งจะได้รับความคุ้มครองสิทธิในการสืบมรดกตามนัยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นเดียวกันต่อไป

5.3.1.1.2 บทบาทที่แตกต่างกันของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ

ในปัจจุบันโลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคที่หลักความเสมอภาคไม่ได้เป็นเพียงการตกทอดของแนวคิดในยุคเรืองปัญญาที่มุ่งเน้นความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญเท่านั้น หากแต่ยังมุ่งไปที่การทำให้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นเกิดเป็นจริงเป็นรูปธรรมขึ้นมาด้วย ซึ่งแนวคิดนี้ไม่อาจจะเกิดเป็นผลสำเร็จได้หากปราศจากการยอมรับข้อเท็จจริงอันเป็นความแตกต่างเฉพาะบุคคลซึ่งมิใช่สถานการณ์ชั่วคราวและมักจะเป็นอุปสรรคในการที่บุคคลนั้น ๆ จะสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปอยู่เสมอ ในการนี้หน้าที่ของรัฐที่จะไม่เข้ามาก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยมิชอบที่เคยได้รับการยึดถือปฏิบัติมาจึงไม่เพียงพอที่จะตอบสนองวัตถุประสงค์ของหลักความเสมอภาคอีกต่อไป¹⁰¹ แต่เนื่องจากสิทธิของสตรีในระบบกฎหมายยังคงถูกจำกัดอยู่กับบทบาทของสตรีตามขนบประเพณีที่แม้ว่าการจำกัดสิทธิสตรีนั้นไม่ได้เกิดจากการมองว่าสตรีมีสถานะที่ด้อยกว่าบุรุษ แต่เป็นเพราะโดยบทบาททางเพศของสตรีในสังคมที่จะต้องเป็นภริยาและมารดา ทำให้เพศหญิงควรที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ¹⁰² การทำให้เป็นรูปธรรมซึ่งความเสมอภาคบนการคำนึงถึงความแตกต่างในด้านเพศของบุคคล จึงเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของบทบัญญัติคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบนพื้นฐานที่ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปที่ได้รับการบัญญัติรับรองอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงพอที่จะตอบสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าวอีกต่อไป แต่ด้วยเหตุที่เป็นการคุ้มครองความแตกต่างในด้านเพศของบุคคลที่อยู่บนพื้นฐานของเพศสรีระภายนอกตามกำเนิดจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลเพศทางเลือกด้วยสิทธิของบุคคลเหล่านั้นต้องพิจารณาที่เพศสรีระตามกำเนิดเท่านั้น การรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศชายกับหญิงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงส่งผลเฉพาะต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เคยถูกจำกัดอยู่กับบทบาทของสตรีในฐานะหญิงซึ่งเป็นภริยาชายมาอย่างยาวนานผ่านกระบวนการชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อยกเลิกฐานะการเป็นหัวหน้าครอบครัวของสามี การยกเลิกสิทธิเด็ดขาดของสามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามี

¹⁰¹ วีระดา สมสวัสดิ์, นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม, (เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549), หน้า 70-71; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, หน้า 100-103.

¹⁰² Darien A. McWhirter, *Equal Protection*, pp. 106-106.

ภริยา และการยกเลิกข้อจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามี โดยไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในระบบกฎหมายไทยบนพื้นฐานของความไม่สอดคล้องระหว่างเพศบนพื้นฐานของจิตใจกับเพศสรีระโดยกำเนิด¹⁰³

ในขณะที่ความหลากหลายทางเพศนั้นแม้ว่าจะได้รับการยอมรับในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในฐานะส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่ง “เพศ” ซึ่งได้รับการรับรองไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ทว่า ความคิดพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่มุ่งป้องกันการปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุผลด้านเพศสภาพซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันมีอาจแก้ไขได้ของบุคคลนั้นไม่ได้นำไปสู่การยกระดับหรือปรับเปลี่ยนโครงสร้างในระบบกฎหมายเพื่อให้บุคคลทุกคนสามารถใช้ชีวิตตามวิถีทางเพศที่ตนเลือกได้อย่างเต็มที่ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้กำหนดบทเฉพาะกาลให้มีการแก้ไขระบบกฎหมายเพื่อรองรับกับเพศสภาพหรือเพศวิถีที่มีลักษณะหลากหลายอันได้รับการยอมรับในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เมื่อมีการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในมาตรา 28 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 286 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันได้กำหนดเป็นบทเฉพาะกาลไว้มิให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 28 วรรค 2 มาใช้บังคับในระหว่างที่ยังมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันซึ่งต้องไม่เกิน 2 ปีนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มีผลใช้บังคับ

บทบาทที่แตกต่างกันระหว่างหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศไม่เพียงแต่ส่งผลให้ในระบบกฎหมายไทยสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไม่มีการพัฒนาอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นระบบเท่านั้น หากแต่ยังส่งผลให้การยอมรับถึงเพศทางเลือกภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีลักษณะย้อนแย้งและคลุมเครือ ด้วยเหตุที่แม้ว่าในปัจจุบันการแบ่งแยกเพศออกเป็น 2 ในลักษณะชั่วคราวข้ามคือชายกับหญิงตามเพศสรีระเริ่มเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในสังคมไทย เพราะแม้ว่าเพศซึ่งอยู่บนพื้นฐานจิตใจของบุคคลจะไม่สอดคล้องกับเพศสรีระโดยกำเนิดแต่ก็ไม่ใช่ว่าเรื่องผิดปรกติหรือผิดธรรมชาติ เพศของบุคคลจึงไม่ถูกจำกัดเฉพาะเพียงการพิจารณาจากเพศสรีระภายนอกอีกต่อไป และเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เพศของบุคคลในความหมายที่อยู่บนพื้นฐานของ

¹⁰³ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม, หน้า 607-629; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 184-185.

จิตใจเริ่มที่จะได้รับการรับรู้ในระบบกฎหมายไปด้วย อย่างไรก็ตาม การขาดความชัดเจนในหลักความเสมอภาคระหว่างเพศบนพื้นฐานของความแตกต่างด้านเพศสถานะหรือเพศสภาพและเพศวิถีหรือวิถีทางเพศกับเพศสรีระของบุคคลยังคงเป็นปัญหาที่สำคัญของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งความแตกต่างของเพศบนพื้นฐานของจิตใจจากเพศสรีระภายนอกของพวกเขาเป็นอุปสรรคต่อการที่จะมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกับผู้อื่นในระบบกฎหมายไทยอยู่เสมอ โดยเฉพาะในระบบกฎหมายครอบครัวอันเป็นผลจากการถ่ายทอดเอาแนวคิดที่ว่าเพศของมนุษย์ขึ้นอยู่กับเพศสรีระตามกำเนิดซึ่งถูกจำกัดไว้แค่ 2 เพศคือชายกับหญิง และจะต้องมีความสอดคล้องกันระหว่างเพศสรีระภายนอกกับเพศซึ่งอยู่บนพื้นฐานของจิตใจอันเป็นผลจากการรับเอาแนวคิดเกี่ยวกับเพศในระบบกฎหมายของประเทศโลกตะวันตกเข้ามาในระบบกฎหมายไทยในอดีต ด้วยเหตุดังกล่าวถ้อยคำที่ใช้ในระบบกฎหมายไทยจึงยังคงถูกจำกัดอยู่ในแนวคิดของบทบาทหน้าที่ทางเพศที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงอยู่อย่างมาก แม้ว่าในปัจจุบันสังคมไทยจะได้ก้าวหน้าไปในระดับที่ยอมรับว่าเพศของบุคคลไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะแต่เพศสรีระภายนอกของบุคคลเท่านั้นแล้วก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรค 2 จะได้บัญญัติไว้ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งเป็นการบัญญัติให้เฉพาะเจาะจงที่ยืนยันหลักการของหลักความเสมอภาคทั่วไปให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเพศชายหรือหญิงนั้นไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่จะนำมาเป็นเหตุในการปฏิบัติให้แตกต่างกันในทางกฎหมายได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองบุคคลบนพื้นฐานของเพศสรีระโดยกำเนิดเท่านั้น ไม่ได้มุ่งคุ้มครองไปที่เพศบนพื้นฐานของการพิจารณาจากจิตใจของบุคคลด้วยแต่ประการใด¹⁰⁴ บุคคลรักเพศเดียวกันจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว เพศสถานะหรือเพศสภาพและเพศวิถีหรือวิถีทางเพศของบุคคลที่แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับในสังคมไทยแล้วก็ตามก็ยังคงเป็นหนึ่งในสถานการณ์ที่อาจถูกนำมาเปรียบเทียบกับสถานการณ์อื่น ๆ เพื่อค้นหาความแตกต่างที่จะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมบนพื้นฐานของความแตกต่างด้านเพศสถานะหรือเพศสภาพและเพศวิถีหรือวิถีทางเพศของบุคคลโดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้อยู่เสมอตามหลักความเสมอภาคทั่วไป จึงเป็นการยากที่ความเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจะเกิดเป็นรูปธรรมขึ้นมาได้ภายใต้บทบาทที่จำกัดของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศและความย้อนแย้งระหว่างกรอบความคิดเกี่ยวกับเพศภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹⁰⁴ โปรดดู ความเห็นส่วนตัวของนายอุดม สิทธิวิรัชธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564.

5.3.1.1.3 ความสอดคล้องของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ในขณะที่เพศทางเลือกได้รับการยอมรับในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่ง “เพศ” หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมได้รับการนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรค 4 ได้บัญญัติรับรองมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาสเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลทั่วไปว่าไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นไปตามหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมอันได้รับการยอมรับในระดับสากล และด้วยเหตุที่เพศสภาพหรือความหลากหลายทางเพศเป็นหนึ่งในข้อเท็จจริงอันเป็นข้อห้ามของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะชายขอบของบุคคลเพศทางเลือกที่ต้องการความคุ้มครองเป็นพิเศษ ในบางสถานการณ์ลำพังเพียงการประกันว่ากลุ่มบุคคลเพศทางเลือกจะไม่ถูกปฏิบัติให้แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไปในสังคมย่อมไม่เพียงพอที่บุคคลเพศทางเลือกจะสามารถมีและใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปได้อย่างแท้จริง จึงมีความจำเป็นที่บุคคลเพศทางเลือกจะต้องได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมจากรัฐเป็นพิเศษในลักษณะของการเอื้อโอกาสที่จะสามารถขจัดข้อยกเว้นลักษณะชายขอบของบุคคลเพศทางเลือกได้

เมื่อพิจารณาถึงบทบาทของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งมุ่งส่งเสริมโอกาสเพื่อขจัดข้อยกเว้นของกลุ่มบุคคลที่เป็นเหตุให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวอยู่ในสถานะชายขอบของสังคมแล้ว ภายใต้บริบทการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในพื้นฐานสังคมไทยที่เพศทางเลือกได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่อันเป็นผลมาจากความคิดในพุทธศาสนาที่ว่าเพศทางเลือกนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการชดใช้บาปกรรมในชาติปางก่อน¹⁰⁵รวมทั้งพฤติกรรมรักเพศเดียวกันยังคงเป็นความบาปในศาสนาอื่นที่มีใช้ศาสนาพุทธและมีอรรถาธิบายได้ว่าความคิดเช่นนี้มีอาจถูกปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขได้โดยตรงในทันทีผ่านการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายเนื่องจากเป็นกรอบความคิดที่ได้รับการปลูกฝังมาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานซึ่งจำเป็นต้องใช้เวลาเพื่อผสมผสานความคิดเกี่ยวกับการยอมรับว่าวิถีชีวิตของเพศทางเลือกมีคุณค่าและศักดิ์ศรีเท่าเทียมกับวิถีชีวิตของชายกับหญิงเข้ากับพื้นฐานสังคมและวัฒนธรรมไทยได้ในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป ภายใต้บริบทเช่นนี้มาตรการของรัฐบนพื้นฐานของหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะสามารถแสดงบทบาทในการขจัดข้อยกเว้นสำคัญของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะในด้านการใช้ชีวิตร่วมกันผ่านกระบวนการคุ้มครองบุคคลเพศทางเลือกจาก

¹⁰⁵ นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ, "เพศและความเป็นชายในพุทธศาสนา กับการควบคุม ภิภษุ สามเณร และบัณฑิต," 12-14.

ทัศนคติที่มีพื้นฐานมาจากความคิดเชิงลบที่สังคมไทยยังคงมีต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งอาจเป็นไปในลักษณะของการจัดให้มีสถานที่ที่เป็นสัดส่วนอันดำเนินการโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีกระบวนการคัดเลือกตลอดจนผ่านการฝึกอบรมเกี่ยวกับทัศนคติและการปฏิบัติตนต่อบุคคลเพศทางเลือกเพื่อให้การบริการสาธารณะแก่บุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะไม่ว่าจะในรูปของการให้บริการด้านสาธารณสุข การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับการบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือการจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลเพศทางเลือกในกรณีที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือสมรสกันได้

5.3.1.2 ข้อท้าทายของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทย

การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทยนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึงข้อท้าทายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะช่วยให้การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของสังคม กล่าวคือ ความสอดคล้องระหว่างเพศทางเลือกกับเพศของบุคคลในระบบกฎหมายไทย (5.3.1.2.1) ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมและศาสนา (5.3.1.2.2) ตลอดจนบทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก (5.3.1.2.3)

5.3.1.2.1 ความสอดคล้องระหว่างเพศทางเลือกกับเพศของบุคคลในระบบกฎหมายไทย

ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยรับรู้เฉพาะเพศของบุคคลที่ขึ้นอยู่กับสรีระร่างกายอันได้แก่เพศชายและหญิงมาเป็นระยะเวลายาวนาน เป็นเหตุให้รูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายมีพื้นฐานมาจากเพศสรีระที่แตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงทั้งสิ้น เมื่อในปัจจุบันวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกเริ่มได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายผ่านหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งรวมถึงรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่แม้จะไม่ใช่ไปตามเพศกำเนิด¹⁰⁶ แต่เมื่อความสัมพันธ์ที่ได้รับการยอมรับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังคงขาดความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยอยู่ ย่อมนำไปสู่ข้อท้าทายในการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างมีอาจหลีกเลี่ยง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2

¹⁰⁶ อารยา สุขสม, "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ", 109.

กรณี กล่าวคือ กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลโดยมุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกัน และกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลโดยมิได้มุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันโดยตรง

1) เพศของบุคคลในกฎหมายที่มุ่งถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศสรีระแตกต่างกัน

ในระบบกฎหมายไทยปรากฏกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ใช้ชีวิตร่วมกันซึ่งไม่เพียงแต่เป็นบทบัญญัติใช้ถ้อยคำเจาะจงถึงเพศของบุคคล หากแต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาสาระและผลแห่งกฎหมายดังกล่าวแล้วจะพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้เพียงอ้างอิงถึงสถานะความสัมพันธ์ตามกฎหมายของการใช้ชีวิตร่วมกันที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อกำหนดกลุ่มของบุคคลที่จะต้องตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นแต่ยังมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์มุ่งหมายให้ใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวเฉพาะแก่บุคคลซึ่งอยู่ในสถานะความสัมพันธ์ที่ประกอบด้วยชายฝ่ายหนึ่งและหญิงฝ่ายหนึ่งโดยตรง อันเนื่องมาจากเหตุผลจำเป็น 2 ประการ กล่าวคือ เหตุผลด้านการป้องกันมิให้ระบบกฎหมายขัดหรือแย้งกับสถานะความเป็นจริงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร อันได้แก่ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ว่าด้วยข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 และ 21 (1) ว่าด้วยเงื่อนไขในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และเหตุผลด้านความมั่นคงของรัฐเนื่องจากการมองว่าเพศหญิงมีความเสี่ยงต่อความมั่นคงน้อยกว่าเพศชายในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 ว่าด้วยการขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรส

ในด้านบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 และบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 และ 21 (1) ว่าด้วยเงื่อนไขในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งระบุถ้อยคำที่เจาะจงถึงเพศในความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบุคคลอันเนื่องมาจากเหตุผลด้านการป้องกันมิให้ระบบกฎหมายขัดหรือแย้งกับสถานะความเป็นจริงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ซึ่งในวรรคแรกบัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี” เห็นได้ชัดเจนนว่าการอ้างอิงถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงในฐานะสามีและภริยา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะธรรมชาติของการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตรของมนุษย์ที่จะต้องมีการกินอยู่หลับนอนร่วมกันระหว่างหญิงกับชาย ร่วมกับการสมรสตามกฎหมาย เนื่องจากหากไม่มีการจดทะเบียนสมรสก็ย่อมไม่อาจถือได้ว่าการร่วมหลับนอนกัน รวมทั้งระยะเวลา 310 วันตามกฎหมายก็มีที่มาจากระยะเวลายาวนานที่สุดที่เด็กจะมีชีวิตอยู่ในครรภ์มารดาได้ตามหลักนิติเวชวิทยา¹⁰⁷ ซึ่งสาระสำคัญแห่งกฎหมายที่จะให้บทบัญญัติไม่ขัดหรือแย้งกับสภาวะความเป็นจริงเกี่ยวกับการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตรนี้ยังพบในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 ที่บัญญัติให้ “การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย” และมาตรา 21 (1) ที่บัญญัติเงื่อนไขในการตั้งครุฑแทนว่าต้องดำเนินการโดย “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครุฑได้” ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความเป็นบิดามารดากับบุตรซึ่งเกิดขึ้นโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติเดียวกันว่าให้ “เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร” และเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการควบคุมความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายผ่านการกำหนดความชัดเจนในสิทธิหน้าที่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรต่อเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกัน อันจะช่วยให้เด็กซึ่งเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีครอบครัวที่ประกอบไปด้วยบิดาและมารดา ซึ่งจะทำให้ไม่เกิดปัญหาการทอดทิ้งเด็กอีกต่อไป¹⁰⁸

ขณะที่เหตุผลด้านความมั่นคงของรัฐเนื่องจากการมองว่าเพศหญิงมีความเสี่ยงต่อความมั่นคงน้อยกว่าเพศชายในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 ว่าด้วยการขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรส มีที่มาจากมูลเหตุแห่งการได้สัญชาติไทยภายหลังการเกิดซึ่งแบ่งออกเป็นการได้สัญชาติไทยโดยการแสดงเจตนาแปลงสัญชาติ และการได้สัญชาติไทยโดยการสมรสซึ่งเป็นการได้สัญชาติโดยผลแห่งกฎหมาย อันเป็นผลสืบเนื่องจากความคิดว่าบุคคลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกันเพื่อมิให้เกิดอุปสรรคในการใช้ชีวิตร่วมกัน เพราะเหตุที่มีสัญชาติต่างกัน ซึ่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 9 กำหนดให้ผู้มีสิทธิยื่นคำขอถือสัญชาติไทยเพราะเหตุสมรสมีได้เฉพาะในกรณี “หญิงซึ่งเป็นต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย” และแม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีได้ระบุไว้ชัดเจนว่า “ผู้มีสัญชาติไทย” ซึ่งได้สมรส

¹⁰⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 295-297.

¹⁰⁸ ริญญากัณฑ์ ณ สงขลา, “การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศาสตร, 2558), หน้า 104-105.

กับหญิงต่างด้าวนั้นจะมีเพศได้แต่ก็พอจะคาดหมายได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์หมายความว่าเฉพาะถึง “ชาย” ที่จะสามารถสมรสกับหญิงต่างด้าวนั้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น¹⁰⁹ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในหลักเกณฑ์การขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรสก็เนื่องมาจากเหตุที่ว่าเมื่อครอบครัวจำเป็นต้องมีเอกภาพในการใช้ชีวิตร่วมกันแล้วความมั่นคงของรัฐในเรื่องสัญชาติของบุคคลก็มีความจำเป็นต่อการให้สัญชาติไทยแก่สมาชิกในครอบครัวเช่นเดียวกัน โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเนื่องจาก “หญิงนั้นเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐและสังคมน้อยกว่าชาย อีกทั้งเห็นว่าชายต่างด้าวไม่ใช่คนในสังกัดรัฐไทยที่รัฐไทยจะไปอำนวยความสะดวกให้เท่าเทียมกับหญิงต่างด้าวในการได้สัญชาติตามสามี”¹¹⁰ เจตนารมณ์ด้านความมั่นคงดังกล่าวก็เป็นการสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการถอนสัญชาติของหญิงต่างด้าวซึ่งได้สัญชาติไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ที่ในภายหลังได้กระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ หรือกระทำการอันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508¹¹¹

ภายใต้บริบทของการใช้ชีวิตร่วมกันในระบบกฎหมายซึ่งมุ่งประสงค์ให้หมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงหรือมุ่งหมายถึงเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกจำเป็นต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่มุ่งเชื่อมโยงสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันในกฎหมายกับข้อเท็จจริงด้านพันธุกรรมหรือความมั่นคงของรัฐดังกล่าวข้างต้นด้วย ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่รัฐบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตหรืออนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ดี บุคคลเพศทางเลือกย่อมมีอาจหยิบยกสถานะการเป็นคู่ชีวิตหรือสถานะสมรสตามกฎหมายขึ้นอ้างเพื่อนำไปสู่สิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำเจาะจงเพศของบุคคลโดยมุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันไม่ว่าจะเป็น ชาย หญิง สามี หรือ ภริยา โดยปราศจากการคำนึงถึงเพศสรีระของตนเนื่องจากการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ เว้นเสียแต่จะได้มีการยอมรับถึงความเปลี่ยนแปลงในวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งบังคับใช้กับกรณีที่แตกต่างกันระหว่างเพศสรีระของชายหรือหญิง โดยเฉพาะด้วยกระบวนการแก้ไขหรือยกเลิกถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลอันมุ่งประสงค์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้มีความชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้นมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงหรือ

¹⁰⁹ ชัญญานุช วรแสน, “ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารจิต สภามหาบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 64.

¹¹⁰ Ibid., หน้า 105.

¹¹¹ Ibid., หน้า 67-68.

มุ่งหมายถึงเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะอีกต่อไปและเพื่อแสดงให้เห็นว่าเจตนารมณ์ในบริบทปัจจุบันของกฎหมายดังกล่าวได้มุ่งให้หมายความรวมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลโดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องเพศสรีระอีกต่อไปแล้ว

2) เพศของบุคคลในกฎหมายที่มีได้มุ่งถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศสรีระแตกต่างกัน

ขณะที่ในบางกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยซึ่งมุ่งประสงค์ให้การใช้ชีวิตร่วมกันหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงหรือมุ่งหมายถึงเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมิอาจละเลยการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังข้อความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปได้ ก็ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยอีกกลุ่มหนึ่งที่แม้ว่าจะได้ใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศถึงของบุคคลแต่ก็เป็นไปเพียงเพื่ออ้างอิงถึงสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในระบบกฎหมายโดยมิได้มุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันโดยตรง อาทิ การหักลดหย่อนตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) ซึ่งผู้มีเงินได้พึงประเมินที่เป็นบุคคลธรรมดาคนนอกจากจะหักลดหย่อนสำหรับตนเองตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ก) ได้แล้วยังสามารถหักลดหย่อนสำหรับสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ข) ตลอดจนบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ค) เบี้ยประกันที่จ่ายสำหรับการประกันชีวิตของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ง) เงินสะสมที่สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ข) เงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ฉ) ค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ญ) และค่าอุปการะเลี้ยงดูสามีหรือภริยา บิดามารดาหรือบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ฎ) ซึ่งวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ผู้มีเงินได้สามารถหักลดหย่อนในส่วนที่เป็นรายจ่ายของสามีหรือภริยาของตนได้ด้วยนั้นนอกจากจะเป็นการมุ่งหมายเพื่อบรรเทาภาระที่มีในครอบครัวให้แก่ตัวผู้เสียภาษีแล้วยังเป็นการสร้างความมั่นคงให้แก่ชีวิตและครอบครัวของผู้เสียภาษีอีกด้วย¹¹²

ในทำนองเดียวกันประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีการยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกันผ่านบทบัญญัติกำหนดยกเว้นโทษเอาไว้หากเป็น

¹¹² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, คำอธิบายกฎหมายภาษีอากร เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, ม.ป.ป.), หน้า 140-141.

กรณีที่สามหรือกริยากระทำความผิดอาญาต่อกันในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามมีกระทำต่อกริยา หรือกริยากระทำต่อสามมี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” โดยความผิดดังที่ระบุในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ได้แก่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 12 ทั้งลักษณะ ยกเว้นเฉพาะความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์จนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจนถึงตาย ความผิดฐานกรรโชก รีดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์ ส่วนมูลเหตุในการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่เป็นสามมีหรือกริยาในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นกริยาหรือสามมีอีกฝ่ายนั้นมีพื้นฐานมาจากเจตนารมณ์ที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหล่านั้นทำให้ฐานะทางศีลธรรมในร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับสภาพของครอบครัวที่แยกกันไม่ออกทั้งทางด้านร่างกายและทรัพย์สิน อาทิ ในกฎหมายลักษณะโจร บทที่ 146 กำหนดให้การลักทรัพย์ระหว่างบุคคลดังกล่าวแล้วให้คืนทรัพย์แก่กัน จะลงโทษหรือปรับไหมแก่กันดังผู้อื่นนั้นมิได้ เพราะ “ท่านว่าใช้อื่นเขาทรัพย์เรื่องเดียวกัน ยากไร้เขาเสียกันมิได้” เมื่อในทางศีลธรรมสามมีกริยานั้นต่างก็เสียกันมิได้แล้ว หากกฎหมายมุ่งเอาโทษก็จะกลับเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัวลงไปอย่างไม่ได้สัดส่วนกับความฐานผิดนี้¹¹³

สถานะความเป็นสามมีกริยาในประมวลรัชฎาการและประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวแม้จะบ่งชี้ว่า สามมี หมายถึง เพศชาย และ กริยา ย่อมหมายถึง เพศหญิง ในการใช้ชีวิตร่วมกันซึ่งได้รับการยอมรับตามกฎหมายครอบครัว แต่ก็เห็นได้ชัดจากเหตุผลในการบัญญัติข้อความดังกล่าวในกฎหมายว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม้จะได้กล่าวเป็นข้อความที่เกี่ยวข้องกับเพศสรีระของบุคคลแต่ก็มิได้มุ่งหมายถึงเพศชายหรือหญิงในสถานะสมรสโดยเฉพาะเจาะจงหรือการเป็นเพศชายหรือหญิงนั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายโดยตรง ด้วยกฎหมายมุ่งประสงค์ถึงความสัมพันธ์ในฐานะครอบครัวโดยอ้างอิงถึงสถานะความเป็นสามมีหรือกริยาโดยการสมรสซึ่งเป็นรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวแม้บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะกล่าวเป็นข้อความซึ่งผูกพันอยู่กับเพศสรีระแต่เพศสรีระก็มิได้เป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหากแต่เป็นสถานะครอบครัวหรือวิถีชีวิตที่มีร่วมกันระหว่างสมาชิกในครอบครัวที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเท่านั้นที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้น การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลโดยมิได้มุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันโดยตรงจึง

¹¹³ จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), หน้า, หน้า 912-915.

สามารถกระทำได้โดยมิต้องคำนึงถึงเพศสรีระของบุคคลเพศทางเลือก และด้วยเหตุที่กฎหมายมุ่งประสงค์ถึงความสัมพันธ์ในฐานะครอบครัวมิใช่เพศของผู้ที่เป็นสมาชิกในครอบครัว แม้ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยในฐานะของครอบครัวจะมีใช้ในรูปแบบของการสมรส กล่าวคือ แม้เพียงการเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกันก็อาจถือได้ว่ามีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่อ้างอิงถึงสถานะความเป็นสามีหรือภรรยาโดยการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เนื่องจากต่างก็เป็นรูปแบบของครอบครัวที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กล่าวเป็นข้อความเฉพาะเจาะจงเพศสรีระของบุคคลอันมุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวยิ่งกว่าการมุ่งหมายถึงเพศชายหรือหญิงในสถานะสมรสโดยเฉพาะเจาะจงนั้นปรากฏอยู่เป็นจำนวนมากในระบบกฎหมายไทย อาทิ บทบัญญัติเกี่ยวกับผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 และมาตรา 5 บทบัญญัติเกี่ยวกับผู้รับดูแลผู้ป่วยตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 3 บทบัญญัติเกี่ยวกับทายาทผู้มีสิทธิพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 4 มาตรา 44 (2) มาตรา 45 (2) และมาตรา 48 (2)

5.3.1.2.2 ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมและศาสนา

ด้วยเหตุที่ศีลธรรมเป็นแบบแผนหรือหนทางที่จะนำไปสู่ความดีและเมื่อใดก็ตามที่สังคมที่ดียังคงเป็นสุดยอดแห่งปรารถนาของมนุษย์ ความไม่สอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบรรทัดฐานที่สังคมหนึ่ง ๆ ยึดถือว่าเป็นบ่อเกิดของศีลธรรมย่อมนำไปสู่การถกเถียงเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอันไม่อาจหนีให้พ้นไปจากคำถามที่ว่าพฤติกรรมเพศทางเลือกหรือการเป็นบุคคลเพศทางเลือกนั้นเป็นสิ่งที่ดีหรือไม่¹¹⁴ การตอบคำถามดังกล่าวปฏิเสธไม่ได้ว่าจะต้องพิจารณาจากความสอดคล้องของพฤติกรรมเพศทางเลือกกับคุณค่าทางศีลธรรมที่ได้รับการยึดถือในแต่ละสังคมไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเหตุและผลของการกระทำที่ดีหรือในรูปแบบของคำสอนทางศาสนาก็ดี ในแง่นี้การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าวส่งผลต่อทั้งการคุ้มครองสิทธิในการสมรสและสิทธิที่เป็นผลของการสมรสโดยบุคคลที่มีเพศเดียวกันบนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะที่รัฐมีหน้าที่คุ้มครอง ทั้งด้านสวัสดิภาพของผู้เยาว์ การได้รับสวัสดิการจากรัฐ และความมั่นคงชัดเจนของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและการสืบมรดก บทบาทของรัฐโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติมีความสำคัญอย่างยิ่งในการดำรงไว้ซึ่งคุณค่าต่าง ๆ ดังกล่าวในสังคมอันเป็นผลของการเชื่อมโยง

¹¹⁴ Chai R. Feldblum, "Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More," 161.

