

กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส
ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

MODEL LAW ON THE CERTIFICATION AND PROTECTION
RIGHTS OF PERSONS WITH A SEXUAL ORIENTATION

ธัญญาภัส ทองมุสิทธิ

THANYAPHAT THONGMUSIT

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยศรีปทุม

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยศรีปทุม

**MODEL LAW ON THE CERTIFICATION AND PROTECTION
RIGHTS OF PERSONS WITH A SEXUAL ORIENTATION**

THANYAPHAT THONGMUSIT

**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF**

DOCTOR OF LAWS

FACULTY OF LAW

SRIPATUM UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2019

COPYRIGHT OF SRIPATUM UNIVERSITY

ชื่อหัวข้อวิทยานิพนธ์

กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส
ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

MODEL LAW ON THE CERTIFICATION AND PROTECTION
RIGHTS OF SAME-SEX MARRIAGE

นักศึกษา

ธัญญภัทน์ ทองมุสสิทธิ์ รหัสประจำตัว 55561174

หลักสูตร

นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะ

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ศาสตราจารย์ ดร.สุนีย์ มัลลิกะมาลย์

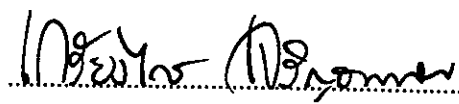
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

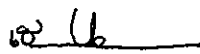
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์เจียมจิต สุวรรณน้อย)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

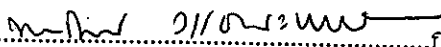
.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญชวนวัฒน์)



.....กรรมการ

(ดร.เชาวนะ ไตรมาศ)



.....กรรมการ

(ดร.พิมลรัตน์ วรรณะหทัย)



.....กรรมการ

(ดร.นันทพล กาญจนวัฒน์)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.สุนีย์ มัลลิกะมาลย์)

วิทยานิพนธ์เรื่อง	กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส
	ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
คำสำคัญ	รับรอง/คุ้มครองสิทธิการสมรส/บุคคลที่มีความหลากหลาย
	ทางเพศ/กฎหมายต้นแบบ
นักศึกษา	ธัญญภัศ ทองมุสิก
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร.สุนีย์ มัลลิกะมาส
หลักสูตร	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะ	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม
พ.ศ.	2562

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบ วิธีวิทยาการวิจัยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพประกอบด้วยการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก การมีส่วนร่วมออกแบบ-ร่วมออกแบบ และการรับฟังความคิดเห็น

การวิจัยพบว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถือว่ามีสถานภาพความเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีเหมือนกับบุคคลที่เป็นเพศหญิงและชาย และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันด้วยสิทธิการสมรส ส่วนประเทศไทยมีกฎหมายให้การรับรองสิทธิการสมรสเฉพาะเพศชายและหญิงเท่านั้น จึงขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผลการวิจัยได้คำตอบเป็นกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีโครงสร้างกฎหมายประกอบด้วย แบบการจดทะเบียนสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรส การรับรองบุตรบุญธรรม มรดก และอายุความ

การวิจัยเสนอแนะให้นำกฎหมายต้นแบบเสนอการพิจารณากับฝ่ายนิติบัญญัติเพื่ออนุมัติหลักการ นำไปเผยแพร่ต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผ่านองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และนำเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเพื่อทำการผลักดันกฎหมายต้นแบบให้เกิดกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น และหัวข้อวิจัยต่อไปคือกฎหมายต้นแบบว่าด้วยค่านำนามของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

THESIS TITLE	MODEL LAW ON THE CERTIFICATION AND PROTECTION RIGHTS OF PERSONS WITH A SEXUAL ORIENTATION
KEYWORDS	THE CERTIFICATION / PROTECTION RIGHTS / LGBT / MODEL LAW
STUDENT	THANYAPHAT THONGMUSIT
THESIS ADVISOR	PROFESSOR DR. SUNEE MULLIKAMARL
LEVEL OF STUDY	DOCTOR OF LAWS
FACULTY	SCHOOL OF LAW SRIPATUM UNIVERSITY
YEAR	2019

ABSTRACT

The objective of this research is to study and analyze the law on protection of LGBT. In order to prepare the law Research methodology is a qualitative research. Consisting of documentary research In-depth interviews Participation in Design - Joint Design and Public Hearing.

The research found that LGBT people are considered to have the same status as dignity as men and women. Protected under international law and international law to equalize marriage rights. As for Thailand, there is a law that guarantees marriage rights only for males and females. Therefore contrary to the principles of human rights and the Constitution of the Kingdom of Thailand The results of the research have been answered as the prototype law to certify and protect the marriage rights of LGBT people. Which has a legal structure consisting of marriage registration forms Relationship between spouses Property between spouses Nullity of marriage registration Adoption, inheritance, and limitation.

The research suggests that the original law be proposed to the Legislature for approval of the principle. Distributed to LGBT Through organizations related to the protection of human rights And to present to the Human Rights Commission to push for a model law to have a concrete mechanism for the protection of rights and liberties of LGBT.

กิตติกรรมประกาศ

ในการทำวิทยานิพนธ์นี้ได้รับคำแนะนำ ปรีกษา และให้ความรู้จากศาสตราจารย์ ดร.สุณีย์ มัลลิกะมาลย์ ที่ทำให้ผู้วิจัยสามารถดำเนินการจนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณมา ณ ที่นี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ที่เป็นประธานสอบ ขอขอบพระคุณกรรมการสอบทุกท่าน คือ อาจารย์ ดร.พิมลรัตน์ วรรณะ หทัย อาจารย์ ดร.เชวณะ ไตรมาส และอาจารย์ ดร.นันทพล กาญจนวัฒน์ ที่ให้คำแนะนำและชี้แนะประเด็นสำคัญในการทำวิจัย

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตที่ให้ความรู้จนทำให้มีองค์ความรู้ในการวิเคราะห์งานวิจัย ผู้วิจัยขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานทุกท่านรวมทั้งมิตรสหายที่ให้อำนาจใจตลอดเวลาการทำวิทยานิพนธ์

สุดท้าย ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ พ่อ แม่ พี่น้อง ที่สร้างขวัญ และกำลังใจในการศึกษาระดับนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตจนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

การวิจัยนี้ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญผู้วิจัยขอขอบพระคุณมา ณ ที่นี้

ผลงานวิจัยนี้คาดว่าจะประโยชน์ต่อการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านเพศ

ธัญญาภัส ทองมุสิกดิ์

มหาวิทยาลัยศรีปทุม

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	I
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	II
กิตติกรรมประกาศ	III
สารบัญ	IV
สารบัญตาราง	IX
สารบัญรูปภาพ	X

บทที่

1 บทนำ	1
1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	22
3 ขอบเขตของการวิจัย	22
4 กรอบแนวคิดและสมมติฐานของการวิจัย	24
5 คำถามการวิจัย.....	27
6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	28
7 คำนิยามศัพท์เฉพาะ	29
2 ทบทวนวรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	32
1 แนวคิด	33
1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส	33
1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการเพศ.....	44
2 ทฤษฎี.....	62
2.1 ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเคย์ซ์	62
2.2 ทฤษฎีสารัตถะนิยม.....	65
2.3 ทฤษฎีเสรีภาพ.....	67
2.4 ทฤษฎีครอบครัว	68

บทที่

หน้า

3 หลักการ	71
3.1 หลักสิทธิมนุษยชน	71
3.2 หลักความเสมอภาค	75
3.3 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	78
3.4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ	82
3.5 หลักนิติสัมพันธ์	87
4 กฎหมายระหว่างประเทศ	87
4.1 ปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948	87
4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1962	91
4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966	95
4.4 หลักการขอยกการรื้อ	95
4.5 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน	99
4.6 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยย์และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950	101
4.7 อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969	110
4.8 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และประชาชน ค.ศ. 1981	111
5 กฎหมายต่างประเทศ	112
5.1 Civil Solidarity Pact, 1999	112
5.2 Act on Life Partnership, 2001	118
5.3 The Domestic Partnership, 1990	126
5.4 Civil Marriage Act 2003	128
6 กฎหมายไทย	129
6.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	129
6.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บรรพ 6 ว่าด้วยครอบครัว .	134
6.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	138
6.4 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508	139

บทที่

หน้า

6.5 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560	147
6.6 พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539.....	149
6.7 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555.....	149
6.8 พระราชบัญญัติกึ่งบุคคล พ.ศ. 2505.....	151
6.9 พระราชบัญญัติค่าน้ำหนันามหญิง พ.ศ. 2551	151
6.10 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558	152
7 งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	152
3 วิธีวิทยาการวิจัย (Research Methodology)	155
1 การวิจัยเอกสาร (Documentary research)	155
1.1 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการ.....	155
1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	156
1.3 การทบทวนวรรณกรรม.....	157
2 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview)	157
2.1 ประเด็นสัมภาษณ์เชิงลึก.....	158
3 การมีส่วนร่วมออกแบบ (Participatory design, Co-design).....	159
3.1 ประชากรร่วมออกแบบ	159
3.2 ขั้นตอนในการดำเนินการ	160
4 การวิเคราะห์ข้อมูล.....	161
5. การรับฟังความคิดเห็น (Hearing)	162
6. การจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	163
4 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	164
1 สภาพการณ์ของปัญหาสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	165
2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายระหว่างประเทศ และ กฎหมายต่างประเทศ	172
3 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	173
3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948.....	173

3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง	
ค.ศ. 1966	175
3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	
ค.ศ.1966	177
3.4 หลักการขอกายการ้ตา ค.ศ. 2006	177
3.5 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและ	
สถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป..	179
4 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ	180
4.1 กลุ่มประเทศที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส	180
5 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายประเทศไทย	199
5.1 ปัญหาตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง	202
5 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	214
1 การจัดทำกรมีส่วนร่วมออกแบบ – ร่วมออกแบบ (Participatory Design, Co – Design)	216
2 การจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	228
2.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	228
3 (ร่าง) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	231
4 การรับฟังความคิดเห็น (Hearing)	233
5 โครงสร้างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	234
6 บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ.	249
6 สรุป อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ	260
1 สรุป อภิปรายผล	260
2 ข้อเสนอแนะ	266

บทที่	หน้า
3 ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป	267
บรรณานุกรม	269
ภาคผนวก	274
ภาคผนวก ก. ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองละเมิดสิทธิในการ สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ.	275
ภาคผนวก ข. ภาพกิจกรรมในกระบวนการวิจัย	286
ประวัติผู้เขียน	295

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
4.1	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมาย (กลุ่มประเทศ สแกนดิเนเวีย)	192
4.2	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปยุโรป เหนือ-ใต้.....	193
4.3	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปยุโรป ตะวันตก	194
4.4	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปอเมริกา ..	195
4.5	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปอื่น ๆ	197
4.6	การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของกลุ่มสมรส และของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย.....	207
5.1	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศกลุ่มประชากรเฉพาะ.....	220
5.2	การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศกลุ่มประชากรผสม	224
5.3	การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคล ที่มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มประชากรเฉพาะและกลุ่ม ประชากรผสม.....	225
5.4	การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส.ของบุคคล ที่มีความหลากหลายทางเพศระหว่างร่างจากผลจากการวิจัยกับผล จากการทำ Co-Design	227
5.5	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. พร้อมหลักการและ เหตุผล.....	235

สารบัญรูปภาพ

ภาพประกอบที่	หน้า
1.1 แสดงกรอบแนวคิดการวิจัย.....	26

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

1.1 ความเป็นมาของปัญหา

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในปัจจุบันนั้น เริ่มต้นจากการสร้างความเสมอภาคของมนุษย์ โดยยึดหลักว่า ไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีความแตกต่างในเรื่องเพศสรีระที่เป็นชายหรือเพศสรีระที่เป็นหญิง หรือมีความแตกต่างกันในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว ภาษา หรือ อายุ แต่ทุกคนที่เกิดมาบนโลกนี้ต่างก็มีความเป็นมนุษย์โดยเท่าเทียมกันทุกคน ดังนั้นทำให้สังคมระหว่างประเทศได้มีแนวคิดที่จะกำหนดข้อตกลงในเรื่องสิทธิมนุษยชนขึ้นมา เพื่อสร้างความเข้าใจและเป็นแนวทางในการปฏิบัติร่วมกันในการสร้างความเสมอภาคเท่าเทียมกันให้เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์ โดยเริ่มจากการสร้างความเข้าใจว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่คำนึงว่ามนุษย์ผู้นั้นจะเป็นใคร ชาติพันธุ์ เชื้อชาติ หรือเพศใด ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการกำหนดวิถีชีวิตของตน และดำรงชีวิตของตนได้อย่างเสรี ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศทั่วโลก จากการประชุมสหประชาชาติและมีมติเห็นชอบโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights: UDHR, 1948) ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน ในปี ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้เป็นเอกสารที่มีความสำคัญมากในการวางกรอบสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ เช่น สิทธิในการมีชีวิต สิทธิในการศึกษา และเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

ประเทศไทยได้ให้การยอมรับสิทธิมนุษยชนในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ได้แก่ (1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1976 (3) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 และพิธีสารเลือกรับเรื่องการรับข้อร้องเรียน ค.ศ. 2007 (4) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 (5) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 2011 (6) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติ หรือการ

ลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 และ (7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ ค.ศ. 2008 ส่งผลให้เกิดการตื่นตัวและตระหนักในการคุ้มครองและเรียกร้องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น และสิทธิมนุษยชนของไทยมีพัฒนาการที่ดีขึ้นเป็นลำดับเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับได้บัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนไว้ ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” และวรรคสองได้รับรองสิทธิว่า “ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน” จากบทบัญญัตินี้ย่อมแสดงถึงการรับรองสิทธิมนุษยชนของคนไทยในสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นหัวใจของสิทธิมนุษยชน คือ ความเสมอภาคของทุกคนและการไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นโดยเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ฐานะทางสังคม

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาเห็นได้ชัดเจนว่าคนในสังคมให้ความสนใจเรื่องราวเกี่ยวกับเพศกันมากขึ้น ความสนใจนี้เกิดขึ้นทั้งในแง่มุมที่เป็นวิชาการ ในแง่มุมของการทำงาน เรื่องเพศที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะตลอดจนมีการเคลื่อนไหวทางสังคมด้านสิทธิทางเพศ ในส่วนของภาควิชาการเห็นได้จากการมีงานวิจัยและวิทยานิพนธ์หลายเรื่องที่ทำให้ความสนใจศึกษาแบบแผนการแสดงออก ซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศภาวะและเพศวิถีอันแตกต่างไปจากชายหญิงที่สังคมคุ้นเคยมานาน สังคมไทยเริ่มตั้งคำถามสาธารณะเกี่ยวกับวิถีคิดเรื่องเพศจากอดีตที่มีมองว่าและเข้าใจกันภายใต้การทำงานของญาณวิทยาแนวจารีตนิยม ที่ยึดมั่นว่า เรื่องเพศ คือสิ่งที่ธรรมชาติเป็นตัวกำหนดอยู่มาก จึงเห็นถึงความแปลกแยกเกิดขึ้นหากเพศสภาพเปลี่ยนไปจากที่เป็นอยู่ ในระยะต้น ๆ ของการก่อกำเนิด และต่อมายุคสมัยได้เปลี่ยนแปลงไปมากมีการให้การรับรองสิทธิของมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชนทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิในการเลือกเพศสภาพที่แตกต่างจากเพศที่มีมาตั้งแต่เกิด ซึ่งนักวิชาการไทยที่สนใจเรื่องนี้หลายคนได้หยิบเลือกเอาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับภาวะเพศวิถีจากตะวันตกมาใช้วิเคราะห์มิติเรื่องเพศในสังคมไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดตามทฤษฎีเควียร์ (Queer) ซึ่งมีอิทธิพลในการสร้างการเปลี่ยนแปลงเรื่องเพศในระดับสากล เพราะเป็นการจุดประกายให้เกิดการถกเถียงเกี่ยวกับการสร้างความรู้และความจริงเกี่ยวกับเพศของมนุษย์ในแต่ละยุคสมัย นักวิชาการไทยนำเอาแนวคิดนี้มาเป็นแนวทางในการสร้างโจทย์และเป็นแนวทางการวิเคราะห์เพื่อทำความเข้าใจ ประสบการณ์การแสดงออกในเรื่องเพศในบริบทต่าง ๆ ของคนในสังคมไทยแสดงให้เห็นแง่มุมของความซับซ้อนและจุดเปลี่ยนเรื่องเพศที่น่าสนใจ ซึ่งไม่เคยถูกรับรู้และกล่าวถึงมาก่อนหน้านี้

กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ กลุ่มคนกลุ่มหนึ่งซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือรสนิยมทางเพศที่แตกต่างไปจากคนส่วนใหญ่ในสังคม ซึ่งกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการเรียกร้องสิทธิเพื่อให้กฎหมายรับรองสิทธิตามหลักสิทธิมนุษยชนให้มีความเท่าเทียมกัน

ดังเช่นชายหญิงทั่วไป ปัจจุบันจึงเกิดองค์กรหลายองค์กรที่ทำงานกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยที่องค์กรเหล่านี้ออกมาทำงานในเรื่องสุขภาพ และสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเคลื่อนไหวเกี่ยวกับให้ความรู้เรื่องเพศในกลุ่มเยาวชน การส่งเสริมให้เยาวชนรู้จักอัตลักษณ์ทางเพศของตัวเอง การลดอคติและสร้างความเข้มแข็งในการต่อรองเรื่องเพศในชีวิตประจำวัน การส่งเสริมให้เกิดความเคารพตนเอง ภาวภูมิใจในตัวเอง และตระหนักถึงคุณภาพในตนเอง สิ่งเหล่านี้ขับเคลื่อนไปพร้อมกับการใช้ความรุนแรงทางเพศ การเลือกปฏิบัติและการกีดกันทางเพศ องค์กรประชาสังคมทั้งหลายจึงทำหน้าที่เป็นสื่อให้กับกลุ่มคนที่ถูกสังคามรังเกียจโดยใช้เรื่องเพศมาเป็นเงื่อนไข เช่น การห้ามกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าทำงาน หรือไม่ให้เข้าไปสถานประกอบการบางประเภท การไม่เข้าใจของเจ้าหน้าที่รัฐในการให้บริการด้านสุขภาพของบุคคล บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ส่งผลให้การให้บริการเป็นไปอย่างยากลำบากและถูกเลือกปฏิบัติ ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ถูกพูดถึงผ่านสื่อสาธารณะมากขึ้น จนทำให้เกิดจุดเปลี่ยนที่สำคัญเกี่ยวกับการแสดงตัวตนและอัตลักษณ์ทางเพศของปัจเจกบุคคล

ในปัจจุบันสังคมไทยเริ่มเปิดกว้างให้การยอมรับกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อันจะเห็นได้จากการที่กลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กล้าที่จะแสดงออกถึงความเป็นตัวตนของตนเองมากขึ้น การยอมรับในความสามารถของบุคคลซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยไม่ได้กีดกันการประกอบอาชีพบางประเภท เช่น การเป็นดารา พิธีกร ฯลฯ นอกจากนี้โดยพฤติกรรมแล้วบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กล้าที่จะแสดงความรักและความสัมพันธ์ระหว่างกันในที่สาธารณะ โดยที่สังคมไทยก็ได้มีปฏิกิริยารังเกียจ ประกอบกับการเผยแพร่ข่าวสารตามสื่อต่าง ๆ ของต่างประเทศที่มีการเรียกร้องสิทธิการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และหลายประเทศให้การรับรองสิทธิการสมรส โดยมีการตราเป็นกฎหมายรับรอง จึงเป็นแบบอย่างที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในประเทศไทยต้องการที่จะให้มีการรับรองสิทธิการสมรสของพวกเขา เพื่อแสดงถึงความเป็นประเทศที่มีอารยธรรมทันสมัย โดยที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีความต้องการมากที่สุดก็คือ การได้อยู่กินกันฉันสามีภรรยา ดังเช่นชายและหญิงทั่วไป โดยการอ้างสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ตามที่สิทธิมนุษยชนในการคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาไปถึงความเท่าเทียมกันทางกฎหมายนั้น การรองรับความเท่าเทียมในประเด็นความหลากหลายทางเพศไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 แต่มีมาตราต่าง ๆ ที่สนับสนุนความเท่าเทียมกันของบุคคลในฐานะมนุษย์ไม่ว่าจะมีเพศใด แม้รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายหลักของประเทศจะให้ความคุ้มครองแก่คนทุกเพศเท่าเทียมกัน แต่กฎหมายบางฉบับของประเทศไทยไม่ได้มีความอ่อนไหวในประเด็นความหลากหลายทางเพศ หรือ

ถูกต้องความในทางกีดกันสิทธิของบุคคล บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และบางครั้งได้นำไปสู่การลดทอนสถานะและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิทางกฎหมายในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่สำคัญคือพระราชบัญญัติเรื่องกำหนดนำชื่อบุคคล ที่ระบุว่า เป็นชายต้องใช้คำนำหน้านามว่า “นาย” ส่วนหญิงต้องใช้คำนำหน้าชื่อว่า “นางสาว หรือนาง” เมื่อสมรส ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีคำนำหน้าชื่อว่า นาง นางสาว แต่มีลักษณะของเพศภาวะที่ไม่ต้องกับเพศกำเนิด ต้องมีปัญหายุ่งยากในการติดต่อราชการ การสมัครงาน หรือเมื่อกรณีบัตรประชาชนหาย ไม่สามารถใช้เพียงสำเนาบัตรประชาชนในการยืนยันความเป็นตัวตนได้ แต่มีกระบวนการที่ซับซ้อน ยุ่งยากมากขึ้น นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบในการดำเนินชีวิตด้านอื่น ๆ อีก เช่น ในเรื่องการสมัครงาน การทำหนังสือเดินทาง เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยในทุกวันนี้ มีกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายเพศมากขึ้นและมีจิตใจที่จะรักใคร่เพศเดียวกัน เช่น ชายรักชาย หญิงรักหญิง ผู้ที่รักได้ทั้งสองเพศ หรือผู้ที่รักข้ามเพศ แต่ที่เป็นปัญหาก็คือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังกล่าวจำนวนไม่น้อยต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากความไม่เท่าเทียมกันและยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายจึงเป็นปัญหาที่บั่นทอนความเป็นมนุษย์อย่างที่ไม่ควรจะเป็นทั้ง ๆ ที่ความเป็นมนุษย์ย่อมจะเท่าเทียมกันในทุกด้าน ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่าเมื่อหลักสิทธิมนุษยชนให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์โดยไม่จำกัดเพศ และไทยก็มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้ให้การรับรองสิทธิและความเสมอภาคของคนในประเทศ และสังคมไทยก็ยอมรับในเรื่องการรักร่วมเพศมากขึ้น แต่กฎหมายไทยยังไม่พบว่ามีกฎหมายฉบับใดให้การรับรองสิทธิแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งน่าจะเป็นความขัดแย้งของประเทศที่ได้ให้การรับรองหลักสิทธิมนุษยชนมาแล้วแต่กลับไม่ปรากฏความชัดเจนในการให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้เลย

ปัญหาที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีความต้องการมากที่สุด ก็คือความต้องการที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา เล็กเช่นชายและหญิงทั่วไปแต่กฎหมายไทยกลับให้การรับรองสิทธิการเป็นคู่สมรสเฉพาะชายและหญิงที่สมรสกันตามกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีความแตกต่างจากชายและหญิงเพียงจิตใจที่มีความรักใคร่ผูกพันกับเฉพาะคนในเพศเดียวกันเท่านั้นซึ่งความรู้สึกนี้ก็ไม่แตกต่างไปจากความรู้สึกของชายจริงที่มีต่อหญิงแท้หรือกลับกัน และแม้ว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในประเทศไทยจะมีความเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิการเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ยังไม่ไปในลักษณะเฉียบ ๆ ทั้ง ๆ ที่ในทางปฏิบัติบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ก็มีการอยู่กินกันฉันสามีภรรยากันหลายคู่

ในการอยู่ร่วมกันนั้นเรามีภรรยาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น หากศึกษาย้อนหลังไปในยุคประวัติศาสตร์ มนุษย์ในสมัยโบราณในยุคกรีก - โรมัน พบว่ามีคู่รักเพศเดียวกันที่มีการจับคู่ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิงกันเป็นปกติ การคบกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั้นมีกันอย่างเปิดเผย ยอมรับได้ ถือว่าเป็นธรรมชาติ เช่น ซีซาร์ ก็มีการกล่าวกันว่าเป็นชายรักชาย การรักร่วมเพศบางครั้งยังถือว่าเป็นการแสดงความรักที่สูงส่งกว่าความรักธรรมดาด้วย แต่ต่อมาในยุคคริสต์ศาสนาเพื่องฟูมีการตีความพระคัมภีร์ว่า ความหลากหลายทางเพศเป็นเรื่องต้องห้ามและผิดจารีตประเพณี จึงมีการลงโทษบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อย่างไรก็ตามความคิดเช่นนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีการยอมรับในสิทธิมนุษยชนที่ให้การเคารพและคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ที่มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะอยู่ในชนชาติกำเนิดใด ศาสนาใด เพศใด ดังนั้น จึงไม่ควรมีข้อห้ามใด ๆ ที่จะกีดกันหรือจำกัดสิทธิในการเลือกใช้ชีวิตของมนุษย์แต่ละคน ซึ่งนิกายของศาสนาคริสต์ที่เคร่งครัด เช่น นิกายคาทอลิก สมเด็จพระสันตปาปา ฟรานซิส (ฮอร์เซ มารีโอ เบร์โกกลิโอ) ประมุขสูงสุดของศาสนานิกายนี้ ยอมรับว่าการรักเพศเดียวกันไม่ใช่เรื่องผิดจารีตประเพณีและศีลธรรม การยอมรับนี้ย่อมเป็นการยืนยันสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่จะใช้สิทธิในการที่จะใช้ชีวิตร่วมกันอย่างเปิดเผย หากพิจารณาถึงคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยพบว่ามีหลากหลาย ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เช่น กรณีของ รุ่งทิวา ดังคนโนภาค และภัตลวี จังตั้งสังขธรรม คู่รักหญิงรักหญิงที่ต้องการจดทะเบียนสมรสเมื่อปี พ.ศ. 2553 แต่ถูกปฏิเสธด้วยกฎหมาย ซึ่งได้ใช้ชีวิตร่วมกันมาเป็นระยะเวลา 12 ปี ซึ่งอุปสรรคของการเป็นครอบครัวหลากหลายทางเพศทำให้ไม่ได้รับการรับรองสิทธิหลายอย่างในฐานะผู้ที่ใช้ชีวิตร่วมกัน เช่น สิทธิผูกพันทางราชการและลูกจ้างเกี่ยวกับสวัสดิการ สิทธิการให้ความยินยอมแก่แพทย์รักษาพยาบาลคู่ชีวิตยามฉุกเฉิน สิทธิการมีบุตรร่วมกันหรือบุตรบุญธรรม สิทธิการทำนิติกรรมหรือธุรกรรมทางการเงิน เช่น การยื่นกู้ร่วม สิทธิในการจัดการทรัพย์สินร่วมกัน การรับมรดก และสินสมรสที่ร่วมสร้างกันมา (ธันยกร บัวทอง, 2560)

สำหรับประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั้นมีข้อโต้แย้งว่าเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลและไม่มีการเลือกปฏิบัติ เพราะความแตกต่างเรื่องเพศตามที่ได้รับรองไว้ในปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 ก็ได้ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ

ปัญหาความต้องการของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการสมรสนั้นในต่างประเทศ มีการเรียกร่องสิทธิและความเสมอภาคในการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ในหลายประเทศ เป็นแบบอย่าง que แสดงถึงการยอมรับในสิทธินี้ด้วยการมีกฎหมายบัญญัติให้การรับรอง ดังเช่นราชอาณาจักรเดนมาร์กมีกฎหมายเรียกว่า The Danish Registered Partnership Act ค.ศ. 1989, The Formation and Dissolution of marriage Act, 1989 ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีกฎหมายเรียกว่า Civil Solidarity Pact Act, 1999 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกฎหมายเรียกว่า Act on Life Partnership, 2001 ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น สหรัฐอเมริกาในมลรัฐ Vermont มีกฎหมายที่เรียกว่า Civil Union ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยมีแนวคิดที่เล็งเห็นคุณค่าของความรักว่าความรักของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีคุณค่าเท่าเทียมกับความรักของคนรักต่างเพศ โดยกฎหมายอนุญาตให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันด้วย

การที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นคู่สมรสกันนั้นย่อมมีปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายประการ เช่น ปัญหาการทำนิติกรรมและสัญญา สิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน การจัดการทรัพย์สินระหว่างกัน การอุปการะเลี้ยงดู การรับบุตรบุญธรรม การอุ้มบุญ และการใช้ค่านำหน้านามเพื่อแสดงให้รู้ถึงเพศสภาพ ฯลฯ ปัญหาเหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงการไม่มีกฎหมายรองรับซึ่งย่อมเป็นการขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนในด้านความเสมอภาคของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น หากจะพิจารณาว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีสภาพทางร่างกายเป็นชายหรือหญิงแต่มีจิตใจตรงข้ามกับสภาพทางร่างกายที่ไม่ใช่ชาย หรือหญิง แต่ก็ยังเป็นมนุษย์เหมือนกันและก็อยู่ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนเดียวกัน และแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงการแยกเพศแต่ก็บัญญัติลักษณะรวม ๆ กันในการให้ความคุ้มครองความเสมอภาคและเสรีภาพของคนไทยก็น่าจะมีความหมายรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย

การวิจัยนี้มีแนวคิดที่จะให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการมีสิทธิที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยมีกฎหมายรับรองเช่นเดียวกับชายหญิง ซึ่งเป็นการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้นการวิจัยนี้จึงมีความประสงค์ที่จะทำการศึกษาและวิจัยเรื่อง “กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เพื่อให้เป็นกฎหมายที่เป็นต้นแบบที่สามารถแสดงถึงการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังเช่นคนไทยทั่วไป

1.2 ความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันบริบทของการให้ความสำคัญต่อการเคารพในสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ทั่วโลกมีเพิ่มมากขึ้น จนปรากฏเป็นข่าวให้ได้รับรู้ถึงการเรียกร้องสิทธิด้านต่าง ๆ ที่มนุษย์พึงจะได้รับ โดยการนำเอาการมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิด้านต่าง ๆ จากความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะใด หรือมีเพศสภาพใด ก็ถือว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน จึงเกิดการเรียกร้องสิทธิจากคนที่มีความสนใจในด้านความรักและความต้องการทางเพศที่แตกต่างจากเพศสภาพที่เป็นอยู่ในการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา และก็ปรากฏชัดว่ามีหลายประเทศให้การคุ้มครองด้วยการมีกฎหมายรองรับ สำหรับประเทศไทยเป็นภาคีสหประชาชาติ ที่ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มีผลผูกพันประเทศที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของคนไทยให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะสิทธิในความเสมอภาคของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 กำหนดบรรทัดฐานด้านความเสมอภาคของบุคคลให้แกรัฐ โดยที่รัฐไม่อาจอ้างความแตกต่างทางเพศของบุคคลมาเป็นเหตุผลในการเลือกปฏิบัติได้ แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคในฐานะพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายไทย

จึงเป็นปัญหาว่าสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่เรียกร้องจะให้มีกฎหมายยอมรับการสมรสระหว่างพวกเขาเหมือนเช่น ชายและหญิงทั่วไปที่สมรสกัน โดยอ้างถึงสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเสรีภาพที่จะสมรสกัน ซึ่งการเรียกร้องกฎหมายที่ให้สิทธิความเสมอภาคในการสมรส ถือเป็น “สิทธิกระทำการ (Status Activus)” ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง สิทธิที่ราษฎรมีต่อรัฐ เพื่อดำเนินการบางอย่าง เช่น สิทธิในการเสนอร่างกฎหมาย” และเป็นไปตาม “หลักนิติรัฐทางสังคม ซึ่งรัฐ มีหน้าที่สร้างสถาบันกฎหมายทางสังคมให้สอดคล้องกับความจำเป็นพื้นฐานของประชาชน” อีกทั้ง “การอนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถสมรสกันได้ ถือเป็นการอำนวยสิทธิ มนุษยชนและมีได้กระทบสถาบันครอบครัวของบุคคลรักต่างเพศแต่อย่างใด” ผู้วิจัยจึงเห็นความสำคัญของปัญหาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งถือเป็นพลเมืองของประเทศไทยที่กำลังประสบปัญหาจากการไม่มีกฎหมายที่ให้ความเสมอภาคในการสมรส

ดังนั้น การวิจัยจึงให้ความสำคัญที่จะทำการศึกษาและวิจัยเพื่อนำไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบเพื่อคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งการจะ

จัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบได้นั้นการวิจัย จะต้องทำการศึกษาและวิจัยเพื่อให้ได้คำตอบในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) แนวคิด ทฤษฎี และหลักการ

การวิจัยได้ให้ความสำคัญต่อการทบทวนวรรณกรรม แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ตามประเด็นที่กำหนดไว้ โดยแยกการทบทวนวรรณกรรมออกเป็น

แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส หมายถึง การที่ชายและหญิงตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันด้วยความสมัครใจ การสมรสจึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเมื่อได้ทำการสมรสแล้ว หญิงชายจะต้องมีความสัมพันธ์อยู่ร่วมกันจนชั่วชีวิต ต้องมีความผูกพันช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน และถ้าเกิดบุตร บิดา มารดาจะต้องเป็นผู้ให้การอบรมเลี้ยงดู ให้การศึกษา หากคู่สมรสเข้าใจรักใคร่ปรองดองกัน ปัญหาก็คงไม่เกิด แต่หากมีการผัดใจหรือไม่เข้าใจกัน ก็จะเกิดความสงบสุขขึ้นในครอบครัว และเกิดปัญหาข้อพิพาทกัน ดังนั้นกฎหมายจึงต้องเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยกำหนดเงื่อนไขของการสมรส ผลการของสมรส หน้าที่ของคู่สมรสระหว่างสามีและภรรยา ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ในทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา การสมรสมิใช่การจับคู่เพื่อสืบเผ่าพันธุ์ที่ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจส่วนบุคคลเท่านั้น การสมรสยังขึ้นอยู่กับศีลธรรม จารีตประเพณี ศาสนา และกฎหมายด้วย การสมรสจึงมีพื้นฐานมาจากศีลธรรม ขนบธรรมเนียมที่เกี่ยวกับสถานะของคน หรือเกี่ยวกับสายโลหิต โดยสังคมมนุษย์จะพัฒนาจากสถานะไปสู่สัญญา (from status to contract) แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปความสัมพันธ์แบบใหม่จึงเกิดขึ้นจากการตัดสินใจโดยจิตอิสระของแต่ละคน จึงกลายเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาในสถาบันครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว เริ่มจากการสมรสที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่อาศัยเจตนาต้อง ตรงกันของคู่สัญญาที่ต้องการเป็นสามีภรรยากัน หลังการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาก็ย่อมเกิดขึ้นตามกฎหมาย อีกทั้งสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภรรยาหรือ บิดามารดากับบุตรย่อมเป็นไปตามกฎหมายโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องมีการตกลงยินยอมกันอีก ตลอดจนมีสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกด้วย การสมรสจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญต่อความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชน ซึ่งจะนำความมั่นคงและความเจริญรุ่งเรืองมาสู่สังคม สังคมจึงได้มีหลักเกณฑ์ขึ้นควบคุมการสมรส เช่น ในระดับชุมชนก็จะกำหนดระเบียบที่ถือกันเป็นจารีตประเพณี ส่วนระดับชาติก็มีกฎหมายที่ใช้ควบคุมและคุ้มครองคนในชาติด้วย การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของการก่อตั้งครอบครัว แนวคิดเกี่ยวกับการสมรสจึงมีความสำคัญต่อการวิเคราะห์เพื่อให้ได้คำตอบของเหตุผลที่เกิดการเรียกร้องสิทธิการเป็นคู่สมรส จึงสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงเหตุผลของการให้ความคุ้มครองในด้านสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