ระหว่างศีลธรรมกับระบบกฎหมายเข้าด้วยกัน และเป็นภาระหน้าที่ซึ่งมีความชัดเจนอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีของการพิจารณาถึงการสมรสรูปแบบอื่นที่มีไ้ระหว่างชายกับหญิง¹¹⁵

ปัญหาเกี่ยวกับความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมและศาสนาเป็นข้อท้าทายสำคัญของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ด้วยเหตุที่ในระบบกฎหมายของรัฐฆราวาสเช่นประเทศไทยซึ่งสามารถแยกกฎหมายออกจากคำสอนหรือกฎเกณฑ์ทางศาสนาได้อย่างเด็ดขาด เป็นเหตุให้การสิ่งใดที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไม่จำเป็นที่จะต้องสอดคล้องกับคำสอนหรือกฎเกณฑ์ทางศาสนา และแม้ว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจะมีความสัมพันธ์กับศาสนาในข้อที่ว่าสิ่งใดซึ่งขัดแย้งกับคำสอนทางศาสนาสิ่งนั้นย่อมขัดแย้งต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย แต่นั่นก็ได้หมายความว่าความขัดแย้งดังกล่าวนั้นจะรุนแรงถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับได้ในระบบกฎหมายเสมอไป อาทิ การดื่มสุราที่เป็นบาปและเป็นข้อห้ามทั้งในคำสอนของทั้งศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม แต่ก็มิได้นำไปสู่การบัญญัติกฎหมายห้ามการจำหน่ายหรือบริโภคสุราในประเทศไทยไม่ เช่นเดียวกับพฤติกรรมรักร่วมเพศที่ในอดีตการร่วมประเวณีผิดธรรมดาตามนุษย์เคยเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และถูกยกเลิกในเวลาต่อมาเมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเพียงเรื่องผิดศีลธรรมธรรมดาเท่านั้นไม่รุนแรงถึงขั้นที่ควรจะมีบทบัญญัติห้ามหากต่างฝ่ายต่างยินยอมโดยสมัครใจด้วยเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล โดยกฎหมายควรจะเข้ามากำหนดความผิดต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวมีลักษณะของการขู่เข็ญหรือใช้กำลังประทุษร้ายหรือเมื่อได้กระทำต่อเด็กเท่านั้น นอกจากนี้การกระทำอันผิดธรรมชาตินั้นย่อมถูกรังเกียจโดยบุคคลทั่วไปอันถือเป็นการลงโทษในตัวเองอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมิบทลงโทษทางกฎหมายอีก¹¹⁶

ความสัมพันธ์ระหว่างศีลธรรมและระบบกฎหมายจึงมีลักษณะที่ซับซ้อนและลดหลั่นเป็นระดับทั้งระดับของศีลธรรมซึ่งถือว่าเป็นเพียง “ศีลธรรมธรรมดา” ดังกรณีของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันและศีลธรรมที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ระบบกฎหมายมุ่งคุ้มครอง อาทิ การเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการค้าประเวณี ซึ่งมีความแตกต่างจากศีลธรรมธรรมดาด้วย

¹¹⁵ Jennie R. Shuki-Kunze, "The "Defenseless" Marriage Act: The Constitutionality of the Defense of Marriage Act as an Extension of Congressional Power under the Full Faith and Credit Clause," *Case Western Law Review* 48, no. 2 (1998): 539; Chai R. Feldblum, "Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More," 145-146; Susan Frelich Appleton, "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era," 243-251.

¹¹⁶ จริย วัฒนานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 185.

เหตุที่ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นมิได้เป็นศีลธรรมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตหรือความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างบุคคลในทีไรฐาน ทว่า เป็นศีลธรรมเรื่องที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวม¹¹⁷

ขณะที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเป็นทั้งเรื่องที่มีได้รับการยอมรับในคำสอนทางศาสนาซึ่งหลากหลายกันไปตั้งแต่เพศทางเลือกเป็นเพียงผลกรรมในชาติปางก่อนทำให้เกิดมามีลักษณะที่บกพร่องไม่สมบูรณ์แต่ไม่ได้เป็นความผิดหรือเป็นบาปในตัวเองตามคำสอนของศาสนาพุทธ และที่รุนแรงถึงขนาดเชื่อว่าพฤติกรรมเพศทางเลือกเป็นความผิดและบาปในคำสอนของศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลาม แต่ในขณะเดียวกันการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกกลับได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เป็นลำดับโดยเฉพาะภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ความขัดแย้งระหว่างคุณค่าของการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในคำสอนทางศาสนาซึ่งเป็นนิรันดร์จึงขัดแย้งกับระบบกฎหมายไทยที่พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่เริ่มยอมรับเพศทางเลือกในระบบกฎหมายมากขึ้นอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในขณะที่ทิศทางความเชื่อเกี่ยวกับเพศทางเลือกในมิติของศีลธรรมและศาสนาสวนทางกับการรับรู้ถึงเพศทางเลือกในระบบกฎหมาย จึงปฏิเสธไม่ได้ถึงทัศนคติแง่ลบที่อาจมีต่อบุคคลเพศทางเลือกในสังคมโดยเฉพาะจากพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกทั้งในด้านการจดทะเบียนครอบครัวหรือการบริการสาธารณะรูปแบบอื่นซึ่งความเชื่อในศาสนาอาจส่งผลต่อทัศนคติของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งย่อมส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่และการให้บริการของเจ้าหน้าที่ และแม้ว่าจะมีอาจถือได้ว่าการมีทัศนคติเชิงลบต่อเพศทางเลือกดังกล่าวเป็นสิทธิในการนับถือศาสนาที่ได้รับการบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองในรัฐธรรมนูญด้วยเหตุที่ไม่มีคำสอนของศาสนาใดที่จะเรียกร้องให้ศาสนิกชนของตนกระทำการดังกล่าวต่อบุคคลเพศทางเลือกหรือที่จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมทางศาสนาที่ตนเคารพนับถือ เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา อาทิ การประกอบพิธีสมรสในโบสถ์หรือศาสนสถานของศาสนาซึ่งคำสอนขัดหรือแย้งกับพฤติกรรมเพศทางเลือกที่กรณีดังกล่าวพระหรือนักบวชอาจอ้างสิทธิในการนับถือศาสนาขึ้นโต้แย้งการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้

ความขัดแย้งระหว่างวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมและศาสนาแม้จะเป็นคนละเรื่องกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายแต่ด้วยเหตุที่

¹¹⁷ พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ, หน้า 6-8.

ศีลธรรมและศาสนาเป็นมูลเหตุหนึ่งของคุณความดีที่ซึ่งเป็นเป้าหมายของสังคมและระบบกฎหมาย เช่นเดียวกันคุณค่าซึ่งมีลักษณะนามธรรมและไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบุคคลเพศทางเลือกนั้นจึงอาจส่งผลต่อการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันอาจเกิดขึ้นทั้งในด้านกระบวนการนิติบัญญัติดังในกรณีที่มูลนิธิมุสลิมเพื่อสันติซึ่งออกแถลงการณ์คัดค้านร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเช่นเดียวกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2563 ซึ่งเป็นเวลาแทบจะในทันทีที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2563 ให้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ด้วยเหตุผลว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและจะสร้างความเสื่อมเสียให้เกิดขึ้นในสังคมเป็นอย่างมาก ขัดแย้งกับบริบทของประเทศไทยที่ยึดมั่นและให้ความสำคัญกับคำสอนของศาสนาและศีลธรรมอันดีมาโดยตลอด อาจทำให้เกิดความเสื่อมสลายทางสังคม ศีลธรรมและศาสนา อันนำไปสู่ภาวะวิกฤตบานปลายจนยากเกินเยียวยาในที่สุด¹¹⁸ ในทำนองเดียวกันกับข้อโต้แย้งที่อยู่บนพื้นฐานศีลธรรมและศาสนาของมูลนิธิมุสลิมเพื่อสันติ ตัวแทนพรรคภราดรภาพได้ยื่นหนังสือต่อเลขาธิการประธานสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2563 เพื่อคัดค้านร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ด้วยเหตุผลว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการและเหตุผลให้บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศหรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิดสามารถเป็นคู่ชีวิตได้เช่นเดียวกับครอบครัวทั่วไปทำนองเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจก่อให้เกิดการปฏิบัติที่ขัดต่อจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามของไทย และขัดต่อหลักการของบางศาสนาโดยเฉพาะศาสนาอิสลาม¹¹⁹

อย่างไรก็ตามข้อกังวลเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างกฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกให้เท่าเทียมกับชายและหญิงกับศีลธรรมและศาสนาไม่ได้อยู่ในลักษณะการปฏิเสธความคิดที่จะปฏิบัติต่อการใช้ชีวิตร่วมกันของเพศทางเลือกอย่างเท่าเทียมกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงอย่างสิ้นเชิงเสียทีเดียว หากแต่ในบางกรณีความขัดแย้งระหว่างศีลธรรมและศาสนากับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอาจถูกนำเสนอในรูปแบบที่ประนีประนอมโดยการแยกการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่สามารถไปด้วยกันได้กับศีลธรรมและศาสนาออกจากสถาบันการสมรสและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาซึ่งต้องผูกมัด

¹¹⁸ "มูลนิธิมุสลิมฯ ค้าน "กฎหมายคู่ชีวิต" หวั่นสังคมเสื่อมสลาย", 10 กรกฎาคม 2563, สืบค้นเมื่อ 12 กรกฎาคม 2564, แหล่งที่มา <https://www.prachachat.net/general/news-489436>.

¹¹⁹ "เลขาธิการประธานสภาผู้แทนราษฎร รับยื่นหนังสือจาก รองหัวหน้าพรรคภราดรภาพ และคณะ เรื่อง คัดค้านร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิต พ.ศ.", 24 สิงหาคม 2563, สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2564, แหล่งที่มา https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_news.php?nid=71753&filename=The_House_of_Representatives&fbclid=IwAR3aLP7BSwYCN9EluLAF5KgShaAPd6yka6lBwc-SsuwWJF7h5inKEuxl1dc.

อยู่กับคำสอนของศาสนาอย่างเคร่งครัด ดังกรณีที่ตัวแทนสภาคริสตจักรแห่งประเทศไทยได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ว่าศาสนาคริสต์ไม่คัดค้านเรื่องความหลากหลายทางเพศและการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามนัยของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ศาสนาคริสต์ขอทำความเข้าใจในการจัดพิธีแต่งงานในศาสนสถาน โดยขอสงวนสิทธิให้บาทหลวงมีสิทธิปฏิเสธการประกอบพิธีสมรสแก่ผู้ร้องขอ และไม่อนุญาตให้ใช้พื้นที่ของศาสนสถานหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของคริสตจักรเป็นสถานที่จัดพิธีแต่งงานของคู่ชีวิต¹²⁰

ในทำนองเดียวกัน นายภูเบศ โพธิ์โษะ ที่ปรึกษาเลขาธิการคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ได้ให้ความเห็นในลักษณะที่เห็นด้วยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกตลอดจนการบัญญัติร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. เพื่อคุ้มครองความเสมอภาคในสิทธิหน้าที่ของครอบครัวรูปแบบเฉพาะดังกล่าว หากแต่ยังคงสงวนการสมรสตามหลักศาสนาไว้สำหรับชายกับหญิงเท่านั้น เนื่องจากการสมรสตามหลักศาสนาอิสลามมีศาสนบัญญัติถึงองค์ประกอบของการสมรสไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องประกอบไปด้วย ผู้ชาย ผู้หญิง และพยานในการสมรสไม่ต่ำกว่า 2 คน ดังนั้นคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทยจึงไม่ขัดข้องหากประเทศไทยจะตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับคู่ชีวิตขึ้น เพราะถือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคน 2 คนที่จะอยู่ร่วมกันเป็นเพื่อนร่วมชีวิตโดยไม่ถือว่าเป็นการสมรสหรือการแต่งงานตามหลักศาสนาอิสลามจึงไม่ขัดกับหลักการทางศาสนา นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวตามหลักศาสนาอิสลามถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวและการนิทาหรือการสอดรู้สอดเห็นเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นโดยเฉพาะในเรื่องครอบครัวถือเป็นเรื่องร้ายแรง¹²¹

จากข้อโต้แย้งและความเห็นที่ผู้แทนศาสนาต่าง ๆ มีต่อร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ย่อมแสดงให้เห็นถึงธรรมชาติของทัศนคติของศาสนิกชนหรือผู้มีความเชื่อซึ่งอยู่บนพื้นฐานของคำสอนเกี่ยวกับพฤติกรรมรักเพศเดียวกันในศาสนาที่มีลักษณะเชิงอัตวิสัยที่สูงอันเป็นเหตุให้การต่อต้านเพศทางเลือกมีระดับความเข้มข้นที่หลากหลายลดหลั่นกันไป ซึ่งทัศนคติเชิงลบดังกล่าวมิได้มีผลโดยตรงต่อสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมาย แม้ว่าในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาซึ่งบุคคลเพศทางเลือกย่อมไม่สามารถเรียกร้องให้นักบวชหรือศาสนจักรประกอบพิธีสมรสทางศาสนาเช่นเดียวกับชายและหญิงที่เป็นการขัดหรือแย้งกับคำสอนของศาสนานั้น ๆ ได้ก็ตาม แต่ด้วยรูปแบบของการสมรสในระบบกฎหมายไทยที่เป็นการสมรสทางแพ่งซึ่งถือเอาการจดทะเบียนสมรสเป็นแบบแห่งความสมบูรณ์ของ

¹²⁰ สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. (ฉบับอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา) จัดทำโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 9-10.

¹²¹ Ibid., หน้า 11-12.

การสมรสตามกฎหมายเป็นเหตุให้ศาสนจักรสามารถแยกออกจากการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายได้อย่างเด็ดขาดก็ตามแต่ก็ไม่อาจปฏิเสธการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในมิติของศีลธรรมและคุณความดีไปได้เสียทีเดียวใน 2 มิติ กล่าวคือ การอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ในด้านความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมและคุณความดีในมิติการอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น เนื่องจากการสมรสในระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยมิได้เกี่ยวพันเฉพาะศีลธรรมในระดับธรรมดาหรือคำสอนทางศาสนาที่รับรู้กันในระดับทั่วไปเท่านั้น ทว่า มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างมากกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากเป็นสถาบันซึ่งได้รับการยอมรับตลอดมาว่าเป็นจุดเริ่มต้นของครอบครัวเป็นพื้นฐานความมั่นคงของรัฐ การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงสถาบันครอบครัวย่อมเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ดังจะเห็นได้จากอุทธรณ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1913/2505 ซึ่งวินิจฉัยว่าการที่ชายมีภริยาแล้วและยังอยู่กินด้วยกันภริยากลับไปตกลงว่าจะอยู่กินด้วยกันเป็นสามีภริยากับหญิงอื่นนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²² ด้วยนอกจากจะเป็นการขัดแย้งต่อระบบการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ชายจะมีภริยาได้เพียงคนเดียวเท่านั้นแล้วการคบชู้นอกใจภริยายังขัดแย้งต่อศีลธรรมและหลักคำสอนทางศาสนาอีกด้วย ฉะนั้น แม้ว่าสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกจะได้รับการยอมรับในรัฐธรรมนูญแต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็เป็นเรื่องที่ชอบธรรมที่จะกระทำได้ เป็นเหตุให้ในด้านนี้ศีลธรรมและคุณความดีโดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสมรสอาจเข้ามามีบทบาทในฐานะปัจจัยที่จะชี้นำทิศทางของความเสมอภาคด้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยได้ กระนั้นก็ดี ด้วยเหตุที่ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมิได้มีลักษณะตายตัวหรือแข็งกระด้างแต่สามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดตามกาลเวลาตามสภาวการณ์ของสังคม และเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในบรรพอื่น ๆ แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว เป็นส่วนที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้งที่สุดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ก็เพื่อยกเลิกชนบประเพณีที่ล้าสมัยซึ่งจะทำให้กฎหมายครอบครัวสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ¹²³ เมื่อพิจารณาการยอมรับบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยประกอบกับลักษณะของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในแง่มุมนี้แล้ว แม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับความ

¹²² คัด สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 38-39, 49.

¹²³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 21-23.

เสมอภาคในสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในการสมรสจะไม่ใช่เรื่องที่สามารถปรับเปลี่ยนได้อย่างรวดเร็วโดยมีจำต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับคุณค่าทางศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับในสังคมแต่การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในประเทศไทยเสียทีเดียวหากสังคมอยู่ในสภาวะที่มีความพร้อมถึงระดับที่เห็นว่าชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกตามกฎหมายในรูปแบบของการสมรสไม่ใช่เรื่องที่กระทบต่อสังคมไทยในระดับที่ไม่สามารถยอมรับได้อีกต่อไป

ขณะที่ความสอดคล้องระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับศีลธรรมในมิติการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้น ด้วยเหตุที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมแม้จะได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไม่ว่าจะในระดับการเป็นคู่ชีวิตหรือการเป็นคู่สมรสก็ตามย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับบุคคลซึ่งยังคงมีความเชื่อว่าพฤติกรรมรักเพศเดียวกันยังคงขัดแย้งกับคุณค่าที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นความดีอยู่ โดยเฉพาะจากพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ต้องให้บริการหรือปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกอันอาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือแม้กระทั่งอาจก่อให้เกิดความรุนแรงต่อบุคคลเพศทางเลือกได้ ความเสี่ยงในกรณีดังกล่าวนำไปสู่ความจำเป็นที่รัฐจะต้องประเมินถึงแนวโน้มที่การปฏิบัติราชการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเพศทางเลือกอาจนำไปสู่สภาพปัญหาที่มีลักษณะละเอียดอ่อนแตกต่างจากบุคคลทั่วไป โดยรัฐจำเป็นต้องกำหนดมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะและสอดคล้องกับความขัดแย้งดังกล่าวโดยเฉพาะการอบรมให้ความรู้ความเข้าใจเฉพาะด้านแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการหรือการบริการสาธารณะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ตลอดจนการจัดให้มีสถานที่เฉพาะเพื่อการปฏิบัติราชการหรือการบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญแตกต่างหากจากบุคคลทั่วไปตามความเหมาะสมแก่กรณีด้วย

5.3.1.2.3 บทบาทของฝ่ายตุลาการในการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรซึ่งมีบทบาทอย่างมากในการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมาโดยตลอด บทบาทดังกล่าวของฝ่ายตุลาการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากในอดีตที่ฝ่ายตุลาการเป็นตัวแปรสำคัญในการปิดกั้นชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในอดีตศาลได้เคยวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ไม่รับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศในอันที่จะเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายจากเพศชายเป็นเพศหญิง โดยศาลอ้างถึงการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวไว้ โดยปราศจากการประเมินถึงความเป็นไปได้ที่จะใช้กฎหมายอื่นเพื่อปรับแก้คตินัยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้นำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น กฎหมายใกล้เคียงอย่าง

ยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก้คดีตามลำดับ ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ในระบบกฎหมายจึงมิได้เป็นเพียงเรื่องของกฎหมายที่บกพร่องไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมหากยังเป็นการเน้นย้ำความไม่มีตัวตนในระบบกฎหมายของเพศทางเลือกและนำไปสู่การปฏิเสธที่จะใช้นิติวิธีทั่วไปเพื่อปรับใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามลำดับและนำไปสู่การตัดสินสิทธิของบุคคลเนื่องจากการที่ไม่มีกฎหมายที่จะใช้แก้คดีนั้น ผลของการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่ายตุลาการยังมีต่อองค์กรหรือสถาบันอื่นในฐานะของที่มาหรือแหล่งอ้างอิงของการจำกัดสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายไทยอีกต่อมาเป็นระยะเวลาหลายสิบปี

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการใช้และตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยฝ่ายตุลาการมีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนไปในทิศทางที่ดีขึ้นอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกแต่ศาลกลับมีความพยายามที่จะปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องเดียวกันซึ่งบัญญัติให้สิทธิเฉพาะสามีและภริยาในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับกรณีการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า

“..แม้ตามกฎหมายดังกล่าวระบุให้เฉพาะสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นผู้มิสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน และผู้ร้องกับนายมานูเอล วาเลโร ซานโตส มิอาจเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ก็ตาม แต่ผู้ร้องเป็นเจ้าของอสุจิที่เข้าผสมกับไข่ของหญิงที่บริจาคจนปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน (Donated Embryo Surrogacy) แล้วนำไปฝังในโพรงมดลูกของผู้คัดค้าน (In Vitro Fertilisation Surrogacy) ผู้ร้องจึงมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิงคาร์เมน เลก (Genetic-Based Parenthood) ในฐานะเป็นบิดาซึ่งผู้คัดค้านแถลงยอมรับในข้อนี้ และไม่คัดค้านหากศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิงคาร์เมน เลก เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องด้วยแล้ว จึงเป็นกรณีที่ไม่มียกกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้สิทธิของผู้ร้องไว้โดยตรง ต้องอาศัยบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 มาวินิจฉัยคดีนี้ อย่างบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ดังนั้น เมื่อผู้ร้องเป็นบิดาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งได้มีการคลอดเด็กหญิงคาร์เมน เลก ก่อนวันที่

พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ผู้ร้องยอมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเด็กหญิง
คาร์เมน เลก เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง”

การที่ศาลพยายามนำมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติให้ “สามี” หรือ “ภรรยา”
ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน “มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ดำเนินการให้มีการ
ตั้งครรภ์แทน...” แก่กรณีตามคำร้องที่ปรากฏว่าผู้ร้องเป็นชายและได้สมรสกับบุคคลที่เป็นเพศชาย
เช่นเดียวกันตามกฎหมายของต่างประเทศซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น “สามี” หรือ “ภรรยา” ตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในขณะที่ศาลซึ่งเห็นว่าผู้ร้องแม้มิใช่ “สามีหรือภรรยาคนใดคนหนึ่ง
ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน” แต่ผู้ร้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิงคาร์เมน เลก ซึ่ง
เป็นผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน “ในฐานะเป็นบิดา” จึงต้องอาศัยมาตรา 56 มาวินิจฉัยคดีอย่างบท
กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นแสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลที่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่าผู้
ร้องเป็นบุคคลเพศทางเลือกซึ่งมีรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกและแสวงหาจุด
เกาะเกี่ยวระหว่างผู้ร้องที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้สิทธิเฉพาะสามีหรือ
ภริยามาใช้ในฐานบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้โดยกระทบต่อระบบกฎหมายไทยน้อยที่สุดผ่าน
การหยิบยกความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร้องกับผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในฐานะบิดาตามความเป็นจริง
ซึ่งสอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยมากกว่ายิ่งการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมาเป็นเหตุผล
ในการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแม้จะได้ปรากฏว่าบทบัญญัติมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กล่าวถึงสถานะ
ความเป็นบิดาหรือมารดาไว้ด้วย ทั้งสถานะบิดาหรือมารดากับบุตรนั้นมีมูลเหตุมาจากข้อเท็จจริง
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างบุคคลในขณะที่สถานะสามีหรือภริยานั้นมีมูลเหตุมาจากการ
ปฏิบัติตามเงื่อนไขของบทบัญญัติแห่งกฎหมายสมรสซึ่งเป็นคนละเรื่องกันและสามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด

ไม่เพียงแต่ความพยายามของฝ่ายตุลาการที่จะใช้บทบัญญัติแห่ง
กฎหมายซึ่งบัญญัติให้สิทธิเฉพาะสามีและภริยาในฐานบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแก่กรณีการใช้
ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 ศาลยังแสดงให้เห็น
ถึงบทบาทในการยกระดับการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยการยอมรับถึง
ความสอดคล้องระหว่างรูปแบบครอบครัวเพศทางเลือกกับบุคคลเพศทางเลือกกับความผาสุกและ
ประโยชน์สูงสุดของเด็กกว่า

“...ทั้งพระราชบัญญัตินี้เรียกว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ย่อมแสดงเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างชัดแจ้งแล้วว่ามุ่งคุ้มครองเด็ก ศาลจึงต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ประกอบกับศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยแล้วว่าผู้ร้องรับเด็กหญิงคาร์เมน เลก ไปตั้งแต่แรกคลอด และให้การอุปการะเลี้ยงดูด้วยความรัก ความเอาใจใส่ เพื่อความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยผู้คัดค้านมิได้ฎีกาโต้แย้งข้อเท็จจริงนี้...”

ในคดีนี้ฝ่ายตุลาการไม่เพียงแต่แสดงบทบาทเป็นการลบล้างการทำซ้ำและตีตราลักษณะด้อยกว่าครอบครัวตามชนบประเพณีทั่วไปของครอบครัวเพศทางเลือกโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับประโยชน์ของรัฐและสังคมส่วนรวมผ่านการพิเคราะห์ถึงความสอดคล้องระหว่างระหว่างเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการอุปการะเลี้ยงดูเด็กซึ่งสามารถแยกออกจากเพศสรีระและเพศสภาพของครอบครัวเพศทางเลือกซึ่งเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อยู่อาศัยด้วยมาตั้งแต่กำเนิด ว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กในการอาศัยร่วมกับครอบครัวเพศทางเลือกนั้นอยู่ที่ความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดู เอาใจใส่ ให้ความรักความห่วงใยตัวเด็กอันมีลักษณะเฉพาะของบุคคลมิได้ขึ้นอยู่กับรูปแบบครอบครัวหรือองค์ประกอบด้านเพศของบุคคลที่เป็นฝ่ายให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่ประการใด เป็นเหตุให้ภายใต้บริบทที่ศาลได้ยกระดับการรับรู้และความเข้าใจการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายนั้นครอบครัวเพศทางเลือกมีโอกาสที่จะได้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับครอบครัวของชายกับหญิงโดยเฉพาะด้านสิทธิหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุตรผู้เยาว์มากยิ่งขึ้นกว่าที่เคยเป็นมาในอดีต

ในเวลาไล่เลี่ยกับที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2562 ได้มีการยื่นคำร้องเป็นคดีประวัติศาสตร์เรื่องหนึ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมรสโดยหญิง 2 รายที่ได้ใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยามายาวนานและได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสต่อนายทะเบียนแต่ถูกปฏิเสธและแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 68/2562 ไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา วินิจฉัยแต่ก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญของการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพโดยกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทยในรูปแบบการร้องขอต่อองค์กรซึ่งมีอำนาจให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการเรียกร้องสิทธิความเท่าเทียมทาง

เทศที่ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการเคลื่อนไหวเรียกร้องให้มีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเพศของบุคคลในกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น โดยในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า

“ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องทั้งสองกล่าวอ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่เจ้าพนักงานปกครองปฏิบัติการ รักษาการในตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตภาษีเจริญ กรุงเทพมหานคร ไม่รับจดทะเบียนสมรสให้กับผู้ร้องทั้งสองตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2541 กฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ข้อ 3 และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 โดยเป็นผลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่ให้การสมรสกระทำไต่ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 และกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ข้อ 3 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 ซึ่งการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48 ประกอบมาตรา 46 และมาตรา 47 แม้ผู้ร้องทั้งสองได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินวินิจฉัยให้ยุติเรื่องแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 231 (1) มิใช่การยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 และการที่เจ้าพนักงานปกครองปฏิบัติกร รักษาการในตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายทะเบียน สำนักงานเขตภาษีเจริญ ไม่รับจดทะเบียนสมรสให้กับผู้ร้องทั้งสองก็เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้บุคคลสามารถใช้สิทธิขอให้ศาลวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ซึ่งต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 (2) กรณีจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48 ประกอบมาตรา 46 และมาตรา 47 ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่อาจยื่นคำร้องดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ได้ อีกทั้งขณะนี้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม กำลังดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในขั้นตอนของฝ่ายบริหาร เพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันให้มีสิทธิ

เท่าเทียมกับคู่สมรสต่างประเทศแล้ว โดยมีสาระสำคัญ เช่น การจดทะเบียนสมรสของคู่ชีวิต ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น อาศัย เหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย...”

การที่ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธไม่รับคำร้องที่ขอให้มีการวินิจฉัยถึง ความชอบด้วยหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของมาตรา 1448 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดให้การสมรสกระทำได้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้นตลอดจน กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยการอ้างข้อเท็จจริงอื่น ๆ เกี่ยวกับกระบวนการบัญญัติกฎหมาย คู่ชีวิตเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกแสดงถึงความพยายามของศาล รัฐธรรมนูญในการรักษาภูมิกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสในระบบกฎหมายไทยไว้ ผ่านคำวินิจฉัยซึ่งอยู่บน พื้นฐานที่มิได้มองว่าการสมรสและการเป็นคู่ชีวิตนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวโดยเฉพาะคือ ศาล รัฐธรรมนูญเห็นว่าข้อบกพร่องในสิทธิหน้าที่ซึ่งครอบคลุมเพศทางเลือกยังประสบอยู่ในปัจจุบันเพราะ เหตุที่บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสามารถ เหยียวยาได้โดยร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตซึ่งอยู่ในระหว่างการยก ร่างโดยฝ่ายบริหาร แต่กระนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ได้หยิบยกเนื้อหาสาระแห่งร่างพระราชบัญญัติ เกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตฉบับที่ปรากฏในคำวินิจฉัยขึ้นเปรียบเทียบกับสาระสำคัญของ สิทธิหน้าที่อันเกิดจากการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อประกอบหรือ สนับสนุนเหตุผลดังกล่าวเลย ซึ่งเป็นกรณีที่เห็นได้ชัดว่านอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะรับรู้และยอมรับ หลักการของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในการคุ้มครองความเสมอ ภาคของครอบครัวยุคใหม่เพศทางเลือกเช่นเดียวกับการสมรสแล้ว ยังเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรู้ถึง สถานะอันละเอียดอ่อนของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและครอบครัวในสังคมไทยโดยเฉพาะ ความเหมาะสมและสอดคล้องของการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบ กฎหมายกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยที่ยังคงต้องมีการถกเถียงตลอดจนรับฟัง ความคิดเห็นจากทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งจะเป็นการสมควรมากยิ่งขึ้นกว่าหากปล่อยให้ เป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องต่อรัฐสภาและให้เป็น ภาระหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะพิจารณาถึงสิทธิหน้าที่ตามร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึก ทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือแม้กระทั่งความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบันของบทบัญญัติ เกี่ยวกับการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไปโดยการหลีกเลี่ยงที่จะเข้าแทรกแซงระ บวนการดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญ

หลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 68/2562 ปฏิเสธไม่รับคำร้องว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 และกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ข้อ 3 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาวินิจฉัย ในเวลาต่อมา เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2563 นางสาวพวงเพชร เห่งคำ และนางเพิ่มทรัพย์ แซ่อิง ซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีเดียวกันได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสอีกครั้ง ณ สำนักงานเขตบางกอกใหญ่ กรุงเทพมหานคร ซึ่งนายทะเบียนเขตบางกอกใหญ่ปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสโดยอ้างเหตุแห่งการปฏิเสธว่าทั้ง 2 ฝ่ายมีเพศกำเนิดเป็นหญิงเหมือนกันจึงไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ เนื่องจากระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2541 กำหนดให้กรอกคำร้องขอจดทะเบียนและบันทึกทะเบียนครอบครัว (แบบ คร.1) ในระบบ ซึ่งการสมรสต้องเป็นบุคคลเพศชายกับเพศหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น และเมื่อทั้ง 2 อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว นายทะเบียนได้แจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ว่าการไม่รับจดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลทั้ง 2 นั้นเพราะว่าทั้ง 2 ฝ่ายมีเพศสภาพเดียวกันจึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งการสมรสในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ให้ยกอุทธรณ์ ทั้ง 2 จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นคดีแพ่งหมายเลขดำที่ ยชพ 1056/2563 ขอให้คำสั่งรับจดทะเบียนสมรส เพื่อใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 212 ในการโต้แย้งต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 อันเป็นกฎหมายซึ่งจะต้องใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นในเบื้องต้นว่า เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางได้ส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องทั้ง 2 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน จึงเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 212 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ทว่า ในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุผลสำคัญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกขึ้นมาอ้างเป็นหลักในการทำคำวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้แก่ เมื่อมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้บุคคลเสมอกันโดยกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของบุคคล ที่บุคคลซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกันย่อม



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

ได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันและบุคคลย่อมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันเมื่อมีสาระสำคัญที่แตกต่างกัน ทั้งความเสมอภาคในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกนั้นอาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้โดยการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นมาใหม่เพื่อไม่ให้กระทบสถาบันครอบครัวแบบดั้งเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายหลัก เนื่องจาก

“...ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ (True law is right reason, harmonious (in agreement) with nature) และเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสังคมไทย นอกจากการกำหนดให้สิทธิชายและหญิงเท่านั้นที่จะสมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น การกำหนดให้ชายหญิงที่จะหมั้นหรือสมรสกันต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ตามมาตรา 1435 และมาตรา 1448 ทรัพย์สินของหมั้นและสินสอดจะมีได้แต่เฉพาะชายหมั้นหญิงตามมาตรา 1437 การห้ามชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตสมรสกันตามมาตรา 1450 การห้ามจดทะเบียนซ้อนตามมาตรา 1452 และการห้ามหญิงหม้ายสมรสใหม่ภายในสามร้อยสิบวันตามมาตรา 1453 แท้จริงแล้วบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นการบัญญัติขึ้นโดยมีพื้นฐานบนหลักเหตุและผลทั้งสิ้น เช่น การห้ามบุคคลอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปีหมั้นและสมรสกันเป็นความเหมาะสมของร่างกายตามธรรมชาติ ของหมั้นเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณี การห้ามชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตสมรสกันนอกจากเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีแล้ว ยังอาจมีผลให้บุตรที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ การห้ามหญิงหม้ายสมรสภายในสามร้อยสิบวัน เพราะเป็นระยะเวลาที่อาจตั้งครรภ์กับสามีคนก่อนได้ นัยความหมายของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิงหรือให้หญิงเป็นชายเพราะเพศนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (an act of God) ซึ่งเพศที่ถือกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองต่างหากเป็นการเฉพาะ การให้ความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจึงมิใช่การให้ถือว่าเหมือนกัน แต่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสมกับเพศสภาพของบุคคลนั้น ๆ ในการนี้ กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อนจึงจะให้ความเสมอภาคได้ เช่น หญิงมีประจำเดือน หญิงตั้งครรภ์ได้ หญิงมีสรีระอ่อนแออบอบบางกว่าชาย เห็นได้ว่า สิ่งที่ไม่เหมือนกันจะปฏิบัติให้เหมือนกันไม่ได้ การปฏิบัติให้ถูกต้อง

สอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติจะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่ถือเอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มารวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจน การยอมรับสิ่งที่แตกต่างให้กลายเป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างจึงไม่อาจกระทำได้...”¹²⁴

เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของระบบความคิดทางเพศแบบทวินิยมและจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับเพศ การสมรส และครอบครัวในสังคมไทยต่อการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างชัดเจน โดยเฉพาะเมื่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นได้ยอมรับมาโดยตลอดว่าเพศของบุคคลซึ่งรวมถึงความหลากหลายในเพศสภาพที่บุคคลแสดงออกแตกต่างไปจากเพศกำเนิดนั้นไม่อาจถูกนำมาเป็นข้ออ้างในการปฏิบัติต่อบุคคลให้ด้อยกว่าบุคคลอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหลักการดังกล่าวนี้ยังคงมีปัญหาในด้านความชัดเจนอยู่ เนื่องจากไม่ปรากฏถ้อยคำที่แสดงถึงความหลากหลายทางเพศ ณ ที่ใดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งไม่ปรากฏข้อความซึ่งอาจสะท้อนให้เห็นว่าเพศสภาพอันแตกต่างไปของบุคคลนั้นเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมุ่งคุ้มครอง ดังจะเห็นได้จากความเห็นส่วนตนของ นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้ทำคำวินิจฉัยในคดีเดียวกันนี้ในส่วนซึ่งเกี่ยวกับหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศว่า

“เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” และวรรคสาม บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติแสดงถึงบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายและหญิงเท่านั้น โดยเริ่มจากการใช้คำว่า “บุคคล” ซึ่งหมายถึงมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นเพศใด ต่อมาจึงใช้คำว่า “ชายและหญิง” ขยายความของคำว่า “บุคคล” แล้วจึงใช้คำว่า “เพศ” ที่หมายถึงเพศชายและเพศหญิงที่ได้กล่าวถึงมาก่อน ดังนั้น คำว่า “เพศ” ตามรัฐธรรมนูญ จึงหาได้หมายถึงบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศแตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือ

¹²⁴ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564.

กำเนิดด้วยแต่ประการใดไม่ เพราะเพศปกติธรรมดาในโลกมีเพียงเพศผู้และเพศเมีย หรือเพศชายและเพศหญิง...”

เป็นที่น่าสังเกตว่าขณะที่ความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับในระดับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งควรถือว่าเจตนารมณ์ดังกล่าวเป็นจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญและมีคุณค่าเหนือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่แม้ในขณะหนึ่งจะไม่ปรากฏบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว เจตนารมณ์หรือจิตวิญญาณก็ย่อมที่จะดำรงอยู่ตลอดไป ทว่าตัวอย่างการตีความหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น แสดงให้ปรากฏว่าความชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพซึ่งไม่สอดคล้องกับเพศสรีระของบุคคลนั้น มีความสำคัญต่อการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของประเทศไทยยิ่งไปกว่าหลักการหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

5.3.2 การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยเป็นตัวอย่างประการหนึ่งของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทย และเพื่อให้กฎหมายลักษณะดังกล่าวสามารถตอบสนองต่อปัญหาความเหลื่อมล้ำในสิทธิเสรีภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้อย่างเหมาะสมที่สุดนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค (5.3.2.1) ประกอบกับความเหมาะสมของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคในประเทศไทย (5.3.2.2)

5.3.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค

เพื่อให้การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกสามารถตอบสนองต่อปัญหาความเหลื่อมล้ำในสิทธิเสรีภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้อย่างเหมาะสมนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อกบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคอันสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์กับสิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายไทย (5.3.2.1.1) สาระสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อกกับบุคคลทั่วไปในสังคมไทย (5.3.2.1.2) และประโยชน์ที่สังคมยังคงได้รับจากการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์แบบชายกับหญิง (5.3.2.1.3)

5.3.2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์กับสิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายไทย

การใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์นั้นนำไปสู่การเกิดขึ้นของ “ครอบครัว” ในสังคม 2 รูปแบบเป็นอย่างน้อย กล่าวคือ ครอบครัวที่เกิดจากการที่มนุษย์มาใช้ชีวิตร่วมกันซึ่งต้องมีการพึ่งพาอาศัยตลอดจนมีส่วนได้ส่วนเสียในชีวิตของกันและกันโดยสมาชิกในครอบครัวไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต อาทิ การใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยา การใช้ชีวิตร่วมกันของผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม และในกรณีที่ใช้ชีวิตร่วมกันในรูปแบบฉันสามีภริยานำไปสู่การตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรความสัมพันธ์ในครอบครัวย่อมแปรเปลี่ยนไปจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาไปสู่ความสัมพันธ์ในฐานะที่บิดาหรือมารดาและบุตรที่เกิดขึ้นจากการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นมีต่อกัน ครอบครัวในฐานะสถาบันทางสังคมที่มีความสำคัญในระดับพื้นฐานและมีภาระหน้าที่ที่ต้องตอบสนองความจำเป็นและความต้องการของสังคมหลายประการ คู่สมรสชายหญิงในฐานะสามีและภริยาตามกฎหมายจึงได้รับสิทธิประโยชน์จากสังคมในด้านผลทางกฎหมายจากสถานะของความเป็นสามีภริยาอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ อันจำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งครอบครัวของตน โดยระบบกฎหมายมีบทบาทอย่างยิ่งทั้งในด้านการกำหนดเงื่อนไขตลอดจนกระบวนการรับรองให้สถานะความสัมพันธ์ในครอบครัวรูปแบบต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นเกิดสมบูรณ์ขึ้นในระบบกฎหมาย ตลอดจนบทบาทในการกำหนดสิทธิหน้าที่อันสืบเนื่องมาจากสถานะของบุคคลซึ่งสมาชิกในครอบครัวมีต่อกันและที่สมาชิกในครอบครัวมีต่อบุคคลภายนอกตลอดจนสังคมส่วนรวม การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์กับสิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ

1) สิทธิหน้าที่อันสืบเนื่องมาจากความจำเป็นของการใช้ชีวิตร่วมกัน

เป็นธรรมชาติที่การใช้ชีวิตร่วมกันจะต้องมีการพึ่งพาอาศัยร่วมกัน การให้ความช่วยเหลือตลอดจนอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันใน

ทุกด้าน ในมิตินี้ครอบครัวจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของการที่มนุษย์มีที่พึ่งอาศัยและธรรมกิจกรรมในการดำรงชีวิตร่วมกัน เมื่อครอบครัวได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย ภาระหน้าที่ซึ่งสมาชิกในครอบครัวต่างมีต่อกันได้ถูกสะท้อนออกมาให้ปรากฏในระบบกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน

(1) การอุปการะเลี้ยงดู

การอุปการะเลี้ยงดูนั้นเป็นผลของความคิดในเชิงศีลธรรมที่ว่าผู้ซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าควรช่วยเหลือผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า ทั้งนี้ในระบบกฎหมายนั้นการอุปการะเลี้ยงดูเป็นเรื่องของสิทธิหน้าที่ซึ่งกฎหมายได้กำหนดต่อบุคคลที่จะให้และรับการอุปการะเลี้ยงดูไว้อย่างแน่นอนตายตัว กล่าวคือ ระหว่างสามีและภรรยา ระหว่างบิดามารดากับบุตร ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม และหน้าที่ซึ่งผู้ปกครองต้องอุปการะเลี้ยงดูผู้อยู่ในปกครอง ในด้านการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันระหว่างสามีและภรียนั้น เป็นผลมาจากการร่วมเป็นครอบครัวเดียวกันซึ่งในอดีตสมัยประเทศไทยยังใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูนั้นเป็นของชายผู้เป็นสามีเพียงฝ่ายเดียว โดยหญิงไม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูสามีแต่ประการใด จนกระทั่งประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใน พ.ศ. 2478 จึงได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ซึ่งสามีและภรียาต้องมีต่อกันในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันในมาตรา 1461 วรรค 2 ว่า “สามีภรียาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน” เป็นเหตุให้ในปัจจุบันสิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูของสามีและภรียาจึงเป็นของทั้ง 2 ฝ่ายต่างมีต่อกัน¹²⁵

ในกรณีของการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่บุตรเป็นผลิตผลของการสมรสที่ซึ่งในความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากสถานะสมรสนั้นสามีและภรียาต่างต้องมีหน้าที่ในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการดูแลบุตรซึ่งเป็นผลของการสมรสนั้นเช่นเดียวกัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1563 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบุตรที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา และมาตรา 1564 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ ในทำนองเดียวกันกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมที่แม้จะมีใช้ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหากแต่เป็นความสัมพันธ์โดยการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมก็ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเช่นเดียวกัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/28 บัญญัติให้บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกันกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ไม่สูญเสียสิทธิหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ด้วยเหตุนี้ ในขณะที่ผู้รับบุตรบุญธรรมมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมและมีสิทธิที่จะได้รับการ

¹²⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 461-465.

อุปการะเลี้ยงดูจากบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกัน บุตรบุญธรรมนั้นก็ยังคงมีสิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาโดยกำเนิดอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองนั้น กฎหมายได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้ปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวในการอุปการะเลี้ยงดูผู้อยู่ในปกครอง โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/2 กำหนดให้ผู้ปกครองมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1564 วรรค 1 ซึ่งในมาตราดังกล่าวได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรระหว่างที่บุตรยังเป็นผู้เยาว์ โดยไม่ปรากฏว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้อยู่ในปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูผู้ปกครองเช่นเดียวกับหน้าที่อันบุตรมีต่อบิดามารดาตามมาตรา 1563 ทั้งนี้เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองนั้นมีความแตกต่างกันกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรที่มีลักษณะค่อนข้างถาวร ในขณะที่การเป็นผู้ปกครองนั้นเป็นมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์เฉพาะในกรณีที่ผู้เยาว์นั้นไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาของผู้เยาว์นั้นถูกถอนอำนาจปกครอง ทั้งค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นก็มาจากเงินของผู้อยู่ในปกครองเองโดยผู้ปกครองมีจำเป็นต้องนำเงินส่วนตัวมาใช้ในการอุปการะเลี้ยงดูผู้อยู่ในปกครอง ด้วยเหตุนี้ผู้ปกครองจึงสมควรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้อยู่ในปกครองเป็นการตอบแทน¹²⁶

(2) ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีและภรรยา

ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาในระบบกฎหมายไทยนั้น เดิมในกฎหมายลักษณะผัวเมียกำหนดให้ทรัพย์สินระหว่างผัวเมียประกอบไปด้วยเงินทุน ชันหมาก สินสมรส สินส่วนตัวและเรือนหอ โดยกำหนดให้สามีฝ่ายเดียวเป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดในฐานะหัวหน้าครอบครัว ในเวลาต่อมาเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวใช้บังคับใน พ.ศ. 2478 ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาได้แบ่งออกเป็น สินส่วนตัว สินสมรส สินเดิม และสินบริคณห์ โดยยังคงกำหนดให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินเป็นของสามีอยู่เช่นเดิม จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 28 วรรค 2 กำหนดรับรองความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงจึงนำไปสู่การชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบรรพ 5 ครอบครัวซึ่งประกาศใช้ใน พ.ศ. 2519 ได้ลดทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาลงมาเหลือเพียงสินส่วนตัวและสินสมรส กำหนดให้สามีและภริยาจัดการสินสมรสร่วมกัน ยกเลิกฐานะหัวหน้าครอบครัวของสามี ในขณะเดียวกันยังได้มีการยกเลิกบทบัญญัติจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมของหญิงมีสามีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 มาตรา 37-43 อีกด้วย และการแก้ไข

¹²⁶ Ibid., หน้า 504-508.

บทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยารั้งล่าสุดใน พ.ศ. 2533 กำหนดให้สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกันเฉพาะในนิติกรรมสำคัญซึ่งอาจกระทบถึงกองสินสมรสตามมาตรา 1476 เท่านั้น¹²⁷

ในปัจจุบันระบบทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงประกอบไปด้วยทรัพย์สิน 2 ส่วน อันได้แก่ สินส่วนตัว และสินสมรส ซึ่งอยู่บนฐานความคิดว่าก่อนที่ชายหญิงจะจดทะเบียนสมรสกันนั้น แต่ละฝ่ายย่อมจะต้องมีทรัพย์สินติดตัวมาบ้างไม่มากนักน้อยตามฐานะ และในระหว่างที่อยู่กินด้วยกันก็ย่อมจะทำงานประกอบอาชีพหารายได้มาเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดกองทรัพย์สินขึ้นมาอีกหลังจากการสมรสซึ่งอาจปะปนกับทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วก่อนสมรส บางกรณีคู่สมรสอาจจะก่อหนี้สินขึ้นทั้งก่อนและภายหลังการสมรส ซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินเหล่านี้หากจะต้องมีการแบ่งปันกันระหว่างสามีภริยา หรือชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก ก็จะต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อให้การแบ่งปันและการชำระหนี้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและเป็นธรรม ได้แก่ ระบบทรัพย์สินที่แบ่งกองทรัพย์สินของคู่สมรสให้ชัดเจนว่าส่วนไหนเป็นทรัพย์สินสำหรับใช้จ่ายร่วมกันในครอบครัวซึ่งเป็นเสมือนทรัพย์สินส่วนกลางที่หากเป็นเรื่องสำคัญแล้วฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะจำหน่ายจ่ายโอนโดยพลการมิได้และจะต้องให้คู่สมรสอีกฝ่ายรับรู้หรือยินยอมเสียก่อน อีกส่วนหนึ่งได้แก่กองทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์เด็ดขาดของสามีหรือภริยาซึ่งแต่ละฝ่ายจะจำหน่ายจ่ายโอนอย่างไรก็ได้โดยที่คู่สมรสอีกฝ่ายไม่มีสิทธิเข้ามาเกี่ยวข้อง ตลอดจนการกำหนดว่าภายหลังการสมรสสิ้นสุดลงแล้วจะแบ่งทรัพย์สินเหล่านี้ระหว่างกันอย่างไรด้วย¹²⁸

โดยปกติแล้วเมื่อชายและหญิงสมรสกันย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวกัน มีชีวิตร่วมกัน มีกองทรัพย์สินร่วมกัน ซึ่งเป็นน้ำพักน้ำแรงจากการที่สามีและภริยาเป็นหุ้นส่วนชีวิตซึ่งกันและกัน ดอกผลของสินส่วนตัวก็ตีตลอดจนทรัพย์สินที่ต่างฝ่ายต่างหามาได้ในระหว่างสมรสก็ตีหากมิใช่ทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสินส่วนตัวแล้วย่อมต้องถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ทั้ง 2 ฝ่ายมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันเพื่อประโยชน์ของครอบครัวทั้งสิ้น ทั้งนี้โดยมิต้องคำนึงว่าทรัพย์สินนั้นฝ่ายใดเป็นผู้หาได้มาเนื่องจากกฎหมายถือว่าคู่สมรสทั้ง 2 ฝ่ายนั้นมีส่วนร่วมเท่ากันในการหารายได้เพียงแต่แยกกันทำหน้าที่ โดยภริยาเป็นฝ่ายดูแลบ้านเรือนตลอดจนบุตรธิดาในขณะที่สามีออกจากบ้านไปทำงานซึ่งต่างฝ่ายต่างมีส่วนในประสิทธิภาพของอีกฝ่าย เว้นแต่ทรัพย์สินบางประเภทที่แม้จะได้อมาในระหว่างสมรสแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1471 มิให้ถือว่าเป็นสินสมรส

¹²⁷ Ibid., หน้า 236-237.

¹²⁸ Ibid., หน้า 237-238.

กล่าวคือ ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกายหรือเครื่องประดับกายตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง และทรัพย์สินที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้มาระหว่างสมรสโดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสนหา ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามลักษณะของการรับมรดกซึ่งเป็นเรื่องของผู้เป็นทายาทโดยธรรมกับเจ้ามรดกโดยเฉพาะเจาะจงและเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ให้ที่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินเป็นของผู้รับเป็นการส่วนตัว เพราะหากเจ้ามรดกหรือผู้ให้ที่ดีประสงค์จะให้ทรัพย์สินของตนตกแก่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งในลักษณะของสินสมรสก็ย่อมจะระบุในพินัยกรรมหรือในหนังสือสัญญาให้ว่าให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกแก่คู่สมรสฝ่ายนั้นในลักษณะของสินสมรสได้อยู่แล้ว¹²⁹

(3) ส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต

การประกันชีวิตอยู่บนพื้นฐานของการรับรู้ถึงคุณค่าของชีวิตมนุษย์ร่วมไปกับการยอมรับว่าชีวิตมนุษย์นั้นมีลักษณะที่ไม่แน่นอน และเพื่อถ่ายเทความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นจากความตายที่ไม่สามารถกำหนดได้แน่ชัดว่าจะมาถึงเมื่อไหร่ นั้นมนุษย์จึงต้องหาช่องทางในการแบ่งเบาส่วนได้และเสียของภัยอันตรายนั้นโดยจัดให้มีการประกันชีวิตขึ้น¹³⁰ อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าบุคคลจะสามารถทำสัญญาประกันภัยโดยนำความเสี่ยงที่เกิดจากภัยอันเนื่องมาจากความตายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาประกันภัยเป็นไปเพื่อแบ่งเบาความเสียหายซึ่งเกิดจากภัยอันใดอันหนึ่งที่มีอยู่อย่างแน่นอน ความเสียหายดังกล่าวนี้จึงต้องมีอยู่จริงจึงจะสามารถนำมาเป็นมูลในการทำสัญญาประกันภัยแก่กันได้ รวมทั้งเพื่อมิให้สัญญาประกันภัยมีลักษณะของการพนันขึ้นต่อหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตลอดจนเพื่อป้องกันมิให้มีการประทุษร้ายแก่กันเพราะหวังผลในสัญญาประกันภัยด้วย ในกรณีของสัญญาประกันชีวิตผู้เอาประกันภัยจึงจะต้องมีส่วนได้เสียในชีวิตของบุคคลซึ่งจะถือเอาความตายของเขาเป็นเงื่อนไขในการจ่ายเงินตามสัญญาประกันชีวิต ซึ่งการประกันชีวิตนั้นโดยพื้นฐานแล้วบุคคลย่อมมีส่วนได้เสียที่จะถือเอาชีวิตของตนเองเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประกันภัยได้เสมอด้วยไม่อาจปฏิเสธถึงความเสียหายที่ย่อมจะเกิดขึ้นทั้งต่อชีวิตของเขาเองและครอบครัวในกรณีที่มีความตายเกิดขึ้น ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาประกันภัยนั้นคือชีวิตหรือความเป็นตายของบุคคลอื่นก็จำเป็นที่จะต้องปรากฏว่าผู้เอาประกันภัยมีส่วนได้เสียในความเป็นตายนั้นด้วยจึงจะถือได้ว่ามีความเสียหายอันจะถือเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประกันภัย ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 863 จึง

¹²⁹ Ibid., หน้า 239-249.

¹³⁰ ชูเกียรติ ประมูลผล, หลักการประกันชีวิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 1-2.

บัญญัติให้ผู้เอาประกันภัยจะต้องมีส่วนได้เสียในวัตถุที่เอาประกันภัย มิเช่นนั้นแล้วสัญญาประกันภัยย่อมไม่ผูกพันคู่สัญญาแต่ประการใด¹³¹

นอกจากหลักกฎหมายที่ว่าผู้เอาประกันภัยจะต้องมีส่วนได้เสียในวัตถุที่เอาประกันภัยดังกล่าวแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของการมีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตของบุคคลอื่นไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลใดที่อาจถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในชีวิตของกันและกัน อย่างไรก็ตาม หากจะได้จำแนกส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลแล้วอาจจำแนกส่วนได้เสียที่บุคคลหนึ่งมีต่อชีวิตของบุคคลอื่นในระบบกฎหมายไทยออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ ส่วนได้เสียเนื่องมาจากการมีความสัมพันธ์ในฐานะครอบครัวหรือเครือญาติ อาทิ คู่หมั้น สามีและภริยา บิดามารดากับบุตร ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม และส่วนได้เสียเนื่องจากการมีความสัมพันธ์ในด้านธุรกิจ อาทิ นายจ้างและลูกจ้าง เจ้าหนี้และลูกหนี้ หรือผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกัน¹³² โดยส่วนได้เสียอันเนื่องมาจากการมีความสัมพันธ์ในฐานะครอบครัวหรือเครือญาตินั้น มีที่มาจากคุณค่าของความสัมพันธ์ทางจิตใจและเศรษฐกิจซึ่งเกิดขึ้นในครอบครัวอันชัดเจนจนสามารถนำมาเป็นมูลเหตุของการพิจารณาส่วนได้เสียจากความสัมพันธ์ดังกล่าวได้ ดังที่มีอาจปฏิเสธว่าภริยาย่อมมีส่วนได้เสียในความทรงชีพของสามี บิดามารดาอย่า่อมมีส่วนได้เสียในความทรงชีพของบุตร น้องสาวอย่า่อมมีส่วนได้เสียในความทรงชีพของพี่ผู้ทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูแทนบิดามารดา หลานสาวอย่า่อมมีส่วนได้เสียในความทรงชีพของลุง ป้า น้า หรืออา ผู้ซึ่งอุปการะเลี้ยงดูอยู่และจะต้องให้ความอุปการะกันต่อไปในอนาคต ส่วนได้เสียเหล่านี้ย่อมเป็นไปตามความสัมพันธ์โดยสายโลหิตหรือโดยกฎหมาย และเป็นความสัมพันธ์ทางจิตใจอย่างใกล้ชิด หรือเกี่ยวข้องกับการเงิน หรือการได้รับอุปการะ โดยผู้เอาประกันจะได้รับการส่งเสียเลี้ยงดูจากการที่บุคคลนั้นมีชีวิตอยู่¹³³

ด้วยเหตุที่การใช้ชีวิตร่วมกันนำมาซึ่งการช่วยเหลือและอุปการะซึ่งกันและกัน อันเป็นเหตุให้การดำรงชีวิตอยู่ของสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่งเกิดประโยชน์แก่สมาชิกในครอบครัวคนอื่น ๆ และการสูญเสียสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่งไปย่อมส่งผลเสียต่อสมาชิกในครอบครัวที่เหลืออยู่อย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งระบบกฎหมายไทยก็ได้รับรู้ถึงส่วนแห่งประโยชน์ที่มีอยู่เพราะความทรงชีพและส่วนแห่งความเสียหายเพราะความตายของสมาชิกในครอบครัวในข้อนี้และได้รับการยอมรับให้นำมาเป็นวัตถุที่บุคคลจะทำสัญญาประกันภัยให้มีผลผูกพันต่อกันได้ อย่างไรก็ตาม

¹³¹ ธีรยุทธ ปักษา, "หลักส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย," วารสารสำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยทักษิณ, 7 (2561): 20-21; ชูเกียรติ ประมูลผล, หลักการประกันชีวิต, หน้า 55-56.

¹³² ธีรยุทธ ปักษา, "หลักส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย," 26-28.

¹³³ ชูเกียรติ ประมูลผล, หลักการประกันชีวิต, หน้า 58.

เป็นที่น่าสังเกตว่าความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างสมาชิกในครอบครัวนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักฐานที่จะนำไปสู่ข้อสรุปว่าผู้เอาประกันภัยมีส่วนได้เสียในชีวิตของบุคคลซึ่งจะถือเอาความตายของเขาเป็นเงื่อนไขในการจ่ายเงินตามสัญญาประกันชีวิตเท่านั้น บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะของการพึ่งพาอาศัยกันตามความเป็นจริงก็ควรที่จะถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในชีวิตของกันและกันในอันที่จะเอาประกันภัยตามสัญญาประกันชีวิตได้เช่นเดียวกัน

(4) การหักลดหย่อนตามประมวลรัษฎากร

การลดหย่อนภาษีเนื่องมาจากสถานะครอบครัวของบุคคลนั้นมีที่มาจากแนวคิดที่ว่าจำนวนเงินได้ของบุคคลสามารถสะท้อนฐานะทางการเงินของบุคคลซึ่งจะนำไปสู่การจัดเก็บภาษีอย่างเท่าเทียมกันไม่สะท้อนสถานะแห่งความเป็นจริงของบุคคลเนื่องจากบุคคลแต่ละคนต่างก็มีภาระหน้าที่ต่อครอบครัวของตนที่แตกต่างกันไป การจัดเก็บภาษีในอัตราที่เท่ากันต่อบุคคลมีเงินได้เท่ากันจึงไม่เสมอภาคและเป็นธรรมอีกต่อไปซึ่งนำไปสู่การยอมรับว่าบุคคลที่มีสถานะต่างกัน กล่าวคือ คนโสดและสมรส แม้จะมีรายได้เท่ากันแต่ก็ไม่ควรเสียภาษีเท่ากัน เนื่องจากผู้ที่อยู่ในสถานะครอบครัวย่อมต้องมีภาระค่าใช้จ่ายมากกว่าคนโสดอันเป็นธรรมดาของผู้ครองเรือนจะต้องดูแลเอาใจใส่สมาชิกในครอบครัวของตน เป็นเหตุให้เกิดการนำสถานะส่วนบุคคลและสถานะครอบครัวของบุคคลมาประกอบในการพิจารณากำหนดจำนวนภาษีโดยมีการกำหนดค่าลดหย่อนบนพื้นฐานของภาระครอบครัว¹³⁴

การยอมรับภาระอันเนื่องมาจากความรับผิดชอบที่บุคคลมีต่อครอบครัวของตนนั้นจึงสะท้อนออกมาในบทบัญญัติเกี่ยวกับการหักลดหย่อน ซึ่งมุ่งหมายถึงรายการต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้หักเพิ่มขึ้นหลังจากหักค่าใช้จ่ายก่อนที่จะนำเงินได้ที่เหลือซึ่งเรียกว่าเงินได้สุทธิไปคำนวณภาษีตามบัญชีอัตราภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และมีผลให้เงินได้สุทธิซึ่งเป็นฐานภาษีมีจำนวนลดลงเพื่อบรรเทาภาระภาษีให้แก่ผู้เสียภาษี โดยการหักลดหย่อนดังกล่าวเป็นเครื่องมือของรัฐในการบริหารการเงินการคลัง ส่งเสริมสถาบันครอบครัว และเพิ่มความมั่นคงในชีวิตของประชาชน¹³⁵ ระบบกฎหมายไทยยอมรับความสัมพันธ์ในครอบครัวที่จะนำมาเป็นเหตุในการหักลดหย่อนทั้งในสถานะการเป็นสามีและภริยา ตลอดจนความเป็นบิดามารดากับบุตร เนื่องจากเป็นธรรมดาที่บุคคลจะต้องมีความรับผิดชอบต่อสมาชิกในครอบครัว ซึ่งนอกจากจะเป็นการบรรเทาภาระที่ผู้เสียภาษีมีใน

¹³⁴ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, คำอธิบายพหุภูมิและหลักกฎหมายภาษีอากร, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 106-107.

¹³⁵ ทศนีย์ เหลืองเรืองรอง, ความรู้ทั่วไป กฎหมายภาษี ตามประมวลรัษฎากร, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 102.