แนวคิดเกี่ยวกับเพศ หมายถึง สัญชาตญาณอย่างหนึ่งของมนุษย์ เพราะมนุษย์เกิดมาพร้อมกับเพศ มีพัฒนาการ มีการเจริญเติบโตทั้งทางด้านร่างกายจิตใจ อารมณ์ และสังคม รวมทั้งยังมีพฤติกรรมต่าง ๆ ที่มนุษย์ใช้สืบทอดเผ่าพันธุ์ต่อไป จึงกล่าวได้ว่า เรื่องเพศมีอิทธิพลต่อการดำเนินชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นเพศที่ถูกกำหนดขึ้นจึงอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาวะการณ์และเงื่อนไขของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การที่คนเราเกิดมามีเพศทางสรีระที่แตกต่างกันนั้นทำให้บทบาททางเพศที่ได้รับนั้นแตกต่างกันด้วยโดยได้รับการปลูกฝังผ่านทางการเลี้ยงดู การหล่อหลอมจากสังคมและวัฒนธรรมที่บุคคลนั้นได้อาศัยอยู่ ซึ่งบทบาทของเพศหญิงชายนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา และมีความหลากหลายแตกต่างกันไปทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเพศวิถี ซึ่งเป็นเรื่องวิถีปฏิบัติที่เกี่ยวกับความปรารถนาหรือแรงดึงดูดทางเพศ และการแสดงออกทางเพศ รวมถึงอัตลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ยึดติดอยู่กับเพศสรีระ หรือเพศสภาพ เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์จึงมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับความหลากหลายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการเรียนรู้และมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา แนวคิดเกี่ยวกับเพศจึงเป็นการศึกษาเพื่อนำมาใช้เป็นหลักในการศึกษาทำความเข้าใจถึงความเชื่อมโยงระหว่างเพศ บทบาททางเพศหญิง บทบาททางเพศชาย ตามที่สังคมประกอบสร้างขึ้น และความเข้าใจในความแตกต่างระหว่างมนุษย์หญิงชาย จนเกิดขึ้นของการตั้งคำถามถึงความแตกต่างระหว่างเพศ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ บุคคลที่มีความรู้สึกพึงพอใจทางเพศ หรือมีพฤติกรรมที่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันตนซึ่งความพึงพอใจทางเพศแบบรักร่วมเพศไม่อาจบ่งบอกได้จากภาพลักษณ์ทางกายภาพหรือกิริยาท่าทาง ดังนั้นการศึกษาเกี่ยวกับเพศจึงศึกษาไปถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ทราบถึง ความคิด ความรู้สึก พฤติกรรม วิถีชีวิตและความสัมพันธ์ทางสังคมกับคนอื่น ๆ ที่มีความสำคัญต่อการวิเคราะห์

ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเควียร์ (Queer Theory) ทำให้เกิดการทบทวนและการท้าทายวิธีคิดที่แบ่งแยกขั้ว เช่น การแบ่งแยกระหว่างรักต่างเพศ กับรักเพศเดียวกัน การแบ่งผู้ชายกับผู้หญิง แนวคิดเควียร์ต้องการให้เกิดการอธิบายใหม่เกี่ยวกับเพศโดยผูกโยงเข้ากับเรื่องความหลากหลาย และชี้ให้เห็นว่าการอธิบายตัวตนทางเพศ อัตลักษณ์ พฤติกรรม และการปฏิบัติทางเพศไม่สามารถใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งได้ เพราะเรื่องเพศเป็นพรมแดนที่มีการต่อรองของอำนาจต่าง ๆ ดังนั้น การอธิบายเรื่องเพศแบบเควียร์จึงเป็นการอธิบายบริบทของต่อสู้ ต่อรอง ท้าทาย และการไถ่เกลี่ยความหมายของคนกลุ่มต่าง ๆ ซึ่งเควียร์มองว่าเพศนั้นเป็นสิ่งที่ไม่เป็นแบบแผนเพราะเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถจัดระเบียบแบบแผนได้ การพยายามจัดเพศที่ไม่ใช่ชายหญิงแท้ให้อยู่ในระบบเพศของมนุษย์ตามเพศสภาพจึงเป็นเรื่องที่แนวคิดตามแบบเควียร์ (Queer Theory) ถัดค้าน เพราะกรอบแนวคิดแบบ เควียร์เป็นการแสดงตัวตนทางเพศที่หลากหลายและไม่จำกัดอยู่เฉพาะใน

วาทกรรมแบบใดแบบหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นแพทย์ ชีววิทยา ศาสนา เชื้อชาติ ชนชั้นหรือช่วงวัย เนื่องจากบุคคลสามารถมีอัตลักษณ์หลายแบบหรือการมีอัตลักษณ์ซ้อน (Multiplication of Identities) ไม่จำเป็นต้องใช้เพศสรีระเป็นตัวกำหนดเพียงอย่างเดียว ทฤษฎีเควิียร์ ทำให้เกิดการทบทวนและการท้าทายวิธีคิดที่แบ่งแยกขั้ว เช่น การแบ่งแยกระหว่างรักต่างเพศ กับรักเพศเดียวกัน การแบ่งผู้ชายกับผู้หญิง หรือผู้ชายกับเกย์ เควิียร์พยายามเสนอว่าการคิดแบบแบ่งแยกนี้ทำให้เกิดการยึดมั่นความจริงแบบตายตัว หรือทำให้คิดว่าอัตลักษณ์เป็นสิ่งที่คงที่และมีเอกภาพ เช่น เมื่อเราคิดว่าเกย์ถูกกีดกันจากสังคม หรืออยู่ด้านตรงข้ามกับรักต่างเพศ เราก็จะยิ่งตอกย้ำอัตลักษณ์และเพศวิถีที่ผิดปกติของเกย์ แนวคิดเควิียร์ต้องการให้เกิดการอธิบายใหม่เกี่ยวกับเพศโดยผูกโยงเข้ากับเรื่องความหลากหลาย (Diversity) และชี้ให้เห็นว่าการอธิบายตัวตนทางเพศ อัตลักษณ์ พฤติกรรม และการปฏิบัติทางเพศไม่สามารถใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งได้ เพราะเรื่องเพศเป็นพรมแดนที่มีการต่อรองของอำนาจต่าง ๆ ดังนั้น การอธิบายเรื่องเพศแบบเควิียร์จึงเป็นการอธิบายบริบทของการต่อสู้ต่อรอง ท้าทายและการโต้เถียงความหมายของคนกลุ่มต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า เพศของมนุษย์ไม่ได้จำกัดเพียงเพศกำเนิด คือ เพศชายและหญิงเท่านั้น แต่มนุษย์ยังมีความแตกต่างหลากหลายทางเพศ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า อัตลักษณ์ทางเพศและรสนิยมทางเพศ ไม่จำเป็นต้องตรงกับความคิดหวังหรือมาตรฐานของสังคม หรือจะกล่าวได้ว่าไม่จำเป็นที่บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายจะต้องคู่กับบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิง และเพศของมนุษย์นั้นไม่สามารถจัดได้แค่เพศหญิงหรือเพศชายเท่านั้น ดังนั้น การศึกษาทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเควิียร์ จึงศึกษาไปถึงการให้การสนับสนุนสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยทางเพศ และบุคคลเหล่านั้น ไม่สมควรถูกเลือกปฏิบัติเหมือนบุคคลชายขอบของสังคม และกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองบุคคลเหล่านั้น โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

ทฤษฎีสารัตถะนิยม คือ ทฤษฎีที่อธิบายเรื่องเพศ โดยเพศตามทฤษฎีสารัตถะนิยมมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสรีระอันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยาของมนุษย์ซึ่งตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Sex” หมายถึง ผลของกระบวนการผสมและหลอมรวมคุณสมบัติเฉพาะทางพันธุกรรม และส่งผลให้เกิดความแตกต่างของระบบการทำงานซึ่งแบ่งออกเป็นเพศชาย (Male) หมายถึง ระบบเพศชายในทางชีววิทยา หรือระบบสืบพันธุ์ซึ่งทำหน้าที่ผลิตเซลล์สืบพันธุ์ (Gametes) หน่วยเล็ก ๆ ที่เรียกว่า สเปิร์มโตโซอ์ (Spermatozoa) และเพศหญิง (Female) หมายถึง ระบบเพศหญิงในทางชีววิทยา หรือระบบสืบพันธุ์ซึ่งทำหน้าที่ผลิตเซลล์ไข่ที่ไม่เคลื่อนที่ (Egg Cells) ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษาบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทาง

เพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศที่ระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความความเปราะบางหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็น โรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษาดังนั้นในการศึกษาครั้งนี้จึงได้ใช้นาฏยภูมินี้มาใช้เป็นข้อพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ทฤษฎีครอบครัว คือ กลุ่มสังคมที่อาศัยอยู่ร่วมกันมีการร่วมมือกันทางด้านเศรษฐกิจและการผลิตสมาชิกใหม่เพิ่มขึ้น ภายในครอบครัวจะประกอบไปด้วยผู้ใหญ่ทั้ง 2 เพศ อย่างน้อย 2 คน อยู่ร่วมกัน ซึ่งได้รับการยอมรับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกันได้โดยถูกต้อง ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีและสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ สถาบันครอบครัวนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันทางสังคมหลักอันเป็นสถาบันมูลฐานและเก่าแก่ที่สุดของสังคมมนุษย์สถาบันครอบครัวยังมีความสำคัญต่อการมีอยู่ของสังคมมนุษย์อันเป็นผลสืบเนื่องจากบทบาทที่สถาบันครอบครัวมีต่อสังคม กล่าวคือ หากสถาบันครอบครัวไม่ปฏิบัติหน้าที่ใน การผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม ให้การอบรมศึกษาแก่เด็ก ๆ ซึ่งเป็นสมาชิกใหม่ของสังคม และให้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจแล้ว วัฒนธรรมของมนุษย์ก็อาจสิ้นสุดลงได้โดยสถาบันครอบครัวเริ่มต้นขึ้นจากการเลือกคู่สมรสและการสมรส ซึ่งการสร้างครอบครัวและการสมรสจะเกิดขึ้นควบคู่กันไปเสมอ ในอดีตครอบครัวจะมีความหมายที่ค่อนข้างเจาะจง โดยเน้นที่การมีเพศสัมพันธ์อันนำไปสู่การผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม จึงเป็นที่เข้าใจกันเองว่าครอบครัวต้องประกอบด้วยผู้ใหญ่ที่มี 2 เพศอยู่ด้วยกัน แต่ด้วยความเป็นจริงแล้วหาใช่มีแต่เพียงครอบครัวของกลุ่มสมรสชายหญิงเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น หากยังปรากฏรูปแบบครอบครัวของกลุ่มรักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีลักษณะที่เหมือนกับครอบครัวของกลุ่มสมรสชายหญิงในแง่ของความตั้งใจที่จะผูกสัมพันธ์ในลักษณะถาวร

สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มที่มีลักษณะจิตใจที่แตกต่างไปจากเพศสภาพ คือ เพศสภาพเป็นชายใจเป็นหญิง หรือเพศสภาพเป็นหญิงแต่จิตใจเป็นชาย หรือกลุ่มนอน-ไบนารี(Non-binary) เป็นสำนักทางเพศชนิดหนึ่งที่ไม่ใช่ชายและหญิง ซึ่งจะเห็นว่าเป็นเรื่องของจิตใจ แต่กระนั้นคนเหล่านี้ก็มีความเป็นมนุษย์ไม่ได้แตกต่างจากชายหญิงจึงเป็นปัญหาว่าเหตุไฉน จึงไม่มีการคุ้มครองตามกฎหมาย เท่ากับว่าเป็นการไม่ยอมรับเพศสภาพนี้ ดังนั้นจึงเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคตามหลักสิทธิมนุษยชน เพราะฉะนั้น ถ้าหากจะเห็นถึงความสำคัญของหลักสิทธิ มนุษยชนแล้ว จึงควรที่จะมีการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ให้เหมือนกับบุคคลชายหญิง คู่สมรส

ธรรมดาโดยทั่วไป นั้นหมายความว่าเมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความประสงค์ที่จะอยู่
กินด้วยกันก็สมควรมีกฎหมายคุ้มครองดังเช่นชายหญิงที่อยู่กินดังสามีภรรยา และหากกฎหมายให้
การคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ จะไม่มีปัญหาต่าง ๆ ตามมา

หลักสิทธิมนุษยชนหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิของความเป็น
มนุษย์ผู้ที่เป็นมนุษย์ ย่อมมีสิทธิตั้งแต่เกิดจนตาย โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย
บ่อเกิดของสิทธิมนุษยชน มีที่มาจากหลัก สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งสัมพันธ์กับหลัก
กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติ ที่อยู่อาศัย เพศ ชาติกำเนิดหรือเชื้อ
ชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับสิทธิ
มนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ล้วนมีความสัมพันธ์ เชื่อมโยงซึ่งกันและกัน
และไม่อาจแบ่งแยกได้ ซึ่งสิทธิมนุษยชนเหล่านี้เกิดขึ้นมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์และถูกทำให้
เกิดความชัดเจนขึ้นในภายหลังโดยกฎหมายของรัฐด้วยการรับรองและคุ้มครองเพื่อให้มีผลใช้
บังคับได้ ในแง่นี้สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนซึ่งรวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความ
หลากหลายทางเพศด้วย ดังนั้นการศึกษาหลักสิทธิมนุษยชนจึงเป็นการศึกษาถึงสิทธิที่กลุ่มบุคคลที่
มีความหลากหลายทางเพศพึงมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่า
ของความเป็นมนุษย์เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิ
มนุษยชนมีความเป็นสากลและมีด้านต่าง ๆ ที่เชื่อมโยงเกี่ยวพันซึ่งกันและกันอย่างไม่สามารถ
แบ่งแยกออกจากกันได้

หลักความเสมอภาค เป็นความเสมอภาคเป็นสิทธิอันเป็นพื้นฐานของหลักศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือเป็นสิทธิที่มนุษย์อยู่แล้วตามธรรมชาติก่อนการถือกำเนิดของรัฐ โดยที่มนุษย์
ทุกคนมีอำนาจเช่นนั้นอยู่ในสภาพจิตใจของตนเอง มนุษย์สามารถบรรลุซึ่งเป้าหมายในการกำหนด
ตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองและมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะ
และเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่อยู่กับความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือ
คุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล เมื่อมีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของรัฐ
และในกฎหมายระหว่างประเทศ หลักความ เสมอภาคจึงได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นสิทธิ
มนุษยชนอย่างหนึ่งซึ่งมีผลผูกพันทั้งรัฐและประชาชน ความเสมอภาคนั้นทำให้การใช้เสรีภาพ
เป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพคนบางคนเข้าถึงได้ ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าไม่ได้ กรณี
ดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามิเสรีภาพแต่ประการใด ดังเช่น กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการ
เรียกร้องขอความเสมอภาคในสิทธิและเสรีภาพของตน มี การจัดตั้งกลุ่มเป็นตัวแทนเพื่อเรียกร้อง
และต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับสถานะทางกฎหมายและทางสังคม เนื่องจากกลุ่มบุคคลที่มี
ความหลากหลายทางเพศรู้สึกว่าคุณค่าของตนเองไม่ได้รับความเป็นธรรมในสังคม ไม่ว่าในฐานะกฎหมาย

หรือทางสังคม ดังนั้นในการศึกษาครั้งนี้จึงนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในการศึกษาสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ได้รับการยอมรับในทาง กฎหมายและสังคม

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง การยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะความเป็นมนุษย์ สิทธิในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนสากล โดยมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้และเป็นจารีตประเพณี ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าของความ เป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครอง รัฐจะต้องปฏิบัติต่อ ประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง รัฐจะปฏิบัติต่อประชาชนเสมือนหนึ่งว่า ประชาชนไม่มนุษย์ไม่ได้ ดังนั้นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว เป็นค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้น จะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ทุกคนมีความเป็นมนุษย์ และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นไม่ใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐที่ได้กระทำการใดไป ในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลดคุณค่า เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น การศึกษาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นการศึกษาถึงสิทธิและเสรีภาพที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับ

หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ คือ การกระทำที่เป็นการแบ่งแยก กีดกัน จำกัด การให้สิทธิพิเศษ หรือการปฏิบัติใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความแตกต่างทั้งทางตรงหรือทางอ้อมบนพื้นฐานของข้อห้ามว่าด้วยการเลือกปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีความประสงค์ที่จะทำให้เสื่อมเสียหรือลดคุณค่าซึ่งการรับรอง และการบังคับใช้ สิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมถึงความเท่าเทียม ของบุคคลในการได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ให้ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ศิ่ว เชื้อชาติ ศาสนา การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งมวล ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือบางคนอาจเกิดมาพร้อมกับความผิดปกติทางร่างกายบางประการ หากความแตกต่างเหล่านี้กลายเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิ หรือการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งทำให้ไม่ได้รับสิทธิ หรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสภาวะปกติ จะพึงมีหรือได้รับ ซึ่งหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นการให้ความเสมอภาคกับทุกคน โดยไม่กีดกันใคร

ไม่เลือกปฏิบัติใคร มาตรฐานเดียวกันหมด ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันการแบ่งเหินหวัด หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบน จุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมามีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือบางคนอาจเกิดมาพร้อมกับความผิดปกติทางร่างกายบางประการ หากความแตกต่างเหล่านี้กลายเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิ หรือการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งทำให้ไม่ได้รับสิทธิ หรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสถานะปกติจะพึงมีหรือได้รับ ดังนั้นในการศึกษาครั้งนี้จึงได้นำหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ มาใช้ในการกำหนดสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

หลักนิติสัมพันธ์ หลักนิติสัมพันธ์ คือ การรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์กัน ในทางใดทางหนึ่งนานนับเป็นเวลาหลายพันปี แม้ว่าครอบครัวจะเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่ก็ยังเป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด ครอบครัวยังเป็นสถาบันสากลที่ทำหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ให้แก่ประเทศ ครอบครัวเป็นสถาบันมูลฐานที่มั่นคงที่สุด เป็นการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่งนานนับเป็นเวลาหลายพันปี แม้ว่าครอบครัวจะเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่ก็ยังเป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด ครอบครัวยังเป็น สถาบันสากลที่ทำหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ให้แก่ประเทศ การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามีภริยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้าง ครอบครัว ซึ่งการแบ่งประเภทของนิติสัมพันธ์แบ่งได้เป็น 2 ประเภทได้แก่ การวางระเบียบแบบแผนนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยรัฐอยู่เหนือเอกชน การใช้อำนาจ รัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว และนิติสัมพันธ์ของบุคคลระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามี ภริยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างครอบครัว ดังนั้นการศึกษาหลักนิติสัมพันธ์จะทำให้ทราบถึงกฎหมายที่มีผลในการกำหนดการสมรสของกลุ่ม บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2) สภาพการณ์ของบุคคลเพศทางเลือกในบริบทของสังคมไทยและผลกระทบ

ปัจจุบันการให้ความสำคัญต่อความรู้สึกของมนุษย์ด้านเพศที่มีการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมไปอย่างเห็นได้ชัดเมื่อปรากฏว่าความรู้สึกทางเพศในลักษณะของการให้ความรักต่อกันนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะชายหญิงรักกันเท่านั้นแต่มีคนเพศเดียวกันรักกันฉันท์ชายและหญิง ซึ่งกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นกลุ่มบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศต่อเพศเดียวกัน แต่ที่เป็นปัญหาก็คือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังกล่าวจำนวนไม่น้อยต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากความไม่เท่าเทียมกันและยังไม่มีพื้นที่ยอมรับโดยกฎหมายจึงเป็นปัญหาที่บั่นทอนความเป็นมนุษย์อย่างที่ไม่ควรจะเป็น ทั้ง ๆ ที่ความเป็นมนุษย์ย่อมจะเท่าเทียมกันในทุกด้าน ในการเคลื่อนไหวสิทธิ

ในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกหิบบกมาเป็นส่วนหนึ่งในข้อเรียกร้องเพื่อสร้างสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคให้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยการเคลื่อนไหวดังกล่าวได้อ้างถึงว่าปัจจุบันไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจน ส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ดังนั้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวจึงทำการศึกษาและวิจัยเรื่อง “กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถแสดงถึงการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังเช่นคนไทยทั่วไป

3) กฎหมายระหว่างประเทศ และต่างประเทศ ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ในสังคมระหว่างประเทศตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น เริ่มมาจากแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิเสรีภาพในการที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนในการดำรงชีวิตของตนอย่างมีเสรีธรรม ประกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้จากแนวคิดดังกล่าวยังเห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มาจากชาติ เผ่าพันธุ์ ภาษา เพศใด ๆ ก็ตามพึงที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายทั้งในระดับรัฐและในระดับสังคมระหว่างประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงได้มีการรับรองแนวคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ว่าควรที่จะต้องมีการรับรองในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสากล เพื่อเป็นแนวทางการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างเท่าเทียมและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรมต่อไป มิใช่เป็นเพียงแค่หลักการที่กล่าวถึงเท่านั้น ส่วนในกรณีของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยการคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ในปัจจุบันเรื่องดังกล่าวเริ่มมีการกล่าวถึงในระดับสังคมระหว่างประเทศมากขึ้น แม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจนก็ตามแต่ได้มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลและรับรองในทางระหว่างประเทศว่าบุคคลนั้นย่อมที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลจากเรื่องของความพึงพอใจทางเพศหรือรสนิยมทางเพศของบุคคลซึ่งอาจจะมีความแตกต่างหลากหลาย โดยปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้มีการจัดทำร่างปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในกฎบัตร ได้มีการลงมติยอมรับ และประกาศปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ปญญา

ดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นเครื่องแสดงถึงการเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่าง ๆ ในการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนร่วมกันและได้มีการจัดทำเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญและควรที่จะได้รับการคุ้มครอง

สำหรับต่างประเทศมีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ 2 รูปแบบ คือ กฎหมายที่ให้ความเสมอภาคในการสมรสซึ่งให้ศักดิ์ศรี สิทธิและหน้าที่แก่คู่รักร่วมเพศ เทียบเท่ากับคู่สมรสต่างเพศ และกฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งให้สิทธิและหน้าที่ บางประการน้อยกว่ากฎหมาย ดังเช่น กฎหมายของราชอาณาจักรเดนมาร์ก การสมรสจะกระทำได้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ต่อมาเกิดการเคลื่อนไหวในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในราชอาณาจักรเดนมาร์ก เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1968 ที่จะรับรองความสัมพันธ์ทางกฎหมายของกลุ่ม Gay และ Lesbian แต่เรื่องดังกล่าวคณะกรรมการได้ปฏิเสธ ข้อเรียกร้องนั้นในปี ค.ศ. 1973 ต่อมาในปี ค.ศ. 1984 รัฐสภาได้แก้ไขกฎหมายให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิเท่าเทียมกับคู่สมรสที่แต่งงาน เช่น ให้สิทธิในการรับมรดก ในเรื่องภาษี และในปี ค.ศ. 1989 ราชอาณาจักรเดนมาร์ก โดยรัฐสภาได้ผ่านกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยกฎหมายให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจดทะเบียนความสัมพันธ์ และสิทธิบางประการ เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ เช่น การรับมรดก การประกันภัย บำนาญ ผลประโยชน์ทางสังคม การลดหย่อนภาษี สิทธิจะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า ส่วนกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนแต่เดิมแล้วการสมรสตามกฎหมายของราชอาณาจักรสวีเดนจะเป็นกรณีที่บุคคล 2 คนที่ต่างเพศกันทำการจดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น จนมีการโต้เถียงกันว่าการจำกัดสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้น จึงควรให้สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าเทียมกัน ดังนั้น ระหว่างปี ค.ศ. 1993 จึงมีการเสนอกฎหมายให้สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีการเสนอกฎหมายที่เรียกว่า Partnership Act โดยกำหนดให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถเข้าไปมีความสัมพันธ์โดยกระบวนการจดทะเบียนซึ่งสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะได้รับ เช่น ค่าอุปการะเลี้ยงดู สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการใช้ชื่อสกุล เงินช่วยเหลือและผลประโยชน์ทางสังคมในเรื่องอื่น ๆ ข้อยกเว้นของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการตั้งครรภ์ สิทธิในการผสมเทียมและสิทธิที่กฎหมายให้เฉพาะคู่สมรสที่เป็นเพศตรงข้ามเท่านั้น คู่ที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะไม่มีสิทธิ สำหรับกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 โดยผ่านการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตตามรัฐบัญญัติหุ้นส่วนชีวิต ค.ศ. 2001 (The Life Partnership Act of 2001) ซึ่งมีหลักการเหมือนการสมรส โดยให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทาง

เพศในหลายเรื่อง เช่น มรดก (Inheritance) เงินค่าอุปการะเลี้ยงดู (Alimony) การประกันสุขภาพ (Health Insurance) การเข้าเมือง (Immigration) และการเปลี่ยนชื่อ (Name Change) เป็นต้น ในปี ค.ศ. 2004 กฎหมายฉบับนี้ได้รับการแก้ไขในส่วนของสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน รวมทั้งการจัดขั้นตอนที่ยุ่งยากในการแบ่งทรัพย์สิน และเงินค่าอุปการะเลี้ยงดูด้วย ถึงแม้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจัดเป็นประเทศที่ให้อิสระแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากประเทศหนึ่งในโลก แม้จะยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง แต่รัฐบาลยอมให้มีการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตแทน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเคารพในหลักสิทธิมนุษยชนกับบุคคลกลุ่มนี้ ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (A Civil Solidarity Pact) หรือที่รู้จักกันในนาม “PACS” อันเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคน เพื่อการจัดระเบียบชีวิตคู่ของบุคคลเหล่านั้นร่วมกัน ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนี้กำหนดสิทธิเสมือนการสมรสแต่น้อยกว่าในบางประการ เช่น การรับบุตรบุญธรรม การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น ในปี ค.ศ. 2013 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายการรับบุตรบุญธรรมและความเท่าเทียมกันในการสมรส ค.ศ. 2012 ซึ่งทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถทำการสมรสกันได้ ทั้งนี้การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงร่วมกันทางแพ่งแต่อย่างใด กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยข้อตกลงร่วมกันทางแพ่งยังคงมีอยู่ในสังคมฝรั่งเศส และเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับคู่รักที่ไม่ประสงค์ผูกพันตนตามกฎหมายสมรส

4) สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกรณีที่กฎหมายให้การรับรองเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีความสำคัญที่จะต้องให้ความเสมอภาคในสิทธิต่างหากเช่นคู่สมรสทั่วไป ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน บทบัญญัติมาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้วแต่ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” นอกจากนี้ตามมาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ชายหญิงมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นระยะเวลาานเท่าใดหรือแม้จะมีบุตรด้วยกันก็คนก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายถ้ามิได้จดทะเบียนสมรสกัน ซึ่งการจดทะเบียนสมรสอาจจะกระทำได้ทั้งที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตก็ได้ แต่ชายหญิงต้องแสดงความยินยอมเป็นสามีภริยากันให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายอำเภอด้วยตนเอง จะตั้งตัวแทนไปจดทะเบียนสมรสแทนไม่ได้ และเมื่อจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ชายหญิงมีฐานะเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายตั้งแต่เวลาที่จดทะเบียนสมรสกัน แม้จะไม่ได้อยู่กินฉันสามีภริยากันเลยหรืออยู่กินด้วยกันชั่วระยะเวลาหนึ่ง แต่ได้ทิ้งร้างกันไปกว่า 10 ปีและทรัพย์สินก็แยกกันเป็นสัดส่วนแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่ยังมิได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกัน

ชายหญิงคู่นี้ก็ยังเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายตลอดมา จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยกำหนดให้การสมรสจะกระทำไ้ระหว่างคนต่างเพศ คือ ระหว่างเพศชาย และเพศหญิง เท่านั้น โดยการพิจารณาว่าบุคคลใดมีเพศอะไรนั้น ถือพิจารณาตามเพศกำเนิด โดยผลจากการไม่สามารถจดทะเบียนสมรสดังกล่าวได้นั้น ย่อมทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยในประเทศไทยนั้นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสนั้นมีตั้งแต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง และระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งกำหนดไว้สำหรับกลุ่มสมรสต่างเพศ ดังนี้

(1) สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวและมรดก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว นอกจากจะได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการสมรสไว้ ยังได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสไว้ดังนี้

(1.1) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา” ตามวัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ทำให้เป็นครอบครัวมีลูกมีหลานสืบตระกูลต่อไป การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาตามประเพณีย่อมเป็นที่รู้กันทั่วไปว่า หมายถึง การอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน ร่วมชีวิตในการครองเรือน และทั้งร่วมประเวณีต่อกัน

(1.2) การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตามมาตรา 1461 วรรคสอง ยังบัญญัติว่า “สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน” ดังนั้น ชายหญิงที่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเกิดหน้าที่ที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะบุคคลที่เป็นสามีภริยาควรเป็นผู้ร่วมทุกข์ร่วมสุขด้วยกัน หากฝ่ายใดไม่ทำหน้าที่ดังกล่าวอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้

(1.3) การเป็นผู้อุปนุบาลหรือผู้พิทักษ์ ในกรณีที่ศาลสั่งให้กลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถกลุ่มสมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้อุปนุบาลหรือผู้พิทักษ์ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลจะได้สั่งเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เนื่องจากกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามมาตรา 1461 วรรคสอง ฉะนั้นเมื่อจะตั้งผู้อุปนุบาลหรือผู้พิทักษ์ จึงกำหนดให้ต้องตั้งกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งทำหน้าที่นี้

(1.4) ห้ามทำการสมรสซ้อน มาตรา 1452 บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” ดังนั้น การที่บุคคลใดได้ทำการสมรสถูกต้องตามกฎหมาย ย่อมได้รับการคุ้มครองว่า คู่สมรสของตนจะไม่สามารถทำการสมรสกับบุคคลอื่นได้อีก และหากมีการจดทะเบียนสมรสครั้งที่สองในขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่หย่าขาดตามกฎหมายนั้น การสมรสครั้งที่สองย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย ถือว่าการสมรสซ้อนเป็นโมฆะ

(1.5) ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เมื่อชายหญิงสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายได้จัดระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยกำหนดให้มีอยู่ 2 ประเภท คือ สิ้นส่วนตัว (Separate Property) คือ ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ ต่างมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่จะจำหน่ายโอนได้ โดยลำพัง เนื่องจากกฎหมายให้อำนาจจัดการได้โดยลำพัง และสินสมรสคือ ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของคู่สมรสสามีภริยาเป็นเจ้าของร่วมกันในสินสมรสทั้งหมดและจะแบ่งแยกกันในระหว่างเป็นสามีภริยาไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดจึงจะแบ่งแยกสินสมรสได้

(1.6) สิทธิในการเรียกค่าเลี้ยงชีพ ซึ่งค่าเลี้ยงชีพ หมายถึง เงินหรือทรัพย์สินที่สามีภริยากู้หย่า ชำระให้แก่กันหลังการหย่าเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในด้านที่พักอาศัย ค่าอาหาร ค่าเครื่องนุ่งห่ม และค่ารักษาพยาบาลจนกว่าจะสมรสใหม่

(1.7) การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายไทยผู้ที่รับบุตรบุญธรรมได้ คือ บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี แต่ผู้นั้นต้องมีอายุมากกว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่ จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันมิได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว

(1.8) มรดก ตามกฎหมายไทยคู่สมรสมีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยถือว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นเป็นทายาทโดยธรรม แต่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ลำดับการรับมรดกของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1635 ประกอบด้วย และคู่สมรสที่มีสิทธิรับมรดกต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง นอกจากสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวและมรดกแล้ว คู่สามีภริยา ยังมีสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย ได้แก่

(2.1) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 443 มาตรานี้เป็นกรณีละเมิดต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ หรืออนามัยแล้วปรากฏว่าผู้เสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องทำการงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอก ดังนั้นเมื่อหญิงและชายได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย ย่อมมีสถานะเป็นสามีภริยาที่มีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การที่บุคคลภายนอกมากระทำละเมิดต่อสามีหรือภริยา ทำให้ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถูกกระทบกระเทือนสิทธิ จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากขาดรายได้ อุปการะตามกฎหมาย และค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดแรงงาน

(2.2) สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรกบัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341

ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ...” นอกจากนี้ยังมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ดังนี้ มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้” มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักนอนที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

(2.3) สิทธิการดำเนินคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา 5 (2) นั้นผู้เสียหายถูกทำร้ายจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือถึงแก่ความตายจึงจะมีผู้มีอำนาจจัดการแทนส่วนในกรณีตามมาตรา 29 วรรคแรก นั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายยังมีชีวิตอยู่และได้ยื่นฟ้องคดีไว้แล้วต่อมาได้ตายลงกฎหมายจึงเปิดให้บุคคลบางประเภทดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปได้ เห็นได้ว่าในกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำร้าย ถึงตาย หรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายยื่นฟ้องแล้วตายลงสามีหรือภริยาจะดำเนินคดีแทนผู้ตายต่อไปก็ได้ สามีหรือภริยาในที่นี้คือสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2.4) สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษี ตามประมวลรัษฎากรตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 มาตรา 47 กฎหมายอนุญาติให้ผู้มีเงินได้มีสิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีของผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี โดยให้หักลดหย่อนได้ในกรณีที่คู่สมรสของผู้มีเงินได้รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้มีเงินได้และคู่สมรสของผู้มีเงินได้อีก