การเลี้ยงดูครอบครัวแล้วยังเป็นการสร้างความมั่นคงให้แก่ชีวิตและครอบครัวของผู้เสียภาษีอีกด้วย¹³⁶ โดยเหตุที่เกี่ยวข้องเนื่องกับสมาชิกในครอบครัวซึ่งประมวลรัษฎากรกำหนดการหักลดหย่อนตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 ได้แก่ การหักลดหย่อนสำหรับสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ข) การหักลดหย่อนสำหรับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ค) นอกจากนี้ยังสามารถหักค่าใช้จ่ายสำหรับสมาชิกในครอบครัวของผู้มีเงินได้และค่าใช้จ่ายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ เบี้ยประกันที่จ่ายสำหรับการประกันชีวิตของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ง) เงินสะสมที่สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ข) เงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ฉ) ค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ญ) และค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา สามีหรือภริยา บุตรชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมของผู้มีเงินได้ บิดามารดาหรือบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ หรือบุคคลอื่นที่ผู้มีเงินได้เป็นผู้ดูแลตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ฎ)

(5) สวัสดิการเกี่ยวกับครอบครัว

สวัสดิการสังคมเป็นสถาบันทางสังคมรูปแบบหนึ่งซึ่งนำไปสู่ความมั่นคงของสังคม โดยการช่วยเหลือด้านองค์ความรู้ การศึกษา ทรัพยากร และเศรษฐกิจจากระบบสวัสดิการสังคมทำหน้าที่ให้สังคมทำหน้าที่ของตนเองได้อย่างราบรื่นไม่ติดขัด¹³⁷ ผลของการที่สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมซึ่งมีความสัมพันธ์กับการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของสังคม ในขณะเดียวกันครอบครัวยังช่วยแบกรับและแบ่งเบาภาระหน้าที่ซึ่งเป็นของรัฐหลายประการ อาทิ การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาในเบื้องต้นแก่บุตรผู้เยาว์ที่จะเป็นกำลังของชาติต่อไปในอนาคต การอุปการะเลี้ยงดูสมาชิกในครอบครัวซึ่งทุพพลภาพ สูงวัย หรือเจ็บป่วยจนไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ จึงเป็นการจำเป็นที่รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนครอบครัวของประชากรเพื่อให้สามารถ

¹³⁶ ชัยสิทธิ์ ตราธรรม, คำอธิบายกฎหมายภาษีอากร เล่ม 1, หน้า 140-141.

¹³⁷ วิจิตรา (ฟุ้งัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายสวัสดิการสังคม, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 14-15.

ดำรงชีวิตครอบครัวของตนได้อย่างไม่ติดขัดและลดความเสียเปรียบด้านโอกาสอันเนื่องมาจากภาระที่บุคคลต้องแบกรับมากขึ้นเมื่ออยู่ในสถานะครอบครัว¹³⁸

สวัสดิการเกี่ยวกับครอบครัวในประเทศไทยถูกสะท้อนผ่านกฎหมายตลอดจนระเบียบข้อบังคับหลายฉบับขึ้นอยู่กับหน่วยงานหรือองค์กรซึ่งเป็นฝ่ายจัดให้มีสวัสดิการ โดยทั่วไปแล้วสวัสดิการเกี่ยวกับครอบครัวในประเทศไทยจะอ้างอิงสถานะครอบครัวที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเป็นหลัก อันได้แก่ การสมรส และการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ มาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 ซึ่งให้ความหมายของ “บุคคลในครอบครัว” ของผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไว้ว่า

“(1) บุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของผู้มีสิทธิ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมหรือบุตรซึ่งได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น

(2) คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ

(3) บิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิ”

ในทำนองเดียวกันกับ “บุคคลในครอบครัว” ตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 “บุตร” ตามมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดให้ “บุตร” หมายถึง “บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีอายุครบสามปีแต่เกินยี่สิบห้าปี ทั้งนี้ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมและบุตรซึ่งบิดามารดาได้ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น” และมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ซึ่งได้กำหนดให้ “ทายาทผู้มีสิทธิ” ซึ่งจะได้รับเงินบำเหน็จตกทอดหรือเงินบำนาญพิเศษนั้นหมายถึง

“(1) บุตร และให้หมายรวมถึงบุตรซึ่งได้มีคำพิพากษาของศาลว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายซึ่งได้มีการฟ้องคดีขอให้รับเด็กเป็นบุตรก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บิดาทาย หรือนับแต่วันที่ารู้หรือควรรู้ถึงความตายของบิดา

¹³⁸ มาลี จิรวณานนท์, “ลักษณะบริการสวัสดิการทางการศึกษาสำหรับครอบครัวเลี้ยงเดี่ยววัยรุ่นในสังคมไทย,” วารสารสังคมสงเคราะห์ศาสตร์, 25, 2 (2560): 3-4.

(2) สามีหรือภริยา

(3) บิดาและมารดา”

ในบางกรณีครอบครัวในสภาวะแห่งความเป็นจริงก็ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการครอบครัวเช่นเดียวกับครอบครัวตามกฎหมาย ดังเช่นในกรณีของพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 ที่มาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ “บุคคลในครอบครัว” หมายถึง

“ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตรบุญธรรม รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีสมาชิกในครอบครัวตามกฎหมายเหลืออยู่ครอบครัวในสภาวะแห่งความเป็นจริงก็อาจได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายไทยเพื่อประโยชน์แห่งการจ่ายเงินสวัสดิการให้แก่ผู้มีสิทธิเช่นเดียวกัน อาทิ วรรค 5 ของมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ซึ่งได้กำหนดให้จ่ายเงินบำนาญพิเศษในกรณีที่ไม่มีทายาทผู้มีสิทธิแก่ผู้ซึ่งมีหลักฐานแสดงได้ว่าเป็นผู้อุปการะหรือผู้อยู่ในความอุปการะของผู้ตาย โดยมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ให้ความหมายของ “ผู้อุปการะ” ว่าหมายถึง

“(1) ผู้ที่ได้อุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาผู้ตายมาแต่เยาว์

ฉันบิดามารดากับบุตร หรือ

(2) ผู้ที่ได้อุปการะข้าราชการประจำ หรือข้าราชการ

บำนาญ ผู้มีรายได้ไม่เพียงพอแก่อัตภาพ หรือได้อุปการะข้าราชการบำนาญผู้ซึ่งเจ็บป่วยทุพพลภาพ หรือวิกลจริตไม่สามารถที่จะช่วยตนเองได้ ผู้อุปการะตามข้อนี้ต้องเป็นผู้ให้อุปการะประจำเป็นส่วนใหญ่”

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ยังได้ให้ความหมายของ “ผู้อยู่ในอุปการะ” ว่าหมายถึง “ผู้ที่ได้อยู่ในความอุปการะของผู้ตายตลอดมา โดยจำเป็นต้องมีผู้อุปการะ และความตายของผู้นั้นทำให้ได้รับความเดือดร้อน เพราะขาดความอุปการะ” อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อมโยงส่วนหนึ่งระหว่างการจัดให้มีสวัสดิการที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวในระบบกฎหมายไทยและการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ที่ต้องการการช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเป็นสำคัญ

2) สิทธิหน้าที่อันเนื่องมาจากสถานะของบุคคล

การใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์นำไปสู่การเกิดขึ้นของครอบครัวและระบบเครือญาติ ในขณะที่เดียวกันก่อให้เกิดภาระหน้าที่ซึ่งบุคคลต้องมีต่อสมาชิกในครอบครัวและสังคม เมื่อครอบครัวเป็นส่วนสำคัญประการหนึ่งของสังคม รัฐจึงมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับครอบครัวอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ ภายใต้สถานะเช่นนี้การดำรงอยู่ของครอบครัวจึงสัมพันธ์กับการดำรงอยู่ของรัฐและสถานะของบุคคลในครอบครัวจึงนำไปสู่สิทธิหน้าที่ในระบบกฎหมายหลายประการซึ่งในบางประการมีความเชื่อมโยงโดยตรงกับความมั่นคงของรัฐด้วย

(1) ข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นข้อสันนิษฐานของชายซึ่งเป็นสามีของมารดาเด็กบนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายของการสมรส ด้วยข้อสันนิษฐานดังกล่าวจะมีอยู่เฉพาะในกรณีที่การสมรสระหว่างชายผู้เป็นสามีของมารดาเด็กชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมีมูลเหตุมาจากสภาพแห่งความเป็นจริงที่ว่าเมื่อมีการอยู่กินร่วมกันระหว่างสามีกับภริยาอันเนื่องมาจากการสมรสก็ย่อมนำไปสู่การตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรตามธรรมชาติแห่งสรีระร่างกายของชายกับหญิง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 วรรคแรกจึงกำหนดให้สันนิษฐานว่าเด็กซึ่งเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายใน 310 วันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี โดยมูลเหตุของบทบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงนั้นอาจสรุปได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่รวมทะเบียนสมรสกับระยะเวลาตั้งครรภ์ตามธรรมชาติของมารดาเด็กเข้าด้วยกัน ข้อสันนิษฐานข้างต้นจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้หากชายและหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรส เพราะเมื่อไม่มีการสมรสก็ต้องถือว่าทั้งคู่ไม่ได้อยู่กินด้วยกันที่จะมีบุตรซึ่งเกิดขึ้นจากชายนั้นได้ กรณีดังกล่าวเป็นไปโดยผลของกฎหมายแม้ว่าในความจริงแล้วชายและหญิงนั้นจะได้อยู่กินด้วยกันก็ตาม¹³⁹

ข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นการยอมรับและสะท้อนความเป็นจริงในธรรมชาติของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าการใช้ชีวิตร่วมกันที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเสียก่อน และเมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นอยู่ในสถานะสมรสซึ่งเป็นสถานะความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงเพียงหนึ่งเดียวที่

¹³⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 297.

ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย บุตรซึ่งเกิดมาจากหญิงในระหว่างการสมรสนั้นจึงย่อมจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นด้วย ตลอดจนในกรณีที่มีการสมรสสิ้นสุดแต่ระหว่างสมรสนั้นในครรภ์ของหญิงอาจจะมีตัวอ่อนของเด็กที่ได้ปฏิสนธิแล้วฝังตัวอยู่เพื่อรอการกำเนิดในระยะเวลาตามธรรมชาติ ซึ่งระบบกฎหมายก็ได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงในข้อนี้และเพื่อระยะเวลาที่ยาวนานที่สุดซึ่งเด็กจะอยู่ในครรภ์มารดาได้เป็นเงื่อนไขในการได้รับข้อสันนิษฐานการเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายยังคงมีอยู่ต่อไปจนกระทั่งระยะเวลา 310 วันซึ่งในทางการแพทย์ถือว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนานที่สุดที่เด็กจะรอดอยู่ในครรภ์มารดาโดยไม่เสียชีวิตภายหลังวันที่การสมรสสิ้นสุดลง ซึ่งไม่เพียงจะสะท้อนออกมาในข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทว่า ยังส่งผลต่อการสมรสใหม่ของผู้หญิงซึ่งการสมรสเดิมสิ้นสุดลงยังไม่เกิน 310 วันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1453 ที่ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้วันแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งจะไม่ส่งผลกระทบต่อข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยเป็นสามี กล่าวคือ หญิงนั้นได้ให้กำเนิดบุตรแล้ว หรือเป็นการสมรสกับคู่สมรสเดิม หรือมีใบรับรองแพทย์ว่ามีได้ตั้งครรภ์ หรือมีคำสั่งของศาลให้สมรสได้ แล้วแต่กรณี¹⁴⁰

(2) การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์นั้นเมื่อประกอบด้วยความรู้สึกเชิงเสนหาที่มีต่อกันโดยปรกติแล้วย่อมนำไปสู่การมีปฏิสัมพันธ์อันทำให้เกิดทารกในครรภ์ของฝ่ายหญิงขึ้นในที่สุด การตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรนั้นไม่เพียงแต่มีคุณค่าในแง่การสืบต่อเผ่าพงศ์วงศ์ตระกูลตลอดจนสังคมมนุษย์ให้ดำรงอยู่ต่อไปเท่านั้น การตั้งครรภ์ยังนำมาซึ่งความสุขซึ่งเต็มเต็มจิตใจของผู้เป็นบิดาและมารดาอีกด้วย แต่มิใช่ว่ามนุษย์ทุกคู่จะสามารถทำให้เกิดการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรได้ตามธรรมชาติทั้งนี้อาจเป็นเพราะสภาพแห่งร่างกายหรือเหตุจากโรคภัยย่อมทำให้ความสามารถในการมีบุตรของมนุษย์บกพร่องไปได้ ในปัจจุบันภาวะมีบุตรยากดังกล่าวนี้สามารถบำบัดรักษาได้โดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งสามารถเยียวยาการบุตรยากได้หลายวิธีทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพปัญหาอันเป็นต้นเหตุของสภาวะมีบุตรยากดังกล่าวนี้ อาทิ การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อสุจิเข้าสู่ร่างกาย การนำไข่และอสุจิออกมาปฏิสนธิภายนอกร่างกาย ตลอดจนการให้สตรีอื่นทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทน ในอดีตประเทศไทยมีเพียงกฎเกณฑ์กำหนดมาตรฐานวิชาชีพสำหรับแพทย์ซึ่งจะปฏิบัติหน้าที่ให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กล่าวคือ ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม

¹⁴⁰ Ibid., หน้า 109-111, 311.

2540 และ ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545¹⁴¹ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จำนวนมากโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าว และเป็นเหตุให้สิทธิตลอดจนสายสัมพันธ์ของเด็กกับครอบครัวถูกปฏิเสธเนื่องจากการขาดกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อรองรับสถานะของเด็กซึ่งมิได้เกิดจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติเช่นนี้¹⁴²

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นอกจากจะมุ่งควบคุมการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้วยังมุ่งกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจนและเหมาะสมกับความก้าวหน้าทางวิทยาการในปัจจุบัน และด้วยเหตุที่กฎหมายฉบับนี้คำนึงถึงการรักษาสีห์อันสืบเนื่องมาจากสถานะความสัมพันธ์ในครอบครัวของเด็กที่ไม่เพียงแต่จะเป็นผลของวิธีการปฏิสนธิและการให้กำเนิดซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่รองรับเฉพาะรูปแบบการปฏิสนธิและให้กำเนิดตามธรรมชาติเท่านั้น จำนวนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีหลายฝ่ายอาจนำไปสู่ความสับสนในสถานะทางกฎหมายของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องแต่ละคนกับเด็กที่ถือกำเนิดมาอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ สถานะโสด หรือสถานะสมรส ตลอดจนการรับรู้และยินยอมของผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทุกฝ่ายรวมทั้งคู่สมรสถ้าหากมิจึงได้รับการคำนึงถึงอย่างมากในฐานะเหตุปัจจัยที่ย่อมจะส่งผลกระทบต่อเด็กซึ่งจะเกิดขึ้นมาทั้งสิ้นและถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “หลักวิชาโดยเคร่งครัด” ในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ในเวลาต่อมากลายเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติกำหนดเงื่อนไขและสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่จะใช้บริการหรือเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558¹⁴³

¹⁴¹ ธาณี วรภัทร์ โพธิษฐ์ พิพัฒน์กุล ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย อัจฉริยา ชูตินันท์ จิรภูมิ ลิปพันธ์ วิเชษฐ์ สันประสิทธิ์กุล, "ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์: กรณีชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภรรยา," วารสารเทคโนโลยีภาคใต้, 12, 1 (2562): 150.

¹⁴² นายแพทย์วิฑูรย์ อังประพันธ์, "อุ้มบุญ-อุ้มบาป: พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558," วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข, 2, 1 (2559): 45.

¹⁴³ Ibid.: 46-47.

การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จึงจำกัดการเข้าถึงเฉพาะบุคคลที่มีครอบครัวแล้วตามกฎหมาย รวมทั้งบุคคลซึ่งจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องต้องมีครอบครัวหรือเป็นบุคคลในครอบครัวและจำเป็นที่การเข้ามาเกี่ยวข้องในบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องได้รับความรับรู้และยินยอมจากสมาชิกในครอบครัวของตนแล้วเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งระหว่างสมาชิกในครอบครัวและเพื่อให้สถานะทางกฎหมายของเด็กที่จะถือกำเนิดมามีความสอดคล้องกับรูปแบบครอบครัวในธรรมชาติมากที่สุด โดยการผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 19) และหากเป็นการใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม (มาตรา 20) ในทำนองเดียวกันกับการตั้งครรภ์แทนที่เฉพาะสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ (มาตรา 21 (1)) และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนแต่ต้องมีในฐานะผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานเพื่อมิให้เกิดการสับสนในลำดับของระบบเครือญาติของเด็กที่จะถือกำเนิดขึ้นมา โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาก่อนแล้วและหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาก็จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีหรือชายนั้นก่อนเช่นเดียวกัน (มาตรา 21 (2) (3) (4)) ซึ่งเป็นการคำนึงถึงวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ในรูปแบบครอบครัวตามความเป็นจริงร่วมไปกับสถานะของบุคคลในระบบกฎหมาย เพื่อให้การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สามารถนำไปสู่ความสัมพันธ์ที่สมดุลระหว่างสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายและบูรณภาพในครอบครัวของบุคคลอันจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในที่สุด

(3) การขอถือสัญชาติไทย

การได้สัญชาตินั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นการได้สัญชาติโดยการเกิด ซึ่งประกอบด้วยการได้สัญชาติโดยการเกิดตามหลักดินแดน และการได้สัญชาติโดยการเกิดตามหลักสายโลหิต และการได้สัญชาติภายหลังการเกิด ซึ่งประกอบไปด้วยการได้มาซึ่งสัญชาติโดยการสมรส การแปลงสัญชาติ และการได้สัญชาติโดยการรับบุตรบุญธรรม โดยการได้มาซึ่งสัญชาติโดยการสมรสนั้นอยู่บนพื้นฐานความคิดเกี่ยวกับหลักเอกภาพของครอบครัวที่ว่าบุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน รัฐจึงต้องยอมรับให้สมาชิกในครอบครัวมีสัญชาติตามผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว ซึ่งโดยปกติได้แก่ผู้เป็นสามีหรือบิดา หรือมารดาหากไม่มีบิดา และหากรัฐยอมให้หัวหน้า

ครอบครัวสละสัญชาติรัฐก็จำเป็นต้องยอมให้สมาชิกในครอบครัวสละสัญชาติเพื่อไปถือสัญชาติใหม่ตามหัวหน้าครอบครัวด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีของหญิงมีสามีนั้น หลักความเท่าเทียมระหว่างเพศมีความสำคัญไม่น้อยกว่าหลักเอกภาพของครอบครัวเลย โดยถือว่าชายและหญิงนั้นต่างมีสิทธิเท่าเทียมกันในการกำหนดสัญชาติของตนเองและรัฐจะไม่กำหนดให้หญิงได้สัญชาติของสามีโดยอัตโนมัติหรือถือเอาการสมรสกับชายต่างชาติเป็นการสละสัญชาติของตน¹⁴⁴

ในระบบกฎหมายไทยนั้นหลักเอกภาพของครอบครัวได้รับการยอมรับในเรื่องสัญชาติเช่นเดียวกันโดยกฎหมายไทยยอมรับว่าบุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน เพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของครอบครัว และเพื่อมิให้เกิดข้อจำกัดในการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาอันเนื่องมาจากเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าเมือง อาทิ ระยะเวลาในการพักอาศัยในประเทศที่จำกัดของคนต่างด้าว ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติในอดีตอันได้แก่พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2456 และพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 กำหนดให้หญิงต่างด้าวได้สัญชาติไทยโดยการสมรสกับชายไทยและเป็นการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวโดยอัตโนมัติโดยที่หญิงมิต้องแสดงความประสงค์หรือดำเนินการขอแปลงสัญชาติซ้ำอีก และในเวลาต่อมาหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2503 ซึ่งกำหนดให้การสมรสกับชายไทยของหญิงต่างด้าวเป็นมูลเหตุที่จะยื่นคำขอถือสัญชาติของสามีเท่านั้นโดยมิให้ถือว่าการสมรสกับชายไทยของหญิงต่างด้าวเป็นการได้สัญชาติไทยโดยอัตโนมัติอีกต่อไป

ในปัจจุบัน โดยผลของมาตรา 9 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 กำหนดให้หญิงต่างด้าวซึ่งสมรสกับผู้มีสัญชาติไทยสามารถขอถือสัญชาติไทยตามสามีได้ แต่ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงจึงไม่เปิดช่องให้ชายต่างด้าวซึ่งสมรสกับผู้มีสัญชาติไทยสามารถขอถือสัญชาติไทยได้ในทำนองเดียวกันเนื่องจากหญิงนั้นถูกมองจากรัฐว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐและสังคมน้อยกว่าชาย อีกทั้งเป็นการมองว่าชายต่างด้าวไม่ใช่คนในสังกัดรัฐไทยที่รัฐไทยจะไปอำนวยความสะดวกให้เท่าเทียมกับหญิงต่างด้าวในการได้สัญชาติตามสามี ซึ่งปัญหาด้านความมั่นคงนี้อาจสืบเนื่องมาจากผลของการได้สัญชาติไทยของชาวต่างด้าวเพราะเหตุสมรสที่มีลักษณะพิเศษบางประการ กล่าวคือ การได้สัญชาติเพราะการสมรสนี้ไม่ทำให้ชาวต่างด้าวนั้นเสียสัญชาติเดิมของตนและเปิดช่องให้บุคคลมี 2 สัญชาติ อันได้แก่ สัญชาติเดิมของตนก่อนสมรสและสัญชาติไทย นอกจากนี้สัญชาติไทยที่ชาวต่างด้าวได้มาเพราะเหตุสมรสกับชาวไทยย่อมไม่เสียไปแม้ในเวลาต่อมาผู้

¹⁴⁴ ชัยญานุช วรแสน, "ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ," หน้า 16-17.

เป็นสามีนั่นเสียสัญญาชาติไทยหรือในภายหลังการสมรสอันเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งสัญญาชาติไทยนั้นสิ้นสุดลง หรือถูกศาลพิพากษาให้เพิกถอน¹⁴⁵

(4) การเป็นทายาทโดยธรรม

เมื่อระบบกฎหมายไทยยอมรับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล โดยกำหนดให้บุคคลมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สิน บุคคลจึงย่อมที่จะใช้สอยหรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินต่าง ๆ ของตนได้ตามใจสมัคร และในเวลาเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตายลง ทรัพย์สินต่าง ๆ ซึ่งเคยเป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของบุคคลนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาทต่อไป โดยระบบกฎหมายไทยยอมรับสิทธิของทายาทที่เป็นทั้งผู้สืบสายโลหิตหรือสมาชิกในครอบครัวของเจ้ามรดกอันได้แก่ ทายาทโดยธรรมซึ่งหมายถึงญาติสืบสายโลหิตเดียวกันกับเจ้ามรดกทั้ง 6 ลำดับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 และคู่สมรสที่ได้ร่วมกันก่อสร้างครอบครัวอยู่กินร่วมกันมากับเจ้ามรดกจนกระทั่งถึงวาระสุดท้ายซึ่งมีสิทธิในส่วนแบ่งทรัพย์สินมรดกร่วมกันกับ ทายาทโดยธรรมลำดับอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629 วรรคท้าย และ มาตรา 1635 ร่วมไปกับสิทธิของผู้รับพินัยกรรมซึ่งอาจเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เจ้ามรดกได้แสดงเจตนาเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนไว้ให้ในขณะที่เขายังคงมีชีวิตอยู่และย่อมจะได้รับมรดกของเจ้ามรดกเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายลงเช่นเดียวกับทายาทที่เป็นสมาชิกในครอบครัว ทว่า มิใช่โดยผลแห่งสายโลหิตหรือสถานะสมรสตามกฎหมายหากเป็นเพราะผลแห่งการแสดงเจตนาตามข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้น

ในส่วนของการทายาทซึ่งเป็นผู้สืบสายโลหิตหรือสมาชิกในครอบครัวของเจ้ามรดกนั้น ทายาทโดยธรรมซึ่งมี 6 ลำดับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 มีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังกัน กล่าวคือ ลำดับที่ 1 ผู้สืบสันดาน ลำดับที่ 2 บิดามารดา ลำดับที่ 3 พี่น้องร่วมบิดามารดา ลำดับที่ 4 พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดา ลำดับที่ 5 ปู่ ย่า ตา ยาย และ ลำดับที่ 6 หลง ป้า น้า อา มีสิทธิรับมรดกร่วมกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ของเจ้ามรดก โดยในระหว่าง ทายาทโดยธรรมทั้งหมดนั้น ทายาทลำดับแรกย่อมตัดสิทธิในการรับมรดกของทายาทลำดับถัดลงมา ซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติของความสนิทในครอบครัวที่บุคคลย่อมมีความรักความผูกพันกับญาติที่สนิท ขึ้นกันมากกว่าญาติในลำดับที่ห่างกันออกไปหรือเรียกว่าหลักการญาติสนิทตัดญาติห่าง เว้นแต่ในกรณีที่มีทายาทโดยธรรมชั้นผู้สืบสันดานหรือผู้รับมรดกแทนที่ไม่ขาดสายและบิดามารดาของเจ้ามรดกก็ยังคงมีชีวิตอยู่เช่นเดียวกัน ในกรณีนี้ให้บิดามารดาได้รับส่วนแบ่งเท่ากับทายาทชั้นบุตรตาม

¹⁴⁵ Ibid., หน้า 20-21, 105.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1630 ซึ่งเป็นผลมาจากเหตุที่ว่าความรักบุตรกับความกตัญญูบิดามารดาควรจะเท่าเทียมกันซึ่งสะท้อนไปยังส่วนแบ่งในทรัพย์มรดกของทายาทโดยธรรมทั้ง 2 ลำดับชั้นตามมาตราดังกล่าว¹⁴⁶

ในขณะที่คู่สมรสซึ่งอยู่กินร่วมกันกับเจ้ามรดกมาจนตลอดชีวิตนั้นนอกจากจะได้ส่วนแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาของเจ้ามรดกตามกฎหมายลักษณะครอบครัวแล้ว ในการแบ่งทรัพย์มรดกของเจ้ามรดกซึ่งประกอบด้วยสินส่วนตัวและสินสมรสในส่วน of เจ้ามรดกซึ่งจะต้องตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมนั้น คู่สมรสของเจ้ามรดกย่อมมีสิทธิในทรัพย์มรดกโดยไม่ถูกตัดเพราะเหตุที่เจ้ามรดกยังมีทายาทโดยธรรมลำดับอื่น ๆ อยู่อีก¹⁴⁷ ซึ่งส่วนแบ่งในทรัพย์มรดกของคู่สมรสกับทายาทโดยธรรมลำดับอื่นย่อมมากน้อยลดหลั่นกันไปตามลำดับสนิทหรือห่างระหว่างเจ้ามรดกกับทายาทโดยธรรมที่ยังคงมีชีวิตอยู่ โดยคู่สมรสของเจ้ามรดกย่อมได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์มรดกเสมือนตนเป็นทายาทชั้นบุตรในกรณีที่ทายาทชั้นบุตรเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดก หรือได้รับส่วนแบ่งกึ่งหนึ่งของทรัพย์มรดกทั้งหมดในกรณีที่บิดามารดาหรือพี่น้องร่วมบิดามารดาของเจ้ามรดกเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดก หรือได้รับส่วนแบ่ง 2 ส่วนใน 3 ของของทรัพย์มรดกทั้งหมดในกรณีที่พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาหรือปู่ ย่า ตา ยาย หรือลุง ป้า น้า อา ของเจ้ามรดกเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดก และคู่สมรสของเจ้ามรดกย่อมได้รับทรัพย์มรดกทั้งหมดในกรณีที่ไม่มีทายาทโดยธรรมลำดับใดมีสิทธิได้รับมรดกเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1635

(5) การจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญา

โดยปกติแล้วเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น สิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีอาญาเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้นย่อมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เสียหาย แต่ในบางกรณีด้วยสถานะในครอบครัวของผู้เสียหาย อาทิ ผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามีซึ่งต้องทำหน้าที่ดูแลบุตรตลอดจนดูแลบ้านเรือน หรือผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ซึ่งยังคงมีความบกพร่องด้านวุฒิภาวะหรือสภาพจิตใจ ระบบกฎหมายไทยจึงยอมรับบุคคลในครอบครัวเดียวกันสามารถดำเนินการแทนผู้เสียหายนั้น ๆ ได้โดยให้สามีมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแทนภริยาได้เมื่อได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภริยา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 (2) ผู้แทนโดยชอบธรรม กล่าวคือ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เยาว์ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในความดูแลของตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1) โดย

¹⁴⁶ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546), หน้า 98, 119.

¹⁴⁷ Ibid., หน้า 124.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สิทธิดังกล่าวเฉพาะแก่สามี และผู้แทนโดยชอบธรรมโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ สามีต้องได้จดทะเบียนสมรสกับผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงแล้วในเวลาที่ยังดำรงการแทนผู้เสียหาย และบิดาต้องอยู่ในสถานะบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ในเวลาที่ดำเนินการแทนผู้เสียหายที่ เป็นผู้เยาว์เช่นเดียวกัน¹⁴⁸

แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) ยังกำหนดให้ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยา มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายได้เช่นเดียวกัน โดยลดความเคร่งครัดของสถานะความสัมพันธ์ในครอบครัวของผู้ซึ่งกฎหมายเห็นว่าสมควรเป็นผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญาลงมาเพื่อให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของผลแห่งการกระทำความผิดอาญาที่รุนแรงถึงตายหรือถึงขนาดที่ผู้เสียหายบาดเจ็บจนมีอาจดำเนินการด้วยตนเองได้ โดยการกำหนดให้ผู้บุพการีอันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตาย ยาย ทวด ของผู้เสียหาย และผู้สืบสันดานอันได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ของผู้เสียหาย เป็นผู้ที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายซึ่งความเป็นผู้บุพการีและผู้สืบสันดานนี้ให้ถือตามสถานะความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยมิจำเป็นว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะเดียวกัน แม้ว่าสามีหรือภริยาที่จะใช้อำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในกรณีเช่นนี้ย่อมสามารถดำเนินการแทนผู้เสียหายได้ในทันทีโดยมิต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายก่อน ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับผลของการกระทำความผิดอาญาที่รุนแรงถึงขั้นทำให้ผู้เสียหายตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ แต่ด้วยเหตุที่ความเป็นผู้บุพการีและผู้สืบสันดานนี้ถือเอาตามสายโลหิตจึงมีอาจถือได้ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมซึ่งต่างมิได้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันเป็นผู้บุพการีและผู้สืบสันดานด้วย¹⁴⁹ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/28 กำหนดให้บุตรบุญธรรมไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมาอันเป็นการเน้นย้ำความสำคัญของสายสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวที่ให้กำเนิด บุตรบุญธรรมจึงยังมีความสัมพันธ์ในฐานะผู้บุพการีและผู้สืบสันดานกับสมาชิกในครอบครัวที่ตนถือกำเนิดและสามารถดำเนินการแทนผู้เสียหายตามสิทธิในกรณีเดียวกันนี้ได้แม้ว่าบิดามารดาโดยกำเนิดจะหมดอำนาจปกครองไปแล้วนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ตาม

¹⁴⁸ ธานีศ เกศพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา1-156), พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 109-116.

¹⁴⁹ Ibid., หน้า 122-131.

(6) ข้อห้ามการฟ้องคดีต่อผู้บุพการี (อุทลุม)

อุทลุมหรือหน้าที่ของบุตรที่จะไม่ฟ้องบิดามารดาของตน โดยตรงนั้นมิอยู่ในระบบกฎหมายไทยตั้งแต่ครั้งกฎหมายตราสามดวง ที่กำหนดมิให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองรับฟ้องคดีความที่บุตรหลานฟ้องบุพการีของตนเองเนื่องจาก “...เป็นคนอุทลุมหมีได้รู้คุณพ่อแม่ ปู่ หล้า ตา ยาย มันหาความแก่พ่อแม่ ปู่ หล้า ตา ยาย ก็ดี ให้ยกฟ้องเสีย” ซึ่งบทบัญญัติลักษณะคดีอุทลุมนี้ยังคงตกทอดมาในมาตรา 1562 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใน พ.ศ. 2478 ว่า “ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขอ อัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้” มูลเหตุของการกำหนดบทบัญญัติลักษณะคดีอุทลุมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวของคนไทยนั้นสืบเนื่องมาจากกฎหมายลักษณะรับฟ้องห้ามมิให้รับฟ้องคดีเช่นนี้เพราะเห็นว่าบุตรที่ฟ้องบุพการีนั้นเป็นบุตรเนรคุณ เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและวัฒนธรรมไทยที่ยึดถือเอาความกตัญญูรู้คุณบิดามารดาเป็นสำคัญ โดยความเป็นบุพการีอันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ในเรื่องอุทลุมนี้ถือเอาสถานะตามความเป็นจริงในครอบครัว โดยมีจำเป็นว่าต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ บุพการีในเรื่องอุทลุมจึงหมายถึงผู้ที่อุปการะมาก่อนโดยไม่แบ่งว่าเป็นบุพการีที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือถือว่าบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่บุพการี เพราะการเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เช่นนั้นไม่ใช่สาระสำคัญเนื่องจากบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมเป็นบุพการีของบุตรธิดาเสมอ อย่างไรก็ตาม บุตรซึ่งจะต้องถูกตัดสิทธิฟ้องคดีเพราะเหตุอุทลุมนั้นต้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ด้วยอุทลุมเป็นบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคลที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด บุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมายจึงสามารถฟ้องบิดาเป็นคดีแพ่งให้รับตนเองเป็นบุตร ตลอดจนฟ้องคดีอาญาว่าบิดายักยอกทรัพย์สินของตนได้ในทำนองเดียวกัน¹⁵⁰

5.3.2.1.2 สาระสำคัญอันมีร่วมกันระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปในสังคมไทย

การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกกับบุคคลทั่วไปในสังคมไทย นั้นมีสาระสำคัญร่วมกันอันสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ กล่าวคือ

¹⁵⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า, 368-373.

1) การอุปการะเลี้ยงดูและพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน

วิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกนั้นหากมองข้ามเรื่องความไม่สอดคล้องสัมพันธ์กันระหว่างเพศสรีระโดยกำเนิดกับเพศสภาพที่แสดงออกให้ปรากฏแล้ว บุคคลเพศทางเลือกต่างก็มีวิถีชีวิตที่ไม่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป ด้วยบุคคลเพศทางเลือกต่างก็เป็นสมาชิกของครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งอันประกอบไปด้วยพ่อ แม่ พี่ น้อง มีญาติ มิตรสหาย ต่างมีความต้องการขั้นพื้นฐานทั้งด้านการศึกษา สุขภาพ หน้าที่การงาน และความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน ซึ่งเป็นเช่นเดียวกันในวิถีชีวิตของมนุษย์ทุกคน สิ่งเดียวที่บุคคลเพศทางเลือกมักถูกมองว่าแตกต่างไปจากคนส่วนใหญ่ในสังคมก็คือความรู้สึกพึงพอใจในบุคคลที่มีเพศกำเนิดเดียวกันเท่านั้น แต่หากพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมทางเพศของแต่ละคนแล้ว ก็พบว่าไม่มีความแตกต่างจากคนรักเพศตรงข้าม เพราะล้วนมีข้อเท็จจริงด้านรูปร่าง หน้าตา และนิสัยใจคอ เข้ามาเป็นปัจจัยเช่นเดียวกันทั้งสิ้น¹⁵¹

ในทำนองเดียวกัน การที่บุคคลเพศทางเลือกได้ตัดสินใจเลือกที่จะใช้ชีวิตร่วมกัน ผลของการพักอาศัยอยู่ร่วมกันนำไปสู่การให้การอุปการะเลี้ยงดูช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือแก่ครอบครัวของอีกฝ่ายตามความสามารถโดยปราศจากข้อจำกัดด้านเพศสรีระจึงเป็นผลธรรมชาติของการดำเนินชีวิตคู่ ยิ่งไปกว่านั้นผลการศึกษาของ กนิษฐา สุขสมัย และ พิทักษ์ ศิริวงศ์ พบว่า ตลอดเวลาที่บุคคลเพศทางเลือกพักอาศัยอยู่ด้วยกัน ความพยายามในดูแลเอาใจใส่อีกฝ่ายตลอดจนการช่วยเหลือกิจการของอีกฝ่ายกลับมีสูงมากทั้งนี้เพราะบุคคลเพศทางเลือกเกรงว่าครอบครัวและผู้มาใช้บริการกิจการของคู่รักของตนจะมองว่าตนมีศักยภาพในการช่วยเหลืออุปการะอีกฝ่ายได้ไม่เท่าเทียมกับกรณีของคู่รักต่างเพศ ซึ่งบุคคลเพศทางเลือกที่เป็นกลุ่มตัวอย่างในการศึกษาสามารถครองชีวิตร่วมกันลักษณะได้เป็นระยะเวลายาวนานถึง 50 ปี และในปัจจุบันด้วยอายุที่เข้าสู่วัยชราบุคคลเพศทางเลือกยังคงช่วยเหลือเจือจุนคู่รักของตนได้ตามฐานานุรูปโดยตลอดระยะเวลาที่ใช้ชีวิตร่วมกันมานั้นก็ไม่ปรากฏอุปสรรคในการใช้ชีวิตร่วมกันอันเป็นผลของการที่มีเพศสรีระเช่นเดียวกันแต่ประการใดเว้นเสียแต่ทัศนคติเชิงลบที่สังคมไทยยังคงมีต่อบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น¹⁵²

อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้งที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นเป็นไปในลักษณะอิสระและห่างไกลจากครอบครัวที่ตนถือกำเนิดมา ซึ่งในสภาวะดังกล่าวการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกต้องการการพึ่งพาอาศัยกันและกันมากยิ่งขึ้นเพราะไม่อาจจะขอความช่วยเหลือจากสมาชิกในครอบครัวเดิมของตนได้อย่างทันท่วงที เป็นเหตุให้แต่ละฝ่ายมีอิทธิพลต่อความเป็นอยู่ของกันและกันสูงในฐานะที่พึ่งเพียงหนึ่งเดียวหากเกิดสภาวะฉุกเฉินขึ้นกับอีกฝ่าย

¹⁵¹ บังอร เทพเทียน, "วิถีชีวิตของคนรักเพศเดียวกัน," 69.

¹⁵² กนิษฐา สุขสมัย และ พิทักษ์ ศิริวงศ์, "เรื่องเล่าหญิงรักหญิงวิถีเพศของคู่รักสูงวัย :," วารสารสังคมศาสตร์, 5, 2 (2559): 127-131.

กฤติพัฒน์ โชติฐานิตสกุล ให้สัมภาษณ์ถึงบทบาทของคู่รักเพศทางเลือกเมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นในกรณีที่ทั้ง 2 ฝ่ายเลือกที่จะแยกครอบครัวออกมาใช้ชีวิตต่างหากว่า

“กรณีของผม คือ น้องเขาต้องเข้ารับการรักษาอาการหอบหืด ซึ่งตอนนั้นน้องไม่ได้สติแล้ว นอนนิ่งอยู่บนเตียง แน่นอนทางโรงพยาบาลก็ต้องมีการเซ็นเอกสาร ยินยอมรับการรักษา ถ้าไม่มีใครเซ็นเอกสารก็จะไม่มีการรักษาใด ๆ เกิดขึ้น โรงพยาบาลพยายามจะตะโกนเรียกหาญาติที่เซ็นเอกสาร ผมก็เลยบอกไปว่าผมจะเป็นคนเซ็นเอง พยาบาลเขาก็ถามผมว่าแล้วผมเป็นอะไรกับคนป่วย ผมตอบได้แค่ “เป็นพี่ชายครับ” พยาบาลก็ถามต่ออีก “พี่ชายโดยสายโลหิตหรือเปล่า” พยาบาลบอกว่า “ไม่ได้ คุณเซ็นไม่ได้คุณไม่ใช่พี่ชายแท้ ๆ” คือตอนนั้นเราสองคนไม่ได้ติดต่อกับครอบครัวเลย ตั้งแต่เราเลือกจะใช้ชีวิตแบบของเราที่ไม่ได้ติดต่อกับครอบครัวอีกเลยก็หลายปีนะครับ ผมก็พยายามนึกว่าน้องเคยเก็บที่อยู่ของน้องสาวไว้ที่ไหน ตอนนั้นจำได้ดีสองแล้วจะออกไปตอนนี้อยู่คนเดียวเขาจะมาให้หรือ ปรากฏว่าพอได้ที่อยู่ของน้องสาว เขามาก็ออกตามหาตามที่อยู่ที่ได้มา สุดท้ายก็ได้เจอน้องสาวเขา ผมก็เล่าเหตุการณ์ทั้งหมดให้น้องเขาฟัง แต่ผมก็ต้องผิดหวัง น้องสาวเขาบอกว่า “หนูก็เห็นเขาเป็นแบบนี้มาหลายครั้งแล้วปล่อย ๆ เขาไปเถอะ” แต่น้องสาวเขาก็ยอมไปเซ็นเอกสารให้นะครับ แต่เหมือนเขาได้รับการรักษาหายไปแล้ว สุดท้ายน้องก็จากไปครับ ที่น่าเจ็บปวดที่สุด คือน้องไปถึงมือหมอตั้งนานแล้วแต่เขาไม่ยอมทำอะไรกับน้องเลยปล่อยให้มันนอนอยู่เฉย ๆ ...”¹⁵³

2) ระบบเครือญาติ

ในขณะที่การใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิงสามารถนำไปสู่การเกิดขึ้นของระบบเครือญาติทั้งในรูปแบบของเครือญาติโดยการสมรสที่การสมรสเป็นการผสมผสานครอบครัวของชายและหญิงเข้าด้วยกัน เครือญาติของแต่ละฝ่ายก็จะกลายเป็นเครือญาติของกันและกันผ่านตำแหน่งทางสังคมที่สลับซับซ้อนซึ่งกำหนดขึ้นผ่านความสัมพันธ์อันสืบเนื่องมาจากการสมรส อาทิ พ่อตา แม่ยาย พ่อปู่ แม่ย่า พี่เขย น้องเขย พี่สามี หรือพี่ภริยา และเครือญาติโดยสายโลหิตซึ่งเป็นผลของการบรรจบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งทางสังคมโดยการเกิดในที่ขณะเดียวกันเครือญาติในครอบครัวเดิมซึ่งมีสมาชิกใหม่ถือกำเนิดขึ้นก็จะได้ตำแหน่งในระบบเครือญาติใหม่ผ่านความเชื่อมโยงทางสายโลหิตกับสมาชิกที่ถือกำเนิดขึ้นมานั้น อาทิ การเป็นพ่อ แม่ ลุง ป้า น้า อา ปู่ ย่า ตา หรือยาย ความสำคัญของระบบเครือญาติในสังคมไทยนั้นได้ถูกเปรียบเทียบกับเสมือนว่าแต่เครือญาติในแต่ละลำดับต่างเป็นส่วน

¹⁵³ กนกพร อริยา, "การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2561), หน้า 64.

สำคัญของครอบครัวที่มีความสำคัญแตกต่างกัน กล่าวคือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย เปรียบเสมือนเจดีย์หรือเทวดาประจำครอบครัวเนื่องจากอยู่ในสถานะอันสมาชิกในครอบครัวต้องเคารพนับถือและให้การปรนนิบัติดูแล ผัวเมียเปรียบเสมือนหลักของครอบครัวเพราะอยู่ในฐานะที่จะว่ากล่าวตักเตือนสมาชิกคนอื่นในครอบครัวได้ ลูกเปรียบเสมือนความหวังของครอบครัวเพราะช่วยเติมเต็มให้ครอบครัวเป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ มีผู้สืบสกุล และสามารถทำหน้าที่ดูแลสมาชิกคนอื่นเมื่อเจ็บไข้หรืออย่างเข้าสู่วัยชรา ญาติพี่น้องเปรียบเสมือนร่มเงาของครอบครัวเพราะสามารถช่วยเหลือเกื้อกูลในยามตกยากจึงถือได้ว่าการอยู่ท่ามกลางญาติพี่น้องนั้นเป็นความร่มเย็นประการหนึ่ง¹⁵⁴ ขณะที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นเดิมทีเดียวด้วยเหตุที่รูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่ไม่เป็นไปอย่างสอดคล้องกับเพศสรีระของบุคคลประกอบกับตำแหน่งในครอบครัวของบุคคลที่ต่างมีลักษณะบ่งชี้ถึงเพศของบุคคลอย่างชัดเจนซึ่งช่วยให้ทราบได้โดยง่ายถึงสถานะความเป็นญาติฝ่ายชายหรือหญิงในครอบครัวส่งผลให้การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยากที่จะสอดคล้องกับระบบเครือญาติที่ปรากฏในสังคมไทยได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอาจมีความสอดคล้องกับระบบเครือญาติในสังคมไทยได้ด้วยปัจจัยอย่างน้อย 3 ประการ กล่าวคือ ระบบญาติธรรมในสังคมไทย การเปลี่ยนแปลงความหมายของครอบครัวและเครือญาติในสังคมร่วมสมัย และความก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1. การยอมรับ “ญาติธรรม” ในสังคมไทยนั้นเป็นผลของกรณีพิณานิติน้องมิได้เพียงเป็นผลจากการยอมรับผู้ที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันโดยสายโลหิตเท่านั้น หากแต่ยังมีการยอมรับบุคคลที่แม้จะมีได้มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตหากแต่มีความสนิทสนมเกื้อกูลกันในฐานะญาติทางสังคมซึ่งในบางกรณีอาจมีความสนิทสนมกันยิ่งไปกว่าญาติที่มีความสัมพันธ์กันโดยสายโลหิตเสียอีก¹⁵⁵ การยอมรับญาติธรรมในสังคมไทยส่งผลให้ระบบเครือญาติในสังคมไทยให้ความสำคัญกับความผูกพันและการช่วยเหลือพึ่งพากันในความเป็นจริงไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าความสัมพันธ์ทางสายโลหิตซึ่งเปิดช่องให้รูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่ในบางกรณีการสืบสายความสัมพันธ์ทางสายโลหิตอาจมีข้อจำกัดเนื่องจากปัญหาด้านเพศสรีระของทั้ง 2 ฝ่ายที่ไม่อาจให้กำเนิดบุตรสืบสายโลหิตของทั้ง 2 ฝ่ายได้ตามธรรมชาตินั้นอาจสอดคล้องเข้ากับระบบเครือญาติในสังคมไทยได้

2. การเปลี่ยนแปลงความหมายของครอบครัวและเครือญาติในสังคมร่วมสมัยคือพฤติกรรมการก่อตั้งครอบครัวของมนุษย์ที่เปลี่ยนแปลงไปอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการหย่าร้างที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นอันนำไปสู่การเกิดครอบครัวและเครือญาติรูปแบบใหม่ที่ไม่จำกัดว่า

¹⁵⁴ บุญลือ วันทายนต์, *ครอบครัวและวงศ์วาน*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 78-83.

¹⁵⁵ Ibid., หน้า 82, 84.

ครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วยพ่อ แม่ และลูก ๆ ซึ่งเกิดจากการที่ชายและหญิงมาใช้ชีวิตร่วมกัน และให้กำเนิดบุตรตามที่เคยได้รับการยึดถือตามขนบประเพณีดั้งเดิมอีกต่อไปหากแต่เป็นการรวมกลุ่มกันของบุคคลที่อยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการเลือกคู่ครอง โดยครอบครัวหนึ่ง ๆ อาจประกอบไปด้วยบุคคลที่เคยเป็นสมาชิกของครอบครัวอีกครอบครัวหนึ่งมาก่อน ปรากฏการณ์ดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงความหมายของครอบครัวและเครือญาติในสังคมร่วมสมัยให้มีลักษณะที่ยืดหยุ่นมากขึ้น ขาดลักษณะที่ผูกมัดตายตัว รวมทั้งสายสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวที่พัฒนาขึ้นจากความสัมพันธ์รูปแบบอื่นซึ่งมิใช่การใช้กรรมสิทธิ์ร่วมกันก็ได้ทวีความสำคัญมากขึ้นเช่นเดียวกัน¹⁵⁶ รูปแบบของครอบครัวในความหมายใหม่ที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดของระบบเครือญาติให้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ส่วนบุคคลมากยิ่งขึ้นกว่าสายโลหิตนั้นสอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยที่ยังคงมีข้อจำกัดทั้งด้านสถานะทางกฎหมายและความสามารถในการให้กำเนิดบุตรที่สืบสายโลหิตของทั้ง 2 ฝ่ายและอาจเป็นเหตุให้ความหมายของครอบครัวตลอดจนระบบเครือญาติในปัจจุบันมีความหมายที่กว้างขึ้นจนสามารถขยายครอบคลุมการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทย

3. เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีส่วนสำคัญในการช่วยเหลือให้การมีบุตรเป็นไปได้ง่ายขึ้นไม่เพียงแต่ในกรณีของคู่รักชายหญิงหากแต่ยังช่วยให้คู่รักเพศทางเลือกสามารถที่จะมีบุตรด้วยกันได้เช่นเดียวกันไม่ว่าจะเป็นไปด้วยวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าสู่ร่างกาย การนำไข่และอสุจิออกมาปฏิสนธินอกร่างกาย ตลอดจนการให้สตรีอื่นทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทน แต่ด้วยเหตุที่ครอบครัวเพศทางเลือกซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลที่ประกอบไปด้วยเพศเดียวกันทั้ง 2 ฝ่ายนั้นเป็นเหตุให้การมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังคงมีข้อจำกัดที่จะต้องอาศัยเซลล์ไข่หรือเซลล์อสุจิจากบุคคลที่ 3 เท่านั้นและส่งผลให้เกิดเนื่องจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ได้สืบสายโลหิตจากคู่รักเพศเดียวกันทั้ง 2 ฝ่าย อย่างไรก็ตาม ด้วยความก้าวหน้าทางการแพทย์ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะทำให้บุคคลเพศทางเลือกที่เป็นหญิงทั้งคู่สามารถตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรซึ่งมีสายโลหิตจากทั้ง 2 ฝ่ายได้โดยอาศัยเทคโนโลยีการสังเคราะห์เซลล์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิด (Stem Cell Sperm) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการสร้างเซลล์ก่อกำเนิด (Primordial Germ Cell) โดยกระบวนการสังเคราะห์เซลล์ต้นกำเนิด (Embryonic Stem Cell) ในกรดเรติโนอิก (Retinoic Acid) หรืออนุพันธ์ของวิตามินเอ เทคโนโลยีการสังเคราะห์เซลล์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิดดังกล่าวนอกจากจะสามารถช่วยเหลือคู่สมรสชายหญิงที่ประสบปัญหาในการมีบุตรโดยศาสตราจารย์ Karim Nayernia แห่งมหาวิทยาลัยนิวแคสเซิลประสบความสำเร็จในการ

¹⁵⁶ อลิซาเบธ เบค-เกอร์นส์เซม, ครอบครัวในความหมายใหม่: การค้นหาวีถีชีวิตแบบใหม่, แปลโดย วารุณี ภูริสินสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2550), หน้า 52-56.

สังเคราะห์เซลล์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิดในไขกระดูกของมนุษย์ จึงมีความเป็นไปได้ในทางวิทยาศาสตร์ที่จะสังเคราะห์เซลล์อสุจิจากเซลล์ต้นกำเนิดของมนุษย์เพศหญิงและอาจทำให้ครอบครัวของคู่รักที่เป็นคู่รักเพศทางเลือกที่เป็นหญิงมีโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรซึ่งสืบสายโลหิตจากทั้ง 2 ฝ่ายได้เช่นเดียวกันกับครอบครัวของชายกับหญิง¹⁵⁷

5.3.2.1.3 ประโยชน์ที่สังคมยังคงได้รับจากการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์แบบชายกับหญิง

ความสำคัญของการใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิงในสังคมถือเป็นประโยชน์ร่วมกันของทุก ๆ คนในสังคม การสมรสนำไปสู่การก่อตั้งครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันพื้นฐานของทุก ๆ สังคม ในบางประเทศการสมรสและครอบครัวถึงกับได้รับประกันความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษในรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 24 ววรรคแรก ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นที่บัญญัติถึงการสมรสว่า “การสมรสต้องอยู่บนพื้นฐานความยินยอมของทั้ง 2 เพศ และพึงถูกรักษาไว้ผ่านความร่วมมืออย่างเท่าเทียมในสิทธิระหว่างสามีภริยาเป็นหลัก” และมาตรา 6 ววรรคแรก ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่บัญญัติถึงการสมรสและครอบครัวว่า “การสมรสและครอบครัวได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ” แตกต่างจากรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นที่ระบุถึงถ้อยคำซึ่งอาจอนุมานเพศของคู่สมรสไว้ แต่กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกลับบัญญัติถึงการสมรสในลักษณะที่เป็นนามธรรม ซึ่งในเวลาต่อมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ให้ความหมายของการสมรสตามมาตรา 6 ดังกล่าว่าหมายถึงความสัมพันธ์ที่มีอาจเลิกได้จนชั่วชีวิตของชายและหญิงในทุกด้าน ในขณะที่ครอบครัวนั้นได้รับการนิยามว่าหมายถึงความสัมพันธ์ในทุก ๆ ด้านระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งบิดามารดามีสิทธิและหน้าที่ในอันที่จะดูแลให้บุตรได้รับการอบรมสั่งสอน¹⁵⁸ การบัญญัติรับรองความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่การสมรสและครอบครัวในรัฐธรรมนูญของทั้ง 2 ประเทศดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการสมรสและครอบครัวในสังคมเท่านั้น แต่ยังนำไปสู่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นหากฝ่ายนิติบัญญัติจะคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและกฎหมายครอบครัวด้วย เนื่องจากเมื่อรัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองต่อการสมรสแล้วก็ไม่ควรที่จะมีความสัมพันธ์อื่นใดที่คู่ควรแก่การได้รับสิทธิประโยชน์ในทำนองเดียวกันอีก อันเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดข้อจำกัดสิทธิบางประการแก่คู่ชีวิตเพศทางเลือก

¹⁵⁷ ฉัตรชัย เอมราช, “ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 2-3.

¹⁵⁸ แม้ความหมายของคำว่าในทุก ๆ ด้าน (allumfassend) จะไม่ได้รับการอธิบายโดยชัดแจ้งจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ก็พอจะเป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึงในระบกกฏหมายรัฐธรรมนูญนั้นการสมรสและชีวิตครอบครัวเป็นศูนย์กลางของความสำคัญและความเกี่ยวข้องกับทุกแง่มุมในการดำรงอยู่ของมนุษย์ See Anne Sanders, “Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution,”: 912-916.

เพื่อให้เกิดข้อแตกต่างจากการสมรสและคู่ชีวิต อาทิ การห้ามคู่รักต่างเพศบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิต การตัดสิทธิคู่ชีวิตในการรับบุตรบุญธรรม และการถือว่าคู่ชีวิตมีสถานภาพโสดในบริบทของกฎหมายมรดกและกฎหมายภาษี ซึ่งความแตกต่างจากการสมรสในสาระสำคัญดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายรับรองสถานะคู่ชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการคุ้มครองการสมรสและครอบครัวซึ่งอยู่บนพื้นฐานการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁵⁹

ไม่เพียงเฉพาะแต่ประเทศที่รับประกันบูรณภาพของการสมรสและครอบครัวไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ประเทศอื่น ๆ ซึ่งยอมรับความสำคัญของสถาบันครอบครัวและยอมรับว่าการสมรสเป็นการก่อให้เกิดขึ้นซึ่งสถาบันดังกล่าวย่อมให้ความคุ้มครองการสมรสและครอบครัวเช่นเดียวกัน ทั้งนี้บนพื้นฐานของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในหลายประเทศความสงบเรียบร้อยของสังคมที่เกี่ยวข้องกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัวจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการยอมรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือกแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กล่าวถึงการสมรสหรือครอบครัวไว้เลย เช่น กรณีของประเทศฝรั่งเศสที่ซึ่งความสับสนที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กในเรื่องเพศของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้ง 2 ฝ่ายอันเป็นผลสืบเนื่องของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นที่วิตกกังวลของประชาชนชาวฝรั่งเศสอย่างมาก และเป็นเหตุผลหนึ่งของการโต้แย้งว่ากฎหมายดังกล่าวขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แม้ว่าตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่ากรณีที่กฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศทางเลือกรับบุตรของคู่รักอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็นำไปสู่ปัญหาในทางกฎหมายที่ว่าควรหรือไม่ที่จะปล่อยให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของวัฒนธรรมการกินอยู่สร้างครอบครัวระหว่างชายกับหญิงในบ้านเมือง และระหว่างสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกและสิทธิของผู้เยาว์นั้น กฎหมายควรจะคุ้มครองทุกฝ่ายอย่างเสมอภาคกันหรือควรที่เด็กจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายมากกว่า¹⁶⁰ ในขณะที่ระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ เห็นได้ชัดว่า สภาพสังคมมีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยตรงและผู้ใช้อำนาจใช้และตีความกฎหมายไม่มีท่าทีที่จะตัดสภาพสังคมออกเป็นอิสระจากการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้เลย อาทิ ในคำพิพากษาคดี Obergefell v. Hodges ที่ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึงบรรทัดฐานที่ศาลเดียวกันเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการสมรส ที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคดีต่าง ๆ ในอดีตของศาลเดียวกันนี้ได้เคยอธิบายถึงสิทธิในการสมรสบนสมมติฐานว่าการสมรสเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศ

¹⁵⁹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)", 249-249, 254; Russell Miller and Volker Röben, "Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act,".

¹⁶⁰ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)," ใน รพี 56, พิษญา ดิลกวุฒิสิริ บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2556), หน้า 36; ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)", 257.

ต่างกัน เนื่องจาก “ศาลนี้ก็เช่นเดียวกันกับสถาบันอื่น ๆ ที่ได้สร้างสมมติฐานขึ้นตามโลกและกาลสมัยที่ตนเป็นส่วนหนึ่งในนั้น...”¹⁶¹

อย่างไรก็ตาม แม้การนำสภาพสังคมมาเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมือนหรือต่างด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายนั้นไม่ใช่สิ่งต้องห้ามในการใช้หลักความเสมอภาคแต่ประการใด ด้วยหลักความเสมอภาคเปิดช่องอย่างกว้างขวางที่จะให้ผู้ใช้หลักความเสมอภาคกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีความเหมือนหรือต่างกันระหว่างบุคคลหรือไม่ ทว่า การนำสภาพสังคมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาความเหมือนหรือความแตกต่างด้านการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอาจทำให้การพิจารณาถึงเนื้อหาสาระที่แท้จริงของบุคคลเพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ถูกมองข้ามโดยการให้น้ำหนักที่มากเกินไปแก่การพิจารณาถึงเพศทางเลือกในบริบทของสังคมซึ่งอาจส่งผลให้การใช้หลักความเสมอภาคไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกดังที่ควรจะเป็นได้ในที่สุด

ในกรณีของประเทศไทยนั้นวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงยังเป็นรูปแบบครอบครัวที่ได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวางโดยเฉพาะในหน่วยงานของรัฐ อันเป็นผลจากอิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศที่ฝังแน่นในสังคมและระบบกฎหมายมาเป็นระยะเวลายาวนานจนกระทั่งตกผลึกกลายเป็นบรรทัดฐานด้านเพศและครอบครัวหลักของสังคมซึ่งสะท้อนออกในนโยบายส่งเสริมสถาบันครอบครัวที่มุ่งเน้นไปยังครอบครัวของชายกับหญิงเท่านั้น อาทิ การจัดแคมเปญ “สิงหาพรรษา” โดยมีวิเชียรสยามภายใต้กรอบความคิดเรื่องเดือนแห่งครอบครัว (Family Month) เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ชมที่มาท่องเที่ยวในพิพิธภัณฑ์กับครอบครัวสามารถเข้าชมนิทรรศการภายในพิพิธภัณฑ์ได้โดยไม่มีค่าใช้จ่ายทั้งครอบครัวและแม้ว่าส่วนหนึ่งของนิทรรศการที่จัดแสดงจะเป็นการส่งเสริมความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย อาทิ นิทรรศการ “ชาย หญิง สิ่งสมมติ” ทว่าเป้าหมายของ “ครอบครัว” ที่จะได้รับการสนับสนุนให้เข้าชมนิทรรศการเหล่านั้นโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายกลับถูกมุ่งไปที่ประโยชน์ของ “คุณพ่อ” “คุณแม่” และ “ลูก ๆ” เพื่อส่งเสริมการเรียนรู้และสานความสัมพันธ์ในครอบครัวที่เป็นพื้นฐานของสังคม¹⁶² ซึ่งมีลักษณะย้อนแย้งและไม่สะท้อนสถานะความหลากหลายทางเพศของสังคมไทยปัจจุบันแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม การให้ความสำคัญแก่รูปแบบครอบครัวที่อยู่บนพื้นฐานความคิดการใช้ชีวิตร่วมกันของชายกับหญิงยิ่งกว่าการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกหากได้พิจารณาถึงบทบาทของครอบครัวในสังคมไทยตลอดจนความคาดหวังที่

¹⁶¹ Obergefell v. Hodges, paras. 11-12.

¹⁶² “‘สิงหาพรรษา’ เข้าพิพิธภัณฑ์ฟรีครอบครัว”, 21 สิงหาคม 2561, สืบค้นเมื่อ 31 สิงหาคม 2563, แหล่งที่มา <https://www.naewna.com/lady/358989>.