(2.5) สิทธิในการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะ การบริจาคอวัยวะเป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วย การรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 52 วางหลักไว้ว่า การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ ผู้บริจาคต้องเป็นญาติโดยสายเลือด หรือคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปีเท่านั้น ยกเว้นกรณีเป็นการปลูกถ่ายอวัยวะจากผู้บริจาคที่เป็นผู้ได้รับการวินิจฉัยว่าอยู่ในเกณฑ์สมองตายตามประกาศของแพทยสภา

(2.6) สิทธิในการประกันสังคม กฎหมายไทยได้รับรองสิทธิให้ผู้ประกันตนในระบบประกันสังคมได้ประโยชน์ทดแทน

(2.7) สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล ซึ่งถ้าเป็นกรณีปกติ หากจะต้องทำการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดหรือการใช้เครื่องมือใด ๆ เป็นกรณีพิเศษ แพทย์หรือพยาบาลที่เป็นผู้ช่วยต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติที่มีอำนาจตัดสินใจแทนทุกครั้ง โดยกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้บุคคลที่สามารถให้ความยินยอมและถือว่าเป็นญาติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสในประเทศไทยตามที่กล่าวมา พบว่ากฎหมายมุ่งเน้นให้ความคุ้มครองแก่คู่สมรส โดยกำหนดให้คู่สมรสมีสิทธิและหน้าที่สามารถเรียกร้องต่อกันและเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกได้ โดยกำหนดว่าบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองดังกล่าวต้องเป็นคู่สมรสที่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่สำคัญมีจุดกำเนิดจากการสมรสและถือเป็นหลักสำคัญในการสร้างสถาบันครอบครัว นอกจากการมีสถานการณ์เป็นคู่สมรสจะทำให้มีสถานะในทางกฎหมายแล้ว ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมและสังคมอีกด้วย ดังนั้นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงไม่สามารถทำการสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ได้รับสิทธิและความคุ้มครองใด ๆ

3) การจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การจะให้มีความหมายรับรองสิทธิและเสรีภาพในการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาตามกฎหมายปัจจุบันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น จะเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ที่จะติดตามมาหลายประการซึ่งการศึกษาและวิจัยตามประเด็นศึกษาทั้ง 4 ประเด็นนั้นจะทำให้ได้คำตอบที่สามารถนำไปจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ และที่ต้องจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบก็เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งในการจัดทำกฎหมายต้นแบบนี้จะมีโครงสร้างของกฎหมายประกอบด้วย สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในสถานะของการเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย เช่น การทำธุรกรรมทางการเงินร่วมกัน การรักษาพยาบาล การลงชื่อยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแก่ผู้ชีวิต การรับมรดกที่ร่วมสร้างกันมา การลดหย่อนภาษีเงินได้ การรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน การจัดการสินสมรสร่วมกัน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การยอมรับและมีศักดิ์ศรีในฐานะคู่สมรสหรือสามีภรรยาดำเนินตามกฎหมายในคดีอาญา สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย และคดีอื่น ๆ เช่น การใช้คำนำหน้านามที่ระบุไว้เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นมิติใหม่แห่งการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์เพื่อให้กลุ่มของบุคคลที่มี

ความหลากหลายทางเพศ ได้รับความคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคในการสมรสภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม และเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยมากขึ้น เป็นต้น

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยกำหนดวัตถุประสงค์ 5 ประการ ดังนี้

1. เพื่อศึกษาและวิจัย แนวคิด ทฤษฎี และ หลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และการคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์สถานการณ์ของปัญหาสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายไทยในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
5. เพื่อจัดทำกฎหมายต้นแบบเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

3. ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาและวิจัยถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสังคมไทยภายใต้หลักความเสมอภาคตามกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย กำหนดขอบเขตการวิจัย ดังนี้

3.1 ขอบเขตด้านเนื้อหา

เนื้อหาการวิจัยกำหนดขอบเขตแบ่งออกเป็น เนื้อหาด้านแนวคิด ทฤษฎี และหลักการ ประเด็นวิเคราะห์ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย คือ

- 1) แนวคิด ทฤษฎี และหลัก
 - (1) แนวคิดแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส
 - (2) แนวคิดเกี่ยวกับเพศ
 - (3) ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเกย์วี่ร์ (Queer Theory)
 - (4) ทฤษฎีสารัตถะนิยม
 - (5) ทฤษฎีเสรีภาพ

(6) ทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(7) ทฤษฎีครอบครัว

(8) หลักสิทธิมนุษยชน

(9) หลักนิติสัมพันธ์

2) กฎหมาย

(1) กฎหมายระหว่างประเทศ

(1.1) ปณิญาสาเกล้า ด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

(1.2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

(1.3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ค.ศ. 1966

(1.4) หลักการขอยกการรื้อ ค.ศ. 2006

(1.5) อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน และสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1953

(1.6) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

(1.7) อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969

(1.8) กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ. 1981

(2) กฎหมายต่างประเทศ

(2.1) Civil Solidarity Pact ค.ศ. 1999 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

(2.2) Act on Life Partnership ค.ศ. 2001 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

(2.3) The Domestic Partnership ค.ศ. 1990 สหราชอาณาจักร

(2.4) Civil Marriage Act ค.ศ. 2003 ประเทศแคนาดา

(3) กฎหมายไทย

(3.1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(3.2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6

ว่าด้วยมรดก

(3.3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(3.4) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

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

(3.6) พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

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

(3.8) พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505

(3.9) พระราชบัญญัติค่าน้ำน่านามหญิง พ.ศ. 2551

(3.10) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

ประเด็นศึกษา

- 1) สภาพการณ์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในบริบทของสังคมไทย
- 2) กฎหมายระหว่างประเทศในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
- 3) กฎหมายต่างประเทศ ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
- 4) สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย
- 5) การจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

3.2 ขอบเขตด้านประชากร

ขอบเขตด้านประชากรที่ให้ข้อมูล ประกอบด้วย ประชานมูตนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ ประชานมูตนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน นายกสมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย ประชานองค์กรบางกอกเรนโบว์ นักวิชาการด้านสังคม จิตวิทยา และ เพศศึกษา นักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

3.3 ขอบเขตด้านพื้นที่ศึกษา

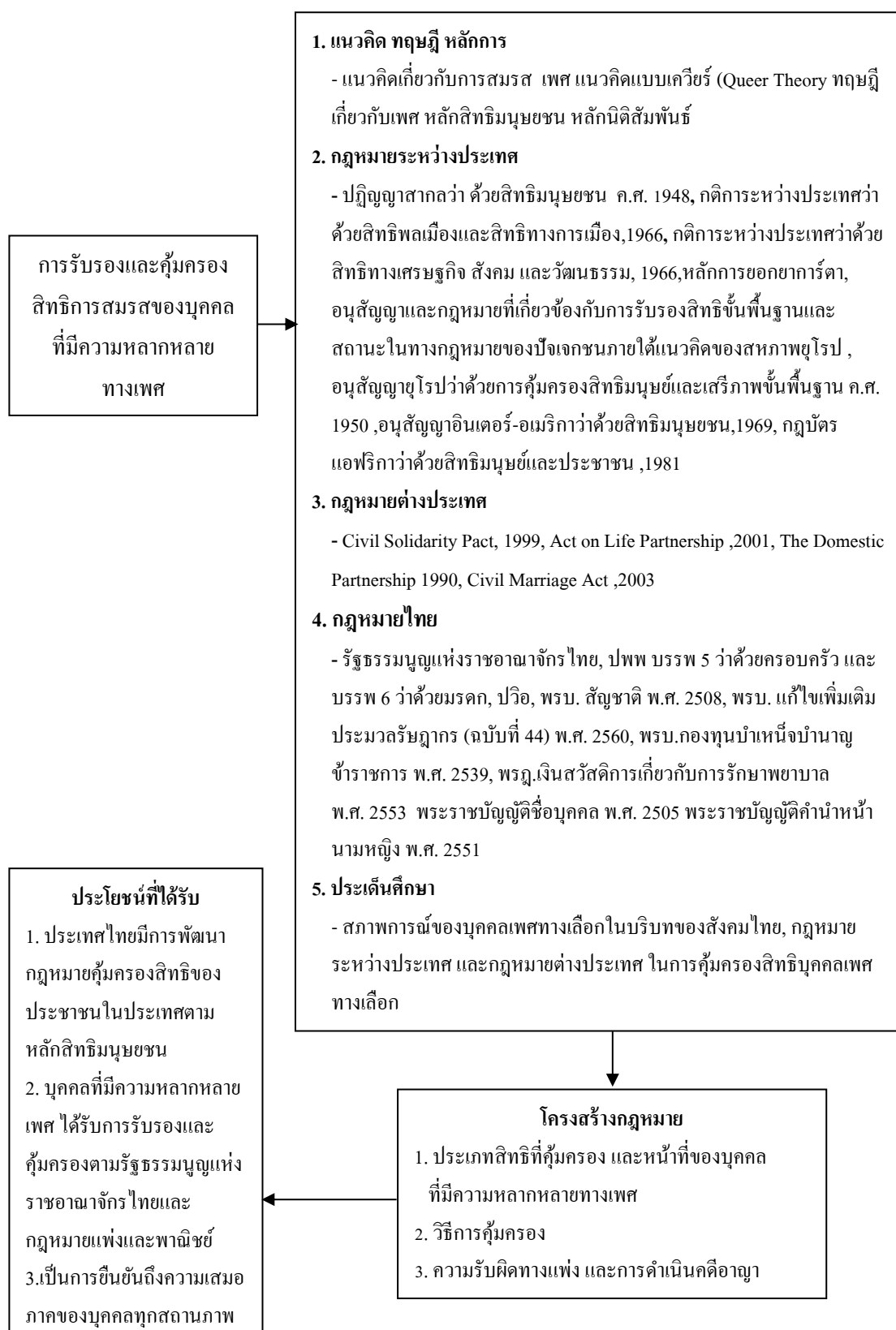
พื้นที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูล เป็นพื้นที่ที่มีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีกิจการและทำกิจกรรมต่าง ๆ คือ กรุงเทพมหานคร พัทยา และ จังหวัดสุราษฎร์ธานี (เกาะสมุย)

4. กรอบแนวคิดและสมมติฐานการวิจัย

4.1 กรอบแนวคิดการวิจัย

ปัญหาที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเรียกร้องสิทธิที่จะได้รับการ คุ้มครองเอกชนเพศชายและเพศหญิงโดยอ้างถึงสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่พึงจะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิงตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะอยู่กันฉันฉันสามิภรรยาเหมือนชายหญิงทั่วไป ดังนั้นหากจะให้การคุ้มครองสิทธิในการสมรสแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องนำเอาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการ

รวมทั้งแนวทางกฎหมายจากต่างประเทศ รวมทั้งประเด็นสิทธิการสมรสตามความต้องการของบุคคลรักร่วมเพศหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อนำคำตอบไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสามารถแสดงได้ (ดูภาพประกอบที่ 1.1 กรอบแนวคิดการวิจัย)



ภาพประกอบที่ 1.1 แสดงกรอบแนวคิดการวิจัย

4.2 สมมติฐานการวิจัย

หลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีและความเสมอภาคของความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ และเพศ แต่ปรากฏว่ากฎหมายไทยกลับมีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองสิทธิในการสมรสของ เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ในขณะที่ปัจจุบันมี กลุ่มคนจำนวนหนึ่งที่มีจิตใจที่ไม่สัมพันธ์กับเพศสภาพเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเรียกร้องสิทธิการสมรสดังเช่นชายและหญิงทั่วไปเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยมีกฎหมายรับรองโดยกฎหมายต้นแบบที่ให้การรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีโครงสร้างประกอบด้วย ประเภสิทธิที่คุ้มครอง และหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ วิธีการคุ้มครอง และความรับผิดชอบทางแพ่ง และการดำเนินคดีอาญา ซึ่งจะเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

5. คำถามการวิจัย

1. หลักสิทธิมนุษยชนให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในเรื่องอะไรบ้าง
2. สถานภาพทางเพศของมนุษย์มีการเปลี่ยนแปลงจากอดีตอย่างไร
3. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาคตามหลักสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างไร
4. สภาพปัญหาและการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยเป็นอย่างไร
5. แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีอะไรบ้าง
6. กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีอะไรบ้างและมีสาระสำคัญว่าอย่างไร
7. การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยอะไรบ้าง
8. กฎหมายต้นแบบเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีโครงสร้างประกอบด้วยอะไรบ้าง

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ผลผลิตของวิจัย คือ ต้นแบบของกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่ใช้เป็นแนวทางสำหรับการออกกฎหมายแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปประยุกต์ หรือพัฒนาเพื่อเสนอต่อรัฐบาล หรือสภานิติบัญญัติในการจัดทำกฎหมาย รับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยคาดหวังว่าประโยชน์ที่จะได้จากผลผลิตของการวิจัยนี้ คือ

ระดับระหว่างประเทศ

การที่ประเทศไทยมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมแสดงว่าประเทศไทยให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่ประชาชนทุก คนในประเทศโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ จึงสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของประเทศพัฒนาอื่นที่ยึดถือและปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน

ระดับประเทศ

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานวิจัย เรื่อง กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส ไปเป็นการร่างในการแก้ไขกฎหมายระดับประเทศ เนื่องจาก

- 1) กฎหมายที่มาจากการศึกษาและวิจัยที่แสดงถึงการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนไม่ว่าจะอยู่ในเพศสภาพใดที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
- 2) เป็นกฎหมายต้นร่างสำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกลุ่มสิทธิมนุษยชน กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สมาชิกสภานิติบัญญัติ และรัฐบาลจะได้นำไปเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- 3) ทำให้ประเทศมีการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เป็นรูปธรรมชัดเจน ที่มีความทันสมัยตามยุคต่อการให้ความสำคัญในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เป็นสากล
- 4) เป็นองค์ความรู้ใหม่ในกระบวนการจัดทำกฎหมายที่นำการบูรณาการศาสตร์มาใช้ที่เป็นกฎหมายใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตามความต้องการที่แท้จริงของผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและเป็นไปตามหลักนิติธรรม

7. นิยามศัพท์เฉพาะ

สิทธิ หมายความว่า ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิดรวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิ ซึ่งวิจัยนี้หมายถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สิทธิมนุษยชน หมายความว่า สิทธิของมนุษย์ทุกคนที่มีมาตั้งแต่เกิดที่จะมีความเสมอภาคและมีศักดิ์ศรีเท่ากันโดยไม่เลือกเผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ที่จะได้รับการคุ้มครอง

สิทธิในการดำเนินคดีทางกฎหมายอาญา หมายความว่า ในการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญานั้น บุคคลที่กำหนดให้มีสิทธิในการดำเนินคดีอาญา ได้แก่ ผู้เสียหาย และเจ้าพนักงานของรัฐ แต่กฎหมายยังได้กำหนดเป็นกรณีพิเศษให้คู่สมรสของผู้เสียหายมีสิทธิในการดำเนินคดีในฐานะผู้จัดการแทนผู้เสียหาย รวมถึงการเป็นหุ้นส่วนชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สิทธิในการดำเนินคดีทางกฎหมายแพ่ง หมายความว่า การคุ้มครองผู้เสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เสรีภาพ หมายความว่า อำนาจตัดสินใจด้วยตนเองของมนุษย์ที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมด้วยตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดอ้างหรือใช้อำนาจแทรกแซงเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้นและเป็นการตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งวิจัยนี้หมายความรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ความเสมอภาค หมายความว่า ความเท่าเทียมของมนุษย์ทุกคนในการได้รับสิทธิพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยผ่านการปฏิบัติต่อกันระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งวิจัยนี้หมายความรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เพศ หมายความว่า ลักษณะต่าง ๆ ที่บ่งบอกความเป็นชาย ความเป็นหญิง และความเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

อัตลักษณ์ทางเพศ หมายความว่า การทำให้ปรากฏซึ่งเอกลักษณ์ความเป็นตัวตนที่แท้จริงในด้านการแสดงออกทางเพศวิถีที่แตกต่างกันออกไปของแต่ละบุคคลภายใต้เพศสรีระของมนุษย์ผู้นั้น ซึ่งอาจสอดคล้องหรือเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับเพศโดยกำเนิดของบุคคลผู้นั้นก็ย่อมได้

เพศสภาพ หมายความว่า ลักษณะที่ปรากฏให้เห็นว่ามีสถานะความเป็นเพศของมนุษย์ ใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดจากสิ่งที่มนุษย์ด้วยกันมองเห็นและจินตนาการในลักษณะทางเพศของผู้นั้นที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏ สามารถเปลี่ยนแปลงจากเพศหนึ่งมาสู่อีกเพศหนึ่งได้

เพศสรีระ หมายความว่า ลักษณะที่ปรากฏให้เห็นว่ามีสถานะความเป็นเพศของมนุษย์ ใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดจากอวัยวะเพศของมนุษย์ผู้นั้นนับตั้งแต่มนุษย์ผู้นั้นได้ถือกำเนิดขึ้นมาเป็นเพศที่แท้จริงของมนุษย์ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ในทางสรีระวิทยา เพศโดยกำเนิดของมนุษย์จะมีด้วยกัน 2 เพศคือ เพศสรีระที่เป็นชาย กับเพศสรีระที่เป็นหญิง

เพศวิถี หมายความว่า การแสดงออกในวิถีทางเพศของมนุษย์ ทั้งมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย และมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ต่างมีเสรีภาพแสดงออกในทางพฤติกรรมทางเพศในแบบที่ตนเองต้องการ ทั้งในรูปแบบของอากัปกริยา ความคิด อารมณ์ ความรู้สึก ความรัก รวมถึงการแสดงออกทางประเพณีในบางครั้งการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศวิถีที่ได้กล่าวมานี้ อาจมีลักษณะที่ไม่ตรงตามความเข้าใจของมนุษย์โดยทั่วไปก็เป็นได้ แต่ก็ถือว่าเป็นวิถีทางเพศที่มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย และมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ต่างมีเสรีภาพแสดงออกได้อย่างเสรี

เพศวิถีแบบรักต่างเพศ หมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมการแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง

เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน หมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมการแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกัน หรือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ที่มีพฤติกรรมการแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกัน และให้ความหมายรวมถึงการที่บุคคลซึ่งมีความรักกับกลุ่มคนที่ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนเป็นเพศสภาพที่ตรงข้ามกับบุคคลผู้นั้น แม้จะได้รับการรับรองเพศสภาพใหม่ที่ทำกรเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายของรัฐแล้วหรือไม่ก็ตาม

เพศวิถีแบบรักสองเพศ หมายความว่า มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชาย ที่มีพฤติกรรมการแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงหรือชายด้วยกันก็ได้ หรือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง ที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายหรือหญิงด้วยกันก็ได้

เพศวิถีแบบคนข้ามเพศ หมายความว่า กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมแสดงออกทางเพศวิถีที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตน มักแสดงออกโดยการแต่งกาย บุคลิกภาพ รวมไปถึงด้านกายวิภาคจากการที่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตน โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกันคือ ชายข้ามเพศ คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระโดยกำเนิดเป็นหญิง แต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลง

เพศสรีระของตนมาเป็นชาย และหญิงข้ามเพศ คือ มนุษย์ที่มีเพศสรีระโดยกำเนิดเป็นชาย แต่ได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสรีระของตนมาเป็นหญิง

บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หมายความว่า บุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ตรงเพศสภาพ หรือที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

เพศเดียวกัน หมายความว่า บุคคลที่มีรสนิยมทางเพศกับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันกับตน ซึ่งความพึงพอใจนี้มักจะนำไปสู่การมีพฤติกรรมทางเพศ โดยอาจจะออกมาในรูปของการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลเพศเดียวกันหรือไม่ก็ได้ หรืออาจจะเป็นเพียงการจินตนาการทางเพศกับบุคคลเพศเดียวกันกับตนเท่านั้นก็ได้

รสนิยมทางเพศ หมายความว่า รูปแบบพื้นฐานของอารมณ์ ความใคร่ หรือ ความสนใจทางเพศต่อชาย หญิง หรือทั้งสองเพศ หรือไม่ใช่เพศไหน หรือเพศที่สาม

รักร่วมเพศ หมายความว่า พฤติกรรมทางเพศระหว่างบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน เป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงแต่จะพบในผู้ชายมากกว่าผู้หญิง

นอน-ไบนารี (Non-binary) หมายความว่า เป็นสำนึกทางเพศชนิดหนึ่งที่ไม่ใช่ชายและหญิง ไม่เป็นไปตามบรรทัดฐานทางสังคม เป็นคำกว้าง ๆ ที่พูดถึงเพศต่าง ๆ ที่ไม่ใช่ชายและหญิง นอน-ไบนารีเป็นร่มใหญ่ ที่แตกย่อยออกไปอีกคือสำนึกทางเพศหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นคุณจะเป็นการผสมผสานระหว่างสองเพศ (Androgynous) เป็นกลางหรือรู้สึกไม่มีเพศ (Agender) หรือมีเพศที่ลื่นไหลไปมา (Gender Fluid) หรืออื่น ๆ (Non-binary)

คำนำหน้านาม หมายความว่า การบ่งบอกถึงเพศสภาพ เช่น เพศชาย เพศหญิง หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การอุปการะเลี้ยงดู หมายความว่า การให้ความช่วยเหลือเกื้อกูล ดูแล เอาใจใส่ในสถานะของการเป็นหุ้นส่วนชีวิต

การจัดการทรัพย์สิน หมายความว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการดูแล รักษา การได้มา การจำหน่าย จ่าย โอน หรือการทำนิติกรรมอื่นใดเกี่ยวกับทรัพย์สินในสถานะของการเป็นหุ้นส่วนชีวิต

การทำนิติกรรมสัญญา หมายความว่า การใด ๆ ที่ทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลงในสถานะของการเป็นหุ้นส่วนชีวิต

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

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

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

1. แนวคิด

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส

การสมรสมีความเป็นมายาวนาน เรียกได้ว่าเป็นประเพณีหนึ่งที่สืบทอดต่อ ๆ กันมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามแต่ละสังคม ในที่นี้จะอธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสมรสพอสังเขป ดังที่จะได้อธิบายต่อไป

1) ความหมายของการสมรส

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

นิยามการสมรสในความคิดของมานุษยวิทยามีความแตกต่างหลากหลาย ขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้ศึกษาและผู้ถูกศึกษา ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น กฎทางสังคม พฤติกรรม สิทธิ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มสังคม George Peter Murdock นิยามความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการสมรสโดยอาศัยการยอมรับทางสังคมที่มีต่อผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องเศรษฐกิจและเพศสัมพันธ์ แต่ Ward Hunt Goodenough นิยามต่างออกไปว่าการสมรสเป็นเรื่องของสิทธิ เพราะการสมรส คือ การทำสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากบุคคลและกลุ่มคน เพื่้อนุญาตให้มีการกระทำทางเพศต่อผู้หญิง และผู้หญิงก็มีสิทธิที่จะมีบุตร โครงสร้างของการสมรสยังชี้ให้เห็นความเป็นไปได้ที่สมาชิกในกลุ่มจะมีคูครองเพื่อการสมรสในสังคม ตามคำอธิบายของทฤษฎีหน้าที่นิยม เชื่อว่าการสมรส คือ การที่สังคมเข้าไปจัดระเบียบ และตรวจสอบสมาชิกในสังคม

อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นจะทำได้หรือไม่ ในหลาย ๆ สังคมอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย หรือผู้หญิงกับผู้หญิง ซึ่งการสมรสแบบนี้ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่นิยม กล่าวคือ การสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศ

เดียวกันเป็นกรณีพิเศษ ทำให้ความหมายของการสมรสทั่วไปอธิบายการสมรสชนิดนี้ไม่ได้ ในทัศนะของนักวิชาการอาจมองว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันไม่ต่างจากการสมรสตามปกติ เพราะจะต้องมีคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นบิดาหรือมารดาเช่นเดียวกับคู่สามีภรรยาที่เป็นชายหญิง

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

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

2) วัตถุประสงค์ของการสมรส

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

ทางเศรษฐกิจ การปกครองและความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์สาธนาญาติ เป็นต้น ประการที่สี่ เพื่อสร้างครอบครัว (Household or Family Formation) โดยการตกลงร่วมกันเพื่อทำ หน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผิดติสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจและการอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษา และการมีสถานที่กินอยู่หลับนอนร่วมกัน ประการที่ห้า เพื่อสืบทอดทรัพย์สินสมบัติ (Property Handing) ประการที่หก เพื่อให้เด็กรู้จักตนเอง และสามารถวางแผนตนเองได้ถูกต้องและมีจุดยืนที่ดีในสังคม (Self - Identity) และประการสุดท้าย เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคมหรือสืบทอดสกุล

จากวัตถุประสงค์ของการสมรสทั้ง 7 ประการข้างต้น พบว่า เป็นวัตถุประสงค์ที่โน้มเอียงในบริบทของสังคมที่ยึดถือคู่สมรสเป็นผู้ชายและผู้หญิง แต่ในปัจจุบันเกิดการแสดงออกทางพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น บุคคลในกลุ่มนี้บางคู่ก็ได้ใช้ชีวิตคู่ตามวิถีชีวิตคู่หนึ่งซึ่งในบางประเทศได้รับรองสิทธิดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของบุคคลในกลุ่มนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างครอบครัวนั้นจะพบว่าในความเป็นจริงคู่สามีภรรยาบางคู่อาจไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ โดยอาจจะเกิดความผิดปกติจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย แต่ด้วยความเป็นผู้ชายและผู้หญิงจึงได้รับสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งผิดกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แม้จะทราบดีว่าไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำเนิดบุตร แต่วัตถุประสงค์เพื่อสร้างครอบครัวอย่างถูกต้องตามกฎหมายกลับถูกกีดกันจากสังคม

ดังนั้น วัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรจึงไม่ควรเป็นข้อจำกัดในการสมรส เนื่องจากการสมรสควรให้หมายความรวมถึง กรณีที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อกฎหมายคุ้มครองถึงบุคคลที่ผูกพันชีวิตอยู่ร่วมกัน ย่อมไม่มีข้อปฏิเสธที่จะยอมรับรองการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่รักเพศเดียวกัน เพราะบุคคลเหล่านี้ก็มีวัตถุประสงค์ที่จะอยู่ร่วมกันคู่สมรสต่างเพศด้วยเหตุนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสมรสไว้แต่เฉพาะบุคคลต่างเพศเท่านั้นจึงเป็นการไม่เหมาะสม

3) เงื่อนไขของการสมรส

(1) การสมรสต้องต่างเพศกัน

เงื่อนไขของการสมรสที่สำคัญที่สุด คือ บุคคลที่จะสมรสกันต้องมีได้มีเพศเดียวกัน ซึ่งน่าจะมาจากหลักพื้นฐานทางธรรมชาติที่สิ่งมีชีวิตต้องดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตน มนุษย์ก็เป็นสิ่งมีชีวิตเช่นกันและการที่จะสามารถดำรงเผ่าพันธุ์ได้จำเป็นต้องเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างผู้ชายและผู้หญิงเพื่อให้กำเนิดบุตรนั่นเอง เมื่อสังคมมนุษย์พัฒนาเป็นสังคมเมือง เกือบทุกประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการข้อนี้ไว้ในกฎหมาย ในกฎหมายไทยก็บัญญัติหลักเกณฑ์ข้อนี้ไว้ในมาตรา

1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากบทบัญญัติดังกล่าว การสมรสที่กฎหมายรับรองในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชายและอีกฝ่ายเป็นผู้หญิงเท่านั้น

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

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

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ก็ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่คล้ายกันกล่าวคือ ได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสไว้ว่าบุคคลที่จะทำการสมรสกันจะต้องมิได้มีเพศเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายของหลายประเทศ เช่น มาตรา 144 แห่งประมวลกฎหมายนโปเลียน

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

รับรองและถือเอาตามกำเนิด หญิงตามพจนานุกรมคือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นผู้ชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล ดังนั้น บุคคลที่แปลงเพศแล้วก็ไม่สามารถทำการสมรสกับผู้ชายได้ เหตุเพราะเพศเมื่อแรกกำเนิดเป็นผู้ชาย

ในปัจจุบันหลายประเทศได้ออกกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ซึ่งเป็นการพัฒนาทางสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายแก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม และสอดคล้องกับพลวัตทางสังคม (Social Dynamics) ที่เปลี่ยนแปลงไป ประเทศเหล่านั้นจึงมองว่าเงื่อนไขทางเพศมิใช่สาระสำคัญของการสมรสอีกต่อไป

(2) การสมรสต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย

การสมรสที่สมบูรณ์ต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย หากผู้ชายและผู้หญิงไม่ยินยอมสมรสกัน การสมรสครั้งนั้นตกเป็นโมฆะ เงื่อนไขนี้มีความสำคัญอย่างมากตามหลักกฎหมายศาสนา (Cannon Law) กล่าวคือ หากผู้ชายและผู้หญิงมิได้สมัครใจยินยอมที่จะสมรสกัน แม้จะมีพิธีการสมรสทางศาสนาต่อหน้านักบวชและพยานอย่างน้อยสองคน หรือผู้ชายและผู้หญิงได้อยู่กันด้วยกันแล้วก็ตามการสมรสนั้นก็ยิ่งถือเป็นโมฆะอยู่นั่นเอง

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law การสมรสต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายไม่เช่นนั้นจะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้ยังเป็นไปตามหลักในคดี HYDE v. HYDE AND WOODMANSEE ที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่า การสมรสของชนชาวคริสเตียนเป็นการสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันตลอดอายุของผู้ชายคนหนึ่งและผู้หญิงคนหนึ่งโดยไม่ปันใจให้แก่ผู้ใดทั้งมวล” อันเป็นการนำหลักกฎหมายศาสนาเข้ามาปรับใช้นั่นเอง

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขความสมัครใจทำการสมรสไว้ตั้งแต่ในสมัยใช้พระอัยการลักษณะศัวเมีย บทที่ 130 ซึ่งบัญญัติว่า “ชายหญิงพรหมจารีรักใคร่กัน พ่อแม่มีรู้และชายอื่นมาขอหญิงนั้น พ่อแม่ยกให้แก่ชายผู้ผู้ขอ ได้แต่งงานมิขึ้นหมาก ครั้นถึงกำหนดให้ส่งตัวหญิง แต่หญิงนั้นมิยอม ท่านให้เอาขันหมากนั้นตั้งใหม่พ่อแม่ทวิคูณแล้วให้ใช้ค่าหอและสิ่งของท่านจงเต็ม เพราะพ่อแม่หญิงมิได้ถามลูกสาวตน” ฉะนั้นบุคคลอื่นไม่สามารถตกลงสมัครใจเป็นสามีภรรยาแทนบุตรในการสมรสได้ เพราะการสมรสเป็นเรื่องเฉพาะตัว และเป็นเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้

ในกฎหมายไทยปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องความสมัครใจในการสมรสไว้ในมาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามี ภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้

นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” หากการสมรสที่มีได้เกิดจากความสมัครใจจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การสมรสตามกฎหมายไทยจะต้องเกิดจากความสมัครใจที่จะทำการสมรสจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองเงื่อนไขในข้อนี้ไว้มาตั้งแต่อดีตแล้ว

(3) การสมรสต้องมีวุฒิภาวะเพียงพอ

เงื่อนไขที่ต้องมีวุฒิภาวะนี้ หมายถึง อายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถสมรสกันได้ เพราะการสมรสก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หลายประการ หากบุคคลที่จะทำการสมรสกันมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอย่อมไม่เป็นผลดีต่อการใช้ชีวิตคู่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายในหลายประเทศจึงกำหนดอายุขั้นต่ำ (Minimum Age) ของบุคคลที่จะทำการสมรสเอาไว้ อันเป็นหลักการสากล เพื่อให้เด็กโตพอที่จะรับผิดชอบในเรื่องการสมรสได้ ซึ่งหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายฝ่าฝืน จะทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่สมรส และจะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนอีกต่อไปไม่ได้

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

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

ดังนั้น เงื่อนไขทางอายุที่จะสามารถทำการสมรสได้ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบทของสังคม บางประเทศยึดถือตามอายุบรรลุนิติภาวะ บางประเทศอนุญาตให้สามารถสมรสได้ก่อนบรรลุนิติภาวะ แต่อยู่ภายใต้ความยินยอมของบิดามารดาและต้องได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

(4) การสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

เงื่อนไขข้อนี้เกิดจากการสมรสของบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งตามปกติการสมรสต้องการความยินยอมจากบุคคลที่จะทำการสมรสก็เพียงพอแล้ว แต่กรณีของผู้เยาว์นั้นกฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เยาว์จากการตัดสินใจและผลที่จะตามมา โดยในแต่ละประเทศได้กำหนดอายุของผู้เยาว์ไว้แตกต่างกัน

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างเช่นประเทศอังกฤษได้กำหนดเงื่อนไขอายุของการสมรสไว้ขั้นต่ำที่ 16 ปี แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีที่ทำการสมรสจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ซึ่งมีอำนาจในการปกครองผู้เยาว์ และศาลจะให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้เยาว์อยู่ในความปกครองของศาล หรือมีเหตุอันควรศาลอาจให้ความยินยอมก็ได้

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

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

กฎหมายประสงค์ที่จะให้การสมรสเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของบุคคลที่จะทำการสมรส จึงกำหนดเงื่อนไขทางวุฒิภาวะไว้เพื่อคุ้มครองผู้ที่สมรส แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องให้ผู้เยาว์ทำการสมรส กฎหมายจึงต้องคุ้มครองผู้เยาว์โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีอำนาจปกครองเพื่อมิให้เกิดการตัดสินใจที่รวดเร็วโดยมิได้ไตร่ตรอง ซึ่งอาจจะทำให้การใช้ชีวิตร่วมกับคู่สมรสไม่ยั่งยืนด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองผู้เยาว์เป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์เพื่อทำการสมรส

(5) การสมรสต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียว

การสมรสระหว่างผู้ชายคนเดียวกับผู้หญิงหลายคน หรือที่นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การสมรสแบบมีภรรยาหลายคน (Polygamy)” ซึ่งแพร่หลายในประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลาม

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

ระบบกฎหมาย Common Law ได้พัฒนาการมาจากกฎหมายศาสนา (Canon Law) จึงยึดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยถือบรรทัดฐานจากแนวคำพิพากษา อย่างกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายอาญา รัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่มีสามีหรือภรรยาซึ่งยังมีชีวิตอยู่ ถ้าทำการสมรสกับบุคคลอื่นอีก บุคคลนั้นมีความผิดฐานสมรสซ้อน การพิจารณาความผิดฐานสมรสซ้อนไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์พยาน แต่การสมรสจะไม่ใช่การสมรสซ้อนถ้าบุคคลได้ทำการสมรสใหม่ เมื่อสามีหรือภรรยาเดิมได้ละทิ้งเป็นระยะเวลา 5 ปีติดต่อกัน หรือบุคคลได้ทำการสมรสใหม่ โดยการสมรสครั้งก่อนเป็นโมฆะ หรือสิ้นสุดลงโดยคำพิพากษาของศาลที่มีอำนาจ” อย่างไรก็ตาม ผลจากการสมรสซ้อนนอกจากทำให้การสมรสตกเป็นโมฆะแล้ว บุคคลที่ทำความผิดฐานสมรสซ้อนยังมีโทษทางอาญาคด้วย โดยเป็นโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ตามนัยมาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย

ส่วนกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้บัญญัติเงื่อนไขการห้ามสมรสซ้อนไว้ในมาตรา 1452 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” หากฝ่าฝืนการสมรสนั้นจะตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้บทบัญญัติข้างต้นยังสอดคล้องกับหลักคำสอนในพระพุทธศาสนาที่ห้ามมิให้ประพฤติดุกขิตเมียผู้อื่นด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขการสมรสที่ต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวถือเป็นสาระสำคัญในหลายประเทศ นอกจากจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามหลักศาสนา หรือขนบธรรมเนียมประเพณีแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสถาบันครอบครัวโดยตรงอีกด้วย

(6) การสมรสต้องห้ามกับญาติสืบสายโลหิต

เงื่อนไขข้อนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของการสมรสอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขนี้ไว้ก็ด้วยเหตุผลทางการแพทย์ เพื่อที่จะป้องกันมิให้บุตรที่เกิดมาจากการสมรสต้องเป็นโรคปัญญาอ่อนหรือมีสุขภาพไม่แข็งแรง เพราะบุคคลเหล่านี้จะมีหน่วยพันธุกรรม (Gene) ที่เหมือนกันมากจนเกินไป เช่น บิดากับบุตรสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 50 ปู่และตา กับหลานสาวมีหน่วยพันธุกรรมที่เหมือนกันถึงร้อยละ 25 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลทางศีลธรรมประกอบด้วย เพราะการที่ญาติสืบสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมบิดามารดา ทำการสมรส

กันเองย่อมกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของสังคมในทางศีลธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นข้อห้ามทางสังคมที่เป็นสากลซึ่งยอมรับกันทั่วโลก

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

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

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

พระอัยการลักษณะหัวเมียนั้น ห้ามทำการสมรสระหว่างญาติสายข้างเคียงด้วย แต่บทบัญญัติใน มาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามเฉพาะญาติทางสายโลหิตสายตรงเท่านั้น

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

(7) การสมรสต้องห้ามกับคนไร้ความสามารถ

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

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

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

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

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

จากแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส สรุปได้ว่าการสมรสคือการที่ชายหญิงตกลงปลงใจที่จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งตามกฎหมายในปัจจุบันนั้น กำหนดว่าการสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรสจึงจะมีผลตามกฎหมาย โดยการสมรสนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์และกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน วัตถุประสงค์ของการสมรสนั้นโน้มเอียงในบริบทของสังคมที่ยึดถือคู่สมรสเป็นผู้ชายและผู้หญิง แต่ในปัจจุบันเกิดการแสดงออกทางพฤติกรรมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น บุคคลในกลุ่มนี้บางคู่ก็ได้ใช้ชีวิตคู่จตุสมามีภรรยาหนึ่งซึ่งในบางประเทศได้รับรองสิทธิการสมรสดังกล่าว อันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์เพื่อการให้กำเนิดบุตรไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของบุคคลในกลุ่มนี้ โดยแนวคิดนี้จึงสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงเหตุผลของการให้ความคุ้มครองในด้านสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.2 แนวคิดเกี่ยวกับเพศ

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

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

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

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

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

1) เพศสภาพ

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

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

ธรรมชาติ ถูกเชื่อมโยงกับความเป็นหญิงในทางปรัชญาตะวันตก จึงส่งผลให้ผู้ชายและลักษณะที่เกี่ยวข้องกับความเป็นชายกลายเป็นตัวกำหนดความเป็นมนุษย์ และจุดหมายของมนุษย์โดยรวม ในขณะที่คำอธิบายและจุดมุ่งหมายของทฤษฎีเหล่านี้กลับไม่ได้รวมผู้หญิงไว้ด้วย เช่น แนวคิดเรื่องสิทธิซึ่งเชื่อมโยงกับความสามารถในการใช้เหตุผลและพื้นที่สาธารณะของผู้ชาย เป็นต้น โดยที่รากฐานของการอธิบายความเป็นหญิงความเป็นชายซึ่งเต็มไปด้วยอคติแห่งการเหยียดหญิง (Misogyny) ข้างต้นนี้ ส่งผลให้เกิดพลังแห่งการกดขี่ผู้หญิงในประเด็นต่าง ๆ ในทุกยุคสมัย โดยงานเขียนที่ชื่อว่า The Difference Between Men and Women ของอริสโตเติลสะท้อนแนวคิดข้างต้นไว้ได้เป็นอย่างดี อริสโตเติลกล่าวไว้ว่าความอ่อนด้อยของหญิงเป็นสิ่งซึ่งธรรมชาติกำหนดไว้แล้วอย่างมีเหตุผล ผู้หญิงมีคุณลักษณะเฉพาะที่อ่อนด้อยกว่าชายนับตั้งแต่วินาทีแรกของการเป็นผู้หญิง ซึ่งความอ่อนด้อยนั้นเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้และพัฒนาไม่ได้ ดังนั้น ผู้หญิงจึงควรยอมจำนนสยบต่อความอ่อนด้อยที่มีอยู่เพื่อให้เข้าสู่สภาพที่สมบูรณ์โดยธรรมชาติของหญิง เนื่องจากจะส่งผลดีแก่ตัวผู้หญิงเอง ซึ่งสำหรับประโยชน์ของการสั่งให้หญิงสยบยอมต่อความเป็นหญิงที่อ่อนด้อยข้างต้นนั้น อริสโตเติลเริ่มจากการอธิบายบทบาทและสถานภาพของผู้หญิงผ่านระบบสืบพันธุ์ (Reproduction) ของผู้หญิงเองว่าการที่ผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิงนั้นเป็นเพราะผู้หญิงไม่สามารถปรุงแต่งสารอาหาร (ประจำเดือน) ให้เกิดเชื้ออสุจิได้เหมือนน้ำคัดหลังของผู้ชายโดยอริสโตเติลจงใจนำเชื้ออสุจิเป็นตัวตั้งและเทียบวัดกับสารปรุงแต่งของผู้หญิงซึ่งก่อให้เกิดข้อสรุปที่ว่าความเป็นหญิงคือ ความไม่สามารถที่จะก้าวขึ้นไปสู่ความเป็นชาย จากนั้นเขาก็ได้นำความไม่สามารถในขั้นนี้ไปผูกติดกับการนิยามคำว่า “อ่อนแอ” เพื่อตอกย้ำข้อสรุปที่ว่าผู้หญิงอ่อนแอกว่าผู้ชายเพราะผู้หญิงขาดบางสิ่งที่มีผู้ชายมี ดังประโยชน์ที่อริสโตเติลกล่าวซ้ำว่า “เด็กมีรูปร่างคล้ายสตรีสตรีคือบุรุษที่ไร้สมรรถภาพ” (Important Men) หรืออาจกล่าวได้ว่า “ไม่มีความเป็นหญิงอยู่จริงมีแต่ความเป็นชายที่ไม่สมบูรณ์หรือผู้หญิงถูกสร้างมาจากชาย เป็นส่วนซึ่งเติมเต็มของชายเท่านั้น” ข้อสรุปของความเป็นหญิงที่อ่อนด้อยที่เกิดจากระบบสืบพันธุ์ข้างต้นนั้น นำไปสู่การเชื่อมโยงในเรื่องต่าง ๆ เช่น หญิงไม่สามารถใช้เหตุผลได้เหมือนชายเนื่องจากเชื้ออสุจิของชายมีวิญญาณที่อยู่ในระดับ Rational Soul คือ ใช้เหตุผลได้ แต่ใจของหญิงมีวิญญาณเพียงในระดับ Nutritive Soul คือ สามารถกินอาหารและมีชีวิตในระดับ Sensitive Soul คือ มีความรู้สึกเท่านั้น ดังนั้น เมื่อผู้หญิงไม่สามารถที่จะใช้เหตุผลได้เหมือนผู้ชาย ผู้หญิงจึงมีหน้าที่ผลิตทายาทให้กับผู้ชายเพียงอย่างเดียวและเมื่อผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิงเช่นนี้ ผู้ชายจึงสมควรเป็นผู้ปกครองและผู้หญิงที่อ่อนแอกว่าจึงควรเป็นผู้ถูกปกครอง

จากการแบ่งแยกความเป็นหญิงความเป็นชายผ่านกรอบแนวคิดทวิลักษณ์นิยมข้างต้นนั้นส่งผลให้เกิดการสร้างฐานการอธิบายความเป็นหญิงความเป็นชายว่าเกิดขึ้นจากความแตกต่างระหว่างเพศหญิงและเพศชาย โดยเฉพาะในด้านสรีระหรือชีววิทยา ซึ่งความต่างในแง่มุมนี้นำไปสู่

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

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

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

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

ดังนั้น โครงสร้างความเป็นชายหญิงและความสัมพันธ์ของทั้งสองเพศจึงเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ สำหรับซิม่อน เดอ โบวัวร์ แล้ว บทบาททางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของผู้หญิงซึ่งอยู่ในสภาพที่ถูก กดขี่ ถูกลดคุณค่า ถูกกำหนดให้เป็นผู้ตาม หรือ“ถูกทำให้เป็นคนนอก” (the Other) ทั้งจากข้ออ้างในเรื่องของความแตกต่างทางกายภาพและลักษณะของความเป็นหญิงล้วนเป็นภาวะที่เกิดจากการหล่อหลอมทางสังคมทั้งสิ้น แนวคิดของซิม่อน เดอ โบวัวร์ จึงเป็นการปฏิเสธแนวคิดแบบสาร์ตัจ ซึ่งอธิบายในเรื่องของแก่นหรือสาระของความเป็นเพศหญิงและเพศชายจากสรีระวิทยา (เช่น ความอ่อนโยน การมีประจำเดือน ความเป็นแม่ความกล้าหาญ) ที่ไม่ว่าในบริบททางสังคมใด สาร์ตัจนั้นก็ไม่สามารถที่จะถูกลดทอนหรือทำลายลงไปได้อย่างสิ้นเชิง ควบคู่ไปกับการพยายามที่จะนำแนวคิด การประกอบสร้าง (Constructionism) ซึ่งเป็นแนวคิดที่เชื่อว่าความเป็นหญิงและความเป็นชาย ซึ่งจะส่งผลต่อบทบาทระหว่างเพศนั้นเป็นเรื่องของการประกอบสร้าง และกระบวนการให้ความหมายทางสังคม เพื่อนำมาใช้ในการอธิบายสถานะที่ผู้หญิงต้องเผชิญ ซึ่งการใช้ข้ออ้างในเรื่องของความแตกต่างทางกายภาพเพื่อกดขี่ผู้หญิงไม่ใช่เรื่องทางธรรมชาติที่ผู้หญิงต้องยอมจำนนกับชะตากรรมดังกล่าวอีกต่อไป แต่เป็นเรื่องของกระบวนการจัดกลาและกระบวนการหล่อหลอมที่สถาบันทางสังคมสร้างขึ้นมา หรือเราอาจกล่าวได้ว่าภาวะอัมพาตที่ผู้หญิงเผชิญอยู่นั้น ไม่ใช่แค่เพียงเหตุผลในเรื่องของความแตกต่างทางด้านกายภาพ

เท่านั้น แต่มีวาทกรรมซึ่งสังคมและวัฒนธรรมกำหนดขึ้นเป็นผู้สร้างและกำหนดชีวิตที่เป็นไปของผู้หญิง ซึ่งหากประพจน์ตัวคิดไปจากกรอบที่สังคมตั้งไว้ (ซึ่งถูกเรียกว่าผิธรรมชาติ) ก็จะกลายเป็นคนที่ชั่วร้ายไปในทันที นอกจากนี้แล้ว สำหรับนักสตรีนิยมนั้น เชื่อว่าความเป็นหญิงความเป็นชายถือเป็นสิ่งที่สามารถแปรเปลี่ยนได้ตามเวลาและสถานที่ กล่าวคือ ความเป็นหญิงความเป็นชายในยุคสมัยหนึ่งอาจไม่ใช่ลักษณะความเป็นหญิงความเป็นชายในอีกยุคสมัยหนึ่ง เช่น สังคมไทยในอดีตผู้หญิงชนชั้นกลางหรือชนชั้นสูง ถูกคาดหวังให้อยู่กับบ้านเพื่อดูแลครอบครัวเนื่องจากการทำงานนอกบ้านถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ดีเกียรติ แต่ในปัจจุบันการทำงานนอกบ้านกลายเป็นเรื่องปกติและอาจถือเป็นความจำเป็นสำหรับบางครอบครัว ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อความเป็นหญิงเป็นชายถูกสร้างขึ้นจากสังคม ผลที่ตามมาคือในแต่ละสังคมความเป็นหญิงความเป็นชายจะถูกคาดหวังในแต่ละสังคมแตกต่างกัน เช่น ผู้หญิงชนบทในภาคเหนือจะมีอิสระ ในการเลือกคู่มากกว่าผู้หญิงชนบทในภาคใต้ นอกจากนี้ ในส่วนของการให้ความหมายทางสังคมต่อความเป็นเพศยังเป็นผลมาจากสถาบันทางเศรษฐกิจและสถาบันทางการเมืองในแต่ละยุคสมัยและแต่ละสังคมที่แตกต่างกันอีกด้วย เช่น ในช่วงเกิดสงครามโลกครั้งที่สองนั้น ผู้ชายในประเทศที่เข้าร่วมสงครามต้องออกไปรบ ดังนั้นผู้หญิงจึงถูกเรียกร้องให้ออกมาทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมและงานด้านอื่นแทนผู้ชาย ทั้งนี้เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ แต่เมื่อสงครามยุติ ผู้หญิงกลุ่มดังกล่าวกลับถูกผลักออกจากตลาดแรงงาน พร้อมไปกับการถูกเน้นย้ำว่าหน้าที่ของผู้หญิงหรือสิ่งที่ผู้หญิงทำได้ดีที่สุดคือการดูแลบ้านและครอบครัว ทั้งนี้ก็เพื่อให้ผู้ชายได้มีงานทำ (จอมญาดา ชื่นประจักษ์กุล, 2548, หน้า 15-19)

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

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

ทางเพศว่าต้องเป็นเรื่องราวชายหญิงเท่านั้น โดยการครอบงำด้วยมิติต่าง ๆ เหล่านี้กับวิธีคิดที่เชื่อในความเป็นสากล (Universality) ของความเป็นหญิงและประสบการณ์ของการกดขี่ สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของระบอบอำนาจของปิตาธิปไตย เนื่องจากนักสตรีนิยมมีแนวโน้มที่จะกีดกันผู้หญิงอีกหลายกลุ่มที่มีประสบการณ์ต่างออกไปหรือมองความเป็นผู้หญิงที่ต่างไปจากการสร้างการผลิตความรู้และการต่อสู้ของสตรีนิยม ซึ่งผู้หญิงเหล่านี้รู้สึกว่าตนไม่สามารถรับหรือเป็นพวกเดียวกับสตรีนิยมที่ไม่ได้รวมเอาความเข้าใจและประสบการณ์ของผู้หญิงเหล่านี้ไว้ได้ ดังนั้นการยึดเอาประสบการณ์ของคนกลุ่มเดียวแล้วเหมารวมว่าเป็นลักษณะหรือเป็นเรื่องราวร่วมกันของคนที่มีเพศสภาพหญิงทั้งหมดมีลักษณะและวิธีคิดและการใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ต่างไปจากการกีดกันผู้หญิงของระบบปิตาธิปไตย (ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, 2543, หน้า 10)

2) เพศวิถี

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

ต่อไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้สถาบันการแต่งงานและสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นพื้นที่ของความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมต้องการล่มสลาย โครงสร้างที่สาม เพศวิถี (Sexuality) ซึ่งถือได้ว่าเป็นสภาพสะท้อนของระบอบปิตาธิปไตยที่ผลิตซ้ำความไม่เท่าเทียมกันและทำให้เราได้เห็นถึงอุดมการณ์ชุดหนึ่งซึ่งทรงพลังสูงมากในสังคมปิตาธิปไตย กล่าวคือ รูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) ซึ่งกลายเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่เป็นภาคบังคับและถูกนิยามว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ ทั้ง ๆ ที่รูปแบบความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงรูปแบบที่ถูกสถาปนาโดยการมีผู้ชายเป็นศูนย์กลางเท่านั้น ดังนั้น เรื่องเพศ (Sex) จึงถูกให้ความหมายโดยเชื่อมโยงกับความแตกต่างเชิงกายภาพระหว่างชายหญิง และการกระทำหรือกิจกรรมเชิงสภาวะของมนุษย์ส่งผลให้ผู้หญิงในสังคมปิตาธิปไตยถูกนิยามให้เป็นวัตถุทางเพศ (Sex Object) ที่คอยตอบสนองความต้องการทางเพศสำหรับผู้ชาย โครงสร้างสุดท้าย การบวนการจัดกลาทางสังคม (Socialization) การที่ผู้หญิงมีลักษณะทางกายภาพที่สามารถดึงดูดรวมทั้งคลอบุตรทำให้หน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกลายเป็นหน้าที่ของผู้หญิง ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วความเป็นมารดามีความเกี่ยวข้องกับความเป็นสถาบันทางการเมือง และด้วยเหตุนี้จึงทำให้เราเห็นการปรากฏขึ้นของอุดมการณ์ชุดใหม่ที่พยายามยึดโยงผู้หญิงและผู้ชายเข้าไว้ด้วยกันอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่เดียวกันก็ทำให้ค้นพบว่าไม่มีแง่มุมในพื้นที่ส่วนตัวใดของผู้หญิงที่ไม่ถูกกลไกควบคุม สำหรับอุดมการณ์ชุดใหม่ดังกล่าวนี้ประกอบด้วย อุดมการณ์ในเรื่องความเป็นแม่ (Motherhood) ความรัก (Culture of Romance) รวมถึงเรื่องของความงาม (Beauty)

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

การที่รูปแบบความสัมพันธ์แบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) มีความเกี่ยวข้องกับการควบคุมเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง การสร้างอุดมการณ์รวมถึงระบบความเชื่อที่ทำให้ผู้ชายสามารถเข้าถึงร่างกายของผู้หญิงได้จึงถือเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่ถูกนิยามจากผู้ชายเป็นศูนย์กลางและทำให้เรื่องของเพศสัมพันธ์ (Sex) ถูกนิยามให้หมายถึงการร่วมเพศของอวัยวะเพศสองประเภทที่ต่างกันที่การล่อลวงตัวของอวัยวะเพศชายเข้าไปภายในอวัยวะของเพศหญิง โดยมีจุดหมายปลายทางอยู่ที่การสำเร็จความใคร่ของชายนั้น อาจไม่ใช่รูปแบบความสัมพันธ์ที่สร้างความพึงพอใจทางเพศแก่ผู้หญิงเสมอไป เนื่องจากรูปแบบความสัมพันธ์ดังกล่าวน่าที่จะเป็นความสัมพันธ์ทางเพศเพื่อดำรงการสืบพันธุ์ของมนุษยชาติ (Reproductive act) มากกว่า ในขณะที่เดียวกัน เพศสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวสามารถสร้างการกระตุ้นเร้าทางเพศให้แก่ผู้ชายได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ผู้หญิงจึงมีฐานะเป็นเพียงวัตถุทางเพศ (Sex object) ที่ตอบสนองความต้องการทางเพศให้แก่ผู้ชาย ประการที่ 2 ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา กรอบความเชื่อความหมายเรื่องเพศในพื้นที่ทางการเมืองและสังคมเป็นไปในแนวทางที่ยึดแนวศีลธรรมซึ่งเน้นการจำกัดเรื่องเพศไว้ที่การแต่งงานในรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงในระบบผัวเดียวเมียเดียวเพื่อการเจริญพันธุ์และเป็นเรื่องของความรักและความผูกพัน (Romantic Love) ซึ่งเชื่อมโยงกับความสัมพันธ์ในรูปแบบเพศวิถีชายหญิง (Heterosexuality) รวมถึงกรอบความเชื่อความหมายเรื่องเพศที่เน้นในเรื่องของการลงโทษพฤติกรรมและความสัมพันธ์ที่ต่างไปจากกรอบความสัมพันธ์ดังกล่าวอันเป็นกรอบที่รัฐและชนชั้นกลางยึดถือ ดังนั้นสำหรับเรื่องเพศของผู้หญิงจึงถูกจำกัดอยู่ภายใต้การแต่งงานอย่างเข้มงวด ในขณะที่มีข้อยกเว้นสำหรับผู้ชาย อนึ่ง ทั้งที่กรอบและระบบความหมายเรื่องเพศนั้นมีความหลากหลายที่มากกว่ารูปแบบเพศวิถีแบบชายหญิง (Heterosexuality) แต่เรากลับเชื่อว่ามีความเหมาะสมกับทุกคนเพียงรูปแบบเดียวที่ดูเหมือนเป็นเรื่องเชิงสังวาสที่ Romantic และ Sexy ทั้งที่รูปแบบของเพศวิถีแบบชายหญิง (Heterosexuality) ที่ฝ่ายชายริเริ่มในทุกความหมายในขณะที่ฝ่ายหญิงยอมตามในทุกความหมาย เป็นเรื่องของกาคคจี เออร์คเอาเปรียบทั้งทางร่างกาย ทางอารมณ์ และทางจิตวิญญาณ

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

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

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

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

เรื่องเพศที่ถูกนิยามในลักษณะที่เป็นการครอบงำของผู้ชายและการสยบยอมของผู้หญิงถูกทำให้เป็นเรื่องเชิงสังวาส ความสัมพันธ์ทางเพศภาคบังคับที่จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องระหว่างชายหญิงนี้ จึงเป็นการกดขี่ร่างกาย อารมณ์และจิตวิญญาณของผู้หญิงเพื่อสนองความต้องการของผู้ชาย ซึ่งการมองเช่นนี้เชื่อมโยงกับความไม่เท่าเทียมระหว่างชายหญิงเข้ากับเรื่องของเพศวิถี ดังนั้น รูปแบบความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายหญิงจึงทั้งสะท้อนและสนับสนุนให้การกดขี่ทางเพศดำรงอยู่ นอกจากนี้ กรอบความเชื่อเรื่องเพศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความรู้สึกพอใจถูกมองในแง่ลบ เนื่องจากการได้รับอิทธิพลจากฐานความเชื่อทางศาสนาของตะวันตกที่เชื่อว่าเรื่องเพศเป็นส่วนหนึ่งของบาปผิดและการลงโทษจากพระเจ้า และจากฐานคิดอนุรักษนิยมแบบวิกตอเรีย (Victorian Thinking) แนวคิดในศตวรรษที่ 19 ซึ่งตรงกับรัชสมัยของพระนางเจ้าวิกตอเรียแห่งประเทศอังกฤษ ที่มองว่าเรื่องเพศถือเป็นเรื่องสกปรกและเป็นเรื่องไม่ดีงาม จึงทำให้กรอบความเชื่อในเรื่องเพศดังกล่าวไม่มีที่ทางให้กับความรู้สึกพอใจทางกายในเรื่องเพศ (Bodily Pleasure) อย่างไรก็ตาม ในขณะที่คนมีแนวโน้มที่เชื่อว่าคนในยุคหลังมีเสรีภาพในเรื่องเพศที่จะแสดงออกและเลือกรูปแบบของความสัมพันธ์ทางเพศได้อย่างเสรี ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว เรื่องเพศมีแง่มุม

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

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

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

นักสตรีนิยมมองว่าเพศวิถี (sexuality) ถือเป็นภาพสะท้อนของความไม่เท่าเทียมในเรื่องเพศได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ การที่สังคมแบ่งบุคคลออกเป็นสองเพศสภาพตามสรีระ

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

ดังกล่าวข้างต้น ฐานเชิงศีลธรรมและศาสนาของกรอบระหว่างเรื่องเพศกระแสหลักและการเชื่อมโยงกับความเป็นธรรมชาติ ทำให้การตั้งคำถามเป็นไปได้ยากและการไม่ยอมตามกรอบดังกล่าวมีโทษทัณฑ์ทางสังคมและกฎหมายของรัฐ ความแตกต่างหลากหลายในวิถีปฏิบัติและอัตลักษณ์ในเรื่องเพศที่แสดงออกอย่างเปิดเผยในพื้นที่สาธารณะมากขึ้น ถูกมองว่าเป็นทั้งสาเหตุและอาการของความเสื่อมของสังคมและศีลธรรมที่กระทบต่อความมั่นคงและผาสุกของสถาบันครอบครัวซึ่งเชื่อกันว่าเป็นหน่วยหลักที่ยึดโยงสังคมไว้ จึงทำให้พฤติกรรมทางเพศถูกตัดสินความผิดถูกโดยผลกระทบทางสังคมมากกว่าการตระหนักถึงความพึงพอใจของปัจเจกบุคคล ดังนั้นการปรากฏตัวในพื้นที่สาธารณะอย่างเปิดเผยของบรรดาชนบททางเพศอย่างกะเทยหรือคนรักเพศเดียวกันและแนวร่วมจึงสั่นคลอนคนหลายกลุ่มที่ยึดมั่นในกรอบของเรื่องเพศที่ดั้งเดิมและทำให้เกิดความหวาดกลัวในความไร้ระเบียบทางเพศที่เป็นผลของการเบี่ยงเบนไปจากกรอบเรื่องเพศกระแสหลัก ด้วยการที่เรื่องเพศถูกมองว่าเป็นเรื่องสกปรก เป็นเรื่องไม่ดีงามที่สามารถส่งผลในทางลบได้อย่างมหาศาลต่อสังคมเนื่องจากความพึงพอใจทางภายในลักษณะดังกล่าวจะทำให้กระทบกับสติและความสามารถในการใช้เหตุผล โดยที่เรามีความเชื่อว่าความสามารถในการใช้เหตุผลรวมถึงการเพิ่มพูนความสามารถในการใช้เหตุผลเป็นเรื่องที่ดี ดังนั้น การกระทำอันใดที่จะทำให้สูญเสียเหตุผลจึงถือเป็นอันตราย อีกทั้งการควบคุมความพึงพอใจหรือความปรารถนาถือเป็นสัญลักษณ์ของความสูงส่งของความเป็นมนุษย์ ฉะนั้น ปรากฏการณ์ต่าง ๆ ที่ทำให้คนรู้สึกว่าการแสดงออกจากการควบคุมและกลายเป็นความไร้ระเบียบ จึงถูกมองว่าเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อศีลธรรมและกรอบกติกาของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ปรากฏการณ์หลายประการที่ดูเหมือนจะสะท้อนการอ่อนกำลังลงของกรอบเรื่องเพศที่ขอบธรรมจึงกลายเป็นประเด็นที่คนหลายกลุ่มเห็นว่าเป็นปัญหาหรือวิกฤติของสังคมที่รัฐต้องเข้ามาจัดการแก้ไข โดยเฉพาะเมื่อเวลาที่บริบททางสังคมเปิดโอกาสให้ผู้หญิงได้เข้ามามีส่วนร่วมทั้งในทางเมือง เศรษฐกิจ และการศึกษาเพิ่มมากขึ้น

การให้คุณค่าเรื่องเพศที่เป็นสากลโดยละเลยความแตกต่างหรือความเฉพาะของกรณี อาจเกิดความผิดพลาดและถูกทำลายโดยผู้มีประสบการณ์ที่แตกต่างไปเนื่องจากประสบการณ์ที่

แตกต่างหลากหลายของผู้หญิงสันถอนการตีความและเรื่องราวหลักเกี่ยวกับเรื่องเพศที่มีความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศเป็นรากฐาน จากการที่ตำแหน่งแห่งที่และองค์ประกอบของอัตลักษณ์ของผู้หญิงมีผลต่อประสบการณ์ทางเพศที่แตกต่างกันทำให้โครงเรื่องหลักเกี่ยวกับโครงสร้างความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่กดขี่หรือการมองเรื่องเพศที่ระดับปัจเจกแต่ละคนจึงไม่ครอบคลุมประสบการณ์ที่หลากหลายนี้ เรื่องเพศจึงอาจเป็นอาณาบริเวณที่ร่างกายและจิตวิญญาณของผู้หญิงถูกกดขี่บังคับให้สยบยอมในการสนองความต้องการทางเพศของผู้ชาย แต่ในขณะเดียวกันเรื่องเพศก็ช่วยในการเสริมสร้างพลังอำนาจให้กับผู้หญิงจำนวนไม่น้อย และเป็นช่องทางที่ผู้หญิงทำร้ายหรือบ่อนทำลายปิตาธิปไตยได้ด้วยการไม่สยบยอม หรือล้อเล่นกับกติกากฎเกณฑ์ของโครงสร้างความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เป็นอยู่ ดังนั้น แก่นมุมของเพศวิถี (Sexuality) จึงไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงการกดขี่ผู้หญิงเท่านั้น แต่เรื่องเพศหรือความพึงพอใจทางเพศสามารถเป็นรูปแบบหนึ่งของสิ่งที่มีคุณค่าที่ผู้หญิงควรมีโอกาสเข้าถึงได้เช่นเดียวกับผู้ชาย และปัจเจกบุคคลควรมีสติที่จะเลือกว่าเรื่องเพศและความสัมพันธ์ในรูปแบบใด กับใครเป็นเรื่องที่ทำให้มีความสุขกิจกรรมทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ จึงควรจะเป็นการเลือกหรือการตัดสินใจของแต่ละบุคคลและไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นพร้อมกับความรักความผูกพัน หรือการสร้างความสัมพันธ์ที่ยั่งยืน เรื่องเพศจึงสามารถกระทำไปเพื่อความพึงพอใจทางกายได้ ดังนั้น เรื่องเพศจึงเป็นได้ทั้งการกดขี่และการปลดปล่อยหรือการทำลายปิตาธิปไตยและการกำกับควบคุมของผู้หญิง ซึ่งควรมีความซับซ้อนขึ้นในการทำความเข้าใจสถานการณ์และประสบการณ์ในเรื่องเพศที่แตกต่างของผู้หญิง โดยรวมเอาปัจจัยอย่างตำแหน่งแห่งที่และภูมิหลังที่ต่างกัน ซึ่งส่งผลต่อการมองประเด็นและประสบการณ์ที่ต่างกันของผู้หญิงแทนการยึดติดอยู่กับเรื่องราวและโครงเรื่องแบบเดียวว่าเป็นประสบการณ์ร่วมที่เป็นสากลของผู้หญิงในปิตาธิปไตย

3) ความหลากหลายทางเพศ

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

(1) บุคคลรักเพศเดียวกันและบุคคลรักสองเพศ

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

(2) บุคคลข้ามเพศ

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

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

บุคคลแปลงเพศ (Transsexual) คือ บุคคลที่มีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิดและไม่เป็นไปตามบรรทัดฐานของสังคม และพยายามหรือมีความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงร่างกายของตนเองให้สอดคล้องกับเพศตามที่ตนปรารถนา ในบางครั้งจึงมีการเรียก

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

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

(3) บุคคลอินเทอร์เซ็ก

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

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

สำหรับการเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก พบว่าองค์การอนามัยโลกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มของความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ (GID) อย่างหนึ่ง ซึ่งบุคคลอินเตอร์เซ็กต้องได้รับการวินิจฉัยสุขภาพทางจิตภายใต้การตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศเสียก่อนจึงจะมีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับบริการด้านสุขภาพจากรัฐ จึงเห็นได้ว่าการกำหนดเช่นนี้นำมาซึ่งการตีตราที่ก่อให้เกิดอคติและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอินเตอร์เซ็กอย่างกว้างขวางเช่นกัน

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

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

สร้างขึ้น และความเข้าใจในความแตกต่างระหว่างมนุษย์หญิงชาย จนเกิดขึ้นของการตั้งคำถามถึงความแตกต่างระหว่างเพศ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้นการศึกษาเกี่ยวกับเพศจึงศึกษาไปถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ทราบถึง ความคิด ความรู้สึก พฤติกรรม วิถีชีวิตและความสัมพันธ์ทางสังคมกับคนอื่น ๆ

2. ทฤษฎี

2.1 ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบควีรี่ (Queer Theory)

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

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

ทฤษฎีเคียวร์ ทำให้เกิดการทบทวนและการท้าทายวิธีคิดที่แบ่งแยกขั้ว เช่น การแบ่งแยกระหว่างรักต่างเพศ กับรักเพศเดียวกัน การแบ่งผู้ชายกับผู้หญิง หรือผู้ชายกับเกย์ เคียวร์พยายามเสนอว่าการคิดแบบแบ่งแยกนี้ทำให้เกิดการยึดมั่นความจริงแบบตายตัว หรือทำให้คิดว่า อัตลักษณ์เป็นสิ่งคงที่และมีเอกภาพ เช่น เมื่อเราคิดว่าเกย์ถูกกีดกันจากสังคม หรืออยู่ด้านตรงข้ามกับรักต่างเพศ เราก็จะยิ่งตอกย้ำอัตลักษณ์และเพศวิถีที่ผิดปกติของเกย์ แนวคิดเคียวร์ต้องการให้เกิดการอธิบายใหม่เกี่ยวกับเพศโดยผูกโยงเข้ากับเรื่องความหลากหลาย (Diversity) และชี้ให้เห็นว่าการอธิบายตัวตนทางเพศ อัตลักษณ์ พฤติกรรม และการปฏิบัติทางเพศไม่สามารถใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งได้ เพราะเรื่องเพศเป็นพรหมแดนที่มีการต่อรองของอำนาจต่าง ๆ ดังนั้น การอธิบายเรื่องเพศแบบเคียวร์จึงเป็นการอธิบายบริบทของการต่อสู้ ต่อรอง ท้าทาย และการโต้เถียงความหมายของคนกลุ่มต่าง ๆ (Jackson, 2003)

ในช่วงทศวรรษ 1970 - 1980 การเมืองเรื่องอัตลักษณ์ในขบวนการเคลื่อนไหวของเกย์และเลสเบี้ยน ถูกวิจารณ์ว่าอาศัยมุมมองโลกทัศน์แบบชนชั้นกลางผิวขาว ซึ่งทำให้มองไม่เห็นความแตกต่างหลากหลายในกลุ่มเกย์และเลสเบี้ยน ซึ่งอาจประกอบด้วยคนผิวดำ ผิวสี และชนชั้นล่าง (Nikki Sullivan, 2003) ดังนั้น ประเด็นความแตกต่างทางชนชั้น เชื้อชาติ สีผิว ฐานะ จึงเป็นเรื่องสำคัญในการทำความเข้าใจความหลากหลายในเพศวิถี ซึ่งไม่ได้มีความเป็นเอกภาพเดียวกัน ประเด็นต่อมาคือ แนวคิดเคียวร์ทำให้พรหมแดนเรื่องเพศสภาพและเพศวิถีเข้ามาบรรจบกัน เช่น การศึกษาของไดอาน่า ฟัสส์ และสเตวี แจ็คสันอธิบายว่าทั้งรักต่างเพศและรักเพศเดียวกันล้วนอธิบายตัวตนทางเพศด้วย “เพศสภาพ” (Gender) หรือให้ความหมายกับความเป็นชายและความเป็นหญิงเพื่อที่จะสร้างอัตลักษณ์ทางเพศ ข้อสังเกตดังกล่าวทำให้ความหมายของเพศสภาพและเพศวิถีย้ายขอบเขตออกไปจากเดิม โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดกับการแยกขั้ว นอกจากจะชี้ให้เห็นปัญหาของการแยกขั้วแล้ว แนวคิดเคียวร์ยังชี้ว่าระบบรักต่างเพศ หรือบรรทัดฐานแบบรักต่างเพศ (Heteronormativity) ทำให้เกิดการกีดกันและการแบ่งแยกเพศ ส่งผลให้กลุ่มคนที่เป็นเพศอื่น เช่น เกย์ กะเทย เลสเบี้ยน กลายเป็นคนชายขอบ และยังชี้ให้เห็นว่าระบบรักต่างเพศได้สร้างให้ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าเพศอื่น ๆ ระบบรักต่างเพศจึงเป็นระบบที่กดขี่ข่มเหงโดยมีเพศชายมีอำนาจชี้นำ (Jackson, 2003)

ข้อสังเกตเหล่านี้มีรากฐานมาจากกระแสความคิดหลังโครงสร้างนิยมที่ตั้งคำถามเกี่ยวกับวิธีการสร้างความจริงในโลก สำหรับการสร้างความจริงในเรื่องเพศนั้นก็เป็ผลพวงของระบบเหตุผลวิทยาศาสตร์ที่เชื่อความจริงแท้ แนวคิดเคียวร์จึงเป็นเหมือนการตอบโต้วิธีคิดแบบวิทยาศาสตร์ของตะวันตก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เคียวร์ต้องการวิพากษ์วิธีอธิบาย “ตัวตน” ของสรรพสิ่งต่าง ๆ ว่ามีความเป็นสากล เคียวร์ไม่เชื่อเรื่องความเป็นสากลตามที่วิทยาศาสตร์อ้าง ดังนั้นอะไร

ก็ตามที่พยายามตอบคำถามความเป็นสากลในเรื่องเพศ นักคิดในแนวเคย์วิร์จะออกมาวิพากษ์วิจารณ์ ขณะเดียวกันก็พยายามชูเรื่อง “ลักษณะเฉพาะ” “ความเป็นท้องถิ่น” “พื้นบ้าน” เพื่อให้ให้เห็นความซับซ้อนที่ปรากฏอยู่ในเรื่องเพศ นักวิชาการบางคนกล่าวว่าเคย์วิร์สนใจ “ความแตกต่าง” ที่เกิดขึ้นในกลุ่มคน หรือใน “ตัวตนของคน” เช่น ความแตกต่างที่เกิดขึ้นในกลุ่มชายรักชาย หญิงรักหญิง บุคคลข้ามเพศกลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้มีเอกภาพเดียวกัน แต่มีความซับซ้อนในการแสดงตัวตนที่ต่างกัน

เมื่ออัตลักษณ์ทางเพศที่ปรากฏอยู่ในตัวคนเป็นสิ่งที่ไม่มีเอกภาพ ดังนั้น อัตลักษณ์ชายหญิง เกย์ เลสเบียน กะเทย คนข้ามเพศ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นอัตลักษณ์ที่ไม่มีแก่นแท้แน่นอน หากแต่มีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปตามความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างตัวคนกับสังคม ข้อวิจารณ์ของเคย์วิร์จึงเปิดพรมแดนให้เกิดข้อถกเถียงว่าอะไรคือ “ตัวตน” หรือ “อัตลักษณ์” ที่แท้จริงของมนุษย์ เคย์วิร์จะไม่เชื่อเรื่องความ “จริงแท้” ของเพศสภาพและเพศวิถี เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นผลที่เกิดจากการสร้าง “ความรู้” และความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันในสังคม (Sullivan, 2003, p. 41) เพราะขบวนการสร้างความรู้แยกไม่ออกจากการใช้อำนาจของกลุ่มคน ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มคนรักเพศเดียวกันหรือคนรักต่างเพศก็ล้วนแล้วแต่อ้างความรู้เพื่อการต่อสู้ขัดขืนบางอย่างเพื่อตอบคำถามอัตลักษณ์ของตนเอง เพื่อปลดปล่อย เพื่อต่อต้าน เพื่อกดทับและควบคุมอัตลักษณ์ของคนบางกลุ่ม การช่วงชิงความหมายดังกล่าวนี้ทำให้ขบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเรื่องที่ “ถูกสร้าง” และเปลี่ยนแปลงไปตามช่วงเวลาในประวัติศาสตร์

ข้อถกเถียงข้างต้นดูได้จากการศึกษาของ Sedgwick (1990) เรื่อง Epistemology of the Closet ซึ่งอธิบายว่าวัฒนธรรมตะวันตกพยายามสร้างความจริงเกี่ยวกับเพศวิถีแบบคู่ตรงข้ามระหว่าง “รักต่างเพศ” และ “รักเพศเดียวกัน” คู่ตรงข้ามนี้ทำให้บุคคลนำตัวเองเข้าไปอยู่ใน “กล่อง” เพื่อที่จะต่อสู้ซึ่งกันและกัน เช่น กลุ่มเกย์และเลสเบียนเชื่อว่าอัตลักษณ์ของตนเองเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับผู้ชายผู้หญิง จึงพยายามที่จะเรียกร้องความเท่าเทียมทางสังคม ตัวอย่างนี้สะท้อนวิธีคิดแบบคู่ตรงข้ามที่ถูกสร้างขึ้นในสังคมตะวันตก เซดจ์วิกวิจารณ์ว่าถ้าคนในสังคมยังเชื่อว่าวิธีคิดแบบคู่ตรงข้ามเป็นความจริง ก็จะยิ่งสร้างความรุนแรงมากเท่านั้น (Sedgwick, 1990) ในการศึกษาของไมเคิล วอร์เนอร์ เรื่อง Fear of the Queer Planet อธิบายในทำนองเดียวกันว่าสังคมรักต่างเพศพยายามจัดระเบียบกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่แบ่งแยกเพศออกเป็นสองขั้วระหว่างรักต่างเพศที่ถือว่า “ปกติ” และ รักเพศเดียวกันที่ถูกจัดให้เป็นความ “ผิดปกติ” สิ่งเหล่านี้คืออำนาจที่รักต่างเพศพยายามกดทับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมและอัตลักษณ์แบบรักเพศเดียวกัน ซึ่งวอร์เนอร์เสนอคำว่า “Heteronormativity” เพื่อที่จะวิพากษ์วิจารณ์อำนาจและความรู้ที่มาจากรักต่างเพศ อำนาจดังกล่าวนี้

มองอัตลักษณ์ทางเพศแบบ “ความจริงแท้” โดยละเอียดที่จะมองความหลากหลายของการแสดง ความหมาย การแสดงพฤติกรรม และอารมณ์ความรู้สึกทางเพศในแบบอื่น ๆ

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

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

2.2 ทฤษฎีสารัตถะนิยม

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

ความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ความรู้เรื่องเพศดังที่ได้กล่าวมานี้ นักเพศศาสตร์เห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความเป็นสากลและเป็นเอกภาพโดยสามารถใช้อธิบายได้กับทุกสังคมและวัฒนธรรม

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

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

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

สรุปได้ว่า ทฤษฎีสารัตถะนิยมเป็นทฤษฎีอธิบายเรื่องเพศ โดยเพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ และมีความสัมพันธ์กับสรีระ อันเป็นเงื่อนไขความเป็นเพศทางชีววิทยา โดยมีหน้าที่สำคัญคือการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเพศชายและหญิงเท่านั้น ส่วนบุคคลซึ่งมีพฤติกรรม วิธีปฏิบัติและการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามธรรมชาติจัดว่าเป็นผู้ที่มีความความเบี่ยงเบนหรือมีความผิดปกติทางจิตซึ่งถือเป็นความเจ็บป่วยหรือเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องได้รับการรักษา ดังนั้นในการวิจัยครั้งนี้จึงได้นำทฤษฎีนี้มาใช้เป็นข้อพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.3 ทฤษฎีเสรีภาพ

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

ส่วนเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล

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

จะเห็นได้ว่าทฤษฎีเสรีภาพเป็นการศึกษาถึงอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเองโดยอำนาจนี้บุคคลสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ตามที่ใจปรารถนา ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้นำทฤษฎี

นี้มาใช้ในการศึกษาถึงอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2.4 ทฤษฎีครอบครัว

ครอบครัวจัดเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีและสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ภายใน

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

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

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

1. ความสัมพันธ์แบบปล่อยตามใจ พ่อแม่หลายคนมีความเข้าใจผิดว่า หากปล่อยตามใจบุตรเป็นวิธีการประชาธิปไตย จึงมีความภูมิใจในการสร้างความสัมพันธ์กับบุตรแบบนั้นบางคนตามใจบุตรเพราะความรักและหลงใหล ทำให้เด็กควบคุมความประพฤติของตนเองไม่ได้ ขาดความเคารพและเชื่อฟังผู้ใหญ่ ขาดความรับผิดชอบ

2. ความสัมพันธ์แบบผู้ปกครองใช้อำนาจบังคับ ด้วยความปรารถนาดีพ่อแม่ บางคนก็ใช้อำนาจบังคับควบคุมอย่างเข้มงวดกดขี่ เด็กที่ได้รับความสัมพันธ์แบบนี้มักเป็นคนขาดความคิดริเริ่ม ปกครองตนเองไม่ได้

3. ความสัมพันธ์แบบใช้เหตุผลเพื่อทำความเข้าใจกัน พ่อแม่ใช้อำนาจบังคับควบคุมเด็กโดยอาศัยเหตุผล และความเข้าใจเป็นที่ตั้ง พ่อแม่มิได้ปล่อยตามใจเด็ก แต่เปิดโอกาสให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นและแลกเปลี่ยนความคิด จะทำให้เด็กมีความเห็นใจผู้อื่น มีความสามารถในทางวิเคราะห์ใช้เหตุผลได้ดี ปรับตัวได้ดีและมีความเป็นผู้นำสูง

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

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

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นในครอบครัวมักจะเป็นปัญหาในหลาย ๆ ด้าน ได้แก่ ปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจครอบครัว ครอบครัวที่มีฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจในระดับต่ำ ได้แก่ การที่หัวหน้าครอบครัวหรือพ่อแม่มีการศึกษาน้อย ประกอบอาชีพที่มีรายได้ไม่เพียงพอกับค่าครองชีพ ทำให้ขาดความรู้และขาดปัจจัยที่จะมาสนองความต้องการและการส่งเสริมพัฒนาการอย่างเหมาะสม ทำให้สมาชิกในครอบครัวมีการพัฒนาช้า ไม่แข็งแรงและเจ็บป่วยง่าย เมื่อมีปัญหาด้านร่างกาย ปัญหาด้านจิตใจและสังคมก็ตามมา ปัญหาจากสภาพแวดล้อมทางกายภาพของครอบครัว สภาพที่อยู่อาศัยที่มีปัญหาก่อความรบกวนแก่สมาชิกในครอบครัว เช่น บ้านไม่มีระเบียบ ผู้คนแออัด เป็นแหล่งส้วมสกปรก การถ่ายเทไม่ดี มีเสียงรบกวน ตลอดจนมลภาวะต่าง ๆ ที่ทำให้สมาชิกครอบครัวเกิดความรำคาญและเป็นอันตรายต่อสุขภาพกายและจิตปัญหาจากการอบรมเลี้ยงดูของพ่อแม่ การอบรมเลี้ยงดูจากพ่อแม่ที่มีความสำคัญต่อพฤติกรรมการปรับตัว มีผลต่อสุขภาพจิตของสมาชิกในครอบครัวปัญหาความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ถ้าสมาชิกภายในครอบครัวขัดแย้งแตกแยกไม่ลงรอยกัน ย่อมทำให้ครอบครัวขาดความสงบสุข และ ปัญหาสุขภาพอนามัยและการเจ็บป่วยของสมาชิกในครอบครัวที่มีผลกระทบต่อบุคคล ครอบครัว การเจ็บป่วยของสมาชิกมีผลทำให้เกิด

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

จะเห็นได้ว่าครอบครัวจัดเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรักความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดี และสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ภายในสังคม

3. หลักการ

3.1 หลักสิทธิมนุษยชน

1) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ที่สร้างขึ้นบนพื้นฐานของลักษณะทางธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด โดยพัฒนาการทางความคิดในเรื่องดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นเป็นครั้งแรกในโลกตะวันตกซึ่งพยายามอธิบายว่าสิทธิมนุษยชนนั้นมีที่มาได้อย่างไร ในทางวิชาการมีการอธิบายเรื่องดังกล่าวโดยแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก อธิบายว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิได้รับมาจากพระเจ้าเนื่องจากพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาโดยลอกเลียนจากรูปลักษณ์ของพระองค์ พร้อมกันนั้นพระเจ้าเป็นเจ้ายังได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ทุกคนโดยเท่าเทียมกันซึ่งสิทธิเหล่านั้น ไม่อาจโอนแก่กันได้ และไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังนั้นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์จึงเป็นสิ่งมีคุณค่าและมีเกียรติ เพราะเป็นผลผลิตมาจากพระเจ้า มนุษย์จึงต้องเคารพมนุษย์ด้วยกันเองอันถือว่าเป็นหน้าที่ต่อพระเจ้า

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

จ่ายโอนได้ จึงเห็นได้ว่าการอธิบายตามแนวทางที่สองนี้ปฏิเสธการนำความคิดจากความเชื่อทางศาสนาอธิบาย แต่เห็นว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นเองโดยใช้ตรรกะและความมีเหตุผลของมนุษย์ สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนรัฐ และถูกทำให้เป็นรูปธรรมด้วยการรับรองโดยกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

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

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ไม่ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจน แต่ในปฏิญญานี้ได้ให้การรับรองหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนไว้ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่กำเนิด และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเสมอภาคกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้นอกจากนั้น สำนักงานข้าหลวงใหญ่ด้านสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้อธิบายถึงสิทธิมนุษยชนไว้ว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติ ที่อยู่อาศัย เพศ ชาตินาเกิดหรือเชื้อชาติ ศิพว ศาสนา ภาษา หรือสถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ล้วนมีความสัมพันธ์ เชื่อมโยงซึ่งกันและกัน และไม่อาจแบ่งแยกได้ โดยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับคือ

สิทธิมนุษยชนระดับแรก ได้แก่ สิทธิที่ติดตัวบุคคลทุกคนมาแต่กำเนิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ เป็นสิทธิที่อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐ ได้แก่ สิทธิในชีวิต การห้ามฆ่าหรือทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการทรมาน ห้ามนุญย ห้ามนทรมานอย่างโหดร้าย สิทธิในความเชื่อทางศาสนา ทางการเมือง เสรีภาพในการแสดงความเห็นหรือแสดงออก หรือสื่อความหมายอื่นใด ซึ่งสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่ต้องมีกฎหมายรับรองเพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในมโนธรรมสำนึกของแต่ละคน

สิทธิมนุษยชนระดับที่สอง ได้แก่ สิทธิที่ได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล เพื่อเป็นหลักประกันว่าทุกคนที่อยู่ในรัฐจะได้รับความคุ้มครองชีวิต ความเป็นอยู่ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์ เช่น การได้รับสัญชาติ การได้รับความคุ้มครองด้านแรงงาน การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน การได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถ

แสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ เป็นต้น ซึ่งสิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้จะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเท่านั้น

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

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

สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทางด้านสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคมในองค์การเอกชนได้แสดงความเห็นว่า การกล่าวถึง “เพศวิถี” ในที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติครั้งนี้ถือว่าเป็นการยอมรับเรื่องเพศวิถี ในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นสิทธิในการพัฒนาความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน ซึ่งการกล่าวถึงคำว่า “เพศวิถี” ในองค์การสหประชาชาติหมายความว่า ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพส่วนรวม ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม และนอกจากนั้นยังได้อธิบายถึงความสำคัญของเพศวิถีว่าเป็นสิ่งสำคัญต่อการกำหนดความเป็นตัวตนของมนุษย์ เพราะเพศวิถีเป็นสาระสำคัญขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ทุกคน และถือเป็นศูนย์กลางของการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคลทำนองเดียวกับเสรีภาพในทางความคิดและร่างกาย ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลในเรื่องเพศวิดีย่อมก่อให้เกิดการพัฒนาความสามารถหรือศักยภาพที่มีอยู่ภายในตัวของบุคคลซึ่งมิใช่เป็นเพียงกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นคนส่วนน้อยในสังคม

เท่านั้น หากแต่หมายถึงคนส่วนใหญ่ในสังคมด้วย อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องความหลากหลายในรูปแบบของการตั้งครอบครัวที่ปรากฏในการประชุมโคโร ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับของประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์อย่างเคร่งครัดตัวอย่างเช่น นครรัฐวาติกันได้ตั้งข้อสงวนในเรื่องดังกล่าวไว้โดยแสดงความเห็นว่า การสมรสเป็นเรื่องความเท่าเทียมของคู่สัญญาระหว่างบุคคลในฐานะเป็นสามีและภริยาเท่านั้น

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

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

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

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

ดังนั้น การศึกษาหลักสิทธิมนุษยชนจึงเป็นการศึกษาถึงสิทธิการสมรสที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พึ่งมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิ สิทธิมนุษยชนมีความเป็นสากลและมีด้านต่าง ๆ ที่เชื่อมโยงเกี่ยวพันซึ่งกันและกันอย่างไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้

3.2 หลักความเสมอภาค

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

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

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

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

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

1) ความเสมอภาคหญิงชาย

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

การที่เพศชายมีสถานภาพเหนือกว่าเพศหญิงอันมีผลมาจากอคติทางเพศ ภาพเหมารวมความเป็นหญิงหรือความเป็นชาย พฤติกรรมที่มาจากการเรียนรู้ทางวัฒนธรรม และความคาดหวังของสังคมและบทบาทที่ได้รับมอบหมายเนื่องมาจากสภาพทางเพศ ย่อมนำมาซึ่งความไม่เสมอภาคระหว่างเพศและการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น ปัจจัยที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมทางเพศว่ามีสาเหตุมาจาก 3 ปัจจัยหลักด้วยกัน คือ

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

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

เหนือกว่าและมีอำนาจมากกว่าภรรยา ในขณะที่งานที่อยู่ใต้ความรับผิดชอบของภรรยา เช่นงานบ้าน การอบรมเลี้ยงดูบุตร มิได้เปิดโอกาสให้ได้เข้าควบคุมการผลิต ฐานะของเพศหญิงจึงด้อยกว่า

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

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

3.3 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การศึกษาเรื่องหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในหัวข้อนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ แนวคิดว่าด้วยเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนความหมายและสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งจะได้นำเสนอตามลำดับ ดังนี้

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

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

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

ความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นด้วย

W. Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริณทลของความอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริณทลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริณทลดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้นโดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้

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

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

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

ในขณะที่หลักปัจเจกชนนิยมมีรากฐานจากความคิดของสำนักสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่าการได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติที่สมบูรณ์ที่สุดคือ อุดมคติสูงสุดของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์จะบรรลุถึงสภาวะดังกล่าวได้ มนุษย์ต้องมีความเป็นตัวเองและความมีเหตุผล และการที่มนุษย์จะมีความเป็นตัวเองได้ มนุษย์ต้องมีอำนาจหรือความสามารถในการกำหนดตนเองหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์และไม่สามารถโอนให้แก่กันหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนไปได้

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

2) ความหมายและสาระของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

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

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

การแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศ หมายความว่ารวมถึง สิทธิของบุคคลแปลงเพศ ในอันที่จะได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพและจิตใจของตนอย่างเต็มที่ รวมถึงการสร้างความสัมพันธ์ กับบุคคลอื่น ๆ อีกด้วย

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

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

3.4 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

1) ความหมายและลักษณะของการเลือกปฏิบัติ

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

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

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

สำหรับลักษณะของการเลือกปฏิบัติ ยังแบ่งออกเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

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

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

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

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

การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็น
การตรากฎหมายที่ต่างกันภายใต้เงื่อนไขสถานการณ์ที่ต่างกัน ซึ่งจะต้องเป็นเรื่องที่มีเหตุผลและ
สามารถอธิบายได้หรือในกรณีที่จำเป็นต้องมีการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างก็เพราะเพื่อเหตุ
ผลประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีที่กล่าวมานี้ต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่
สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย ในทางกลับกัน หากเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลัก
ความเสมอภาค ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม
เช่นกัน

(2) การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อความเสมอภาค คือ การปฏิบัติที่ต่างกันต่อบุคคลที่
มีฐานะหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร โดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบ
ด้วยกฎหมาย การกระทำได้กล่าวถึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และ
เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ในทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในรัฐมักมีการ
กำหนดเหตุของการเลือกปฏิบัติเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งอาจจำแนกออกได้เป็น
3 ลักษณะ คือ

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

2.2) การกำหนดระบุเหตุของการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคไว้ใน
บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐทั้งหมด ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้ศาลไม่อาจวินิจฉัยโดยนำ

เหตุอื่นที่อยู่นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้กฎหมายมาอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคได้ ดังนั้น เหตุของการเลือกปฏิบัติจึงปรากฏโดยวิธีการบัญญัติกฎหมายของรัฐเท่านั้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรป ในประเทศอังกฤษ หรือในประเทศไทย เป็นต้น

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

2) รูปแบบของการเลือกปฏิบัติ

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

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

ความผิดจากการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือการจำกัดสิทธิในการแสดงออกของบุคคลบนพื้นฐานแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยตรงต่อบุคคลบนพื้นฐานของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อม เกิดขึ้นจากแนวคิดว่าด้วยหลักความเสมอภาคในโอกาส ซึ่งเห็นว่าการสร้างความเท่าเทียมในโอกาสของบุคคลในบางกรณี ไม่อาจเกิดขึ้นได้จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นกลาง เพราะการใช้หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติอย่างเดียวกันบางครั้งก็ไม่สามารถก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจึงเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีความเป็นกลางได้ทำให้บุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะบางอย่างอันเนื่องมาจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเหล่านั้น ไม่อาจใช้สิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของกฎหมายได้ และทำให้บุคคลเหล่านั้นเกิดความเสียเปรียบเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น ๆ โดยความเสียเปรียบเหล่านั้นยังคงเป็นเรื่องที่ยังไม่ได้รับการพิสูจน์ถึงความชอบด้วยวัตถุประสงค์ และความจำเป็นและความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าว ตัวอย่างเช่น การปฏิเสธสิทธิในการรับรองสถานะและความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หรือการปฏิเสธสิทธิในการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศ เป็นต้น

การเลือกปฏิบัติทางอ้อมจึงมักเป็นเรื่องของการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริงที่ขึ้นเกิดจากการใช้มาตรการทั่วไปและส่งผลกระทบอย่างไม่ได้สัดส่วนต่อกลุ่มบุคคลซึ่งมีลักษณะเฉพาะเป็นจำนวนมาก โดยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในบริบทของการจ้างงาน การศึกษา ปัญหาเรื่องสุขภาพ และการแสดงออกรวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในบางครั้งก็ขึ้นจากการใช้ความรุนแรงร่วมด้วย อย่างไรก็ตาม หากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเป็นกลางเหล่านั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และมาตรการเหล่านั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีความจำเป็น กรณีย่อมต้องถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อมที่เป็นธรรม

สรุปว่าหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเป็นการให้ความเสมอภาคกับทุกคน โดยไม่กีดกันใคร ไม่เลือกปฏิบัติใคร มาตรฐานเดียวกันหมด ซึ่งการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกันการหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ศาสนา การใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งมวล ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือบางคนอาจเกิดมาพร้อมกับความผิดปกติทางร่างกายบางประการ หากความแตกต่างเหล่านี้กลายเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิ หรือการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งทำให้ไม่ได้รับสิทธิ หรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสถานะปกติจะพึงมีหรือได้รับ

3.5 หลักนิติสัมพันธ์

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

ดังนั้น หลักนิติสัมพันธ์จึงเป็นความเกี่ยวข้องกับการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์กัน ในทางใดทางหนึ่งนานับเป็นเวลาหลายพันปี แม้ว่าครอบครัวจะเป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด แต่ก็ยังเป็นหน่วยที่สำคัญที่สุด ครอบครัวยังเป็นสถาบันสากลที่ทำหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ให้แก่ประเทศ การสมรสเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะที่เป็นสามีภริยาด้วยความสมัครใจ นิติสัมพันธ์ในรูปของการสมรสจึงเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างครอบครัว ดังนั้นการศึกษาหลักนิติสัมพันธ์จะทำให้ทราบถึงกฎหมายที่มีผลในการกำหนดการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

4. กฎหมายระหว่างประเทศ

4.1 ปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

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

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

สิทธิมนุษยชนเกิดจากการที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้นำเอาหลักการและแนวคิดตามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์หรือสิทธิที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ มากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปฏิญญานี้ และรวมเรียกสิทธิเหล่านี้ว่าสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ขึ้นมาบนโลกอย่างเป็นทางการ โดยปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชนไว้มากมาย ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวด้วย โดยได้ยอมรับสิทธิดังกล่าวไว้ในข้อที่ 16 (1) เนื้อหาในปฏิญญาสากลฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในการสมรสและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ให้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นได้กับความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น หรือแม้แต่ในกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 ก็ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวนี้ในข้อที่ 23 เช่นเดียวกัน ทำให้กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักต่างเพศเท่านั้นเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในระดับสากลเหล่านี้แม้ว่าสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ไม่ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กลับรับรองแค่เพียงสิทธิในการสมรสซึ่งมีฐานะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมความรักเท่านั้น

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

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

“ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด และสิทธิในความเสมอภาคและรวมถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงในครอบครัวของมนุษย์นั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพของโลก... ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชายและหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม ตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้น” (วาระ โลจาเย, 2525)

ในปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ฉบับนี้ ได้มีการกล่าวถึงสิทธิอันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ว่ามีความเสมอภาคกันโดยเฉพาะในเรื่องของการแสดงออกของความต้องการด้านความรัก ประกอบกับแนวคิดในเรื่องสิทธิความเสมอภาคระหว่างเพศ ที่ควรจะได้มีการรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายและมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิง รวมไปถึงพฤติกรรมในการแสดงออกด้านความรักของพวกเขาเหล่านั้นในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นความรักที่แสดงออกกับเพศเดียวกัน หรือความรักที่มีต่อเพศสรีระที่ต่างจากตน แต่สิ่งที่ปรากฏคือปัญญาสากลฉบับนี้ได้ให้การรับรองเฉพาะความรักในรูปแบบของรักต่างเพศเท่านั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ โดยเฉพาะเรื่องของความหลากหลายของรสนิยมและความพึงพอใจทางเพศของบุคคลซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน ทั้งที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงประกอบกับเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากต่อการสร้างความเข้าใจให้กับมนุษย์โดยทั่วไป

ดังนั้น จึงต้องศึกษาเพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวทางที่สามารถที่จะพัฒนาไปสู่การสร้าง ความเข้าใจแก่คนในสังคม เพื่อนำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ให้แก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งในระดับของข้อตกลงระหว่างประเทศ และในข้อตกลงระดับภูมิภาค ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น หากจะพิจารณาว่าเหตุใดปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่มีการรับรองสิทธิการสมรสอย่างชัดเจนและตรงประเด็นในชนิดที่ว่าไม่ต้องอาศัย

การตีความนั้น เป็นเพราะประเด็นที่เกิดขึ้นเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ในสังคมระหว่างประเทศ หลังจากปี ค.ศ. 1948 ที่ได้มีการประกาศใช้ปฏิญญาฉบับนี้ หรือเป็นเพราะว่าการที่มีรัฐที่ให้การยอมรับและออกกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิการสมรสนั้นยังมีไม่มากพอ และยังมีประเด็นที่จะสามารถนำเสนอในวาระการประชุมของสหประชาชาติในแต่ละครั้งได้โดยง่าย จึงทำให้การรับรองสิทธิในทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ยังไม่ถูกหยิบยกขึ้นมาอภิปราย ทั้งนี้เพราะการประชุมในแต่ละครั้ง การจัดลำดับของวาระการประชุมมีปัญหามากมาย เพราะปัญหาที่ประชาคมโลกหรือรัฐสมาชิกส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการแก้ไขก็จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก่อน หรืออาจเป็นเพราะสาเหตุที่ประเด็นดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นปัญหาที่มีความจำเป็นและเร่งด่วนที่ควรจะได้รับ การแก้ไข ส่งผลให้ประเด็นดังกล่าวจึงยังมิได้มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเวทีสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ

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

ต่อมาได้ทำการศึกษาและค้นพบว่าในสถานการณ์ปัจจุบัน กลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันได้พยายามรณรงค์ต่อสู้เพื่อให้ได้รับสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายจากรัฐ และยึดแนวทางในการต่อสู้ในประเด็นสิทธิของความหลากหลายทางเพศ หรือนุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้ประเด็นดังกล่าวเป็นแนวทางเริ่มแรกของการรณรงค์ว่า สิทธิที่ควรจะได้รับจะต้องมีความเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิง ซึ่งในเรื่องนี้วิเคราะห์ได้ว่า เป็นการต่อสู้ที่ผิดถูกวิธีและมีลักษณะที่เป็นไปได้ยากที่จะได้รับชัยชนะ เพราะการต่อสู้ในลักษณะเช่นนี้ จะต้องสร้างความเข้าใจให้กับคนในสังคมที่จะยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก่อน และต่อจากนั้นจึงเป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ในทางสังคมประเภทอื่น ๆ ต่อไป ซึ่ง

ในความเป็นจริงแล้วการต่อสู้ในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ยากที่จะทำให้ประชาชนยอมรับแนวความคิดดังกล่าวรวมไปถึงปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ก็ไม่ได้กล่าวถึงหรือให้นิยามความหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในบทบัญญัติข้อใดเลย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ยากที่จะทำให้แนวความคิดในเรื่องสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับในระดับสากล

ในปัจจุบันไม่ได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวในทางกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม แต่ในขณะนี้มีความพยายามที่จะเสนอแนวทางและหลักการในการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันจากการถูกเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุที่เป็นเพราะการมีพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลดังกล่าว โดยกลุ่มนักวิชาการผู้มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้นำเสนอหลักการเพื่อเป็นแนวทางร่วมกันระหว่างรัฐภาคีขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งพฤติกรรมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศทั้งนี้เนื่องจากในปัจจุบันการเสริมสร้างความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของบุคคล โดยอาศัยกลไกหลักด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติของรัฐภาคี ในเรื่องดังกล่าวนี้ยังมีความแตกต่างและขัดแย้งกันอยู่มาก ซึ่งเป็นไปตามแนวความเชื่อและสภาพสังคมวัฒนธรรมที่มีต่อเรื่อง อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

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

4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

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

อารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐ ด้านสิทธิมนุษยชน ตามกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

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

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

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

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

ส่วนที่ 5 (ข้อ 46-47) กล่าวถึงการห้ามการตีความไปในทางที่จะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการห้ามมิให้ตีความไปในทางที่จะเป็นการรื้อถอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อที่ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคีและการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

ความมีอยู่ของการคุ้มครอง การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างแล้ว แม้ว่าในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 จะมีได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าวแต่ยังมีการรับรองการต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ ซึ่งในประเด็นเรื่องนี้เคยได้มีการถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่ได้รับการพิจารณาแก้ไขอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด

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

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

บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในเรื่องส่วนตัว โดยเฉพาะสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ในครอบครัวมีบทบาทในการเป็นรากฐานของสังคมที่บ่มเพาะความเป็นมนุษย์ และบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเรื่องนี้ คือ ข้อ 23 ที่บัญญัติว่า

1) ครอบครัวคือกลุ่มซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ

2) สิทธิของชายและหญิงในวัยที่อาจสมรสได้ในการที่จะสมรส และมีครอบครัวพึงได้รับการยอมรับ

3) การสมรสจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยเสรี และบริบูรณ์ของผู้ที่เจตนาจะเป็นคู่สมรสกันมิได้

4) บรรดารัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสม เพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สมรสในการที่จะสมรส การอยู่กินระหว่างสมรส และการสิ้นสุดของการสมรส ในกรณีเกี่ยวข้อง การสิ้นสุดของการสมรสย่อมต้องมีบทบัญญัติเพื่อการคุ้มครองบุตรเท่าที่จำเป็น

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าทุกคนมีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งถือเป็นวิถีชีวิตปกติโดยทั่วไปของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามรัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขบางประการ แต่ต้องไม่เป็นการละเมิดกติกาดังกล่าว โดยเงื่อนไขของกฎหมายอาจกำหนดให้มีความแตกต่างกันตามประเพณีขนบธรรมเนียมค่านิยม วัฒนธรรม และศาสนาของแต่ละประเทศ

การที่รัฐจะมีหรือไม่มีการบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวและการสมรสของบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นก็เป็นแนวทางที่รัฐจะสามารถกำหนดเองได้เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นนโยบายของรัฐในเรื่องของค่านิยม วัฒนธรรมที่สังคมของรัฐนั้นเชื่อว่าทำได้หรือทำไม่ได้ ตามแนวทางที่รัฐเห็นว่ามีเหมาะสมกับสถานะทางสังคมของรัฐนั้น ๆ และหากมีการพิจารณาตามบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้แล้ว ก็จะพบว่าไม่ได้มีการบังคับให้รัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีจะต้องให้การรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่คู่รักเพศเดียวกันแต่อย่างใด

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

ความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและจัดตั้งครอบครัวของ คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้ด้วยเช่นกันก็เป็นได้ ขึ้นอยู่กับสังคมที่คู่รักที่มีเพศเดียวกันได้อาศัยนั้นให้การ ยอมรับหรือไม่และมีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐ นั้นหรือไม่