สังคมมีต่อครอบครัวที่ความบกพร่องของการบริการสาธารณะตลอดจนลักษณะที่ไม่ครอบคลุมของสวัสดิการภาครัฐเป็นเหตุให้ครอบครัวและระบบเครือญาติตามขนบประเพณีดั้งเดิมยังคงถูกมองว่ามีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมที่ปัจเจกบุคคลไม่สามารถพึ่งพิงรัฐได้อย่างเต็มที่ในฐานะสถาบันที่ช่วยเติมเต็มข้อบกพร่องดังกล่าว

บทบาทและความสำคัญของครอบครัวตามขนบประเพณีในสังคมไทยจึงขาดลักษณะเชื่อมโยงกับสาระสำคัญที่เกี่ยวกับรูปแบบหรือลักษณะของครอบครัว ด้วยการยอมรับความสำคัญของครอบครัวรักต่างเพศในประเทศไทยนั้นมิได้เกิดจากการคำนึงถึงจุดเด่นของการที่ครอบครัวจะต้องประกอบไปด้วยพ่อ แม่ ลูก หรือเครือญาติในระดับอื่น ๆ ที่สืบเชื้อสายร่วมกันอย่างแท้จริง ทว่า เกิดจากความด้อยประสิทธิภาพของรัฐอันเป็นปัจจัยภายนอกที่บีบบังคับให้ครอบครัวทำหน้าที่ช่วยเหลือสมาชิกในครอบครัวในทุก ๆ ด้านอันเป็นการชดเชยประสิทธิภาพที่บกพร่องของรัฐไปในตัว ด้วยเหตุดังกล่าวเนื้อหาสาระที่แท้จริงของบทบาทและความสำคัญของครอบครัวในสังคมไทยจึงอยู่ที่การอุปการะช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างสมาชิกในครอบครัวซึ่งหากพิจารณาครอบครัวภายใต้บริบทเช่นนี้แล้วการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยย่อมมีความสามารถในการตอบสนองบทบาทและความคาดหวังที่สังคมไทยมีต่อสถาบันครอบครัวได้อย่างไม่แตกต่างจากครอบครัวของชายกับหญิง

5.3.2.2 ความเหมาะสมของกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคในประเทศไทย

การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยในบริบทกฎหมายไทย จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของกฎหมายแต่ละรูปแบบภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค ทั้งที่อยู่ในลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต (5.3.2.2.1) กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (5.3.2.2.2) ตลอดจนข้อจำกัดในการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชายหญิงมาใช้ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อย (5.3.2.2.3) เพื่อให้กฎหมายคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยสามารถตอบสนองต่อปัญหาความเหลื่อมล้ำในสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื้อยในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

5.3.2.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต

“คู่ชีวิต” เป็นสถานภาพทางกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัวสำหรับรูปแบบความสัมพันธ์อย่างถาวรระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน¹⁶³ ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรส แต่ยังคงสงวนไว้ซึ่งเอกสิทธิสำหรับการแต่งงานตามพิธีทางศาสนาในโบสถ์และสถานภาพสมรสไว้สำหรับคู่รักชายหญิงเท่านั้น บนพื้นฐานที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนนั้นมีสาระสำคัญพื้นฐานที่แตกต่างกับคู่รักชายหญิง¹⁶⁴ กล่าวคือการสมรสนั้นโดยสภาพแล้วเป็นการสถาปนาความสัมพันธ์ชั่วชีวิตระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงโดยเฉพาะเป็นเหตุผลสำคัญให้การปฏิบัติต่อคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนให้แตกต่างแต่ด้วยสิทธิและประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิง อาทิ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการมีส่วนเหนือทรัพย์สินที่อีกฝ่ายหามาได้ในระหว่างมีสถานภาพคู่ชีวิต

แนวคิดพื้นฐานของการกำหนดสถานภาพคู่ชีวิตนั้นเกิดขึ้นจากความจำเป็นในสภาพตามความเป็นจริงของคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนซึ่งอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว และใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาไม่แตกต่างจากคู่สมรสชายและหญิง เป็นเหตุให้โดยสภาพแล้วคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความรับรองคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงอันเนื่องจากสภาพของครอบครัวที่คู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนนั้นยังคงมีภาระหน้าที่ซึ่งสังคมคาดหวังจากสถาบันครอบครัวทั้งในด้านการควบคุมกฎเกณฑ์ทางเพศ การให้การอุปการะช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างทั้ง 2 ฝ่ายไม่แตกต่างจากครอบครัวที่เกิดขึ้นโดยการสมรส การได้รับรองความมีตัวตนอยู่จริงของครอบครัวของคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนอันสามารถแสดงออกโดยชัดแจ้งและมีหลักฐานที่แน่นอนชัดเจนซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการยอมรับสถานะความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือนทั้ง 2 ฝ่ายและส่งผลให้ทั้ง 2 ฝ่ายสามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างราบรื่น¹⁶⁵ ตลอดจนสิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสถานภาพคู่ชีวิตซึ่งจะทำให้ครอบครัวเพศทางเลือนสามารถตอบสนองภาระหน้าที่อันสถาบันครอบครัวมีต่อสังคมในด้านการให้ความช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกันระหว่างบุคคลในครอบครัวสามารถเป็นไปได้จริงจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการดำรงสถาบันครอบครัวเพศทางเลือนในสภาพความเป็นจริงของสังคม

¹⁶³ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution," 911.

¹⁶⁴ Ibid.: 926.

¹⁶⁵ Charlotte J. Patterson, "What Difference Does a Civil Union Make? Changing Public Policies and the Experience of Same-Sex Couples: Comment on Solomon, Rothblum and Balsam (2004)," *Journal of Family Psychology* 18, no. 2 (2004): 287-289.

นอกจากความจำเป็นตามสถานะแห่งความจริงของรูปแบบครอบครัวของคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกที่ไม่มีความแตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงซึ่งต่างก็มีความต้องการปัจจัยพื้นฐานทางกฎหมายที่เหมือนกันในการดำรงไว้ซึ่งครอบครัวของเขาทั้ง 2 ดังกล่าวมาแล้ว ปัจจัยด้านสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นับเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของสถานภาพคู่ชีวิต โดยทั่วไปแล้วสิทธิและหน้าที่ซึ่งรัฐให้แก่คู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกตามกฎหมายว่าด้วยคู่ชีวิตนั้นได้แก่สิทธิหน้าที่อันจำเป็นต่อการดำรงสถานภาพครอบครัวของคู่ชีวิตอย่างไม่แตกต่างไปจากคู่สมรสชายหญิง กล่าวคือ สิทธิในการได้รับรองสถานะภาพระหว่างคู่รักที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกอย่างเป็นทางการตามกฎหมายในฐานะของคู่ชีวิต สิทธิในความเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่าย สิทธิพิเศษเช่นเดียวกับสิทธิอันคู่สมรสชายหญิงได้รับเกี่ยวเนื่องกับสถานภาพสมรส อาทิ สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายจ้างแรงงาน สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากความรุนแรงในครอบครัว ตลอดจนสิทธิในการโยกย้ายถิ่นฐานหรือแปลงสัญชาติตามคู่ชีวิตอีกฝ่าย¹⁶⁶

ในบริบทของประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการด้านกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลเพศทางเลือก ที่หลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีความชัดเจนเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในระดับหนึ่ง ในขณะที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกยังไม่เคยได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมายไทยมาก่อน ประกอบกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตแม้จะให้สิทธิหน้าที่แก่คู่ชีวิตในระดับที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกับการเป็นคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่การเป็นคู่ชีวิตก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการสมรสทั้งในมิติการรับรู้ของสังคมและในระบบกฎหมาย จึงเป็นรูปแบบการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมกับบริบทสังคมไทยโดยเฉพาะในด้านของการเตรียมความพร้อมของสังคมให้คุ้นชินกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายเพื่อนำไปสู่การอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันต่อไป

เมื่อรูปแบบครอบครัวเพศทางเลือกสามารถเปรียบเทียบกับกับรูปแบบครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงในด้านการให้อุปการะช่วยเหลือซึ่งกันและกันซึ่งเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งในการกำหนดเงื่อนไขด้านอายุของบุคคลในการสมรสที่คำนึงถึงความรับผิดชอบของบุคคลในอันที่จะสามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยเกณฑ์อายุ 17 ปีบริบูรณ์เป็น

¹⁶⁶ ฉัตรชัย เอมราช, "ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.", หน้า 16.

อายุขั้นต่ำที่บุคคลมีความรู้สึกลึกซึ้งพอที่จะดูแลครอบครัวของตนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁶⁷ เมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีสาระสำคัญร่วมกันกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงด้านการให้การช่วยเหลือเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ทั้งความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ในด้านการช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันสามารถช่วยให้บุคคลเพศทางเลือกสามารถตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรได้ซึ่งช่วยให้ครอบครัวเพศทางเลือกมีสถานะที่ไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและเอื้อให้ครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกมีสิทธิหน้าที่ในครอบครัวของตนเท่าเทียมกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงอย่างแท้จริง อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตควรกำหนดเงื่อนไขด้านอายุของคู่ชีวิตเช่นเดียวกันกับเงื่อนไขด้านอายุในการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่แม้ว่าการไม่ยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยที่ผู้แทนโดยชอบธรรมของบุคคลเพศทางเลือกเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่น่าไปสู่ความพยายามในการกำหนดเงื่อนไขด้านอายุของบุคคลที่จะบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตให้สูงกว่าเงื่อนไขด้านอายุในการจดทะเบียนสมรส¹⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ปัญหาด้านการให้ความยินยอมในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ควรถูกหยิบยกขึ้นมาชี้ว่าสถานะคู่ชีวิตเป็นเพียงสัญญาที่การกำหนดเงื่อนไขด้านอายุของคู่ชีวิตที่ทั้ง 2 ฝ่ายจำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขอายุที่สามารถทำนิติกรรมได้โดยลำพังเพื่อให้คู่ชีวิตมีวุฒิภาวะเพียงพอต่อความรับผิดชอบที่จะตามมาภายหลังโดยปราศจากการขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมของทั้ง 2 ฝ่าย เนื่องจากการให้ความยินยอมในการสมรสระหว่างชายกับหญิงนั้นหากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองปฏิเสธที่จะให้ความยินยอม ศาลก็ย่อมมีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการสมรสได้อยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456 เมื่อพิจารณาถึงการยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกในสังคมไทยที่ยังคงอยู่ในระดับที่จำกัดย่อมเป็นการสมควรที่จะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมแก่การบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตโดยผู้เยาว์ในทำนองเดียวกันกับการให้ความยินยอมในการสมรสระหว่างชายกับหญิงไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต เพื่อป้องกันปัญหาผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้ปกครองปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมแก่การบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของผู้เยาว์โดยไม่มีเหตุผลสมควรด้วย

¹⁶⁷ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, หน้า 108-109.

¹⁶⁸ ฉัตรชัย เอมราช, "ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.", หน้า 100.

5.3.2.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นการสะท้อนถึงความพยายามเพื่อเรียกร้องความเสมอภาคในสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกที่ต้องการระยะเวลาและกระบวนการเพื่อเตรียมความพร้อมของสังคมอย่างยาวนาน Kees Waaldijk ได้ตั้งข้อสังเกตและแบ่งรูปแบบของพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับเพศทางเลือกในยุโรปออกเป็น 3 ระดับ กล่าวคือการยกเลิกความผิดฐานรักร่วมเพศและการกำหนดอายุที่ยอมให้ร่วมประเวณีได้ให้เท่าเทียมกัน การห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือก และการออกกฎหมายรับรองความสัมพันธ์และความเป็นบิดามารดาของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ซึ่งพัฒนาการแต่ละระดับจะเป็นเงื่อนไขอันนำไปสู่พัฒนาการลำดับต่อไปอย่างค่อยเป็นค่อยไป เป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างเพราะเหตุที่เป็นบุคคลเพศทางเลือกคงไม่อาจเกิดขึ้นได้หากพฤติกรรมเพศทางเลือกยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่¹⁶⁹ การห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกและการยอมรับความสัมพันธ์ของบุคคลเพศทางเลือกจึงเป็นเสมือนจุดเปลี่ยนสำคัญที่ทำให้บุคคลเพศทางเลือกไม่เพียงรูปแบบของวิถีชีวิตซึ่งสามารถกระทำได้โดยเปิดเผยและไม่ต้องคอยหลบซ่อนเพราะเกรงกลัวต่อการรับโทษอาญาเท่านั้น หากแต่ทำให้เกิดการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมโดยกฎหมายว่าบุคคลเพศทางเลือกควรค่าแก่การเคารพและมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปอย่างแท้จริง

ในอีกแง่มุมหนึ่ง เมื่อพิจารณากฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคแล้วย่อมทำให้เห็นความสำคัญอย่างยิ่งของกฎหมายรูปแบบนี้ ด้วยหากยังคงมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกอยู่ตราบใด ความเสมอภาคก็ยังไม่อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลเพศทางเลือกได้ตราบนั้น Erez Aloni ให้ความหมายกว้าง ๆ ของกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมว่าเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของสังคมที่เป็นธรรมซึ่งเปิดช่องให้สามารถกำหนดภาระต่อนายจ้างหรือต่อสังคมในภาพรวมได้ กฎหมายรูปแบบดังกล่าวไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อคุ้มครองทักษะของคนส่วนใหญ่แต่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคนส่วนน้อยที่แม้จะไม่ใช่ที่ชื่นชอบของคนส่วนใหญ่ก็ตาม¹⁷⁰ แต่เมื่อกล่าวถึงความแตกต่างในบริบทของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งต่างจากความแตกต่างระหว่างบุคคลที่เป็นเป้าหมายของกฎหมายห้ามการ

¹⁶⁹ Kees Waaldijk, "Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands," pp. 439-441.

¹⁷⁰ Erez Aloni, "Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage," *Duke Journal of Gender Law & Policy* 18 (2010): 144.

เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมกรณีอื่น ๆ อาทิ ความแตกต่างด้านเพศ อายุ หรือความพิการ ด้วยมีเพียงความแตกต่างเนื่องจากพฤติกรรมเพศทางเลือกเท่านั้นที่เป็นความบาป หรืออย่างน้อยที่สุดเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมในหลายสังคมและวัฒนธรรม ในปัจจุบัน กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมของหลายประเทศให้ความคุ้มครองแก่พฤติกรรมเพศทางเลือกบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศ ซึ่งอาจให้ความคุ้มครองในสถานการณ์โดยทั่วไปหรือเพียงเฉพาะด้านใดด้านหนึ่ง เช่น การจ้างแรงงาน รวมถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกอาจได้รับการบัญญัติรับประกันไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ¹⁷¹

ไม่เพียงแต่กฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้นที่มีบทบาทต่อสิทธิของบุคคลเพศทางเลือก ในปัจจุบันเมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการในเรื่องสิทธิของบุคคลเพศทางเลือก ปัจจัยด้านอิทธิพลของศาสนาที่มีเหนือสถาบันพื้นฐานของสังคม โดยเฉพาะในโลกตะวันตก ปฏิเสธไม่ได้ว่าการสมรสและสถาบันครอบครัวมีความเกี่ยวพันกับศาสนา และการสืบทอดเผ่าพันธุ์มนุษย์ซึ่งยังคงได้รับอิทธิพลจากคำสอนทางศาสนาอยู่มาก เป็นการยากที่จะจินตนาการถึงกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับความสัมพันธ์ของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยปราศจากการคำนึงถึงโครงสร้างอื่น ๆ ในสังคมด้วย การเกิดขึ้นของกฎหมายคู่ชีวิตที่สามารถทดแทนสิทธิหน้าที่ซึ่งตามปกติแล้วได้จากการสมรสในระดับหนึ่งแก่บุคคลเพศทางเลือกที่ไม่อาจจะสมรสได้ตามกฎหมาย รวมถึงชายและหญิงผู้ไม่ประสงค์ที่จะสมรสย่อมเป็นตัวเลือกหนึ่งอันเป็นผลของความพยายามในการเติมเต็มช่องว่างนี้ อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมหลายประการทั้งจากสภาพสังคมเองที่เริ่มยอมรับพฤติกรรมเพศทางเลือกมากขึ้น ในขณะที่ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายครอบครัวส่งผลให้สาระสำคัญของการสมรสสามารถแยกออกจากการสืบพันธุ์ได้ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือกไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้อีกต่อไป¹⁷² ในปัจจุบันหลายประเทศที่ครั้งหนึ่งพฤติกรรมเพศทางเลือกเคยเป็นความผิดอาญาต่างเริ่มที่จะพัฒนาหรือได้พัฒนาไปเป็นการยอมรับความสัมพันธ์ของบุคคลเพศทางเลือกในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง¹⁷³ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและในหลากหลายรูปแบบ ตลอดจนเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการสมรสและครอบครัวของบุคคล

¹⁷¹ Aengus Carroll and Lucas Ramón Mendos, *State-Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*, 12 ed. (Geneva: ILGA, 2017), pp. 46-60.

¹⁷² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส," 510-512.

¹⁷³ Macarena Sáez, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different?," 2.

เพศทางเลือก อาทิ สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร การรับบุตรบุญธรรม และเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ในบริบทของประเทศไทยนั้น เนื่องจากระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างมากกับวัฒนธรรมและจารีตประเพณีตลอดจนศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นพื้นฐานของสังคมการบัญญัติกฎหมายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพของสถาบันครอบครัวย่อมเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสังคมด้วยเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากอุทาหรณ์ในคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยยืนยันหลักการดังกล่าวมาโดยตลอด ฉะนั้น วัฒนธรรมและจารีตประเพณีในฐานะส่วนหนึ่งของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสมัยปัจจุบันจึงเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่อาจชี้นำทิศทางของความเสมอภาคด้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทยที่แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับรองสิทธิเสรีภาพตลอดจนหลักความเสมอภาคที่บุคคลเพศทางเลือกจะได้รับการปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกันกับบุคคลทั่วไปไว้ แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่ชอบธรรมที่จะกระทำได้เสมอ แต่กระนั้นก็ดีด้วยเหตุที่คุณค่าต่าง ๆ อันได้รับการยึดถือในสังคมนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอตามกาลสมัย มิได้มีลักษณะตายตัวหรือแข็งกระด้างและเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้กฎหมายครอบครัวในบรรพ 5 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้งที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในส่วนอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายครอบครัวมีลักษณะสอดคล้องกับสภาพสังคมไทยอยู่เสมอและอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคด้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในสังคมไทย หากแต่เมื่อการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกในรูปแบบการสมรสมีลักษณะที่ไม่ขัดแย้งกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยมากเกินไปโดยอาจผ่านพัฒนาการที่ละน้อยจากการมีกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตใช้บังคับกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกก่อนในระยะเวลาหนึ่ง

5.3.2.2.3 ข้อจำกัดในการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสชายหญิงมาใช้ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

ในขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันก็ดีจะมีเป้าหมายเพื่อให้คู่รักของบุคคลเพศทางเลือกสามารถใช้สิทธิหน้าที่ในครอบครัวของตนได้อย่างเสมอภาคกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง ปัญหาอันอาจเกิดขึ้น



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

จากการอนุโลมสิทธิหน้าที่อันกฎหมายมอบให้แก่คู่สมรสชายหญิงมาเป็นของบุคคลเพศทางเลือก เนื่องจากรูปแบบการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสระหว่างบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันนั้น เป็นเพียงกระบวนการก่อตั้งสถานะทางแพ่งในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก ซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเพศของบุคคลยังคงหมายถึงเพศตามกำเนิดที่การบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือก ในกรณีที่การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกทั้ง 2 ฝ่ายนั้นเป็นเพศหญิงและเมื่อฝ่ายที่เป็นหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้กำเนิดบุตรในระหว่างที่มีการใช้ชีวิตร่วมกันอยู่ย่อมไม่อาจถือได้ว่าอีกฝ่ายเป็นชายที่อาจได้รับข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายว่าเป็นบิดาของบุตรที่ถือกำเนิดมาในครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกอันจะเป็นเหตุให้ฝ่ายที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียวโดยคู่ของหญิงซึ่งเป็นมารดาไม่สามารถมีสิทธิหน้าที่ใด ๆ ต่อบุตรที่ถือกำเนิดขึ้นมาในครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกดังกล่าว นอกจากจะส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่อันพึงมีพึงได้แก่บุคคลเพศทางเลือกทั้ง 2 ฝ่ายดังกล่าวแล้วยังส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของบุตรอย่างที่เราจะเป็นในอันที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยผู้ใช้อำนาจปกครอง 2 คนเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดในครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง

การอนุโลมสิทธิหน้าที่อันกฎหมายมอบให้แก่คู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แก่บุคคลเพศทางเลือกซึ่งได้ก่อตั้งครอบครัวผ่านกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกย่อมจะนำมาซึ่งปัญหาความเหลื่อมล้ำในสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรในครอบครัวเพศทางเลือกกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง ทั้งในด้านความเหลื่อมล้ำอันเกิดจากความแตกต่างด้านรูปแบบครอบครัวที่ประกอบไปด้วยเพศชายทั้ง 2 ฝ่ายกับครอบครัวที่ประกอบไปด้วยเพศหญิงทั้ง 2 ฝ่าย การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลโดยมุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันโดยเฉพาะข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับครอบครัวเพศทางเลือกที่แม้จะมีเจตนารมณ์เพื่อให้ครอบครัวเพศทางเลือกสามารถเข้าถึงสิทธิหน้าที่ได้อย่างไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง แต่ด้วยเพศสรีระและความสามารถตามธรรมชาติในการให้กำเนิดบุตรที่แตกต่างกันอาจส่งผลให้การคุ้มครองความเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์ได้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำเจาะจงเพศของบุคคลโดยมิได้มุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกันโดยตรง อาทิ บทบัญญัติซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ในทางภาษี หรือสวัสดิการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสชายหญิงซึ่งแม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลก็สามารถนำมาอนุโลมใช้กับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้โดยไม่ส่งผลต่อการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคล

เพศทางเลือกแต่ประการใด ด้วยเพศสรีระของบุคคลมิใช่สาระสำคัญของสิทธิหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะดังกล่าว

5.4 สรุป

การกำจัดความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศของราษฎรเป็นวัตถุประสงค์อันสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักใหญ่ในการปกครองประเทศเป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม เห็นได้ชัดว่าความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นมุ่งไปที่เพศในด้านเนื้อตัวร่างกายและสถานะทางสังคมอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมีความแตกต่างกันระหว่างเพศชายกับเพศหญิงเป็นสำคัญ ในขณะเดียวกันหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกลับรวมเอาอัตลักษณ์ทางเพศเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดซึ่งรวมเพศในความหมายด้านจิตใจหรือความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลเข้าไว้ในหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศด้วยในระดับของเจตนารมณ์ซึ่งมิได้ถูกบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร กระนั้นสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกยังคงได้รับความคุ้มครองทั้งโดยการหยิบยกเอาบทบัญญัติแห่งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้อย่างเป็นรูปธรรมในรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพื้นฐานแห่งการคุ้มครองดังกล่าว ตลอดจนการเกิดขึ้นของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเท่าเทียมแก่บุคคลเพศทางเลือกภายใต้อิทธิพลของความหลากหลายทางเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่แม้จะมีลักษณะเป็นเพียงนามธรรมซึ่งนับว่าเป็นผลดีแก่บุคคลเพศทางเลือกที่สถานะอันควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมของพวกเขาก็ได้รับการยอมรับในระดับจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญและจะไม่ถูกทำลายโดยการมีอยู่หรือไม่ของตัวอักษรหรือแม้กระทั่งตัวรัฐธรรมนูญเองจะได้สิ้นสุดไปในวันใดวันหนึ่งก็ตาม

แม้ว่าความพยายามในการจำกัดกรอบความเหลื่อมล้ำบนพื้นฐานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่ปรากฏในสังคมให้แคบลงของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะแสดงให้เห็นอยู่อย่างชัดเจนในระดับหนึ่งแต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในสังคมไทยนั้นแม้เพศของบุคคลจะขาดลักษณะหรือความหมายที่ชัดเจนตายตัวแต่ในขณะเดียวกันเพศของบุคคลกลับถูกยึดโยงอยู่กับคุณค่าอันเป็นกฎเกณฑ์ผูกมัดให้มนุษย์ต้องปฏิบัติในทุกระดับของสังคมนับตั้งแต่คุณค่าอันเป็นที่ยึดถือของครอบครัวและกลุ่มชนชั้น คำสอนทางศาสนา ตลอดจนจารีตประเพณีที่นับถือกันทั่วไปในแต่ละท้องถิ่น เพศของบุคคลตลอดจนบทบาทที่สังคมคาดหวังจากการถูกบรรจุเข้าในเพศหนึ่ง ๆ นั้นนับว่าเป็นสาระสำคัญของสังคมไทยซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อตัวบุคคลในฐานะของเครื่องบ่งชี้ความสามารถ ระดับ



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

สติปัญญา จนกระทั่งบุญกรรมที่บุคคลสั่งสมมาในชาติปางก่อน ซึ่งเป็นผลของความเชื่อในศาสนาพุทธ ที่ถือว่าเพศของบุคคลนั้นเป็นผลของบุญและกรรม สตรีตลอดจนบุคคลเพศทางเลือกต่างเป็นมนุษย์ซึ่งไม่สมบูรณ์พร้อมเพราะเกิดมาเพื่อชดใช้เวรกรรมที่เคยทำไว้ในอดีตและเป็นเหตุให้บุคคลในสังคมไทย อยู่ในสถานะที่เหนือหรือด้อยกว่ากันโดยกำเนิด จนเมื่อสภาพสังคมไทยพัฒนามากขึ้นการตระหนักรู้ ถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในฐานะของความเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีและควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันความคุ้มครองต่อบุคคลในด้านเพศในระบบกฎหมายไทยจึงมีความชัดเจนเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ ไม่เพียงแต่ในประเด็นเกี่ยวกับเพศทางเลือกเท่านั้น ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงซึ่งเคยมีความเหลื่อมล้ำกันมาเป็นระยะเวลานานก็ได้รับการคลี่คลายโดยผลของความก้าวหน้าในด้านแนวความคิดดังกล่าวเช่นเดียวกัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิต ร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไว้ 3 ประการ กล่าวคือ สิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งมุ่งคุ้มครองวิถีชีวิต ของปัจเจกบุคคลโดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอกไม่ว่าจะโดยองค์กรรัฐหรือโดยปัจเจกบุคคล ด้วยกันเอง สิทธิในครอบครัว ซึ่งมุ่งคุ้มครองความเสมอภาคในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั้งในด้าน การเริ่มต้นความสัมพันธ์และรูปแบบของการใช้ชีวิตร่วมกัน และสิทธิในการสืบมรดก ซึ่งมุ่งคุ้มครอง บุคคลซึ่งจะเป็นทายาทโดยธรรมหรือโดยพินัยกรรมก็ตามเพื่อมิให้รัฐออกกฎหมายจำกัดหรือ แทรกแซง บุคคลเพศทางเลือกชอบที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวภายใต้บริบท ของหลักความเสมอภาค ส่งผลสำคัญอย่างน้อย 3 ประการตามลำดับ กล่าวคือ รัฐจะเข้าแทรกแซง การใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไม่ได้ รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลือกตามกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันเช่นเดียวกับครอบครัวของบุคคลทั่วไปอย่างสอดคล้องกับ ลักษณะเฉพาะของบุคคลเพศทางเลือกนั้น และรัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในการ ที่จะเป็นทายาทของบุคคลเพศทางเลือกอีกฝ่ายซึ่งใช้ชีวิตร่วมกันกับตน ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนเกี่ยวกับการ สมรสและความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบิดากับบุตรซึ่งเป็นเรื่องที่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย ถือเอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญ ซึ่งการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลเพศทางเลือกในเรื่องการ ใช้ชีวิตร่วมกันนั้นสามารถกระทำได้ทั้งผ่านการใช้และตีความกฎหมายตลอดจนการบัญญัติแก้ไขหรือ เพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลให้ครอบคลุมกลุ่มบุคคลเพศ ทางเลือกด้วย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในส่วนท้ายของการศึกษาวิจัยนี้เป็นการแสดงถึงโครงสร้างโดยภาพรวมทั้งหมดของการศึกษาวิจัย ทั้งในด้านสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์และหลักความเสมอภาคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศของบุคคลและเพศทางเลือก อิทธิพลของความเสมอภาคต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกที่ปรากฏในต่างประเทศ ตลอดจนแนวทางการใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยในบทสรุป (6.1) รวมข้อเสนอแนะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทย (6.2) โดยลำดับ

6.1 บทสรุป

หลักความเสมอภาคมีจุดเด่นในการเปรียบเทียบสิ่ง 2 สิ่งซึ่งแม้จะไม่ใช่ประเภทเดียวกัน ทว่า สิ่ง 2 สิ่งนั้นมีสาระสำคัญร่วมกันบางประการ ความยืดหยุ่นเช่นนี้ของหลักความเสมอภาคยังช่วยให้รัฐสามารถใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วภายใต้บริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้ โดยเฉพาะการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมซึ่งยังไม่ถูกปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปหรือเพิ่มมากขึ้นกว่าขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายถูกพิจารณาในสภานิติบัญญัติ หลักความเสมอภาคยังสอดคล้องกับความคิดเกี่ยวกับความเป็นมนุษย์ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นจากความคิดที่ว่าความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าภายในจิตใจอันส่งผลให้มนุษย์มีลักษณะที่สมบูรณ์และเป็นสากล ภายใต้ความเป็นมนุษย์ในบริบทเช่นนี้รูปลักษณ์ตลอดจนองค์ประกอบอื่นใดนอกเหนือจากคุณค่าเชิงนามธรรมอันมีร่วมกันของมนุษย์นั้นย่อมถือว่าเป็นเพียงเปลือกนอกและจะถูกนำมาใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงความเหมือนหรือต่างภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคอย่างเคร่งครัด โดยความแตกต่างอันเนื่องมาจากเพศของมนุษย์นั้นเป็นความแตกต่างซึ่งได้รับการยอมรับในหลักความเสมอภาคเองเนื่องจากสถานะที่เพศเป็นผลผลิตซึ่งส่วนหนึ่งสืบเนื่องมาจากสถานะธรรมชาติที่เกิดจากความแตกต่างด้านกายภาพระหว่างสรีระร่างกายของชายและหญิงซึ่งนำไปสู่บทบาทที่แตกต่างกันของมนุษย์แต่ละเพศในสังคม ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะและข้อจำกัดอันสืบเนื่องมาจากเพศของบุคคลที่มีพื้นฐานมาจากข้อความจริงที่มีอาจปฏิเสธได้ของชายกับหญิงเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขสำคัญที่ว่า การยอมรับเอาความแตกต่าง



ระหว่างเพศของบุคคลนั้นจะต้องมิได้เป็นไปเพื่อกีดกันหรือนำมาเป็นข้ออ้างให้เกิดการปฏิบัติต่อเพศใดเพศหนึ่งให้ด้อยไปกว่าอีกเพศหนึ่ง ซึ่งเป็นบทบาทที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคต่อการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำสะท้อนในสังคมผ่านการปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางสังคมให้เอื้อต่อการที่บุคคลจะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้โดยปราศจากอุปสรรคอันเนื่องมาจากเพศของตน

การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลที่มีเพศต่างกันก็ล้วนมีลักษณะสำคัญร่วมกันคือความตั้งใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ด้วยกันในระยะยาวเพื่อเติมเต็มชีวิตของกันและกันทั้งในด้านกายภาพและในด้านจิตใจ แต่ความต่างของสรีระร่างกายที่บุคคลซึ่งมีเพศสรีระเดียวกันแม้จะเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันก็ไม่อาจมีบุตรรวมกันได้โดยธรรมชาติกลับเป็นจุดต่างอันยิ่งยวดระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกและการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงซึ่งจำเป็นต้องถูกนำมาพิจารณาเช่นเดียวกันภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะเมื่อต้องพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับต่าง ๆ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเพศของบุคคลในระดับที่แตกต่างกัน ทั้งนี้การยอมรับความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวนี้ก็ได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกจะถูกกระทบกระเทือน แต่หมายถึงการปรับใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ อย่างเหมาะสมกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการยอมรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในการใช้และตีความกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกก็ตาม