4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

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

สำหรับในประเด็นเรื่องความมีอยู่ของการรับรองความเสมอภาคของการแสดงออกใน ความต้องการด้านความรักที่แตกต่าง และภาวะความพึงพอใจในพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้น ในกติกาฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการรับรองเรื่องความเสมอภาคของบุคคลในการเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ไว้ ในบทบัญญัติตามมาตรา 2 วรรคสอง โดยจะเห็นได้ว่าการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัตินั้น ในกติกา ฉบับดังกล่าวนี้ มิได้มีการบัญญัติการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลในเรื่องความหลากหลายของ พฤติกรรมทางเพศอยู่เลยแม้แต่เรื่องเดียว แต่ในกติกาฉบับนี้กลับมีการบัญญัติห้ามมิให้มีการเลือก ปฏิบัติด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเพศระหว่างชายและหญิง หรือความเสมอภาคระหว่างเพศ ในประเด็นของสิทธิและความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งแม้แต่ในมาตรา 7468 ของกติกา ฉบับนี้ในส่วนของการจ้างงานนั้น ก็ยังมีเพียงแค่การบัญญัติรับรองความเสมอภาคในการจ้าง งานระหว่างเพศชายและเพศหญิงไว้เท่านั้น

4.4 หลักการยกยอการเท่าเทียม

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

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

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

หลักการข้อที่ 1 สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

หลักการข้อที่ 2 สิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ

หลักการข้อที่ 3 สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย

หลักการข้อที่ 4 สิทธิในชีวิต

หลักการข้อที่ 5 สิทธิในหลักประกันของบุคคล

หลักการข้อที่ 6 สิทธิในความเป็นส่วนบุคคล

หลักการข้อที่ 7 สิทธิในความเป็นอิสระจากการถูกเพิกถอนเสรีภาพโดยพลการ

หลักการข้อที่ 8 สิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม

หลักการข้อที่ 9 สิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว

หลักการข้อที่ 10 สิทธิในความเป็นอิสระจากการทรมานและการปฏิบัติหรือลงโทษในลักษณะทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

หลักการข้อที่ 11 สิทธิในการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์การค้า และการ
ลักพามนุษย์ในทุกรูปแบบ

หลักการข้อที่ 12 สิทธิในการทำงาน

หลักการข้อที่ 13 สิทธิในประกันสังคม และมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ

หลักการข้อที่ 14 สิทธิในมาตรฐานการครองชีพตามสมควร

หลักการข้อที่ 15 สิทธิในการมีที่อยู่อาศัยตามสมควร

หลักการข้อที่ 16 สิทธิในการศึกษา

หลักการข้อที่ 17 สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ

หลักการข้อที่ 18 ความคุ้มครองจากการกระทำที่มีขอบทางการแพทย์

หลักการข้อที่ 19 สิทธิในความเห็นและการแสดงความคิดเห็น

หลักการข้อที่ 20 สิทธิในอิสระด้านการชุมนุมโดยสงบและสมาคม

หลักการข้อที่ 21 สิทธิในอิสระด้านความคิด ความเชื่อ และศาสนา

หลักการข้อที่ 22 สิทธิในอิสระด้านการย้ายถิ่นฐาน

หลักการข้อที่ 23 สิทธิในการแสวงหาที่พักพิง

หลักการข้อที่ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว

หลักการข้อที่ 25 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางปกครอง

หลักการข้อที่ 26 สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตทางวัฒนธรรม

หลักการข้อที่ 27 สิทธิในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน

หลักการข้อที่ 28 สิทธิในการเยียวยาแก้ไขและการชดใช้ในลักษณะเกิดผลใช้บังคับได้

หลักการข้อที่ 29 ภาระความรับผิดชอบ

ซึ่งในหลักการขอยกยอการค้า ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มคนที่มี
เพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไว้ในหลักการข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ว่า

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ
ครอบครัวมีหลายรูปแบบ ห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่ง
วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว ซึ่งรัฐจะต้อง

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

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

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

4) ให้เด็กที่มีฐานะเปราะบางต่อการมีความคิดเห็นส่วนตัวมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างอิสระ และต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นดังกล่าวตามสมควรแก่วัย และฐานะของเด็ก ในการกระทำหรือการตัดสินใจใด ๆ เกี่ยวกับเด็ก

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

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

7) ให้การสมรสหรือการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายมีผลกึ่งต่อเมื่อบุคคลทั้งสองให้การยินยอมอย่างอิสระและสมบูรณ์

หลักการขอยกการตีตราที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมีลักษณะที่เป็นแนวทางในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และการสร้างความเข้าใจในเรื่องความเสมอภาคจากการแสดงออกในด้านความรักที่แตกต่างของเพศชายและเพศหญิงและไม่เลือกปฏิบัติจากเหตุผลดังกล่าวโดยการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นในสังคม หรือสร้างบทลงโทษในทางกฎหมายหรือบทลงโทษในทางสังคมต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเหล่านี้จากการที่กลุ่มคนเหล่านี้มีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักการดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจร่วมกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่บันทึกความเข้าใจฉบับนี้

ก็เป็นแนวทางที่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกควรจะต้องสร้างความเข้าใจ และตระหนักถึงวางแผนทางในทางปฏิบัติร่วมกันกับแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน

4.5 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกตัวอย่างหนึ่งของประเทศต่าง ๆ ที่มีการรวมกลุ่มกันในระดับภูมิภาค โดยได้มีการรวมตัวกันในด้านเศรษฐกิจ สังคมและ วัฒนธรรม รวมทั้งได้กำหนดแนวทางการดำเนินกิจกรรมของรัฐในรูปแบบของกลุ่มความร่วมมือ กว่าที่จะกลายมาเป็นสหภาพยุโรปดังเช่นปัจจุบันนี้ ที่ประกอบไปด้วยรัฐสมาชิกครอบคลุมพื้นที่ส่วนใหญ่ของทวีปยุโรป โดยได้มีการลงนามร่วมกันของรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปเพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรปในสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรปหรือที่เรียกว่า สนธิสัญญามาสทริกต์ เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 สหภาพยุโรปนั้น ถือได้ว่าเป็นวิวัฒนาการของการพัฒนาที่ก้าวหน้าไปอีกระดับหนึ่งของประชาคมยุโรป รวมไปถึงการขยายเขตความร่วมมือกันในด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนระหว่างรัฐสมาชิก ที่ได้ร่วมลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เพื่อที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งประชาคมยุโรปร่วมกัน (วรารักษ์ อินทนนท์, 2552)

ในการจัดตั้งสหภาพยุโรปนั้นสิ่งที่รัฐสมาชิกในสหภาพยุโรป ให้ความสำคัญและมุ่งที่จะให้เกิดขึ้นในภูมิภาคนี้ คือ การยกระดับมาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในสหภาพยุโรป ดังจะเห็นได้จาก มีรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายร่วมกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิพื้นฐานต่าง ๆ ของปัจเจกชน และมีผลบังคับใช้ในสถานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกได้ทันที ซึ่งเป็นลักษณะกฎหมายที่เป็นแบบ Direct Effect เช่น กฎบัตรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 2000 (The Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000) โดยในเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยที่รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามพันธระกรณีที่ได้มีการทำความตกลงร่วมกันในกฎบัตร ซึ่งได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ต้องรับรองให้ นั่น รวมถึงสิทธิที่รับรองไว้ในกฎบัตรและความร่วมมือต่าง ๆ สิทธิที่เกิดจากการตีความของศาลในคดีที่ศาลประชาคมยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยมีการตัดสินในเรื่องดังกล่าวไว้และให้ถือว่าหน้าที่ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวตามกฎบัตรเป็นเสมือนกฎหมายภายในของรัฐอื่นจะกล่าวอ้างได้เมื่อมีการกระทำการละเมิดสิทธิที่กฎบัตรให้การรับรอง

โดยเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีการรับรองที่ก่อให้เกิดความเสมอภาค และได้มีการกล่าวถึงการที่จะไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยรับรองไว้ใน

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

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

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

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหลายประเทศ ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อตอบสนองกับรูปแบบการใช้ชีวิตของปัจเจกชนในรัฐ แต่กฎหมายดังกล่าวก็เป็นเพียงการให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันภายในรัฐของตนเท่านั้น ยังไม่มีความเป็นสากล ซึ่งในปัจจุบันได้มีความพยายามที่จะกำหนดแนวทางร่วมกันสำหรับการรับรองกฎหมายดังกล่าว

4.6 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

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

โดยคณะมนตรียุโรป ได้มีการจัดทำอนุสัญญายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ฉบับนี้ขึ้น หรือที่เรียกชื่อโดยย่อว่า “ECHR” ซึ่งอนุสัญญานี้ได้เปิดลงนามเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 ในอนุสัญญานี้ได้มีการบรรจุเนื้อหาและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและได้มีการจัดตั้งกลไกสำหรับการควบคุมดูแลและบังคับใช้บทบัญญัติในฉบับดังกล่าว นอกจากนี้อนุสัญญานี้ยังใช้เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งคณะมนตรียุโรปได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเนื่องจากความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศ โดยมีหลักการพิจารณาจากกรณีทางเพศที่แตกต่างกันของมนุษย์ โดยจะพบว่า ในอนุสัญญานี้ยังมิได้มีการบัญญัติรับรองเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นในตัวอย่างของบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 12 โดยมีเนื้อหาดังนี้ คือ ชายหญิงเมื่อถึงวัยเจริญพันธุ์หรือวัยอันสมควรที่จะทำการสมรสและมีสิทธิในการเลือกคู่ครองของตนเอง เพื่อจัดตั้งครอบครัว โดยสิทธิดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิให้โดยรัฐเจ้าของสัญญา

แม้ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะรับรองสิทธิในการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ หรือเรียกว่าการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวไว้ว่าเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อนุสัญญานี้ให้การคุ้มครองก็ตาม แต่จากการตีความสิทธิที่อนุสัญญานี้รับรองเป็นการรับรองสิทธิแก่การสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีการตีความในเรื่องนี้โดยในขณะนั้นยังไม่ได้มีการขยายความไปถึงการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ที่ได้รับการคุ้มครองและรับรองตามอนุสัญญานี้ ฉบับนี้ แม้ว่าในขณะนั้นจะมีบางประเทศ ที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกตามอนุสัญญานี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่

โดยชอบด้วยกฎหมาย และการจัดตั้งครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกันบ้างแล้วก็ตาม แต่ในขณะนั้น คำตัดสินของศาลก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสิทธิและความเสมอภาคในความต้องการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่าง

ในส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนี้ถึงความมีอยู่ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่บุคคลโดยอาศัยความเสมอภาคระหว่างเพศ จะพบว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลที่อนุสัญญาฉบับนี้รับรองนั้น เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายอย่างกว้าง มิได้มีการบัญญัติแต่เฉพาะการปฏิบัติเพื่อความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น หากแต่หมายความรวมถึงความเสมอภาคในการแสดงออกซึ่งความต้องการในรูปแบบความรักที่แตกต่างของชายและหญิงด้วย ซึ่งในที่นี้ก็คือ ความหลากหลายในรสนิยม และความพึงพอใจทางเพศของทั้งชายและหญิง

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

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

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

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่าง ๆ ในอนุสัญญายุโรปฯ และพิธีสารที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาดังกล่าว โดยอำนาจในการพิจารณาคดีก่อนหน้านี้ เอกชนผู้ถูกละเมิดสิทธิไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง เพราะศาลเองก็ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีได้โดยตรงที่รับจากการฟ้องร้องของประชาชนได้ แต่ต้องยื่นคำฟ้องผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป กล่าวคือ ก่อนการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 การนำคดีขึ้นสู่ศาลที่ทำการพิจารณาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ การระงับข้อพิพาทเบื้องต้นในกรอบของคณะกรรมการนั้นไม่บรรลุผล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปมีมติเห็นชอบให้นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อไป แต่มีเงื่อนไขว่ารัฐที่ตกเป็นผู้ถูกละเมิดจะต้องให้การยอมรับเขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วย แต่ต่อมาหลังจากการแก้ไขอนุสัญญา ในพิธีสารฉบับที่ 11 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 แนวทางกระบวนการพิจารณาในระบบใหม่นั้น ได้มีการอนุญาตให้นำข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐที่เกิดขึ้นนั้น ยื่นโดยตรงต่อศาลได้เลย กล่าวคือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีสิทธิรับคำร้องของรัฐสมาชิกที่ได้กล่าวหาว่ารัฐสมาชิกอื่น ละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีต่าง ๆ ในอนุสัญญาและพิธีสารอื่น ๆ ได้โดยตรง อีกทั้งยังให้สิทธิกับปัจเจกชนและองค์การเอกชนที่ไม่ใช่ของราชการของรัฐหรือกลุ่มบุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรงอันมีลักษณะพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ

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

ในการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ก็เคยวินิจฉัยคำร้องขอของปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้เสียหาย โดยให้สิทธิแก่ผู้เสียหายหรือตัวแทนของผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอเยียวยา

ความเสียหายกรณีการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนตามที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950

คดี Goodwin v. United Kingdom 2002 คดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นเอกชนได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาและได้พิพากษาว่า ประเทศอังกฤษนั้นละเมิดต่อพันธกรณีในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยถือว่าเป็นคดีที่นำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศและการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันในเวลาต่อมา ซึ่งเนื้อหาในคดีมีดังนี้คือ

คดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ Christine Goodwin บุคคลซึ่งได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศและมีความประสงค์ที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายแต่ถูกปฏิเสธจากรัฐ จากนั้นจึงไปฟ้องศาลอังกฤษ และศาลก็ได้ปฏิเสธผู้ร้อง จากนั้นผู้ร้องจึงตัดสินใจนำคดีดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยทั้งนี้ผู้ร้องให้เหตุผลว่าผู้ร้องแม้เดิมจะเป็นชายแต่เมื่อผู้ร้องได้ผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศแล้วนั้นผู้ร้องมีความต้องการที่จะใช้ชีวิตแบบเพศหญิงและต้องการที่จะมีครอบครัวและได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อผู้ร้องไปร้องขอต่อศาลภายในของประเทศอังกฤษ แต่ผู้ร้องก็ถูกปฏิเสธ

ผู้ร้องจึงร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าประเทศอังกฤษละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานในมาตรา 8 ว่าด้วยเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวและครอบครัวและมาตรา 12 สิทธิในการสมรส

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

การตัดสินของศาลในคดีนี้ศาลมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ เห็นว่าการที่ประเทศอังกฤษปฏิเสธการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องถือเป็น

การละเมิดต่อบทบัญญัติในมาตรา 8 และมาตรา 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การที่ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการจัดทำกฎหมายที่ชัดเจน ศาลได้มีการเรียกร้องให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย และความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ซึ่งผลกระทบจากคดีนี้ทำให้เกิดการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวอย่างกว้างขวางและนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อรับรองสิทธิของชายและหญิงที่มีการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักที่แตกต่าง อันเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนสถานะทางเพศของบุคคลผู้ซึ่งผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศ และการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเวลาต่อมา

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

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

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

ค.ศ. 1992 ในข้อที่ 35 วรรคหนึ่ง ซึ่งภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในข้อนี้โดยพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในธรรมนูญศาลยุติธรรมแห่งยุโรปข้อที่ 1 ที่กล่าวว่าศาลประชาคมยุโรปได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อมีหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ค.ศ. 1992 และตามธรรมนูญศาลยุติธรรมแห่งยุโรปฉบับนี้

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปถือได้ว่าเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกลไกหนึ่งในระดับภูมิภาค โดยที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในประชาคมยุโรปและได้มีการพิจารณาในประเด็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิ ความเสมอภาคระหว่างเพศซึ่งรวมไปถึงความแตกต่างในการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของบุคคลนั้น ซึ่งเคยได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลมาแล้วหลายคดีด้วยกัน โดยในที่นี้ผู้วิจัยจะขอนำเสนอคดีที่ศาลได้เคยวินิจฉัยมาแล้ว และรวมถึงผลของคำวินิจฉัยของศาลที่นำไปสู่การออกกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคล ในประเด็นเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางเพศ ซึ่งศาลได้ร่วมประเด็นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความต้องการด้านความรักที่แตกต่างหรือ ความพึงพอใจในรสนิยมทางเพศของบุคคลไว้ด้วยว่าไม่ควรที่จะนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ซึ่งมีความรักในลักษณะที่แตกต่าง

คดี Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. 1998 (Case C-249/96) คดีที่จะนำเสนอต่อไปนี้เป็นคดีที่ศาลของประเทศอังกฤษ เป็นผู้ร้องขอให้นำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเพื่อให้ศาลดังกล่าวตีความบทบัญญัติในมาตรา 119 ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป เนื่องจากผู้เสียหายได้มาฟ้องต่อศาลของประเทศอังกฤษ เนื่องจากเห็นว่าตนไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องของความเสมอภาคในการทำงานและการจ้างงานในประเด็นเรื่องสวัสดิการจากการทำงานที่เท่าเทียมกัน โดยการเลือกปฏิบัติทางเพศด้วยเหตุผลของความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ โดยศาลของประเทศอังกฤษ มีความต้องการให้ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตีความบทบัญญัติในมาตราที่ได้กล่าวมาข้างต้น

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้ร้องคือ Lisa Jacqueline Grant เจ้าหน้าที่ธุรการของบริษัท South-West Trains Ltd. ในสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นผู้ที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน โดยได้ใช้ชีวิตร่วมกันกับ Jillian Percy ในลักษณะที่เป็นข้อตกลงของปัจเจกชนในการใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งในขณะที่ฟ้องคดีนั้นอังกฤษยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันมาบังคับใช้

ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรปว่าการที่บริษัทไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องที่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในการได้รับสวัสดิการต่าง ๆ ของบริษัทที่ให้สิทธิแก่พนักงานและครอบครัวในการได้รับส่วนลดค่าบริการในการเดินทางที่เป็นสวัสดิการของพนักงานและครอบครัว โดยทางบริษัทได้อ้างเหตุผลว่าการที่ผู้ร้องและคนรักของผู้ร้องไม่ได้มีการรับรอง

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

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

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

จึงเป็นเหตุให้ผู้ร้อง คือ Mr. Tadao Maruko ซึ่งเป็นคู่รักที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กับผู้ตายผู้ซึ่งประกอบอาชีพนักร้องแบบเสิร์ฟในโรงละครและ เป็นสมาชิกของกองทุนเงินบำนาญ

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

ทั้งนี้เพราะตามข้อตกลงที่คู่รักของผู้ร้องผู้ซึ่งเสียชีวิตไปแล้วนั้น ได้ทำกับบริษัทจัดการกองทุนซึ่งมีหน้าที่บริหารเงินที่ได้จากเงินที่หักจากส่วนหนึ่งของเงินเดือนผู้ตาย โดยเมื่อผู้จ่ายเงินตายลงนั้น ให้ทายาทหรือคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถยื่นคำร้องเพื่อขอรับเงินแทนได้ (ซึ่งคู่สมรสในเงื่อนไขนั้นต้องเป็นกรณีของคู่สมรสที่เป็นคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น) ทั้งนี้เพราะในขณะที่ลงนามในเงื่อนไขข้อตกลงระหว่าง คู่รักของผู้ร้องกับบริษัทดังกล่าว ในขณะที่บริษัทยังไม่ออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีสิทธิเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งมีผลให้ผู้ร้องและคู่รักที่เสียชีวิต แม้ได้กระทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบ Life of Partnership ตามที่กฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถกระทำได้ แต่การลงนามในข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เกิดขึ้นก่อนที่บริษัทจะออกกฎที่เป็นการอนุญาตให้คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเยอรมนี มีสิทธิได้รับเงินบำนาญแทนเช่นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส

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

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

ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ในประเด็นเรื่องการตีความเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่ได้จากการประกอบอาชีพตามมาตรา 141 โดยจากข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวเมื่อเงินรายได้จากกองทุนบำนาญของรัฐนั้นเป็นรายได้ อันเกิดจากการหักเงินส่วนหนึ่งของเงินเดือนของผู้ตาย ดังนั้นสิทธิประโยชน์ในเงินบำนาญจึงอยู่ในหลักเกณฑ์ของมาตราดังกล่าวที่ว่าด้วยความเสมอภาคในการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานของคู่สมรสและผู้ตายและจะต้องมีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากการทำงานตามมาตรา 1 และ 2 ของ The Council Directive 2000/78 ที่ได้วางหลักการเรื่องความเสมอภาคในการจ้างงานและการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ที่เกิดจากการทำงานว่า ต้องมีการกระทำการไปด้วยความเสมอภาค และไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ และตลอดจนรสนิยมทางเพศของบุคคล ดังนั้น จากคำวินิจฉัยในประเด็นแรก จึงเป็นเหตุผลที่ศาลใช้ประกอบการวินิจฉัยในประเด็นต่อมาเรื่องการที่บริษัทบริหารเงินบำนาญปฏิเสธคำขอของผู้ร้องซึ่งเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนของผู้ตายตามกฎหมาย Life of Partnership ว่าไม่อยู่ในเงื่อนไขการจ่ายเงินตามข้อตกลงที่บริษัทได้ทำไว้กับคู่สมรสของผู้ร้องที่เสียชีวิตแล้ว ซึ่งในกรณีนี้ผู้ตายเป็นผู้ทำสัญญากับบริษัทไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 ก่อนที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะรับรองสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ให้กับบุคคลที่มีรสนิยมแบบรักเพศเดียวกัน

โดยในกรณีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า แม้ในขณะที่คู่รักของผู้ร้องในคดีได้ทำสัญญากับบริษัทจัดการเงินกองทุนบำนาญจะได้มีข้อตกลงที่ให้สิทธิในการรับเงินบำนาญของผู้ทำสัญญาเมื่อผู้ทำสัญญาได้เสียชีวิตให้ตกแก่คู่รักของผู้ตายซึ่งได้จดทะเบียนสมรสกันเท่านั้น ซึ่งในขณะที่ทำสัญญาแม้จะให้ความหมายถึงคู่สมรสที่เกิดจากการสมรสระหว่างชายและหญิงก็ตาม แต่เมื่อในเวลาต่อมากฎหมายภายในของรัฐได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและบัญญัติเพื่อให้สิทธิแก่คู่รักที่มีเพศเดียวกันสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่ออยู่ร่วมกันในลักษณะเช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสของคนต่างเพศ

ดังนั้น คู่รักที่ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศที่ได้รับรองไว้ในสัญญาระหว่างบริษัท

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

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปจะเห็นว่าแนวทางในการตีความของศาลได้นำเอาหลักในการตีความกฎหมายตามหลักการของสภาพสังคมที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบัน คือ เมื่อสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไปการตีความกฎหมายของศาลนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการตีความให้เป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับบริบทของสังคมและบริบทของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย

4.7 อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969

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

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

ข้อ 17 (1) ครอบครัวถือได้ว่าเป็นกลุ่มทางสังคมโดยธรรมชาติของมนุษย์และควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากสังคมและรัฐ

(2) ชายและหญิงที่ถึงวัยอันสมควรแก่การสมรสมีสิทธิในการสมรสและจัดตั้งครอบครัว และควรที่จะได้รับการรับรองโดยรัฐ การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายภายในของรัฐจะต้องไม่ขัดกับหลักที่บัญญัติไว้ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้

(3) การสมรสจะเกิดขึ้นมิได้หากปราศจากเสรีภาพและความยินยอมของกลุ่มสมรส”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่รักเพศเดียวกันหรือการก่อตั้งครอบครัว ดังนั้น หากพิจารณาหลักการดังกล่าว หากรัฐยินยอมหรือไม่ที่จะให้มีการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันนั้น ย่อมสามารถทำได้หากสังคมในรัฐนั้นให้การยอมรับหรือไม่ยอมรับแนวคิดดังกล่าว เพราะข้อตกลงระหว่างประเทศก็มีได้บังคับไว้แต่ประการใด

4.8 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และประชาชน ค.ศ. 1981

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

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

โดยกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของประชาชนนั้นได้รับความเห็นชอบ เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1981 ในการประชุมสุดยอดของรัฐสมาชิกครั้งที่ 18 ซึ่งรัฐสมาชิกของ Organization of African Unity ได้เสนอให้มีการตั้งชื่อว่า “กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน” ซึ่งในกลุ่มประเทศแอฟริกันนั้น มีการจัดทำกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และประชาชน ในปี ค.ศ. 1981 โดยในกฎบัตรดังกล่าวได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนแอฟริกาเอาไว้และหากจะศึกษาว่าในกฎบัตรฉบับดังกล่าวได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุอันเนื่องมาจากการแสดงออกของความต้องการในด้านความรักที่แตกต่าง โดยจากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในบางประการเช่น ในเรื่องสิทธิของการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่โดยรัฐและสิทธิในการจัดตั้งครอบครัว กฎบัตรฉบับนี้ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐและการจัดตั้งครอบครัวไว้ในข้อ 18 โดยมีใจความดังนี้ว่า ครอบครัวเป็นสถาบันธรรมชาติขั้นพื้นฐานของสังคมที่จะต้องได้รับการคุ้มครองโดยรับโดยการดูแลทางด้านกายภาพและด้านสุขภาพจิต รัฐควรมีหน้าที่ในการปลูกฝังศีลธรรมอันดีและค่านิยมทางจารีตประเพณี อันเป็นที่ยอมรับจากสังคม เป็นต้น

บทบัญญัติดังกล่าวยังมิได้มีการกล่าวถึงการที่รัฐจะต้องรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันและสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวที่ให้ความหมายรวมไปถึงกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศเพราะตามเนื้อหาในกฎบัตรฯ ดังกล่าว ได้วางหลักไว้แต่เพียงว่าครอบครัวควรจะได้รับ การรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยกฎหมายของรัฐเท่านั้น

5. กฎหมายต่างประเทศ

5.1 Civil Solidarity Pact, 1999

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเรื่องการสมรสให้สิทธิเฉพาะชายกับหญิงเท่านั้นที่จะทำการสมรส กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายในการสมรส นอกจากนี้กฎหมาย ในเรื่อง Cohabitation ที่ให้คู่ที่ต้องการอยู่ร่วมกันซึ่งไม่ต้องการสมรสได้รับสิทธิและการรับรองตามกฎหมาย แม้กฎหมายดังกล่าวจะให้สิทธิกับกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน แต่สิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ไม่เท่าเทียมกับพวกต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) โดยในปี ค.ศ. 1989 “Cour de cassation” (ศาลสูงของฝรั่งเศส) ได้วางหลักไว้ว่า สิทธิในเรื่องการโอนสิทธิการเช่าในสัญญาเช่าพวกคู่รักร่วมเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ไม่มีสิทธินี้ซึ่งก็คือกรณีที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) ฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเช่าไว้

แล้วหลังจากนั้นตายลง สิทธิการเช่นนั้นจะสิ้นสุด คือ สิทธิการเช่นนั้นจะไม่โอนไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นจึงเกิดความไม่เท่าเทียมกันขึ้นตามกฎหมาย กล่าวคือ แม้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันจะอยู่กินร่วมกันเหมือนพวกต่างเพศที่สมรสหรือพวกต่างเพศที่อยู่กินร่วมกัน (Cohabitation) แต่สิทธิก็ยังไม่เท่าเทียมกัน

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

- 1) กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน
- 2) พวกรักต่างเพศที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรส ให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายเสมือนคู่รักต่างเพศที่ทำการสมรส

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

ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มีแนวความคิดมาจาก

- 1) กฎหมายยอมรับว่ามีคู่ที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรสเป็นจำนวนมาก อีกทั้งคู่ที่รักร่วมเพศ Homosexual มีคุณค่าที่เท่าเทียมกันกับพวกรักต่างเพศ
- 2) การยอมรับว่ารูปแบบในการดำเนินชีวิตมีหลายรูปแบบ การสมรสเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้นและมีใช้บรรทัดฐานที่ยาวนานกว่าทางเลือกอื่น ๆ

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

1) เงื่อนไขการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

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

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

จะกล่าวต่อไป

(1) บุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศ

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

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

การที่กฎหมายให้สิทธิกับบุคคลต่างเพศด้วยนั้น เพราะในสาธารณรัฐฝรั่งเศส บุคคลไม่นิยมจดทะเบียนสมรส แต่อยู่กินร่วมกัน หรืออยู่กินร่วมกันก่อนสมรส ปัญหาคือ บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับสิทธิที่คู่สมรสพึงมีพึงได้ เช่น ในเรื่องภาษี พวกต่างเพศที่อยู่ร่วมกันไม่ได้รับสิทธิลดหย่อนภาษี เหตุนี้จึงมีการออกกฎหมายขึ้นมาโดยให้สิทธิแก่บุคคลต่างเพศที่อยู่ร่วมกันโดยมิได้สมรส

(2) บุคคลที่บรรลุนิติภาวะ

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

บุคคลที่มีวุฒิภาวะดีพอและมีความสามารถในการตัดสินใจโดยสมบูรณ์เท่านั้น ที่จะเข้าผูกพันตามตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

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

(3) ห้ามทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

กฎหมายวางหลักว่าข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันจะไม่เกิดขึ้นระหว่างผู้บุพการี และผู้สืบสันดานในทางตรง ที่เกี่ยวพันโดยการสมรสโดยตรงและระหว่างญาติพี่น้อง จนถึงทายาทลำดับที่สาม

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

(4) มิให้ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) กับบุคคลที่สมรสหรือทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันอยู่ก่อนแล้ว

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

หลักดังกล่าวเป็นการวางเงื่อนไขในการทำข้อตกลงทางแพ่งในการอยู่ร่วมกัน โดยไม่ให้มีการตกลงซ้อน เพราะกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือหลักการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว

2) ผลตามกฎหมายของการทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

เมื่อบุคคลผูกพันหรือเข้าทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันเสมือนคู่สมรส ซึ่งผลตามกฎหมายจะได้พิจารณาดังนี้

(1) สิทธิและความสัมพันธ์ในระหว่างคู่ที่ทำข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

- หน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

คู่ตกลงตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันรวมถึงทางการเงิน การช่วยเหลือนี้จะต้องกำหนดไว้ในข้อตกลง

คู่ตกลงต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ที่เกิดขึ้นจากคู่ตกลงอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นจำนวน 1 ใน 3 ในการดำรงชีวิต และร่วมกันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับที่อยู่อาศัย

จากหลักกฎหมายดังกล่าวคู่ที่ทำการตกลงในการอยู่ร่วมกัน ต้องทำข้อตกลงในการช่วยเหลือกันไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน

- ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน

คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจะมีความสัมพันธ์กันในทางทรัพย์สิน คู่ตกลงอาจกำหนดการจัดการทรัพย์สินไว้ในข้อตกลงในขณะที่จดทะเบียน หากคู่ตกลง ตกลงในการจัดการทรัพย์สิน อันเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ กฎหมายให้สันนิษฐานว่าไม่สามารถแบ่งครึ่งได้

(2) สิทธิในเรื่องอื่น ๆ

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

กฎหมายที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ หรือคู่สมรสต่างประเทศเพียงฝ่ายเดียวมีสิทธิรับบุตรบุญธรรม ได้เช่นกัน แต่กฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมให้มีสิทธิรับบุตรบุญธรรมร่วมเฉพาะกับคู่สมรสกรณีคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) ทั้งในระหว่างคู่ต่างประเทศกันหรือเพศเดียวกัน มิได้ถือว่าเป็นการสมรสตามกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม เหตุดังกล่าวทำให้คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันจึงไม่มีสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ในกรณีการผสมเทียมก็เช่นเดียวกันตามข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) มิได้จำกัดสิทธิเอาไว้แต่คู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันก็ไม่มีสิทธิในการผสมเทียมเพราะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในเรื่องการผสมเทียม

(3) การสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

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

- เมื่อคู่ตกลงได้ร่วมกันตัดสินใจโดยตกลงกันในการสิ้นสุด ซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และ คู่ตกลงได้ประกาศเป็นลายลักษณ์อักษร
- เมื่อคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน และแสดงการตัดสินใจต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้วเป็นเวลาสามเดือนนับแต่การแสดงการตัดสินใจ
- ในวันที่คู่ตกลงสมรสหรือถึงแก่ความตาย

(4) วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact)

วิธีการสิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้นจะแยกพิจารณาตามเหตุของการสิ้นสุดได้ 4 กรณี คือ

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

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

4.3) ในกรณีที่การสิ้นสุดด้วยเหตุคู่ตกลงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจที่จะให้สิ้นสุดซึ่งข้อตกลง ในการอยู่ร่วมกันโดยการสมรส คู่ตกลงจะต้องแจ้งอีกฝ่ายหนึ่งและส่งสำเนาการ

แสดงการตัดสินใจ พร้อมกับสูติบัตร และทะเบียนสมรสไปยังศาลชั้นต้นซึ่งได้รับเรื่องเดิมไว้แล้ว (มาตรา 515-7 วรรค 3)

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

เมื่อมีการดำเนินตามวิธีการข้างต้นแล้ว หรือศาลได้รับคำประกาศแล้ว ศาลจะต้องดำเนินการให้ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงตามเหตุดังกล่าว และต้องนำการขอยกเลิกนี้ไปจดทะเบียน (มาตรา 515-7 วรรค 5)

5.2 Act on Life Partnership, 2001

สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนียอมรับสิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันในเรื่องการสมรสให้เท่าเทียมกับพวกเรีกต่างเพศ แม้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันตามกฎหมายของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีไม่รับรองให้ทำการสมรสกันได้ แต่กฎหมายก็เล็งเห็นถึงความสำคัญว่า ตามสภาพความเป็นจริง บุคคลที่มีเพศเดียวกันในปัจจุบันที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างคู่สมรสมีเป็นจำนวนมากแต่บุคคลเหล่านี้มิได้รับการรับรองตามกฎหมายเลย ดังนั้นกฎหมายเยอรมนีจึงบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อให้สิทธิของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน เพื่อให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับการสมรสของพวกต่างเพศ

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

1) เงื่อนไขโดยชอบด้วยกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

(1) ต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน

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

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

(2) ไม่มีคู่สมรสหรือจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอยู่ก่อน (Life Partnership)

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

ผลของการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันซ้อน การจดทะเบียนนั้นเป็นการจดทะเบียน ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) อายุของผู้ที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

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

การที่กฎหมายวางหลักมิให้ผู้เยาว์ทำการจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะที่ดีพอในการตัดสินใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ไม่ ต้องการกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่เป็นผู้เยาว์จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้เยาว์ อาจตัดสินใจตามกระแสของสังคมตามเพื่อน หรือตัดสินใจด้วยอารมณ์ชั่ววูบ

หลักในเรื่องอายุในการจดทะเบียนของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน เป็นเงื่อนไขในการ จดทะเบียนโดยกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่า กลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จะจดทะเบียนตามกฎหมายบัญญัตินั้น ต้องไม่เป็นผู้เยาว์และถ้าบุคคลกลุ่มคนรักเพศเดียวกันฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ ผลตามกฎหมายจะถือว่า การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) มิให้จดทะเบียนกับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

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

ผลตามกฎหมายในการฝ่าฝืนเงื่อนไขโดยจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life partnership) กับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กฎหมายวางหลักไว้ว่าการจดทะเบียนหรือ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(5) การจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อให้เกิดภาระหน้าที่ระหว่างกัน

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

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

2) ผลตามกฎหมายของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership)