ในอีกมิติหนึ่ง การทบทวนถึงสาระสำคัญพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับว่าไม่มีความแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิงได้นำไปสู่การยอมรับข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นในกรณีของเพศทางเลือกเช่นเดียวกันแม้ว่าจะไม่ได้เป็นไปอย่างทันทีทันใดก็ตาม รวมไปถึงการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่แตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศบนพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่แม้จะได้รับรองว่าเพศเป็นเหตุผลหนึ่งซึ่งรัฐจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิบัติให้เป็นผลเสียต่อบุคคลมิได้ แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปด้วยความเคร่งครัดในระดับที่ต้องการความชัดเจนเพียงพอที่จะนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นได้อย่างตรงไปตรงมาซึ่งอาจนำไปสู่ผลด้านลบต่อการได้รับความคุ้มครองในกรณีของเพศทางเลือกซึ่งมิใช่วัตถุประสงค์โดยตรงของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ และมีใช้ว่าความแตกต่างระหว่างเพศของบุคคลจะถูกปฏิบัติอย่างสิ้นเชิงในระบบกฎหมาย หากแต่ความแตกต่าง

ระหว่างบุคคลยังคงได้รับการยอมรับในฐานะข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจในสภาวะธรรมชาติที่เป็นของเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ ความสำคัญของครอบครัวในความหมายของการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายกับหญิงตลอดจนการให้กำเนิดและดูแลบุตรจึงเป็นคุณค่าอันสำคัญประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเช่นเดียวกัน เป็นเหตุให้คุณค่าอันเนื่องมาจากสภาวะธรรมชาติของการสมรส ครอบครัว ตลอดจนการให้กำเนิดบุตรผลักดันเพศทางเลือกให้พ้นจากความคุ้มครองของในรัฐธรรมนูญและทำให้เพศทางเลือกถูกเหวี่ยงกลับไปอยู่ในข้อขัดแย้งกับสถาบันต่าง ๆ ดังกล่าวซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง

การรับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับเพศและครอบครัวจากภายนอกประเทศนั้นเป็นปัจจัยสำคัญยิ่งประการหนึ่งที่ส่งผลต่อสถานะของบุคคลเพศทางเลือกภายในประเทศ การปฏิเสธพฤติกรรมเพศทางเลือกในโลกตะวันตกยังถูกส่งต่อมายังทวีปเอเชียผ่านความคิดในการเอาผิดพฤติกรรมร่วมเพศผิดธรรมชาติจากระบบกฎหมายซึ่งประเทศเจ้าอาณานิคม ทำนองเดียวกับอิทธิพลของความคิดทางเพศแบบทวินิยมซึ่งถูกส่งต่อมายังประเทศในเอเชียผ่านการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งในโลกตะวันออกช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19-20 และไม่เพียงแต่ผลกระทบในแง่ลบต่อบุคคลเพศทางเลือกเท่านั้น กระแสเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพซึ่งแพร่กระจายไปทั่วโลกในห้วงเวลาหนึ่งจะค่อย ๆ ถูกซึมซับนำไปสู่การยอมรับสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกด้วยเช่นกัน ตัวอย่างที่สำคัญ 2 ประการคือการเกิดขึ้นของกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตและการอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสได้ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันนั้นไม่สามารถที่จะมีบุตรร่วมกันได้โดยธรรมชาติ เป็นเหตุให้สิทธิหน้าที่เกี่ยวกับบุตรซึ่งปกติแล้วเป็นของคู่สมรสชายกับหญิงไม่สามารถนำมาใช้แก่บุคคลเพศทางเลือกได้โดยตรง

ในบริบทของประเทศไทยนั้นการกำจัดความเหลื่อมล้ำระหว่างเพศของราษฎรเป็นวัตถุประสงค์อันสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทว่า ความเสมอภาคระหว่างเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นมุ่งไปที่เพศในด้านเนื้อตัวร่างกายของเพศชายกับเพศหญิงเป็นสำคัญ ในขณะที่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกลับรวมเอาอัตลักษณ์ทางเพศ เพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดซึ่งรวมเอาเพศในความหมายด้านจิตใจหรือความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลเข้าไว้ด้วย และแม้ว่าหลักการดังกล่าวจะอยู่ในระดับของเจตนารมณ์ สิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลือกยังคงได้รับความคุ้มครองทั้งโดยบทบัญญัติว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และโดยการเกิดขึ้นของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติภายใต้อิทธิพลของความหลากหลายทางเพศที่ปรากฏเพียงหลักการใน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ถึงความสำคัญของเพศในสังคมไทยที่เป็นสาระสำคัญของสังคมซึ่งส่งผลกระทบต่อตัวบุคคลโดยตรง ที่แม้จะมีการตระหนักรู้ถึงความเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีและควรจะได้รับ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน การใช้หลักความเสมอภาคในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กยังต้องเผชิญกับข้อท้าทายเกี่ยวกับวิถีชีวิตทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ส่วนใหญ่ในสังคม ความคิดทางเพศซึ่งแบ่งเพศของบุคคลออกเป็นเพศชายและหญิง และจริยธรรมซึ่งเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรมของสังคม เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กไว้ กล่าวคือ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในครอบครัว สิทธิในการสืบรดก บุคคลเพศทางเลื กชอบที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาคซึ่งมีนัยทางกฎหมายที่ต้องผูกพันต่อรัฐในการที่รัฐจะเข้าแทรกแซงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กไม่ได้ รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลื กตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกัน เช่นเดียวกับครอบครัวของบุคคลทั่วไปอย่างสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของบุคคลเพศทางเลื กนั้น และรัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลื กในการที่จะเป็นทายาทของบุคคลเพศทางเลื กอีกฝ่ายซึ่งใช้ชีวิตร่วมกันกับตน ทั้งนี้ภายใต้ข้อสงวนเกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบิดากับบุตรซึ่งเป็นเรื่องที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายถือเอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญ

6.2 ข้อเสนอแนะ

ความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสาระสำคัญอันนำไปสู่การรับรู้ถึงสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กซึ่งซ่อนอยู่ภายใต้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการอื่น สิทธิเสรีภาพซึ่งอยู่บนแนวคิดการยอมรับในความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลจึงรวมเอาสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพศทางเลื กไว้ทั้งสิ้น การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กจึงควรเป็นไปในทิศทางที่ยอมรับว่าบุคคลเพศทางเลื กมีศักดิ์ศรีและควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปในสังคม และเมื่อวิถีการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายนั้นได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายภายใต้อิทธิพลของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายที่มีอำนาจใช้และตีความบทบัญญัติแห่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าวในการค้นหาความเป็นมนุษย์ซึ่งสิทธิเสรีภาพแต่ละลักษณะรับเอาเป็นพื้นฐานและแสดงออกมาให้ปรากฏผ่านการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลื กโดยลำดับไป

ในเบื้องต้นรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลเพศทางเลื กตามกฎหมายที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์เช่นเดียวกับครอบครัวของบุคคลทั่วไปอย่างสอดคล้องกับวิถีชีวิตของบุคคลเพศ

ทางเลือกผ่านการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ในระบบกฎหมายไทยให้ครอบคลุมกลุ่มบุคคลเพศทางเลือก (6.2.1) โดยมีให้เกิดผลทำนองกีดกันบุคคลเพศทางเลือกในอันที่จะใช้ชีวิตร่วมกันอย่างปกติสุข ในด้านกระบวนการนิติบัญญัตินั้น รัฐควรบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของมนุษย์ให้มีความเหมาะสมกับวิถีชีวิตของบุคคลเพศทางเลือกและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย (6.2.2) โดยอยู่บนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมได้ส่วนเสียและช่วยเหลือพึ่งพาซึ่งกันและกันมากกว่าการคำนึงถึงเพศของบุคคลหรือการอ้างอิงบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสและครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

6.2.1 การใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือก

การใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในกรณีที่เพศของบุคคลซึ่งเข้ามาใช้ชีวิตร่วมกันมิได้เป็นสาระสำคัญหรือมิได้เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น แม้ว่าในบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะได้กล่าวถึงสถานะสามีภริยาหรือการใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม ย่อมเป็นเพียงการอ้างอิงถึงหน่วยครอบครัวจากรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยในขณะที่มีการตรากฎหมายขึ้นเท่านั้น เป็นเหตุให้สามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกได้โดยตรง อาทิ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรค 2 ว่าด้วยการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันระหว่างสามีและภริยา บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1465 ถึงมาตรา 1493 ว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา บทบัญญัติในประมวลรัษฎากร มาตรา 47 ว่าด้วยการหักลดหย่อนสำหรับสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ บทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 ว่าด้วยสิทธิของคู่สมรสที่ขอด้วยกฎหมายของผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการ บทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ว่าด้วยสิทธิได้รับเงินบำเหน็จตกทอดหรือเงินบำนาญพิเศษของสามีหรือภริยา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) ว่าด้วยอำนาจของสามีหรือภริยาในการจัดการแทนผู้เสียหายในกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้

อนึ่ง การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกนั้นควรตกอยู่ภายใต้ข้อสงวนเกี่ยวกับเงื่อนไขด้านเพศของคู่สมรสและข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายประสงค

ให้ถือเอาเพศของบุคคลเป็นสาระสำคัญตลอดจนมีความสอดคล้องสัมพันธ์กับธรรมชาติของการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตร ประกอบกับเหตุที่ระบบกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยนั้นมีความเกี่ยวข้องอย่างมากกับวัฒนธรรมและจารีตประเพณีซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยที่อาจชี้นำทิศทางของความเสมอภาคด้านการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันในประเทศไทย การอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันตลอดจนการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรในครอบครัวของบุคคลเพศทางเลือกในประเทศไทยจึงเป็นการประสานประโยชน์ของทั้งคู่สมรส บุตรผู้เยาว์ ตลอดจนสังคมส่วนรวมเข้าด้วยกัน สมควรที่จะมอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาถึงความเหมาะสม เนื่องจากมิใช่กรณีที่จะต้องคำนึงถึงเฉพาะเงื่อนไขในบริบททางกฎหมายเท่านั้น ทว่า ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงทั้งในด้านบริบททางสังคม ศาสนา และวัฒนธรรมประเพณีอย่างรอบคอบอีกด้วย

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ใช้ถ้อยคำที่เจาะจงเพศของบุคคลโดยมุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศสรีระแตกต่างกัน แม้จะมีใช้เรื่องเงื่อนไขของการสมรสหรือข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ย่อมเป็นกรณีที่ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างตรงไปตรงมาโดยปราศจากการคำนึงถึงเพศของบุคคล กล่าวคือ กรณีตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 19 และ 21 (1) ว่าด้วยเงื่อนไขในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ให้สิทธิเฉพาะ “สามีและภรรยา” ซึ่งจะเชื่อมโยงไปสู่ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดามารดากับบุตรในมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน เป็นเหตุให้บุคคลเพศทางเลือกซึ่งไม่ว่าจะอยู่ในสถานะหรือรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายรูปแบบใดก็ตามไม่สามารถใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ โดยบุคคลเพศทางเลือกซึ่งอยู่ในสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันจะมีสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ปรับเปลี่ยนนิตินโยบายโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้นให้ครอบคลุมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยตรง

6.2.2 การกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

การกำหนดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกขึ้นเป็นการเฉพาะนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงบริบททางสังคมและกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ไม่อาจปฏิเสธว่าความชัดเจนของสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือก

ในระบบกฎหมายไทยนั้นมีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกภายใต้บริบทของหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะความชัดเจนของหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่แม้ความหลากหลายทางเพศจะได้รับการยอมรับในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทว่า อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับเพศแบบทวินิยมในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยังคงยึดติดอยู่กับเพศสรีระอันแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิง โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรค 2 ที่บัญญัติไว้ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” แตกต่างจากความหลากหลายทางเพศซึ่งขาดความชัดเจนเป็นรูปธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นบ่อเกิดสำคัญของหลักความเสมอภาคที่มีบทบาทสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายไทยในสอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศ เพื่อสนับสนุนให้บุคคลซึ่งมีเพศสภาพหรือเพศวิถีไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิดสามารถมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปโดยเฉพาะในเรื่องการใช้ชีวิตร่วมกัน การบัญญัติหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงควรจะเป็นไปในลักษณะที่มีความครอบคลุมถึงเพศของบุคคลโดยมิได้ยึดโยงอยู่กับสรีระร่างกายเพียงอย่างเดียว และควรบัญญัติรับรองความหลากหลายทางเพศให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งจะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทยอย่างเป็นรูปธรรมในที่สุด

ในด้านการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกอย่างสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคนั้น ข้อพิจารณาสำคัญ 2 ประการที่ควรจะได้รับพิจารณาคำนึงถึงยิ่งไปกว่ารูปแบบของกฎหมายที่เหมือนหรือเป็นอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง ได้แก่ 1. ความสอดคล้องระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือก และ 2. ความสอดคล้องกับบริบทของความหลากหลายทางเพศในสังคมที่ประกอบไปด้วยการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลที่ไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลซึ่งมีเพศเดียวกันโดยกำเนิดเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่แม้จะมีความแตกต่างกันระหว่างการเป็นคู่ชีวิตและการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่อาจปฏิเสธว่าเป็นรูปแบบของการใช้หลักความเสมอภาคเพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะในด้านการเตรียมความพร้อมของสังคมไทยให้คุ้นชินกับรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายเพื่อนำไปสู่การอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันต่อไป และเมื่อรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกสามารถเปรียบเทียบได้กับ

รูปแบบครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงในด้านการอุปการะและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตลอดจนกฎหมายอื่นซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความรับผิดชอบในการช่วยเหลือดูแลซึ่งกันและกันระหว่างคู่สมรส อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การเป็นทายาทโดยธรรม ตลอดจนสิทธิในทางภาษีและสวัสดิการต่าง ๆ ที่รัฐมอบให้แก่คู่สมรสต่างเพศจึงควรถูกนำมาบัญญัติให้เป็นสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตและคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันด้วยเพื่อยืนยันว่าการใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภรรยาทุกรูปแบบควรได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคโดยปราศจากการคำนึงถึงเพศของบุคคล

อย่างไรก็ตาม เมื่อการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลเพศทางเลือก ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกโดยเฉพาะเมื่อทั้ง 2 ฝ่ายมีเพศหญิงนั้น หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรในระหว่างที่มีสถานะการใช้ชีวิตร่วมกันตามกฎหมายอยู่ กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจถือได้ว่าอีกฝ่ายเป็นชายที่อาจได้รับข้อสันนิษฐานแห่งกฎหมายว่าเป็นบิดาของบุตรที่ถือกำเนิดมาและเป็นเหตุให้ฝ่ายที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่เพียงผู้เดียว ข้อจำกัดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลเพศทางเลือกตลอดจนประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ที่ควรจะได้รับ การอุปการะเลี้ยงดูโดยผู้ใช้อำนาจปกครอง 2 คนเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดในครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง จึงควรอนุญาตให้คู่ชีวิตหรือคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันสามารถใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตลอดจนควรกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างเด็กซึ่งเกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับคู่ชีวิตหรือคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันไว้ให้ชัดเจน โดยควรที่จะต้องถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่ชีวิตหรือคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันซึ่งประสงค์จะมีบุตรทำนองเดียวกับกรณีของสามีและภริยาที่เป็นชายกับหญิง

การยอมรับความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของรูปแบบการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลบนพื้นฐานด้านเพศดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น มิได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างบุคคลเพศทางเลือกจะถูกกระทบกระเทือนหรือจะเป็นเหตุให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเพศทางเลือกลดหย่อนหรือตกต่ำลงแต่ประการใด ด้วยการยอมรับความแตกต่างด้านวิถีชีวิตซึ่งมีความหลากหลายในสังคมนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในตัวเอง ตราบเท่าที่การยอมรับความแตกต่างนั้นไม่ส่งผลเสียกับบุคคลเพศทางเลือกหรือมีลักษณะของการให้ความคุ้มครองบุคคลเพศทางเลือกดีกว่าบุคคลทั่วไปโดยปราศจากเหตุผล ทั้ง

การยอมรับว่ามีได้มีแต่เพียงบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้นที่ประสงค์จะดำรงชีวิตบนพื้นฐานการยอมรับในตัวตนของตนเองยังช่วยสนับสนุนให้การใช้หลักความเสมอภาคเพื่อการคุ้มครองสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศทางเลือกมีลักษณะที่ไม่แข็งกระด้างและกลมกลืนไปกับความหลากหลายทางเพศในสังคมไทยอีกด้วย

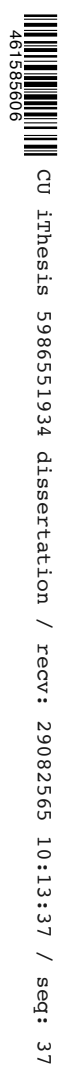
การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทกฎหมายไทยนั้นนับได้ว่ายังอยู่ในระดับเริ่มต้น ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีเพศกำเนิดเดียวกันเป็นประเด็นซึ่งเริ่มได้รับการยอมรับในประเทศไทยเพียงไม่นานมานี้ ประกอบกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระบบกฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่งดังกล่าวเท่าที่ควร สภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลเพศทางเลือกในระบบกฎหมายกับหลักความเสมอภาค อาทิ สถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือกกับบุตรที่เกิดภายใต้ความสัมพันธ์ที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย ผลของการเปลี่ยนแปลงเพศในระบบกฎหมายของบุคคลเพศทางเลือก ตลอดจนการสลายความคิดทางเพศแบบทวินิยมในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นเรื่งที่ควรได้รับการศึกษาวิจัยต่อไปในอนาคต



461585606

CU iThesis 5986551934 dissertation / recv: 29082565 10:13:37 / seq: 37

บรรณานุกรม



60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court. 2 ed. Edited by Clauspeter Hill & Marc Spitzkatz Jürgen Bröhmer. Berlin, Germany: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2012.

(Pertinax), André Géraud. "The New French Constitution." *Foreign Affairs* 25, no. 3 (1947): 433-50. <https://doi.org/10.2307/20030053>.

A. Wacke, Manumissio Matrimonii Causa. "The Marriage of Freed Woman in Classical Roman Law According to the Augustine Reform." *Journal of Juridical Science* 12, no. 1 (1987): 18-30.
https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA05872405_358.

Abbas, Ahmad Nizam bin. "The Islamic Legal System in Singapore." *Pacific Rim Law & Policy Journal* 21, no. 1 (2012): 163-87.
<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1607&context=wilj>.

Aloni, Erez. "Incrementalism, Civil Unions, and the Possibility of Predicting Legal Recognition of Same-Sex Marriage." *Duke Journal of Gender Law & Policy* 18 (2010): 105-61.
<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=djglp>.

Amy Raub, Adèle Cassola, Isabel Latz and Jody Heymann. "Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions." *Yale Journal of Law and Feminism* 28, 1 (2016): 149-69.
<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=yjlf>.

Anderson, Emma. "Germany 'Scared' to Take Lead on Gay Rights: Report." news release, 10 May 2016, 2016, <https://www.thelocal.de/20160510/germany-scared-to-take-leadership-on-gay-rights-report-lgbt-lgbti-same-sex-marriage>.

Appleton, Susan Frelich. "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era." *Boston University Law Review* 86 (2006): 227-94. <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume86n2/documents/APPLETONv2.pdf>.



Aquinas, Thomas. *Summa Theologica*.

Arai, Yuki. "Is Japan Ready to Legalize Same-Sex Marriage?". *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 16, no. 1 (2014): 122-55.

https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=lps_LLMGRP.

"Same-Sex Marriage." Fellows Visa & Legal Services, n.d., accessed April 14, 2019,

<http://www.fellows-legal.jp/en/same-sex-marriage.html>.

Aristotle. *Eudemian Ethics*.

Baer, Susanne. "The Basic Law at 60-Equality and Difference: A Proposal for the Guest List to the Birthday Party." *German Law Journal* 11, no. 1 (2010): 67-87.

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=articles>.

———. "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court." *Columbia Journal of European Law* 5 (1999): 249-80.

Barlow, Anne. "Solidarity, Autonomy and Equality: Mixed Messages for the Family." *Child and Family Law Quarterly* 27, no. 3 (2015): 223-35.

Baruch, Marc Olivier. "Gay Marriage and the Limits of French Liberalism." *Dissent* 60, no. 4 (2013): 24-27.

Bayefsky, Rachel. "Dignity, Honour, and Human Rights: Kant's Perspective." *Political Theory* 41, no. 6 (2013): 809-37. <https://www.jstor.org/stable/24571373>.

Beninger, Elizabeth S. "Conciliation of Family Disputes in Japan." *Conciliation Courts Review* 20, no. 2 (1982): 83-86.

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.174-1617.1982.tb00092.x>.

Bhattacharyya, Monica. "From Nondifferentiation to Factual Equality: Gender Equality Jurisprudence under the German Basic Law." *Brooklyn Journal of International Law* 21, no. 3 (1996): 915-38.

<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=bjil>.

Bilchitz, David. *Constitutional Change and Participation of LGBTI Groups: A Case Study of South Africa*. Stockholm Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2015.

Bix, Brian H. "State Interests in Marriage, Interstate Recognition and Choice of Law."

Creighton Law Review 38 (2005): 337-51.

https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=faculty_articles.

Blackesley, Christopher L. "Child Custody and Parental Authority in France, Louisiana and Other State of the United State: A Comparative Analysis." *Boston Collage International & Comparative Law Review* 4, no. 2 (1981): 283-359.

<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1586&context=iclr>.

Brad van Eeden-Moorefield, Christopher R. Martell, Mark Williams and Marilyn Preston. "Same-Sex Relationships and Dissolution: The Connection between Heteronormativity and Homonormativity." *Family Relations* 60, no. 5 (2011): 562-71. <https://www.jstor.org/stable/41403626>.

Brandeis, Samuel D. Warren and Louis D. "The Right to Privacy." *Harvard Law Review* 4, no. 5 (1890): 193-220.

<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

Brown, Jennifer K. "The Nineteenth Amendment and Women's Equality ". In *Feminist Legal Theory*, edited by Frances E. Olsen, Hants, UK: Dartmount Publishing, 1995:

Bundesverfassungsgericht. "Prerequisites for the Statutory Recognition of Transsexuals According to § 8.1 Nos. 3 and 4 of the Transsexuals Act Are Unconstitutional." news release, 28 January 2011, 2011,

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>.

———. "Unequal Treatment of Marital Spouses and Registered Civil Partners in the Real Estate Transfer Tax Act Unconstitutional." news release, 8 August 2012, 2012,

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-062.htm>.

———. "Unequal Treatment of Marriage and Registered Civil Partnerships in Gift and Inheritance Tax Act Unconstitutional." news release, 17 August 2010, 2010,

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2010/bvg10-063.html>.

Carmi, Doron Shulztiner and Guy E. "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers." *The American Journal of Comparative Law* 62, no. 2 (2014): 461-90. <https://www.jstor.org/stable/43668212>.

Carpenter, Morgan. "The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change." *Reproductive Health Matters* 24, no. 47 (2016): 74-84. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.rhm.2016.06.003?needAccess=true>.

Cianciardo, Juan. "The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights." *Journal of Civil Law Studies* 3, no. 1 (2010): 177-86. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=jcls>.

Commissioner for Human Rights. *Human Rights and Gender Identity*, 2009.

Connolly, Kate. "German Parliament Votes to Legalise Same-Sex Marriage." news release, 30 June 2017, 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/30/germany-poised-legalise-same-sex-marriage-bill-law>

Conrad, Naomi. "Germans Not Opposed to Same-Sex Marriage." news release, 27 June 2017, 2017, <http://www.dw.com/en/germans-not-opposed-to-same-sex-marriage/a-37110913#>.

Couch, John Andrew. "Woman in Early Roman Law." *Harvard Law Review* 8, no. 1 (1894): 39-50. <https://www.jstor.org/stable/1322384>.

Council of Europe. *Protecting Human Rights of Transgender Persons: A Short Guide to Legal Recognition*. Strasbourg, France Council of Europe, 2015.

D'Amato, Anthony. "Is Equality a Totally Empty Idea?". *Michigan Law Review* 81, no. 3 (1983): 600-03. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4664&context=mlr>.



- Dixon, Suzanne. "The Marriage Alliance in the Roman Elite." *Journal of Family History* 10, no. 8 (1985): 353-78.
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.984.3506&rep=rep1&type=pdf>.
- E.Witte, Daniel. "People V. Bennett: Analytic Approaches to Recognizing a Fundamental Parental Right under the Ninth Amendment." *Brigham Young University Law Review* 1 (1996): 183-280.
<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1911&context=lawreview>.
- Eberle, Edward J. "Equality in Germany and the United States." *San Diego International Law Journal* 10 (2008): 63-120.
<https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=ilj>.
- Emanvel, Bina. "The Difficulties of Being an Lgbt Refugee in Germany." news release, 2016, <http://wafmag.org/2016/06/difficulties-lgbt-refugee-germany/#>.
- European Parliament. *Transgender Persons' Rights in the Eu Member States* 2010.
- Fairbairn, Lorraine Conway and Catherine. *The Civil Partnership Bill [HL]: Background and Debate*, 2004.
- Feldblum, Chai R. "Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More." *Yale Journal of Law and Feminism* 17 (2005): 139-84.
<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1226&context=yjlf>.
- "Legal Recognition of Same-Sex Relationships." Jones Day Law Firm, 2016, accessed April 14, 2019,
<http://www.samesexrelationshipguide.com/~media/files/ssrguide/asia/legal-recognition-of-samesex-relationships--japan.pdf>.
- Fuchs, Stephen. "Homophobic Hate Crime on the Rise in Germany." news release, 1 December 2016, 2016,
<http://www.lgbtgermany.com/2016/12/01/homophobic-hate-crime-rise-germany/>.

- Funaro, Patty. *Legislative Guide to Marriage Law*. Iowa, U.S.A.: Legislative Services Agency, Iowa General Assembly, 2005.
<https://www.legis.iowa.gov/DOCS/Central/Guides/marriage.pdf>.
- Gates, Gary J. "Marriage and Family: Lgbt Individuals and Same-Sex Couples." *The Future of Children* 25, no. 2 (2015): 67-87.
<https://www.jstor.org/stable/43581973>.
- Görlach, Alexander. "Germany's Retrograde Record on Gay Rights." news release, 27 September 2016, 2016,
https://www.nytimes.com/2016/09/28/opinion/germanys-retrograde-record-on-gay-rights.html?_r=0
- Granger, Mari-Pierre. "The Preamble(S) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment." *Acta Juridica Hungarica* 52, no. 1 (2011): 1-18.
https://www.researchgate.net/publication/274273001_The_Preambles_of_the_French_constitution_Content_status_uses_and_amendment.
- Gupta, Dipankar. "Positive Discrimination and the Question of Fraternity: Contrasting Ambedkar and Mandal on Reservations." *Economic and Political Weekly* 32, no. 31 (1997): 1971-77. <https://www.jstor.org/stable/4405708>.
- Gupta, Sonali. "Liberty for All? An Exploration on the Status of Woman in Revolutionary France." *Primary Source: The Indiana University Undergraduate Journal of History* 5, no. 1 (2014): 18-23.
- Gushee, David P. "Reconciling Evangelical Christianity with Our Sexual Minorities: Reframing the Biblical Discussion." *Journal of the Society of Christian Ethics* 35, no. 2 (2015): 141-58. <https://doi.org/10.1353/sce.2015.0041>.
<https://muse.jhu.edu/article/603262/pdf>.
- Hazel, Carolyn. "French Reforms in Domestic Law." *Louisiana Law Review* 35, no. 1 (1974): 134-45.
<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4030&context=lalrev>.
- Hideo, Tanaka. "The Conflict between Two Legal Traditions in Making the Constitution of Japan ". In *Democratizing Japan: The Allied Occupation*, edited by Robert

E. Ward and Sakamoto Yoshikazu, Hawai'i, U.S.A.: University of Hawai'i Press, 1987: 111-34

———. "Legal Equality among Family Members in Japan: The Impact of the Japanese Constitution of 1946 on the Traditional Family System." *Southern California Law Review* 53, no. 2 (1980): 611-44.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal53&div=43&id=&page=>.

Higashikawa, Koji. "Tying the Knot with a Surname?: The Constitutionality of Japan's Law Requiring a Same Martial Name." *Constitution Law Center Articles and Publications* 7, no. 1 (2015): 51-58.

<https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=onlawakronpubs>.

Hobbes, Thomas. *Hobbes's Leviathan: Reprint from the Edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith*. Clarendon, U.K.: Oxford University Press, 1909.

Hobbins, A. J. "René Cassin and the Daughter of Time: The First Draft of the Universal Declaration of Human Rights." *Fontanus* 2 (1989): 7-26.

<https://fontanus.mcgill.ca/article/view/18>.

"Country Ranking." ILGA-Europe: The European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, n.d., accessed July 12, 2021,

<https://rainbow-europe.org/country-ranking>.

International Commission of Jurists. *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioner Guide No.4*. Geneva Switzerland: International Commission of Jurists, 2009.

Isono, Fujiko. "The Evolution of Modern Family Law in Japan." *International Journal of Law, Policy and the Family* 2, no. 2 (1988): 183-202.

<https://academic.oup.com/lawfam/article-abstract/2/2/183/932586?redirectedFrom=fulltext>.

Jackson, Nerida M. Cook and Peter A. "Desiring Constructs: Transforming Sex/Gender Orders in Twentieth-Century Thailand." In *Gender and Sexualities in Modern*

Thailand, edited by Peter A. Jackson and Nerida M. Cook, Chaing Mai: Silkworm Books, 1999: 1-27

James Martin, S.J. "What Is the Official Church Teaching on Homosexuality? Responding to a Commonly Asked Question." news release, 6 April 2018, 2018, <https://www.americamagazine.org/faith/2018/04/06/what-official-church-teaching-homosexuality-responding-commonly-asked-question>.

Jaunius Gumbis, Vytaute Bacianskaite & Jurgita Randakeviciute. "Do Human Rights Guarantee Autonomy?". *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 62/63, no. 1 (2011): 77-93.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26750.pdf>.

Jr, James M. Morton. "The Theory of Inheritance." *Harvard Law Review* 8, no. 3 (1894): 161-67. <https://www.jstor.org/stable/pdf/1321715.pdf>.

Jr, William N. Eskridge. "A History of Same-Sex Marriage." *Virginia Law Review* 79 (1993): 1419-513. <https://www.jstor.org/stable/1073379>.

Jr., Edward A. Purcell. "Democracy, the Constitution, and Legal Positivism in America: Lessons from a Winding and Troubled History." *Florida Law Review* 66, no. 4 (2014): 1457-511.
<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1209&context=flr>.

Kania, Ursula. "Marriage for All ('Ehe Fuer Alle')?! A Corpus-Assisted Discourse Analysis of the Marriage Equality Debate in Germany." *Critical Discourse Studies* 17, no. 2 (2020): 138-55.
<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17405904.2019.1656656?needAccess=true>.

Kateb, George. *Human Dignity*. Harvard University Press: Massachusetts, U.S.A., 2011.

Kawagishi, Norikazu. "The Constitution of Japan: An Unfinished Revolution." Doctoral Dissertation, Yale, 2003.

Kolnai, Aurel. "Dignity." *Philosophy* 51, no. 197 (1976): 251-71.
<https://www.jstor.org/stable/3749604>.

Kozuka, Jessica. "Takarazuka Becomes Fourth Japanese Municipality to Recognize Same-Sex Partnerships." news release, 1 June 2016, 2016,

<https://soranews24.com/2016/06/01/takarazuka-becomes-fourth-japanese-municipality-to-recognize-same-sex-partnerships/>

- Kriegel, Blandine. "Rights and Natural Law." In *New French Thought: Political Philosophy*, edited by Mark Lilla, Princeton, New Jersey, U.S.A.: Princeton University Press, 1994: 155-63
- Künzil, Walter Kälin and Jörg. *The Law of International Human Right Protection*. New York: Oxford University Press, 2009.
- Lavade, Anne. "Discrimination Positive Et Principe D'Égalité En Droit Français." *Pouvoirs* 111 (2004): 55-71. <https://revue-pouvoirs.fr/Discrimination-positive-et.html>.
- Lee, Jack Tsen-Ta. "Equality and Singapore's First Constitutional Challenges to the Criminalization of Male Homosexual Conduct ". *Asia-Pacific journal on Human Rights and the Law* 16, no. 1-2 (2015): 150-85.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2673027.
- Leleu, Frederik Swennen and Yves-Henri. "National Report: Belgium." *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 57-84.
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol19/iss1/2/>.
- Letitia Anne Peplau, Sheri Chapman DeBro, Rosemary C. Veniegas, and Pamela L. Taylor. *Gender, Culture, and Ethnicity: Current Research About Women and Men*. California, U.S.A.: Mayfield Publishing, 1998.
- Lettmaier, Saskia. "Germany - 2017: An Eventful Year in German Family Law." *Journal of Civil Law Studies* 11 (2018).
- Leupp, Gary P. *Male Colors: The Construction of Homosexuality in Tokugawa Japan*. Berkeley, California, U.S.A.: University of California Press, 1997.
- Lies, Elain. "Small Step by Tokyo District Could Be Giant Leap for Lgbt Equality." news release, 3 March 2015, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-japan-samesex-idUSKBN0LZ0AS20150303>
- Linhart, Karin M. "Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-Us-American Comparison." *German Law Journal* 6, no. 6 (2005): 943-65. <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/decriminalization-of-homosexuality-and-its-effects-on-family->

[rights-a-germanusamerican-comparison/4A51D8B0CC02D4235C80986E6473C80F.](#)

Lippert-Rasmussen, Kasper. "Indirect Discrimination Is Not Necessarily Unjust." *Journal of Practical Ethics* 2, no. 2 (2014): 33-57.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2536870.

Loos, Tamara. *Subject Siam: Family Law, and Colonial Modernity in Thailand*. Chiang Mai: Silkworm Books, 2006.

Lua, Holning. *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*. Leiden, Netherlands: Brill, 2018.

MacArthur, John. "God's Word on Homosexuality: The Truth About Sin and the Reality of Forgiveness." *The Master's Seminary Journal* 19, no. 2 (2008): 153-74. <https://www.tms.edu/m/tmsj19f.pdf>.

Macklin, Eleanor D. "Nontraditional Family Forms: A Decade of Research." *Journal of Marriage and the Family* 42, no. 4 (1980): 905-22. <https://www.jstor.org/stable/351832>.

Markovits, Inga. "Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990." *William and Mary Law Review* 49, no. 4 (2008): 1307-46. https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=wm_lj.

Matthys, Francis W. "Nature of the Right to Inherit Property." *Notre Dame Law Review* 12, no. 1 (1936): 7-14. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol12/iss1/2/>.

"Japan's Queer Cultures." University of Wollongong, 2011, accessed April 14, 2019, <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=artspapers>.

McLelland, Mark J. "Virtual Ethnography: Using the Internet to Study Gay Culture in Japan." *Sexualities* 5, no. 4 (2002): 387-406. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1363460702005004001>.

McWhirter, Darien A. *Equal Protection*. Phoenix, Arizona, U.S.A.: Oryx Press, 1995.

Mendos, Aengus Carroll and Lucas Ramón. *State-Sponsored Homophobia 2017: A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*. 12 ed. Geneva: ILGA, 2017.



- Merin, Yuval. *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnership in Europe and the United State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.
- Meslay, Gaëlle. "Five Years of Same-Sex Marriage in France: Differences between Male and Female Couples." *Population* 74, no. 4 (2019): 465-82. <https://www.cairn-int.info/journal-population-2019-4-page-465.htm>.
- Miller, Donald P. Kommers and Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012.
- Murai, Shusuke. "Tokyo's Shibuya and Setagaya Wards Issue First Same-Sex Partnership Papers." news release, 5 November 2015, 2015, <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/11/05/national/social-issues/shibuya-set-issue-first-certificates-recognizing-sex-couples/#.VL65K16prfZ>
- Neelapajit, Angkhana. *Gender Equity and Sogie Rights in Thailand: Lessons-Learned from National Human Rights Commission of Thailand*, 2016.
- Neo, Jaclyn L. "Equal Protection and the Reasonable Classification Test in Singapore: After *Lim Meng Suang V. Attorney-General* ". *Singapore Journal of Legal Studies* (2016): 95-117. <https://www.jstor.org/stable/24872258>.
- Ono, Shusei. "Comparative Law and the Civil Code of Japan (1)." *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 24 (1996): 27-45.
- Paldrón, Morgan F. "The Other Mother: An Exploration of Non-Biological Lesbian Mothers' Unique Parenting Experience." Doctoral Dissertation, University of Minnesota, 2014.
- Parent, W. A. "Recent Work on the Concept of Privacy." *American Philosophical Quarterly* 20, no. 4 (1983): 341-55. <https://www.jstor.org/stable/20014016>.
- Patterson, Charlotte J. "What Difference Does a Civil Union Make? Changing Public Policies and the Experience of Same-Sex Couples: Comment on Solomon, Rothblum and Balsam (2004)." *Journal of Family Psychology* 18, no. 2 (2004): 287-89. https://www.academia.edu/22849593/What_Difference_Does_a_Civil_Union_Make_Changing_Public_Policies_and_the_Experiences_of_Same-Sex_Couples_Comment_on_Solomon_Rothblum_and_Balsam_2004_.

- Patterson, Robert J. Milch and Charles H. *Cliffsnotes on Aristotle's Ethics*. Boston, New York, U.S.A.: Houghton Mifflin Harcourt, 2004.
- Perreau, Bruno. "The Power of Theory: Same-Sex Marriage, Education, and Gender Panic in France." In *After Marriage Equality: The Future of Lgbt Rights*, edited by Carlos A. Ball, New York, U.S.A.: NYU Press, 2016: 306-40
- Pitt, Amy Adamczyk and Cassady. "Shaping Attitudes About Homosexuality: The Role of Religion and Cultural Context." *Social Science Research* 38, no. 2 (2009): 338-51. <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2009.01.002>.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0049089X09000039?via%3Dihub>.
- Plato. *Laws*. 6 vols.
- Plessis, Andrew Borkowski and Paul du. *Textbook on Roman Law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Polymenopoulou, Javaid Rehman and Eleni. "Is Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality and Lgbt Rights in the Muslim World." *Fordham International Law Journal* 37, no. 1 (2013): 1-52.
<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2322&context=ilj>.
- Ricking, Christoph. "Same-Sex Marriage in Germany: An Issue for the Court?" news release, 3 July 2017, 2017, <http://www.dw.com/en/same-sex-marriage-in-germany-an-issue-for-the-court/a-39527311>.
- Robcis, Camille. "Liberté, Égalité, Hétérosexualité: Race and Reproduction in the French Gay Marriage Debates." *Constellations* 22, no. 3 (2015): 447-61.
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-8675.12168>.
- "Constitutional Court Upholds Lifetime Partnership Act." 2002, accessed July 21, 2022, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/constitutional-court-upholds-lifetime-partnership-act/FAD68414451926037AD4AB2873023BD8>.
- Rosenblatt, Helena. *The Lost History of Liberalism: From Ancient Rome to the Twenty-First Century*. Princeton, New Jersey, U.S.A.: Princeton University Press, 2018.

- Rubio-Marín, Ruth. "The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter." *International Journal of Constitutional Law* 13, no. 4 (2015): 787-818.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3134040.
- Saeki, Junko. "From Nanshoku to Homosexuality: A Comparative Study of Mishima Yukio's Confession of a Mask." *Japan Review* 8 (1997): 127-42.
<https://www.jstor.org/stable/25790982>.
- Sáez, Macarena. "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why "Same" Is So Different?". *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 1-54.
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol19/iss1/1/>.
- Samar, Vincent J. *The Right to Privacy: Gays, Lesbians, and the Constitution*. Philadelphia, Pennsylvania, U.S.A.: Temple University Press, 1991.
- Sanders, Anne. "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution." *German Law Journal* 13, no. 8 (2012): 911-40.
<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/marriage-samesex-partnership-and-the-german-constitution/0E7363C9AD76E83A8114B175D0DD9B4C>.
- Sanders, Douglas E. "377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia." *Asian Journal of Comparative Law* 4, no. 1 (2009): 1-49.
<https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-comparative-law/article/377-and-the-unnatural-afterlife-of-british-colonialism-in-asia/D5C0179373D67D9D1E6F20D2A01E859F>.
- Scherpe, Jens M. "National Report: Germany." *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, no. 1 (2011): 151-86.
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol19/iss1/7/>.
- Schrag, Keith G. "Relationship Therapy with Same-Gender Couples." *Family Relations* 33, no. 2 (1984): 283-91. <https://www.jstor.org/stable/583795>.
- Scott, Eve M. Brank and Leroy. "The Historical, Jurisprudential, and Empirical Wisdom of Parental Responsibility Law." *Social Issue and Policy Review* 6, no. 1 (2012): 26-53. <https://digitalcommons.unl.edu/psychfacpub/975/>.

- Shen, Chin. "After Interpretation No. 748 in Taiwan." *Journal of Education & Social Policy* 5, no. 3 (2018): 171-81.
https://jespnet.com/journals/Vol_5_No_3_September_2018/22.pdf.
- Shuki-Kunze, Jennie R. "The "Defenseless" Marriage Act: The Constitutionality of the Defense of Marriage Act as an Extension of Congressional Power under the Full Faith and Credit Clause." *Case Western Law Review* 48, no. 2 (1998): 351-80.
<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2241&context=caselrev>.
- Silva, Marie. "The Rise and Fall of the Weimar Woman." *The Compass* 1, no. 5 (2018): 37-47.
<https://scholarworks.arcadia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=thecompass>.
- Sperti, Angioletta. *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*. Portland, Oregon, U.S.A.: Hart Publishing, 2017.
- Stocquart, Émile. "Marriage in Roman Law." *Yale Law Journal* 16, no. 5 (1907): 303-27.
<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1887&context=yli>.
- STREINZ, Rudolf. "The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics." *Ritsumeikan Law Review* 31 (2014): 95-118.
<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr31/09streinz.pdf>.
- Sullivan, Kathleen M. "Constitutionalizing Women's Equality ". *California Law Review* 90, no. 3 (2002): 735-64. <https://www.jstor.org/stable/3481236>.
- Suriyasarn, Busakorn. *Gender Identity and Sexual Orientation in Thailand*. Bangkok: International Labor Organization, 2014.
- Tamaki, Teiko. "National Report: Japan." *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 19, no. 1 (2011): 251-64.
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol19/iss1/12/>.
- The Office of the High Commissioner for Human Rights. "Statement by Vitit Muntarbhorn, Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity, at the European Governmental LGBTI Focal Point Network Roundtable,

- Council of Europe." news release, 17 November 2016, 2016,
<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20912&LangID=E>.
- Théry, Claude Martin and Irène. "The Pacs and Marriage and Cohabitation in France." *International Journal of Law, Policy and the Family* 14, no. 3 (2001): 135-58.
- "Tokyo Ward Shibuya Certifies Same-Sex Partnerships." news release., 31 March 2015, 2015, <http://www.bbc.com/news/world-asia-32130599>.
- Tonooka, Mojuro. "The Development of the Family Law in Modern Japan." *Comparative Law Review* 2, no. 1 (1965): 224-198.
<https://www.waseda.jp/folaw/icl/assets/uploads/2014/05/A04408055-00-002010224.pdf>.
- Tsuno, Yoshikazu. "Same Sex Marriage Wins Recognition in Tokyo's Shibuya Ward." news release, 31 March 2015, 2015,
http://www.chinadaily.com.cn/world/2015-03/31/content_19963745.htm
- UNDP & APTN. การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ สำนักงานประเทศไทย, 2560.
- Vincent, Akitoshi Yanagihashi and Keith. "Towards Legal Protection for Same-Sex Partnerships in Japan: From the Perspective of Gay and Lesbian Identity." In *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, edited by Robert Wintemute & Mads Andenæs, Oxford: Hart, 2001: 349-56
- Vorster, Nico. "A Theological Perspective on Human Dignity, Equality, and Freedom." *Verbum et Ecclesia* 33, no. 1 (2012): 1-6.
<http://www.scielo.org.za/pdf/vee/v33n1/23.pdf>.
- Vroom, Cynthia A. "Equal Protection Versus the Principle of Equality: American and French Views on Equality in the Law." *Capital University Law Review* 21, no. 1 (1992): 199-224.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/capulr21&div=15&g_se nt=1&casa_token=&collection=journals.
- Waalwijk, Kees. "Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands." In *Legal Recognition of Same-Sex Partnership: A Study of*

- National, European and International Law*, edited by Robert Wintemute & Mads Andenæs, Oxford: Hart Publishing, 2001: 437-64
- Westerman, Pauline C. "The Uneasy Marriage between Law and Equality." *Laws* 4 (2015): 82-90. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560342.
- Wetzel, Karsten Hank and Martin. "Same-Sex Relationship Experiences and Expectations Regarding Partnership and Parenthood." *Demographic Research* 39 (2018): 701-19. <https://www.demographic-research.org/volumes/vol39/25/default.htm>.
- Widiss, Nelson Tebbe and Deborah A. "Equal Access and the Right to Marry." *University of Pennsylvania Law Review* 158 (2010): 1375-450. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2645&context=facpub>.
- Wood, Julia T. *Gendered Lives: Communication, Gender, and Culture*. 9 ed. Massachusetts, U.S.A.: Wadsworth, 2011.
- Woolley, Alice. "Excluded by Definition: Same-Sex Couples and the Right to Marry." *The University of Toronto Law Journal* 45, no. 4 (1995): 471-524. <https://www.jstor.org/stable/825733>.
- Yap, Po Jen. "Section 377a and Equal Protection in Singapore: Back to 1938?". *Singapore Academy of Law Journal* 25 (2013): 630-40. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046373.
- Yusop, Norhazlina Bte Md. "Same Sex Sexuality and Islam in Singapore " Master's Thesis, National University of Singapore 2004.
- กนกพร อริยา. "การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย." *วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่*, 2561.
- กนิษฐา สุขสมัย และ พัทธ์ศ ศิริวงศ์. "เรื่องเล่าหญิงรักหญิง: วิถีเพศของคู่รักสูงวัย." *วารสารสังคมศาสตร์* 5, 2 (2559): 123-34.
- สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. (ฉบับอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา) จัดทำโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. กรมศิลปากร. *พระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 3 ของ เจ้าพระยาทิพากรวงศ์มหาโกษาธิบดี*. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2538.

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- คณะกรรมการวิชาการวิสามัญบัณฑิตการศึกษาคณะนิติศาสตร์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภา
รัฐธรรมนูญ. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพฯ:
สำนักงานกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.
- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- จันทร์จิรา บุญประเสริฐ. ชีวิตที่ถูกกลืน: เรื่องเล่า กะเทย ทอม ดี หญิงรักหญิง ชายรักชาย และ
กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย, 2554.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2526.
- จิตติ ดิงศภัทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- ฉัตรชัย เอมราช. "ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการ
จดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ." วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหาร
ศาสตร์, 2557.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. เศรษฐกิจหมู่บ้านไทยในอดีต. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: เลิฟแอนด์ลิฟเพรส,
2550.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และ พรพิไล เลิศวิชา. วัฒนธรรมหมู่บ้านไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา
, 2541.
- ชัยญานุช วรแสน. "ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติโดยการสมรสของบุคคลที่มีความ
หลากหลายทางเพศ." วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์,
2558.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำอธิบายกฎหมายภาษีอากร เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร,
ม.ป.ป.
- ชานันท์ ยอดหงษ์. "นายใน" สมัยรัชกาลที่ 6. กรุงเทพฯ: มติชน, 2556.
- ชูเกียรติ ประมูลผล. หลักการประกันชีวิต. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
- ฌอง ฌากส์ รูโซ. สัญญาประชาคม หรือ หลักแห่งสิทธิทางการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ทับ
หนังสือ, 2555.
- ฉิ่ง-บัณฑิต ปาลเลกซ์. เล่าเรื่องกรุงสยาม. พิมพ์ครั้งที่ 4. แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร. นนทบุรี: ศรี
ปัญญา, 2552.

ณนุช คำทอง. "การสมรสของพวกรักร่วมเพศ." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ,
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ดวงหทัย บุณยเจริญกิจ. แนวคิดสตรีนิยมและขบวนการทางสังคมของผู้หญิงในประเทศไทย:
วิเคราะห์ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ข้อถกเถียงและยุทธศาสตร์. กรุงเทพฯ: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท,
2560.

ถวิลวดี บุรีกุล ปัทมา สุภก่าปิง สติธร ธนาธิโชติ และ จารุวรรณ กาบซ้อน. สาระสำคัญของร่าง
รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภา
ผู้แทนราษฎร, 2558.

ทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง. ความรู้ทั่วไป กฎหมายภาษี ตามประมวลรัษฎากร. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2559.

ทิพาพร นมะมาตร. "สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล
สาธารณะ." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551.

ธานีศ เกศพิทักษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา1-156).
พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.

ธานี วรภัทร์ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย อัจฉริยา
ชูตินันท์ จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ วิเชษฐ์ สิ้นประสิทธิ์กุล. "ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมาย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์: กรณีชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยา." วารสารเทคโนโลยี
ภาคใต้ 12, 1 (2562): 148-57.

ธีรยุทธ ปักษา. "หลักส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย." วารสารสำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยทักษิณ 7
(2561): 16-33.

นฤพนธ์ ตัววิเศษ. "เพศและความเป็นชายในพุทธศาสนา: การควบคุม ฝึกหัด สามเณร และ
บัณฑิต." วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 12, 1 (2559): 3-25.

นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "อุ้มบุญ-อุ้มบาป: พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558." วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2, 1
(2559): 45-61.

บรรเจิด สิงคะเนติ. รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)
ในการตรวจสอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
(พุทธศักราช 2550). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

- บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- . กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- บังอร เทพเทียน. "วิถีชีวิตของคนรักเพศเดียวกัน." วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม 32, 2 (2556): 65-78.
- บันทึกการประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ ครั้งที่ 67/2558 วันอาทิตย์ที่ 6 กันยายน พุทธศักราช 2558 ณ ตึกรัฐสภา.
- บุญลือ วันทายนต์. ครอบครัวและวงศ์วาน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2394-2404. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดำรงธรรม, 2511.
- ปิยลักษณ์ โพธิวรรณ. "คนข้ามเพศ: ตัวตน วัฒนธรรมย่อย และพื้นที่ทางสังคม." ดำรงวิชาการ 10, 1 (2554): 98-125.
- พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระนราธิปประพันธ์พงศ์. จดหมายเหตุลาลูแบร์. เล่ม 1. กรุงเทพฯ: องค์การคำของครุสภา, 2505.
- พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว. พระราชวิจารณ์ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่อง พระราชพงศาวดาร พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน และ พระบรมราโชวาทในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระราชทานพระเจ้าลูกยาเธอ. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล สหประชาพาณิชย์, 2532.
- พระยาเทพวิฑูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย นิติกรรมระยะเวลา อายุความ. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2545.
- พิชาญ บุลยง. "การตรวจชำระและยกร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (ตอนที่ 1)." ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อ 14 มิถุนายน 2565, แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/Article/d6_4_2.pdf.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน." วารสารนิติศาสตร์ 42, 2 (2556): 429-32.
- . "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสอง)." ใน รพี 56. พิชาญ ดิลกภูมิสิทธิ์ บรรณาธิการ. (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2556). หน้า 33-38.
- . "การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (ภาคสาม)." วารสารนิติศาสตร์ 43, 2 (2557): 242-63.

- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.
- . "พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส." วารสารนิติศาสตร์ 43, 3 (2557): 498-515.
- . รวมบทความกฎหมายลักษณะครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- มาลี จิรวพัฒนานนท์. "ลักษณะบริการสวัสดิการทางการศึกษาสำหรับครอบครัวเลี้ยงเดี่ยววัยรุ่นในสังคมไทย." วารสารสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ 25, 2 (2560): 1-26.
- "มูลนิธิมุสลิมฯ ค้าน "กฎหมายคู่ชีวิต" หวั่นสังคมเสื่อมสลาย." 10 กรกฎาคม 2563, สืบค้นเมื่อ 12 กรกฎาคม 2564, แหล่งที่มา <https://www.prachachat.net/general/news-489436>.
- ยศ สันตสมบัติ. "การทำความเข้าใจ "เพศสถานะ" และ "เพศวิถี" ในสังคมไทย." ใน เพศสถานะและเพศวิถีในสังคมไทย. อมรา พงศาพิชญ์ บรรณาธิการ. (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548). หน้า 1-39.
- . มนุษย์กับวัฒนธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ราม วชิราวุธ. ประวัติต้นรัชกาลที่ 6. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: มติชน, 2559.
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 22/2534 วันที่ 26 สิงหาคม 2534.
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24 วันพฤหัสบดีที่ 13 พฤศจิกายน 2557.
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 13 วันพฤหัสบดีที่ 14 มีนาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม.
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 53 วันศุกร์ที่ 16 สิงหาคม พุทธศักราช 2517 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม.
- รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 8 (สมัยสามัญ สมัยที่สอง) วันจันทร์ที่ 22 มกราคม 2476.
- รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 10/2491 วันจันทร์ที่ 2 สิงหาคม พุทธศักราช 2491 ณ พระที่นั่งอภิเศกดุสิต เริ่มประชุมเวลา 9.45 นาฬิกา.
- รายงานการประชุมสภานิติสภา ร.ศ. 111. เล่ม 2. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2550.
- ริญญาภรณ์ ณ สงขลา. "การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.

"เลขานุการประธานสภาผู้แทนราษฎร รับยื่นหนังสือจาก รองหัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ และคณะ
เรื่อง คัดค้านร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิต พ.ศ.". 24 สิงหาคม 2563, สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม
2564, แหล่งที่มา

https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_news.php?nid=71753&filename=The_House_of_Representatives&fbclid=IwAR3aLP7BSwYCN9EluLAF5KgShaAPd6yka6lBwc-SsuwWjF7h5inKEuxl1dc.

วรเจตน์ ภาคิรินทร์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554.

———. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

วรชาติ มีชูบท. เบื้องลึก เบื้องหลัง ในพระราชวังตึกเรื่อง “ประวัติต้นรัชกาลที่ 6”. พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพฯ: มติชน, 2559.

วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. กฎหมายสวัสดิการสังคม. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วิชาญ ทราญอ่อน. "เพศสภาพ." ม.ป.ป., สืบค้นเมื่อ 14 มิถุนายน 2565, แหล่งที่มา

<http://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-055.pdf>.

วิระดา สมสวัสดิ์. นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม. เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่
2. กรุงเทพฯ: จรัสสินทวงศ์, 2524.

คันสนีย์ วีระศิลป์ชัย. “สี่แผ่นดิน” กับเรื่องจริงในราชสำนักสยาม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มติชน,
2554.

ศุทธิณี อยู่สวัสดิ์. "สาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 27: ศึกษาเฉพาะ
ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา." วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 12, 2 (2562):
53-63.

ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. คำอธิบายทฤษฎีและหลักกฎหมายภาษีอากร. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและ
สื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ส. ศิวรักษ์. สัมภาษณ์ ม.จ.จงจิตรถนอม ดิศกุล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์, 2555.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสิทธิและความเป็น
ธรรมทางเพศ, 2556.

สมเด็จพระเจ้าพี่นางเธอ เจ้าฟ้ากัลยาณิวัฒนา กรมหลวงนราธิวาสราชนครินทร์. แม่เล่าให้ฟัง: พระราชประวัติสมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี พ.ศ. 2443-2481. พิมพ์ครั้งที่ 11.

เชียงใหม่: ซิลค์เวอร์ม, 2549.

สรุปผลการประชุม คณะอนุกรรมการด้านกฎหมายในคณะกรรมการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุและผู้พิการ สมาชิกแทนราษฎร ครั้งที่ 7 วันพฤหัสบดีที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 203 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. "ข่าวแจก กสม. ขอชื่นชมและสนับสนุน คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ กรณีบัญญัติคำว่า เพศสภาพ ไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพ." 16 มกราคม 2558, สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2564, แหล่งที่มา <http://www.nhrc.or.th/News/Information-News/ข่าวแจก-กสม-ขอชื่นชมและสนับสนุนคณะกรรมการยกร่าง.aspx>.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. "คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 วันที่ 13 กันยายน 2554." จุลนิติ (พ.ย.-ธ.ค. 2554): 128-36.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/ ว 26 ลงวันที่ 3 มีนาคม 2543 เรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร.

"'สิงหาพรรษา' เข้าพิพิธภัณฑ์พรียกครอบครัว." 21 สิงหาคม 2561, สืบค้นเมื่อ 31 สิงหาคม 2563, แหล่งที่มา <https://www.naewna.com/lady/358989>.

สุขสรรค์ แดงภักดี. "ความคาดหวังของสังคมต่อสตรีไทยในสมัยสร้างชาติ พ.ศ. 2481-2487."

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

สุพัตรา สุภาพ. สังคมและวัฒนธรรมไทย: ค่านิยม ครอบครัว ศาสนา ประเพณี. พิมพ์ครั้งที่ 8.

กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2536.

สุพิศวง ธรรมพันทา. พื้นฐานวัฒนธรรมไทย. กรุงเทพฯ: ดี.ดี. บุ๊คส์ไตร์, 2532.

สุระเชษฐ์ สุขลากกิจ. ผัวเดียวเมียเดียว อาณานิคมครอบครัวในสยาม. กรุงเทพฯ: ศิลปะวัฒนธรรม, 2561.

สุริชัย หวันแก้ว. คนชายขอบ: จากความคิดสู่ความจริง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

เสภาเรื่องขุนช้างขุนแผน. เล่ม 1. กรุงเทพฯ: เพชรกะรัต, 2554.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/43358 ลงวันที่ 28 ธันวาคม 2561 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.

อลิซาเบธ เบค-เกอร์นส์เฮม. ครอบครัวในความหมายใหม่: การค้นหาวิถีชีวิตแบบใหม่. แปลโดย วารุณี ภูริสินสิทธิ์. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2550.

อัศวิน สุมาวงศ์. คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา.

กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป.

อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2546.

อาทิตย์ พงษ์พานิช. "ไม่ได้ขอให้มารัก: กะเทยกับความเชื่อทางพุทธเถรวาทในภาพยนตร์ไทย."

วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม 20, 2 (2556): 111-42.

อารยา สุขสม. "รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ." วารสารนิติสังคมศาสตร์ 11, 2 (2561): 87-120.

———. "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย." วิทยานิพนธ์ปริญญาคุุณบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559.

อารียา สินธุ. "สิทธิสตรีไทย จากวันวาน....ถึงวันนี้." ใน คุณหญิงแรม พรหมโบล บุญยประสพ เนติบัณฑิตหญิงคนแรก. (กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2551). หน้า 29.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ฉัตรชัย เอมราช
วัน เดือน ปี เกิด	10 มิถุนายน 2527
สถานที่เกิด	จังหวัดนครราชสีมา
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง เนติบัณฑิตไทย (สมัยที่ 64) สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	442/1 หมู่ที่ 1 ตำบลห้วยทะเล อำเภอเมืองนครราชสีมา จังหวัดนครราชสีมา 30000
ผลงานตีพิมพ์	"ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 33 ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม 2558. หน้า 213-229. "รัฐธรรมนูญในอุดมคติของสังคมไทย: รัฐธรรมนูญที่ไม่เอื้อประโยชน์แก่ระบบอุปถัมภ์" วารสารนักบริหาร มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ปีที่ 35 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม 2558. หน้า 61-71. "การรับรองสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันในญี่ปุ่น" วารสารญี่ปุ่นศึกษา สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับปีที่ 33 เล่มที่ 1 เดือนเมษายน-มิถุนายน 2559. หน้า 1-16. "สิทธิที่จะถูกลืม" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 2 เดือนมิถุนายน 2559. หน้า 408-430. "หลักความเสมอภาค: มรดกทางปรัชญาของอาริสโตเติลในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย" ใน อาริสโตเติลในสังคมไทย. โสรัจจ์ หงศ์ลดารมภ์ เจ็ดบรรดาศักดิ์ และ ปกรณ์ สิงห์สุริยา (บรรณาธิการ). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2562). หน้า 101-121. "ปราสาทหินพนมวันและหลักเขตอาศรมตามจารึกปราสาทหินพนมวัน 2" วารสารสถาบันวัฒนธรรมและศิลปะ สถาบันวัฒนธรรมและศิลปะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ปีที่ 18 ฉบับที่ 2(36) เดือนมกราคม -

มิถุนายน 2560. หน้า 9-17.

"ลำปำ: สายน้ำที่แห่งชีวิตของเมืองนครราชสีมาที่กำลังเลื่อนหาย" รายงานสืบเนื่องการประชุมเสนอผลงานวิชาการและผลงานวิจัยสาขาวิชามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 13 วันที่ 18 กันยายน 2562 ณ ห้องประชุมพุดตางาม อาคาร 1 ชั้น 3 คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 89-102.

"การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้แก่ความสัมพันธ์ของคู่รักเพศเดียวกันในประเทศเยอรมนี" วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน 2562. หน้า 47-62.

"อิทธิพลของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนต่อความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลเพศทางเลือก" วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 22 เล่มที่ 64 เดือนมกราคม-เมษายน 2563. หน้า 21-42.

"งานวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลเพศหลากหลายในประเทศไทย" วารสารนิติสังคมศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม 2563. หน้า 120-147.

"ความซ้ำซ้อนในกระบวนการกลั่นกรองคดีซึ่งประชาชนยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 68/2562" วารสารนิติสังคมศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน 2565. หน้า 32-51.
รางวัลเรียนดี หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รางวัลที่ได้รับ