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

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

- หน้าที่รับผิดชอบซึ่งกันและกัน

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

- ชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

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

กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิที่จะเปลี่ยนชื่อสกุลเหมือนกับการสมรสของพวกต่างเพศอันเป็นไปตามหลักในมาตรา 3(1) ซึ่งบัญญัติว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถใช้ชื่อสกุลของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) เป็นชื่อปกติทั่วไป คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสามารถที่จะเลือกชื่อเดิมของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่ง สำหรับใช้เป็นชื่อสกุลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Name) โดยการแจ้งชื่อสกุลนี้ให้กระทำในขณะตกลงใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การแจ้งชื่อสกุลจะเป็นผลหากได้กระทำที่ Competent Office ซึ่งจะเป็นผลสมบูรณ์ ตามกฎหมายต่อไปภายหลังจากการแจ้ง และขึ้นอยู่กับการรับรองโดยรัฐ

จากหลักดังกล่าว คู่รักร่วมเพศที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามกฎหมายมีสิทธิเปลี่ยนชื่อสกุล โดยกฎหมายให้สิทธิทั้งสองฝ่ายตัดสินใจเลือกใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาเป็นชื่อสกุลของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หลักดังกล่าวเหมือนการเปลี่ยนชื่อสกุลของพวกคู่รักต่างเพศที่จดทะเบียนสมรส

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

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

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

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

- หน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน

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

- หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกัน

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

- หน้าที่แจ้งบัญชีทรัพย์สิน

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

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

อยู่จะได้รับ 1 ใน 4 ของทรัพย์สินรวมตามที่แท้จริงของ Aquests regime โดยจะไม่ได้เป็นส่วนอื่นอีก ในกรณีที่การสิ้นสุดด้วยการหย่า จะต้องแบ่งทรัพย์สินเท่า ๆ กัน

- สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายวางหลักคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ตามที่กล่าวมาแล้วว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ตามกฎหมายย่อมมีความผูกพันในเรื่องทรัพย์สินระหว่างกัน กฎหมายกำหนดให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต้องแจ้งทรัพย์สินของตน โดยมีสิทธิเลือกใช้ระบบ Regime of Aquests หรือทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Life Partnership Contract) หลักสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีดังนี้

มาตรา 7(1) ของ Act on Life Partnership ได้วางหลักไว้ว่า คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอาจวางระเบียบด้านการเงินโดยการทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สัญญานี้จะต้องกระทำต่อหน้าทั้งคู่ และจะต้องบันทึกเป็นหนังสือโดย Notary อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะไม่นำมาใช้ถ้าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก่อนตัดสินใจใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเลือกใช้ระบบ Regime of Aquests มาตรา 7(2) หลักดังกล่าวเห็นได้ว่าคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันตามบทบัญญัตินี้มีผลตามกฎหมายจะต้องผูกพันกันในเรื่องทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้กำหนดความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินของคุณ โดยอาจผูกพันตามระบบ Regime of Aquests หรือจะเลือกทำสัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันก็ได้ สัญญานี้เป็นการวางระเบียบทางการเงินในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยกระทำตามสัญญา (สัญญาในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน)

กรณีที่กระทำในต่างประเทศ วิธีการขอยกเลิกจะเหมือนกับที่กล่าวมาแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ ที่ดำเนินการจะเป็นเจ้าหน้าที่สถานทูตหรือสถานกงสุลฝรั่งเศส (มาตรา 515-7 วรรค 6)

ปัญหาถ้าในระหว่างที่เป็นคู่ตกลงในการอยู่ร่วมกันหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถก็ต้องอยู่ภายใต้การดูแล และถ้ามีเหตุการณ์สิ้นสุดของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันขึ้น กฎหมายให้ผู้ดูแลซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ปรึกษาครอบครัว หรือผู้พิพากษาดิสามารถให้ข้อตกลงนั้นสิ้นสุดลงได้ (มาตรา 2)

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทำการสมรสตามกฎหมายแต่ฝรั่งเศสได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันโดยให้สิทธิทั้งพวกคู่อภิเษกเพศ ที่ต้องการอยู่ร่วมกัน และพวกรักต่างเพศที่ต้องการอยู่ร่วมกันซึ่งมิได้สมรส การผูกพันตามข้อตกลง ในการอยู่ร่วมกัน (Civil Solidarity Pact) นั้น กฎหมายให้สิทธิต่าง ๆ เสมือนกับการสมรส

3) การสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

กฎหมายให้สิทธิในการจดทะเบียนเพื่อผูกพันกันตามกฎหมาย มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันแต่การอยู่ร่วมกันตามกฎหมายอาจสิ้นสุดลงตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) เหตุการณ์สิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

การมีชีวิตอยู่ร่วมกันของบุคคลที่ผูกพันตามบทบัญญัติ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Act on Life Partnership) จะสิ้นสุดเมื่อมีเหตุและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด โดยการมีชีวิตอยู่ร่วมกันจะสิ้นสุดลงโดยคำสั่งศาล เมื่อคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนร้องขอ อันเป็นไปตามมาตรา 15(1) ของ Act on Life Partnership และศาลจะสั่งให้การมีชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดด้วยเหตุ ตามมาตรา 15(2) ของ Act on Life Partnership ดังนี้

- คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 12 เดือน นับตั้งแต่แสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

- คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฝ่ายหนึ่งแสดงว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป และระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว 36 เดือน นับตั้งแต่แสดงความต้องการให้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

- หากใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปผู้ร้องจะรับทุกข์ทรมานเกินสมควรอันเนื่องมาจากคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของตน

จะเห็นได้ว่าการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน จะสิ้นสุดก็ด้วยคำสั่งศาลเท่านั้น และศาลจะสั่งให้การมีชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดต่อเมื่อมีเหตุตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งก็คือคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายสมัครใจ ที่ไม่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือมีเหตุที่การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไปจะเป็นการทุกข์ทรมาน

นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีสิทธิเพิกถอนการแสดงเจตนาให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้าศาลยังมิได้สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลง ในกรณีที่มีการแสดงเจตนาเพราะเหตุตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้คู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันจะเพิกถอนการแสดงเจตนาดังกล่าว ศาลก็จะสั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงได้ ถ้ามีการแสดงเจตนาร่วมกันให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงแล้วเป็นระยะเวลา 36 เดือน อันเป็นไปตาม มาตรา 15(3) ของ Act on Life Partnership การแสดงเจตนาของคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายเดียวว่าไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน และการเพิกถอนการแสดงเจตนา นั้นต้องมีการรับรองโดยรัฐ ถ้าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวศาลอาจไม่สั่งให้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันสิ้นสุดลงอันเป็นไปตามมาตรา 15(4) ของ Act on Life Partnership

(2) ค่าอุปการะเลี้ยงดูภายหลังการสิ้นสุดของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน

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

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

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

5.3 The Domestic Partnership, 1990

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

1) บุคคลที่อยู่ภายใต้การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)

แม้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม แต่กฎหมาย ก็บัญญัติหลักของบุคคลที่จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือบุคคลใดที่จะอยู่ภายใต้ Domestic Partnership

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

จากหลักดังกล่าวการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership) บัญญัติคุ้มครองพวกเพศเดียวกันที่ต้องการอยู่ร่วมกันให้มีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือ การที่กฎหมายมีข้อยกเว้นให้พวกต่างเพศจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partner) นั้น เพราะเหตุใด ในเมื่อบุคคลเหล่านั้นมีกฎหมายที่รับรองอยู่แล้วในประเด็นนี้น่าจะมาจากแนวความคิดพื้นฐานที่บัญญัติกฎหมายที่ต้องการรับรองบุคคลผู้มีความประสงค์ที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันและเกื้อกูลซึ่งกันและกัน ดังนั้นพวกต่างเพศที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องอายุเกิน 62 ปี ทั้งสองฝ่ายนี้บุคคลที่อายุ 62 ปีนี้ไม่สามารถมีบุตรได้ บุคคลอายุขนาดนี้การอยู่ร่วมกันก็เพื่อดูแลซึ่งกันและกันและใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ดังนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิบุคคลต่างเพศดังกล่าวสามารถจดทะเบียนเป็นคู่ที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic partner) ได้โดยไม่จำเป็นต้องทำการสมรสตามหลักทั่วไปแต่อย่างใดไม่

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

2) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน (Domestic Partnership)

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

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

5.4 Civil Marriage Act 2003

ในประเทศแคนาดา แต่เดิมการให้อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์จะต้องมีการรับรองเป็นเฉพาะในแคว้นรัฐ แต่กฎหมายที่มีการรับรองดังกล่าวนี้เป็นเพียงการอนุญาตให้จดทะเบียนความสัมพันธ์เท่านั้น

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

จากแนวคิดในบัญญัติดังกล่าวทำให้ประเทศแคนาดาได้มีการพิจารณาที่จะจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในแคนาดา เพื่อเป็นการรับรองสิทธิแก่บุคคลกลุ่มดังกล่าวให้มีการรับรองโดยกฎหมายดังเช่นคู่สมรสต่างเพศ แม้ว่าแต่เดิมจะมีกฎหมายในระดับมลรัฐที่มีการอนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ร่วมกันแต่ก็ยังมีได้รับรองสิทธิที่เหมือนการสมรสในคนต่างเพศและการรับรองสิทธิยังจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีภูมิลำเนาในมลรัฐนั้น ๆ เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ประเทศแคนาดาจึงได้มีการพิจารณาและเห็นว่าประเทศแคนาดาควรที่จะมีการรับรองสิทธิแก่บุคคลดังกล่าวในระดับที่เป็นกฎหมายในของประเทศที่เป็นแนวทางสำหรับใช้ร่วมกันในทุกรัฐภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า Civil Marriage Act ค.ศ. 2003

โดยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อจะได้มาซึ่งการรับรองสิทธินั้นในกฎหมายกำหนดสิทธิแก่บุคคลที่มีสัญชาติแคนาดา ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปและเป็นผู้สัมพันธ์ที่เป็นแบบรักเพศเดียวกันที่จะสามารถทำการจดทะเบียนเหมือนคู่สมรสที่เป็นบุคคลต่างเพศได้ โดยเมื่อผ่านการจดทะเบียนสมรสแล้วก็จะได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่สัมพันธ์ดังเช่นกรณีของการสมรสของคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ

6. กฎหมายไทย

6.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

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

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

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 (ฉบับชั่วคราว)

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

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

ส่วนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ สิทธิในการสมรสและครอบครัว เป็นการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างเพศเดียวกัน อาจเรียกคู่ชีวิต ไม่ใช่การสมรส

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

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

มาตรา 43 สิทธิในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 44 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเรื่อง สิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

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

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

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

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

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิรโทษกรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล

เกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้น การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความแตกต่างด้านถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ ความพิการ จะกระทำไม่ได้ รวมถึงเจตนารมณ์ตามมาตราดังกล่าวยังให้ความหมายคำว่า “เพศ” ว่ามิได้หมายความว่าเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดด้วย

จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนโดยไม่จำกัดเรื่องเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนา ซึ่งผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ คือบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น คนต่างด้าวหรือผู้ที่ไม่มีสัญชาติไทยจะมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมาน้อยเพียงใด ก็เป็นไปตามสนธิสัญญาที่

ประเทศของผู้มีสัญชาตินั้นได้ทำการตกลงไว้กับประเทศไทย หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยได้ลงนามไว้ อีกทั้งเป็นไปตามกฎหมายภายใน เช่น พระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ เป็นต้น

ในกรณีการได้มาซึ่งสิทธิในการขอถือสัญชาติของบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติไทยนั้นจะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากทำการร้องขอมีสัญชาติไทยและได้สัญชาติไทยแล้ว สิทธิเสรีภาพก็จะเหมือนคนไทยทุกประการหรืออาจมีข้อยกเว้นบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติสัญชาติของไทย ซึ่งจะศึกษาในหัวข้อต่อไป

6.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 ว่าด้วยครอบครัว

1) เจือนใจว่าด้วยผู้มีสิทธิจดทะเบียน

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

2) เจือนใจในการจดทะเบียน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้กำหนดเจือนใจแห่งการสมรสไว้ 8 ประการ คือ

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

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

ความยินยอมการเป็นสามีภรรยากันนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงความยินยอมโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และนายทะเบียนต้องจดบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย

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

(4) การมีคู่สมรสเพียงคนเดียว มาตรา 1452 บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” กล่าวคือ ตั้งแต่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะครอบครัวเป็นต้นมา ประเทศไทยจึงมีการสมรสในลักษณะผัวเดียวเมียเดียวมาโดยตลอด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้การสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสกับคู่สมรสเพียงคนเดียว หากมีการสมรสซ้อนจะมีผลให้การสมรสครั้งหลังนั้นตกเป็น โมฆะนั่นเอง

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

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

เพราะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดซึ่งกันและกัน อีกทั้ง กฎหมายยังกำหนดไว้ใน มาตรา 1598/32 บัญญัติว่า “การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกเมื่อมีการสมรสฝ่าฝืน มาตรา 1451” กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดให้การสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ แต่หากมีการสมรสระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรม นั้นถือเป็นอันยกเลิกไป การสมรสดังกล่าวจึงเป็นสมบูรณ์ตามกฎหมาย

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

3) รูปแบบการจดทะเบียน

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

4) สิทธิและหน้าที่

การสมรสเป็นการก่อตั้งครอบครัวอย่างหนึ่งของมนุษย์ ซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างคู่สมรสไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่ต้องรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งตามกฎหมายไทยได้กำหนดหน้าที่และสิทธิต่าง ๆ ของคู่สมรสที่ทำการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้

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

ความสามารถและฐานะของตน” จากบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้ ผู้เป็นสามีภริยาจะต้องอยู่กินร่วมกันและต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยการช่วยเหลือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความสะดวกสบายตามอัธยาศัยและความสามารถของตน อีกทั้ง ต้องช่วยเหลือในกรณีที่เป็นซึ่งสามีและภริยาควรทำเมื่ออีกฝ่ายได้รับความเดือดร้อนแม้ในยามเจ็บป่วย เป็นต้น

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

(3) กลุ่มสมรสจะต้องซื้อสัตย์ซึ่งกันและกัน มาตรา 1516 บัญญัติว่า “เหตุฟ้องหย่า มีดังต่อไปนี้ (1) สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นอันขัดภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้...” จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้กลุ่มสมรสต้องซื้อสัตย์ต่อกัน ไม่ยกย่องผู้อื่นอันขัดสามีหรือภริยา หากฝ่าฝืนสามีหรือภริยาสามารถฟ้องหย่าและเรียกว่าทดแทนจากอีกฝ่ายได้ตามกฎหมาย

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

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

ในกรณีหนี้สินของกลุ่มสมรส ตามมาตรา มาตรา 1490 บัญญัติว่า “หนี้ที่สามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันนั้นให้รวมถึงหนี้ที่สามีหรือภริยาก่อให้เกิดขึ้นในระหว่างสมรส ดังต่อไปนี้

(1) หนี้เกี่ยวกับการจัดการบ้านเรือนและจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูตลอดถึงการรักษาพยาบาลบุคคลในครอบครัวและการศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัธยาศัย

(2) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับสินสมรส

(3) หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการงานซึ่งสามีกริยาทำด้วยกัน

(4) หนี้ที่สามีหรือกริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว แต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสมีหน้าที่ต้องเป็นลูกหนี้และรับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวร่วมกันตลอดระยะเวลาที่มีการสมรสตามนัยมาตราดังกล่าวนั่นเอง

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

6.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

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

เหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 71 วรรคแรกนี้ เป็นข้อยกเว้นในความผิดอันเกี่ยวกับทรัพย์ และจำกัดเฉพาะบางมาตราที่ระบุไว้เท่านั้น กล่าวคือความผิดฐานลักทรัพย์และชิงทรัพย์เฉพาะที่ไม่เป็นเหตุให้สามีกริยาได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ความผิดฐานฉ้อโกง ฐานโกงเจ้าหนี้ ฐานยักยอก ฐานรับของโจร ฐานทำให้เสียทรัพย์ และฐานบุกรุก ส่วนที่มีความรุนแรง เช่น ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือกรรโชกทรัพย์ริดเอาทรัพย์ไม่ได้รับการยกเว้นโทษด้วย ซึ่งความเป็นสามีหรือกริยาตามมาตรานี้ ต้องเป็นสามีกริยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเป็นสามีกริยากันตามกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือ มาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือกริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้” ซึ่งความผิดที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรานี้ เช่น ความผิดในการทำลาย ช่อนเร้น ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด หรือการให้ที่พยานแก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาไม่ให้ถูกจับกุม และการให้ที่พยาน ช่อนเร้นแก่ผู้หลบหนีจากการคุมขัง

มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พยานที่ช่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือกริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 ยังได้กำหนดให้การหมิ่นประมาทที่เป็นการใส่ความแก่คนตายอันเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง บุคคลดังกล่าวสามารถดำเนินคดีแก่ผู้ใส่ความในความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ และกรณีผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทตายเสียก่อนร้องทุกข์ กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย

6.4 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

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

1) การได้สัญชาติโดยการแสดงเจตนา ประกอบไปด้วย การได้สัญชาติโดยการสมรส และการได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ

2) การได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดและสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การได้สัญชาติโดยการแสดงเจตนา

1.1) การได้สัญชาติโดยการสมรส (Marriage)

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

การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ได้สัญชาติไทยให้อยู่ในดุลยพินิจของรัฐมนตรี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

- สิทธิยื่นคำขอมีสัญชาติไทยโดยการสมรส

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

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

ดังกล่าวจะเป็นชายหรือหญิง แต่ก็พึงทราบได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า ผู้มีสัญชาติไทยนั้น หมายถึง ชายไทยเท่านั้น

การขอเข้าถือสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวที่สมรสกับผู้มีสัญชาติสัญชาติไทยนี้เป็นผลมาจาก หลักการที่ว่า “บุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน” การที่หญิงต่างด้าวได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย หากหญิงต่างด้าวไม่ได้รับสัญชาติไทยตามสามี ก็จะก่อให้เกิดความลำบาก เพราะเมื่อตนเป็นคนต่างด้าวก็ต้องขอต่อวีซ่าเข้าเมืองอยู่ตลอดตามระยะเวลาที่กฎหมายคนเข้าเมืองกำหนดไว้ อีกทั้งยังไม่สะดวกในการดำรงชีวิต กฎหมายไทยจึงเปิดกำหนดให้หญิงต่างด้าวที่สมรสกับชายไทยสามารถเข้าถือสัญชาติไทยตามสามีได้

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

- วิธีการได้สัญชาติไทยโดยการสมรส

การที่หญิงมีองค์ประกอบครบ 2 ประการนั้น ยังไม่ทำให้หญิงมีสิทธิในการขอถือสัญชาติไทย สิทธิที่เกิดในขั้นตอนนี้เป็นเพียงสิทธิที่จะยื่นคำขอมีสัญชาติไทยและพนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่จะต้องรับคำขอนี้ไปพิจารณาแต่รัฐมนตรีไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องอนุญาต เพราะมาตรา 9 ให้เรื่องนี้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเท่านั้น กรณีที่พฤติกรรมของหญิงที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศไทยรัฐมนตรีอาจมีความเห็นที่ไม่อนุญาตตามคำขอก็ได้¹³¹

อีกทั้งการได้สัญชาติไทยโดยการสมรสเป็นการได้สัญชาติไทยโดยเจตนาของบุคคลที่มีความประสงค์จะสมรส บุคคลดังกล่าวจึงต้องเป็นฝ่ายแสดงเจตนาขอมีสัญชาติไทย

หลังจากมีคุณสมบัติครบถ้วนตามองค์ประกอบ 2 ประการข้างต้น และการแสดงเจตนานั้นจะต้องเป็นไปตามวิธีการและแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้

- อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยต่อการอนุญาตให้สัญชาติไทยโดยการสมรส

รัฐมนตรีมีอำนาจในการอนุญาตต่อคำขอถือสัญชาติไทยโดยการสมรสที่ยื่นมาตามมาตรา 9 โดยจะมีผลต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา กล่าวคือ หญิงนั้นจะได้สัญชาติไทยตั้งแต่วันที่มีการประกาศคำสั่งของรัฐมนตรีในราชกิจจานุเบกษา มิใช่วันที่รัฐมนตรีลงนามในคำสั่ง 132 และมีผลเฉพาะตัวหญิงต่างด้าวผู้ยื่นคำขอตามมาตรา 5133 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติเท่านั้น

สิทธิที่จะถือสัญชาติไทยโดยการสมรสตามมาตรา 9 เป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง จึงไม่ขยายไปถึงบุคคลอื่น เช่น บุตรผู้เยาว์ของหญิงจากการสมรสครั้งก่อน แต่หากบุตรผู้นี้ต้องการจะมีสัญชาติไทยจะต้องรอจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะและขอแปลงสัญชาติเป็นไทยตามมาตรา 10134 อีกทั้ง บุตรต่างด้าวของหญิงไทยตามมาตรา 9 ไม่อาจใช้สิทธิขอแปลงสัญชาติเป็นไทยโดยวิธีพิเศษตามมาตรา 11 (2)135 เพราะเขามีฐานะบุตรของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทย

- สัญชาติไทยโดยการสมรสอาจถูกถอนได้

ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่จะถอนสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวตามมาตรา 9 ที่กระทำการเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งรัฐหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือการสมรสนั้นเกิดขึ้นโดยการปกปิดข้อเท็จจริงหรือแสดงข้อความเท็จอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งอำนาจในการถอนสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าวที่ได้สัญชาติไทยโดยการสมรสอยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียว แม้ว่าจะมีคณะกรรมการคณะหนึ่งที่มีหน้าที่พิจารณาเรื่องและเสนอความเห็น แต่อย่างไรก็ตามศาลก็อาจเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีได้ ถ้าปรากฏว่าเหตุตามมาตรา 16 ไม่มีอยู่จริง กล่าวคือ สิทธิในการได้มาซึ่งสัญชาตินั้นอาจไม่ได้รับอนุญาตให้ได้สัญชาติหรือถูกเพิกถอนโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หากพบข้อเท็จจริงว่า

(1) บุคคลนั้นเป็นภัยต่อรัฐ โดยมีการกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ

(2) บุคคลนั้นเป็นภัยต่อสังคม โดยมีการกระทำใด ๆ อันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาตินั้น ได้มาโดยไม่สุจริตซึ่งในกฎหมายสัญชาติไทย “กระบวนการได้สัญชาติไม่สุจริต” หมายถึง การแปลงสัญชาตินั้นได้เป็นไปโดยปกปิดข้อเท็จจริง หรือแสดงข้อความเท็จอันเป็นสาระสำคัญ

หากพบข้อเท็จจริงดังกล่าวรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจมีความเห็นไม่อนุญาตให้ได้รับสัญชาติไทยตามคำขอ อีกทั้งยังใช้ในการพิจารณาในกรณีขอเปลี่ยนแปลงสัญชาติ และได้สัญชาติโดยหลักดินแดนที่ชอบด้วยกฎหมายหากพบว่ามีกระทำความผิดดังกล่าวอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนสัญชาติของบุคคลนั้นได้

- สัญชาติไทยโดยการสมรสจะเสียไปโดยผลของการที่หญิงแปลงสัญชาติเป็นต่างด้าว

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

1.2) การได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ (Naturalization)

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

- คนต่างด้าวที่บรรลุนิติภาวะแล้วโดยทั่วไป ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 10

- คนต่างด้าวที่บรรลุนิติภาวะแล้วซึ่งมีความสัมพันธ์พิเศษกับประเทศไทย ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 11

- คนต่างด้าวที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือในกรณีที่ เป็นผู้เยาว์ ได้กำหนดเงื่อนไขในการแปลงสัญชาติสำหรับบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 12 วรรค 2

เงื่อนไขในส่วนของคุณสมบัติของผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทยที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 อธิบายได้ ดังนี้

ตามมาตรา 10 “คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนดังต่อไปนี้ อาจแปลงสัญชาติเป็นไทยได้

- (1) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายไทยและกฎหมายที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ
- (2) มีความประพฤติดี

(3) มีอาชีพเป็นหลักฐาน

(4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี

(5) มีความรู้ภาษาไทยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

(1) อายุของคนต่างด้าว

คนต่างด้าวที่จะสามารถขอแปลงสัญชาติได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

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

(1.2) บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายที่คนต่างด้าวนั้นมีสัญชาติ ซึ่งหมายความว่า จะต้องปรากฏว่าผู้ร้องขอนั้นบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายภายในของประเทศที่ตนมีสัญชาติอยู่นั้นด้วย

การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศที่คนต่างด้าวนั้นมีสัญชาตินั้น ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ร้องขอหรือประเทศของผู้ที่ร้องขอแปลงสัญชาติ คัดค้านภายหลังว่า ในขณะที่แปลงสัญชาตินั้น ผู้ร้องไม่มีความสามารถเพียงพอ อันจะเป็นเหตุให้ยกขึ้นอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ของการแปลงสัญชาติ

(2) เป็นบุคคลที่มีความประพฤติดี

โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความประพฤตินั้น ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบให้มีการสอบสวนหรือสืบสวน เพื่อให้แน่ใจได้ว่าคนต่างด้าวผู้ขอแปลงสัญชาติเป็นไทยนั้นจะไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประเทศไทย

(3) การประกอบอาชีพ

กฎหมายกำหนดให้ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติไทย จะต้องมียาชีพเป็นหลักเป็นฐาน ซึ่งหมายความว่า ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติจะต้องมียาชีพที่เป็นหลักแหล่งและสามารถหารายได้เลี้ยงตนเองและครอบครัวได้ เงื่อนไขข้อนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวผู้ขอแปลงสัญชาตินั้นต้องมาเป็นภาระของรัฐบาลไทยที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในเรื่องการประกอบอาชีพ

(4) มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายกำหนดให้ ผู้ร้องขอแปลงสัญชาติจะต้องมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยต่อเนื่องกันมาจนถึงวันยื่นคำขอแปลงสัญชาติเป็นไทยไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยระยะเวลา 5 ปีต้องอาศัยอยู่ในประเทศไทยอย่างต่อเนื่อง การที่กฎหมายกำหนดเรื่องภูมิลำเนาไว้ ก็เพื่อต้องการให้คนต่างด้าวผู้ร้องขอแปลงสัญชาติมีความผูกพันอยู่กับประเทศไทยในระดับหนึ่ง

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

จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเงื่อนไขและคุณสมบัติที่คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะขอแปลงเป็นไทยจะต้องมีให้ครบข้อทั้ง 5 ข้อ ถ้าขาดข้อใดข้อหนึ่งไป ถือว่าคนต่างด้าวผู้นั้นมีคุณสมบัติไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับผู้ที่ขอถือสัญชาติไทยได้

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

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

(1) ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษต่อประเทศไทย หรือได้ทำคุณประโยชน์ให้แก่ทางราชการซึ่งรัฐมนตรีเห็นสมควร

(2) เป็นบุตร ภริยา หรือสามีของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทยหรือของผู้ได้กลับคืนสัญชาติไทย

(3) เป็นผู้ได้เคยมีสัญชาติไทยมาก่อน

(4) เป็นสามีของผู้มีสัญชาติไทย

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

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

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

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

(1) ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษต่อประเทศไทย หรือได้ทำคุณประโยชน์ให้แก่ทางราชการซึ่งรัฐมนตรีเห็นสมควร โดยกฎหมายยกเว้นให้เพราะเห็นว่าผู้ร้องขอนั้นเป็นผู้ที่ได้กระทำความดีความชอบเป็นพิเศษให้แก่ประเทศไทย

(2) เป็นบุตร ภริยา หรือสามีของผู้ซึ่งได้แปลงสัญชาติเป็นไทย หรือของผู้ได้กลับคืนสัญชาติไทย กฎหมายได้เปิดโอกาสให้บุตรหรือภริยา ซึ่งเป็นคนในครอบครัวเดียวกันกับผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ ได้มีโอกาสได้สัญชาติไทยเช่นเดียวกันผู้ร้องขอแปลงสัญชาติ เพื่อให้สอดคล้องกับที่ว่าบุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสัญชาติเดียวกัน

(3) เป็นผู้ที่เคยได้สัญชาติไทยมาก่อน กล่าวคือ เป็นบุคคลที่เคยได้สัญชาติไทย และได้เสียสัญชาติไทยไปไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตามเช่น เป็นผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติไทยแต่ได้สละสัญชาติไทย หรือหญิงซึ่งเป็นต่างด้าวและได้สัญชาติไทยโดยการสมรส ตามมาตรา 9

แต่ถูกถอนสัญชาติไทยโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงเสียสัญชาติไทย เป็นต้น ถ้าบุคคลเหล่านี้จะกลับมาขอแปลงสัญชาติเป็นไทย จะได้รับการยกเว้นในเรื่องภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยและเรื่องความรู้ภาษาไทยดังกล่าว

(4) เป็นสามีของผู้มีสัญชาติไทย ในข้อนี้กฎหมายได้แก้ไขเพิ่มเติมให้สามีของผู้ขอแปลงสัญชาติซึ่งเป็นหญิงต่างด้าวได้ยกเว้นเงื่อนไขในการขอแปลงสัญชาติเรื่องภูมิลำเนาในราชอาณาจักรไทยและเรื่องความรู้ภาษาไทยด้วย

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

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

(2) การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยรัฐมนตรีต้องรับฟังคำเสนอแนะและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสัญชาติประกอบด้วย เมื่อรัฐมนตรีเห็นสมควรอนุญาตแล้วให้นำความกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชานุญาต

(3) เมื่อได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องจัดให้ผู้ขอแปลงสัญชาติปฎิญาณตนว่าจะมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อประเทศไทย และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือสำคัญการแปลงสัญชาติเป็นไทยให้ไว้แก่ผู้นั้นเป็นหลักฐาน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อบุคคลใดเป็นบุคคลซึ่งมีองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ในการแปลงสัญชาติย่อมสามารถแปลงสัญชาติได้ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ ทั้งนี้ ผลของการแปลงสัญชาติมีดังต่อไปนี้

(1) ผู้ร้องขอได้สัญชาติไทยเมื่อมีประกาศอนุญาตให้ถือสัญชาติไทยได้ในราชกิจจานุเบกษา และมีผลเป็นการเฉพาะตัว ตามมาตรา 5

(2) ผู้ขอแปลงสัญชาติไทยอาจถูกถอนสัญชาติได้เมื่อปรากฏพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังปรากฏตาม มาตรา 19

(3) การได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย

กรณีนี้พระราชบัญญัติสัญชาติไทย พ.ศ. 2508 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายสัญชาติหรือการเปลี่ยนแปลงที่เกี่ยวกับความเป็นรัฐ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

(1) การได้สัญชาติภายหลังการเกิดโดยผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายสัญชาติไทยกล่าวคือ การที่กฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้แทนกฎหมายสัญชาติฉบับเก่า อันเป็นผลให้ผู้ที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายเก่ากลายเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติตามกฎหมายใหม่ จึงถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวได้สัญชาติไทยโดยผลของกฎหมายใหม่

(2) การได้สัญชาติไทยภายหลังการเกิดโดยผลของการเปลี่ยนแปลงอันเกี่ยวกับความเป็นรัฐ กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงอันเกี่ยวกับความเป็นรัฐอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณีด้วยกัน เช่น การเกิดรัฐใหม่แทนที่รัฐที่สิ้นสุดลงหรือการเปลี่ยนแปลงการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตแห่งรัฐ ซึ่งทำให้บุคคลได้สัญชาติโดยผลของกฎหมายภายหลังการเกิดได้

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

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 มาตรา 47 กฎหมายอนุญาตให้ผู้มีเงินได้ มีสิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีของผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายตาม มาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี โดยให้หักค่าลดหย่อนได้ในกรณี กลุ่มสมรสของผู้มีเงินได้รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้มีเงินได้และกลุ่มสมรสของผู้มีเงินได้อีก ดังนี้

1) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ 30,000 บาท

ข้อสังเกต

(1) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ที่มีสิทธิหักค่าลดหย่อน จะต้องเป็นสามีหรือภริยาชอบด้วยกฎหมาย แม้การสมรสไม่ครบปีภาษีก็มีสิทธิหักค่าลดหย่อนได้

(2) สามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ที่จะนำมาหักค่าลดหย่อนจะต้องไม่มีเงินได้พึงประเมิน

2) เบี้ยประกันภัย

ผู้มีเงินได้สามารถนำเบี้ยประกันภัยสำหรับการประกันชีวิตที่จ่ายในปีภาษีมาหักค่าลดหย่อนได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 10,000 บาท และเนื่องจากการยกเว้นเงินได้สำหรับเงินที่จ่ายเป็นเบี้ยประกันตามจำนวนที่จ่ายจริงในส่วนที่เกิน 10,000 บาท สามารถนำมาหักได้ไม่เกิน

เงินได้หลังจากหักค่าใช้จ่ายแต่ไม่เกิน 90,000 บาท ดังนั้น จึงมีผลเสมือนกับให้หักค่าลดหย่อนได้ไม่เกิน 100,000 บาท

ทั้งนี้เฉพาะในกรณีที่กรมธรรม์ประกันชีวิตมีกำหนดเวลาตั้งแต่สิบปีขึ้นไป และการประกันชีวิตนั้น ได้เอาประกันไว้กับผู้รับประกันภัยที่ประกอบกิจการประกันชีวิตในราชอาณาจักร

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้มีการประกันชีวิต และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเบี้ยประกันที่จ่ายสำหรับการประกันชีวิตของสามีหรือภริยานั้นตามเกณฑ์ข้างต้น

3) เงินสะสม

เงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ตามจำนวนที่จ่ายจริง แต่ไม่เกิน 10,000 บาท

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้จ่ายเงินสะสม เข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ตามวรรคหนึ่งและความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเงินสะสมของสามีหรือภริยาที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพนั้นตามเกณฑ์ข้างต้น

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

4) เงินสมทบ

ที่ผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคม ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมตามจำนวนที่จ่ายจริง

ในกรณีสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ซึ่งเป็นผู้ประกันตนจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมตามวรรคหนึ่ง และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้หักลดหย่อนได้ด้วยสำหรับเงินสมทบของสามีหรือภริยาที่จ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ข้างต้น

5) ค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้คนละ 30,000 บาท

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรซึ่งมีผลใช้บังคับสำหรับคนไทยทุกคนที่มีรายได้ถึงเกณฑ์ต้องมีหน้าที่ในการเสียภาษีให้แก่รัฐ แต่จากบทบัญญัติในส่วนของ การหักค่าลดหย่อนดังกล่าวหมายความว่า ผู้ที่ตกอยู่ในฐานะภาษีซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ซึ่งตามกฎหมายมีหน้าที่จ่ายภาษีอัตราก้าวหน้าให้แก่รัฐ กฎหมายให้สิทธิหักค่าลดหย่อนในกรณีต่าง ๆ ของผู้มีเงินได้และสามีหรือภริยาของตนเองได้ในกรณีคู่สมรสไม่มีเงินได้ แต่การเป็นสามีภริยานั้นต้องเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย

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

6.6 พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

ตามมาตรา 58 กรณีที่สมาชิกถึงแก่ความตายในระหว่างรับราชการและความตายนั้นมิได้เกิดขึ้นเนื่องจากการประทุษร้ายอย่างร้ายแรงของตนเอง หรือในกรณีที่ผู้รับบำนาญถึงแก่ความตายให้จ่ายบำเหน็จตกทอด แก่ทายาทของสมาชิกหรือผู้รับบำนาญตามเกณฑ์ต่อไปนี้

1) บุตรให้ได้รับสองส่วน ถ้าสมาชิกผู้ตายมีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไปให้ได้รับสามส่วน

2) สามีหรือภริยาให้ได้รับหนึ่งส่วน

3) บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาที่มีชีวิตอยู่ให้ได้รับหนึ่งส่วน

ดังนั้นในการศึกษารั้งนี้ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 ได้ให้ความสำคัญต่อการจ่ายบำเหน็จบำนาญให้กับทายาทของสมาชิกดังนั้นในการศึกษาจึงได้นำมาใช้ในการศึกษาถึงสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศที่เกี่ยวกับการรับบำนาญข้าราชการตามพระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

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

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

1) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของทางราชการ ทั้งประเภทผู้ป่วยนอกหรือผู้ป่วยใน

2) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด ประเภทผู้ป่วยใน

3) การเข้ารับการรักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนที่มีใช้สถานพยาบาลตาม (2) ประเภทผู้ป่วยใน เฉพาะกรณีที่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวประสบอุบัติเหตุ อุบัติภัย หรือมีความจำเป็นรีบด่วน ซึ่งหากมิได้รับการรักษาพยาบาลในทันทีทันใดอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต

4) การเข้ารับการรักษายาบาลในสถานพยาบาลของเอกชนตามที่กระทรวงการคลังกำหนดประเภทผู้ป่วยนอก เป็นครั้งคราว เพราะเหตุที่สถานพยาบาลของทางราชการมีความจำเป็นต้องส่งตัวให้แก่สถานพยาบาลของเอกชนนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นสถานพยาบาลของเอกชนตามพระราชกฤษฎีกานี้หรือไม่ก็ตาม

สำหรับการจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาล ให้จ่ายเป็นค่ารักษายาบาล โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ประเภท และอัตราที่กระทรวงการคลังกำหนด ตามมาตรา 9 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้เข้ารับการรักษายาบาลในสถานพยาบาลและก่อนที่การรักษายาบาลจะสิ้นสุดลง ผู้มีสิทธิได้พ้นสภาพความเป็นข้าราชการ ถูกจ้างประจำถูกจ้างชาวต่างประเทศ ผู้รับเบี้ยหวัดบำนาญ หรือถูกสั่งพักราชการ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนหรือบุคคลในครอบครัวพ้นสภาพความเป็นบุคคลในครอบครัวตามพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ผู้มีสิทธิมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลสำหรับตนเองหรือบุคคลในครอบครัวจนถึงสิ้นสุดการรักษายาบาลในคราวนั้น

สำหรับกรณีที่บุคคลในครอบครัวเป็นผู้อาศัยสิทธิของผู้อื่นซึ่งมีสิทธิได้รับเงินค่ารักษายาบาลสำหรับบุคคลในครอบครัวจากหน่วยงานอื่นในขณะเดียวกัน ให้ผู้มีสิทธิมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลสำหรับบุคคลในครอบครัวตามพระราชกฤษฎีกานี้ มาตรา 11 กรณีที่มีการทำสัญญาประกันภัยซึ่งให้ความคุ้มครองในการรักษายาบาลแก่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัว หากสิทธิที่จะได้รับเงินค่ารักษายาบาลตามสัญญาประกันภัยนั้นต่ำกว่าค่ารักษายาบาลในคราวนั้น ให้ผู้นั้นมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้ เฉพาะส่วนที่ขาดอยู่ แต่ต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด มาตรา 12 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้รับค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุละเมิดเป็นค่ารักษายาบาลจากบุคคลอื่นแล้ว ผู้มีสิทธิไม่มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้ เว้นแต่ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับนั้นต่ำกว่าเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลที่มีสิทธิจะได้รับตามพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลตามพระราชกฤษฎีกานี้ เฉพาะส่วนที่ขาดอยู่

ในกรณีที่ได้มีการจ่ายเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาลไปแล้ว และปรากฏว่าผู้มีสิทธิหรือบุคคลในครอบครัวได้รับค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุละเมิดเป็นค่ารักษายาบาลจากบุคคลอื่นในภายหลัง ให้ผู้มีสิทธิส่งคืนเงินเท่ากับจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษายาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 การให้บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขโดยตรงแก่ผู้มีสิทธิและบุคคลในครอบครัวของผู้มีสิทธิ เพื่อการรักษาโรค การตรวจวินิจฉัย การฟื้นฟูสมรรถภาพ

ที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต และให้หมายความรวมถึงการตรวจสุขภาพ การสร้างเสริมสุขภาพและการป้องกันโรคเพื่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข ผู้วิจัยจึงนำมาใช้ในการกำหนดสิทธิของกลุ่มบุคคลเพศที่สาม ในการรับเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล

6.8 พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505

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

6.9 พระราชบัญญัติค่านำนานามหญิง พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติค่านำนานามหญิง พ.ศ. 2551 โดยในกฎหมายฉบับนี้ ได้กล่าวถึงสิทธิที่ได้มาจากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของหญิงซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วว่าหญิงผู้นั้นมีสิทธิที่จะใช้ค่านำนานามว่า “นาง” หรือ “นางสาว” ได้ตามความสมัครใจ โดยแจ้งต่อนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว และหากหญิงผู้ซึ่งได้จดทะเบียนสมรสแล้วนั้น ต่อมาภายหลังการสมรสได้สิ้นสุดลง หญิงผู้นั้นจะยังคงใช้ค่านำนานามว่า “นาง” อยู่เช่นเดิมหรือกลับมาใช้คำว่า “นางสาว” ก็ได้ตามความสมัครใจ ซึ่งเป็นสิทธิของการใช้ค่านำนานามของหญิงที่ได้จดทะเบียนสมรสที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสิทธิที่ได้จากการเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิที่ได้มาภายหลังจากการจดทะเบียนสมรสซึ่งสิทธิตามพระราชบัญญัติค่านำนานามหญิง พ.ศ. 2551 ที่ได้กล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จะต้องมีแก่คู่รักที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันที่ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันจากรัฐ และเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศเดียวกันสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้โดยอนุโลมแต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า สิทธิที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จะเกิดขึ้นได้กับกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศเดียวกันที่มีความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นหญิงด้วยกันเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงความรักในรูปแบบ

ของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายด้วยกัน และไม่ได้หมายความว่ารวมถึงความรักในรูปแบบของมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายที่มีความรักกับมนุษย์ที่มีเพศสรีระเป็นชายแต่มีเพศสภาพภายนอกมีลักษณะเป็นหญิงด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้สิทธิในการเลือกใช้นามานามเฉพาะผู้มีเพศสรีระเป็นหญิงเท่านั้น

6.10 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

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

7. งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีดังนี้

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

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

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

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

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

บทที่ 3

วิธีวิทยาการวิจัย (Research Methodology)

การศึกษาวิจัยเรื่องกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กำหนดวิธีวิทยาการวิจัย เพื่อการเก็บรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) ประกอบด้วย การวิจัยเอกสาร (Documentary research) การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview) และการมีส่วนร่วมออกแบบ-ร่วมออกแบบ (Participatory Design, Co-Design) และเมื่อได้วิเคราะห์จนกระทั่งจัดทำเป็นรูปแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แล้วจะนำไปสู่การรับฟังความคิดเห็น (Hearing) จากประชากรที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำเอาข้อวิพากษ์ไปปรับปรุงแก้ไขคำตอบให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น วิธีวิทยาการวิจัยที่ใช้มีรายละเอียดการดังนี้

1. การวิจัยเอกสาร (Documentary research)

การวิจัยเอกสารเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลที่เป็นเอกสาร ซึ่งการวิจัยครั้งนี้ได้กำหนดประเภทเอกสารและประเด็นที่ต้องการใช้วิเคราะห์ คือสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้รับตามหลักสิทธิมนุษยชนในเรื่องความเสมอภาค รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่เป็นทฤษฎี แนวคิด ตำรา รายงานวิชาการ และบทความทั้งของไทยและต่างประเทศเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อมูลเอกสารที่ได้มานั้นจะนำไปใช้ในการวิเคราะห์เพื่อจะได้จัดทำเป็นต้นแบบของกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผู้วิจัยจึงกำหนดหัวข้อของข้อมูลเอกสารไว้ ดังนี้

1.1 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการ

เป็นการวิจัยข้อมูลเอกสารหลักคือ แนวคิด ทฤษฎี หลักการ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายในประเทศและข้อมูลจากรายงานวิจัย ตำรา เอกสารรายงานการประชุมสัมมนา วิทยานิพนธ์และบทความ โดยมีแนวคิด ทฤษฎี และหลักการ

- 1) แนวคิดแนวคิดเกี่ยวกับการสมรส
- 2) แนวคิดเกี่ยวกับเพศ
- 3) ทฤษฎีเรื่องเพศตามแนวคิดแบบเควียร์ (Queer Theory)

- 4) ทฤษฎีสารัตถะนิยม
- 5) ทฤษฎีเสรีภาพ
- 6) ทฤษฎีสักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- 7) ทฤษฎีครอบครัว
- 8) หลักสิทธิมนุษยชน
 - (1) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
 - (2) หลักความเสมอภาค
 - (3) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 - (4) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ
- 9) หลักนิติสัมพันธ์

1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

- 1) กฎหมายระหว่างประเทศ
 - (1) ปณิญาสากล่าว ด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948
 - (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966
 - (3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966
 - (4) หลักการขอยกยาคาร์ตา ค.ศ. 2006
 - (5) อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป
 - (6) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยย์และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950
 - (7) อนุสัญญาอินเตอร์-อเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969
 - (8) กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยย์และประชาชน ค.ศ. 1981
- 2) กฎหมายต่างประเทศ
 - (1) Civil Solidarity Pact ค.ศ. 1999 สาธารณรัฐฝรั่งเศส
 - (2) Act on Life Partnership ค.ศ. 2001 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน
 - (3) The Domestic Partnership ค.ศ. 1990 สหราชอาณาจักร
 - (4) Civil Marriage Act ค.ศ. 2003 ประเทศแคนาดา

3) กฎหมายไทย

- (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
- (2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก
- (3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- (4) พระราชบัญญัติสัญญา พ.ศ. 2508
- (5) พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560
- (6) พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539
- (7) พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555
- (8) พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505
- (9) พระราชบัญญัติค่านำหนันามหญิง พ.ศ. 2551
- (10) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

1.3 การทบทวนวรรณกรรม

ข้อมูลที่เป็นวรรณกรรมเกี่ยวข้องกับแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

2. การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview)

การสัมภาษณ์เชิงลึกเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลเชิงลึกด้วยการสัมภาษณ์โดยตรงระหว่างผู้วิจัยกับประชากรสัมภาษณ์ตามประเด็นสัมภาษณ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า

ประชากรสัมภาษณ์ เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานะของผู้นำมูลนิธิ นายกสมาคม ประธานกลุ่ม และนักวิชาการที่เกี่ยวข้อง รวมประชากรสัมภาษณ์เชิงลึก 16 คน ดังนี้

- 1) ประธานมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ หรือผู้ได้รับมอบหมายจากประธานมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ จำนวน 1 คน
- 2) ประธานมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน จำนวน 1 คน
- 3) นายกสมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทยหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากนายกสมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย จำนวน 1 คน

- 4) ประธานองค์กรบางกอกเรโนโบว์ จำนวน 1 คน
- 5) นักวิชาการด้านสังคม จิตวิทยา และเพศศึกษา จำนวน 4 คน
- 6) นักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน จำนวน 4 คน
- 7) บุคคลเพศทางเลือก จำนวน 4 คน

2.1 ประเด็นสัมภาษณ์เชิงลึก

ประเด็นสัมภาษณ์เชิงลึก เป็นประเด็นการสัมภาษณ์เชิงสนทนาระหว่างประชากร สัมภาษณ์กับผู้วิจัยตามที่กำหนดไว้ ประเด็นสำคัญคือ ความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดทำกฎหมาย ดัชนีแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และ ปัญหาการขาดสิทธิความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจำนวน 8 ประเด็น โดยรวมถึงประเด็นซึ่งปรากฏในระหว่างการสัมภาษณ์ที่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นประเด็นที่มี ประโยชน์เพิ่มเติม ดังนี้

ประเด็นที่ 1 สถานการณ์ ปัญหา อุปสรรค ในเรื่องสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศของสังคมไทย

ประเด็นที่ 2 ผลกระทบที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการรับรองและ คุ้มครองสิทธิในการสมรสจากกฎหมาย

ประเด็นที่ 3 แนวทางและวิธีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศ วิธีจัดการกับปัญหา ผลกระทบและผลที่ได้รับ

ประเด็นที่ 4 ความคิดเห็นต่อการนำหลักสิทธิมนุษยชนและหลักความเสมอภาคมาใช้กับ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ประเด็นที่ 5 การนำเอารูปแบบตามหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค หลัก กฎหมายต่างประเทศ ที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศใช้ในการออกกฎหมายดัชนีแบบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศเหมาะสม และผลที่ได้รับ

ประเด็นที่ 6 แนวทางการสนับสนุนให้มีการนำเอาหลักสิทธิมนุษยชน หลักความ เสมอภาค หลักกฎหมายต่างประเทศ มาใช้ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มี ความหลากหลายทางเพศ

ประเด็นที่ 7 กฎหมายดัชนีแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มี ความหลากหลายทางเพศที่ดีและเหมาะสมสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรมีการ รับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส และควรมีหน้าที่ ประกอบด้วยอะไรบ้าง

ประเด็นที่ 8 ชื่อนำในการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ดีและเหมาะสมสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

3. การมีส่วนร่วมออกแบบ (Participatory design, Co-design)

การมีส่วนร่วมออกแบบ (Participatory design, Co-design) เป็นการวิจัยวิธีใหม่ซึ่งมาจากแนวคิดว่าการวิจัยที่มุ่งถึงการสร้างรูปแบบในการดำเนินการในเรื่องใดก็ตามคำตอบที่จะได้มานั้น จำเป็นที่จะต้องให้ผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในสถานะของการปฏิบัติตามรูปแบบที่เป็นคำตอบหรือเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมให้เกิดการปฏิบัติตาม ได้มีส่วนในการจัดทำรูปแบบนั้นด้วยทั้งนี้เพราะลำพังจากการวิจัยจะได้คำตอบที่นำมาสร้างเป็นรูปแบบนั้นจะมาจากการวิเคราะห์ข้อมูลของผู้วิจัยซึ่งอาจส่งผลทำให้เป็นคำตอบที่ไม่สามารถตอบสนองตามความต้องการและความเป็นจริงของผู้มีส่วนได้เสียได้ ดังนั้นการใช้วิธีการให้ผู้มีส่วนได้เสียร่วมออกแบบคำตอบก็จะทำให้เป็นงานวิจัยที่สามารถจัดทำรูปแบบที่เหมาะสมได้มากขึ้น ทั้งนี้เพราะผู้มีส่วนได้เสียจะร่วมกันสร้างรูปแบบของคำตอบตามประสบการณ์ ตามปัญหาที่มี และตามความต้องการของพวกเขา

ดังนั้น กฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผู้วิจัยจึงได้นำวิธีการมีส่วนร่วมออกแบบ (Participatory design, Co-design) มาใช้โดยมีกระบวนการดำเนินการ ดังนี้

3.1 ประชากรร่วมออกแบบ

ประชากรร่วมออกแบบ คือ กลุ่มประชากรและผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) โดยตรงต่อผลของการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งสิ้น 16 คน ประกอบด้วย โดยแยกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มเฉพาะ กับกลุ่มผสม

กลุ่มเฉพาะ คือกลุ่มที่มีส่วนได้เสียเฉพาะตามประเภทผู้นำกลุ่มองค์กร แยกเป็น

กลุ่มที่ 1 ผู้นำกลุ่มของบุคคลเพศทางเลือก คือ ประธานมูลนิธิเพื่อสิทธิ และความเป็นธรรมทางเพศ ประธานมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน นายกสมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย และประธานองค์กรบางกอกเรนโบว์

กลุ่มที่ 2 ผู้ทรงคุณวุฒิ นักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน

กลุ่มที่ 3 นักวิชาการ ด้านสังคม จิตวิทยา และ เพศศึกษา

กลุ่มที่ 4 บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

โดยบุคคลทั้ง 4 กลุ่มนี้จัดเป็นกลุ่มประชากรเฉพาะที่เป็นชุดแรกของการทำ

Participatory design

กลุ่มผสม คือ กลุ่มมาจากการให้ประชากรกลุ่มเฉพาะแต่ละกลุ่มมารวมกันเป็นกลุ่มผสม ซึ่งมี 4 กลุ่ม แต่ละกลุ่มประกอบด้วย ผู้นำกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผู้ทรงคุณวุฒิ นักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน นักวิชาการด้านสังคม จิตวิทยา และ เพศศึกษา และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เหตุผลของการจัดให้มีกลุ่มประชากรแยกเป็น 2 กลุ่ม เนื่องจากในแต่ละกลุ่มประชากรเฉพาะนั้นย่อมมีแนวความคิดในกลุ่มของตนที่ไม่ต่างกัน ดังนั้นความคิดเห็นในโจทย์ปัญหาการวิจัยจึงเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ส่วนกลุ่มประชากรผสมนั้นประชากรในกลุ่มมีอาชีพ ความคิด ประสบการณ์ที่ต่างกัน การอภิปรายแสดงความคิดเห็นในกลุ่มจึงเป็นการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ประสบการณ์ต่อกัน ความคิดเห็นในโจทย์ปัญหาการวิจัยจึงอาจเหมือนหรือแตกต่างจากกลุ่มประชากรเฉพาะก็ได้

การร่วมออกแบบ Model จึงมีทั้งที่เป็นของกลุ่มเฉพาะ 4 รูปแบบ และของ กลุ่มผสม 4 รูปแบบ

3.2 ขั้นตอนในการดำเนินการ

1) ขั้นเตรียมการ

เป็นขั้นตอนของการเตรียมความพร้อมก่อนการดำเนินการจัดทำ Co-Design ประกอบด้วย

(1) กำหนดประชากรร่วมออกแบบ คือ กลุ่มประชากรผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อผลของการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งสิ้นจำนวน 16 คน แยกออกเป็น 4 กลุ่ม ประกอบด้วย

กลุ่มที่ 1 คือ กลุ่มนักกฎหมาย จำนวน 4 คน

กลุ่มที่ 2 คือ กลุ่มนักวิชาการ 4 คน

กลุ่มที่ 3 คือ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา จำนวน 4 คน

กลุ่มที่ 4 คือ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำนวน 4 คน

ประชากรทั้ง 4 กลุ่มนี้ แยกออกเป็น 2 ชุด คือ

ชุดแรก ประชากรกลุ่มเฉพาะ หมายถึง ประชากรผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อผลของการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีทั้งหมด 4 กลุ่ม ๆ ละ 4 คน คือ

กลุ่มเฉพาะ 1 คือ กลุ่มนักกฎหมาย จำนวน 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 2 คือ กลุ่มนักวิชาการ 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 3 คือ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา จำนวน 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 4 คือ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำนวน 4 คน

ชุดที่สอง คือ ประชากรกลุ่มผสม หมายถึง ประชากรที่มาจากกลุ่มเฉพาะแยกมา กลุ่มละ 1 คน เพื่อมารวมกันเป็นกลุ่ม ผสม 4 กลุ่ม แต่ละกลุ่มผสมจึงประกอบด้วย นักกฎหมาย นักวิชาการ นักสิทธิมนุษยชนและนักการศาสนา และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การจัดให้มีประชากรกลุ่มเฉพาะทำให้การอภิปรายร่วมกันภายในแต่ละกลุ่มเฉพาะที่ต่างก็มีประสบการณ์คล้ายกันมาร่วมแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อยากจะได้รับการที่ไม่แตกต่างกันมากนัก

ส่วนการจัดให้มีกลุ่มผสมร่วมกันอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นจะทำให้ได้ความคิดเห็นเกี่ยวกับ สิทธิการสมรสที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มาจากประสบการณ์ที่แตกต่างกันของประชากรแต่ละคนในกลุ่ม ซึ่งเมื่อได้ข้อสรุปออกมาจะทำให้ได้สิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยากจะได้รับของประชากร กลุ่มผสม

2) การจัดเตรียมสถานที่จัดทำ Co-Design

โดยเหตุที่กำหนดประชากรออกเป็น 4 กลุ่ม สถานที่จึงต้องแยกเป็น 4 โต๊ะห่างจากกันเพื่อไม่ให้เกิดการร่วมแสดงความคิดเห็นของแต่ละกลุ่มรบกวนกัน แต่อยู่ในห้องเดียวกัน จึงจำเป็นที่จะเป็นห้องขนาดใหญ่

3) การจัดเตรียมอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำ Co-Design

ผู้วิจัยจัดเตรียมกระดาษแผ่นใหญ่และเครื่องเขียนสำหรับเขียนคำตอบจากมติของแต่ละกลุ่ม พร้อมแท่นที่ตั้ง

4) การจัดเตรียมเลขานุการกลุ่ม เพื่อทำหน้าที่ในการบันทึกมติของที่ประชุมกลุ่ม

4. การวิเคราะห์ข้อมูล

การวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้มาจากวิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้นั้น แยกการวิเคราะห์ออกเป็นขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 ข้อมูลที่เป็นเอกสาร ได้จากการนำข้อมูลการทบทวนวรรณกรรมในบทที่ 2 เกี่ยวกับสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้รับ มาจำแนก วิเคราะห์ เพื่อหาองค์ประกอบของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเฉพาะที่มีความเชื่อมโยง สอดคล้องตามประเด็นปัญหาที่กำหนดไว้แล้วนำองค์ประกอบที่ได้ในรอบแรกนี้ มาทำการแจกแจงความถี่เพื่อให้เห็นว่าแต่ละองค์ประกอบได้รับความสำคัญจำเป็นอย่างไรและมีการพิจารณาเปรียบเทียบว่าแต่ละองค์ประกอบที่ได้ทำการศึกษา นั้น มีองค์ประกอบที่จะมากำหนดกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีความเหมือนกัน หรือต่างกันกับการรับรอง

และคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย โดยจะใช้คำตอบได้จากตารางเปรียบเทียบที่ว่าเป็น ข้อมูลประกอบการสัมภาษณ์เชิงลึก

ขั้นตอนที่ 2 การวิเคราะห์ข้อมูลเอกสาร ใช้ข้อมูลคำตอบที่ได้รับจากกลุ่มประชากรการสัมภาษณ์เชิงลึก มาวิเคราะห์ อภิปรายร่วมกับ แนวคิด ทฤษฎี ประสบการณ์ของผู้วิจัย เพื่อจัดทำ “ร่างกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เป็นร่างแรกที่น่าไปสู่การจัดทำประเด็นที่จะใช้สำหรับการสัมมนา การมีส่วนร่วมออกแบบ-ร่วมออกแบบ

ขั้นตอนที่ 3 เมื่อจัดทำการสัมมนา Co-Design แล้ว นำเอาข้อมูลคำตอบที่ได้ มาวิเคราะห์ สังเคราะห์ อภิปรายร่วมกับผลในขั้นตอนที่ 2 เพื่อยืนยันว่า แนวคิด ความคิดเห็นเพิ่มเติมและองค์ประกอบกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ได้จากการสัมมนา ได้ถูกนำมาพิจารณาอย่างทั่วถึง สอดคล้องชัดเจน มีศักยภาพเหมาะสมตรงตามประเด็นที่ได้กำหนดไว้ สำหรับการพัฒนากฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

5. การรับฟังความคิดเห็น (Hearing)

เมื่อผู้วิจัยได้จัดทำร่างกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นสามารถที่จะนำไปสู่การประยุกต์ใช้ได้ ผู้วิจัยจะใช้วิธีการรับฟังความคิดเห็น จากประชากรที่มีความเกี่ยวข้องที่ไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมาย ประกอบด้วย ประธานมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ ประธานมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน นายกสมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย ประธานองค์กรบางกอกเรนโบว์ นักวิชาการด้านสังคม จิตวิทยา และ เพศศึกษา นักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำนวน 16 คน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และรับฟังความคิดเห็น (Hearing) จากผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...

6. การจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การวิจัยได้กำหนดเป้าหมายไว้ คือ การสร้างกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยครอบคลุม ในประเด็นหลักความเหมาะสมภาคตามหลักสิทธิมนุษยชนเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กฎหมายที่บังคับใช้ การนำเอาผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบ ตามข้อ 3.1 และข้อ 3.2 มาวิเคราะห์เป็นองค์รวมร่วมกับข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก และข้อมูลจากการจัดทำ Participatory design, Co – design: CD เพื่อสร้างกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย หรือกล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อมูลที่ได้จากการเก็บรวบรวมตามระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพทั้งการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก และการมีส่วนร่วมออกแบบนั้น ผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์ร่วมกันเพื่อเป็นฐานข้อมูลสำหรับจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยครั้งนี้

บทที่ 4

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในสภาพทางสังคมของแต่ละประเทศในปัจจุบันนี้มีความแตกต่างกันจากเดิมซึ่งเคยยอมรับกันว่าในสังคมมีเพียงเพศหญิงและเพศชายในขณะที่ปัจจุบันมีการยอมรับให้มีการแสดงออกซึ่งบุคคลอีกประเภทหนึ่งคือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หมายถึงกลุ่มคนที่มีความแตกต่างจากอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศที่แท้จริง เนื่องจากรสนิยมทางเพศที่เป็นอยู่ เช่นมีเพศสภาพเป็นชายแต่มีรสนิยมทางเพศชอบผู้ชายหรือหญิงมีเพศสภาพเป็นหญิงแต่มีรสนิยมทางเพศชอบผู้หญิง จึงทำให้การแสดงออกตรงข้ามกับเพศที่เป็นอยู่

บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนี้ก็เป็มนุษย์เหมือนบุคคลทั่ว ๆ ไปจะแตกต่างกันเพียงแค่อารมณ์และความชอบทางเพศเท่านั้น เพราะฉะนั้นจึงมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เหมือนกับชายหญิงทั่วไป แต่ที่เป็นปัญหาก็คือ การยอมรับในด้านสิทธิต่าง ๆ และความเสมอภาคทางกฎหมายกลับไม่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งหากพิจารณาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights: UDHR, 1948) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีเจตนารมณ์ให้การคุ้มครองความเป็นมนุษย์อย่างเสมอภาคกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์ สีผิว ภาษา เพศ อายุ ความพิการ ถิ่นกำเนิด โดยมุ่งคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนที่เกิดมาบนโลกใบนี้ภายใต้หลักการที่มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน เพื่อให้เป็นกฎหมายสำหรับประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีสมาชิกสหประชาชาติจะได้นำไปใช้ปฏิบัติตาม

ปัญหาที่หลายประเทศเผชิญอยู่ก็คือความแตกต่างในการได้รับการคุ้มครองระหว่างมนุษย์ที่มีความแตกต่างทางเพศและรสนิยมทางเพศดังกล่าวนี้นี้ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานกลับไม่เท่าเทียมกันจึงนำไปสู่การเรียกร้องของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเกิดขึ้นในหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐฝรั่งเศส เครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศแคนาดา สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ราชอาณาจักรสวีเดน ราชอาณาจักรโปรตุเกส สาธารณรัฐไอซ์แลนด์ สาธารณรัฐอาร์เจนตินา และราชอาณาจักรเดนมาร์ก ก็ตอบรับการให้การคุ้มครองโดยมีกฎหมายรับรอง เช่น ราชอาณาจักรเดนมาร์กมี The Danish Registered Partnership Act ค.ศ. 1989, The Formation and Dissolution of marriage Act ค.ศ. 1989 สาธารณรัฐฝรั่งเศส มี Civil Solidarity Pact Act ค.ศ. 1999 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มี Act on Life Partnership ค.ศ. 2001 มลรัฐ Vermont สหรัฐอเมริกา มี Civil Union แต่ก็ยังมีอีกหลายประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลเหล่านี้ และประเทศไทยก็อยู่ในกลุ่มที่ไม่มีกฎหมายทั้ง ๆ ที่ในปัจจุบันมีกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีการแสดงออกสู่สังคมอย่างชัดเจนและมี การเรียกร้องสิทธิการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จะได้รับการรับรองโดยมีกฎหมายรองรับแต่ ก็ไม่พบว่ามี การดำเนินการใด ๆ ที่เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน

จากที่กล่าวมานี้การวิจัยจึงได้กำหนดประเด็นวิเคราะห์เพื่อให้ได้คำตอบที่จะนำไปสู่การจัดทำเป็น กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีรายละเอียดการวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

1. สถานการณ์ของปัญหาสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การเรียกร้องสิทธิการสมรสตามหลักสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีทั่วโลกในปัจจุบัน เนื่องจากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็เป็นมนุษย์ที่ได้รับการรับรองเหมือนกับมนุษย์เพศอื่น ๆ ตามหลักสิทธิมนุษยชน (Human rights) กล่าวว่าทุกคนย่อมมีสิทธิ อิสราภาพ และความเสมอภาคที่เท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งแยก เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ศาสนา ภาษา เพศ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิพาท มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใดและ ทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคนที่มีคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ทุกคนโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตามย่อมมีค่าความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน

ในปัจจุบันเพศสภาพของมนุษย์สามารถแยกมาได้ 3 ประเภท คือ เพศหญิง เพศชาย และเพศที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเพศหญิงและเพศชาย มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสต่าง ๆ โดยสังคมและกฎหมายของทุก ๆ ประเทศ ในขณะที่อีกเพศหนึ่งที่ไม่ได้มีความชัดเจนคือเพศที่มีลักษณะความหลากหลายทางเพศ กลับพบว่า การคุ้มครองและการรับรองในเพศสภาพนั้นมีเพียงบางประเทศ และอีกหลาย ๆ ประเทศส่วนใหญ่ก็ยังไม่ยอมรับ ทั้ง ๆ ที่สภาพความเป็นจริงมี

บุคคลในเพศสภาพนี้อยู่ในทุกประเทศทั่วโลกอยู่แล้วเพียงแค่พวกเขาจะเปิดเผยเพศสภาพของตนหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการยอมรับของสังคม ประเพณี วัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ

ดังนั้นหากจะพิจารณาถึงสิทธิของความเป็นมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิมนุษยชนไว้หลายข้อ คือ

ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและ เสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ ในตน มีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ

ข้อ 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวง ตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติ อาชีพ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมืองทางกฎหมาย หรือทางการเมืองระหว่างประเทศของ ประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด

ข้อ 3 บุคคลทุกคนมีสิทธิในการชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล

ข้อ 7 ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการขู่งให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว และ

ข้อ 30 ไม่มีบทใดในปฏิญญานี้ ที่อาจตีความได้ว่า เป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ กลุ่มคน หรือบุคคลใดในการดำเนินกิจกรรมใด หรือกระทำการใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ณ ที่นี้

หลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้หมายความว่าบุคคลจะมีเพศสภาพใดก็ได้แล้วแต่ย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการคุ้มครองเหมือนกัน แต่โดยเหตุที่มีอีกเพศที่ไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมเสมอภาคกับเพศอื่นจึงเกิดการเรียกร้องจากกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้เกิดการยอมรับในสังคมเพื่อการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ดังเช่นเพศอื่นได้รับ

สภาวการณ์ของหลายประเทศที่แสดงถึงการยอมรับและให้การคุ้มครองสิทธิแก่ผู้มีความหลากหลายทางเพศจากการเรียกร้องโดยอ้างถึงหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่พึงจะได้รับการคุ้มครองและมีสิทธิต่าง ๆ เช่นเดียวกับบุคคลที่มีความชัดเจนทางเพศว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชายโดยมีวิธีการอ้าง เช่น สหรัฐอเมริกามีการรวมตัวกันชุมนุมเพื่อเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีการชุมนุมประท้วงที่ สโตนวอลล์

(Stonewall Riot) ในปี ค.ศ. 1968 ภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้มงวดในการตรวจจับกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศที่เข้าไปใช้บริการบาร์เกย์สโตนวอลล์ เพราะในช่วงศตวรรษที่ 50-60 การมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันถือเป็นเรื่องต้องห้ามในหลายมลรัฐที่มีกฎหมาย Sodomy (การชำเราแบบวิถดถาร) ที่กำหนดให้การแสดงความรักกับคนที่มีเพศเดียวกันกับตนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและมีโทษจำคุก อีกทั้งขบวนการไอล่าฝายซ้ายในยุคศตวรรษที่ 50 ที่นำโดยวุฒิสมาชิกโจเซฟ แม็ค คาร์ธีย์ ที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ จากเหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การก่อการจลาจลและชุมนุมเรียกร้อง 3 วันติดต่อกัน เหตุการณ์นี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ และเหตุการณ์ดังกล่าวได้กลายเป็นสัญลักษณ์ของการต่อสู้เพื่อสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศในการได้รับการรับรองและคุ้มครองสถานะในทางกฎหมาย

การเรียกร้องของกลุ่มเพศนี้มีการดำเนินการในประเทศต่าง ๆ โดยนำเอารูปแบบและวิธีการประท้วงของสหรัฐอเมริกาที่ได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญต่อสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคมากที่สุดประเทศหนึ่งของโลก ประกอบกับการอ้างถึงหลักสิทธิมนุษยชนจึงได้ส่งผลในเวลาต่อมาเกิดการยอมรับเพศสภาพนี้ในหลายประเทศปรากฏเป็นรูปธรรมโดยมีกฎหมายรองรับ เช่น ประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Code law) เช่น ราชอาณาจักรเดนมาร์กมี The Danish Registered Partnership Act ค.ศ. 1989, The Formation and Dissolution of marriage Act ค.ศ. 1989 สาธารณรัฐฝรั่งเศส มี Civil Solidarity Pact Act ค.ศ. 1999 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มี Act on Life Partnership ค.ศ. 2001 ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น มลรัฐ Vermont สหรัฐอเมริกา มีหลักการ Civil Union ซึ่งเป็นหลักการที่บัญญัติโดยมีแนวคิดที่เล็งเห็นคุณค่าของความรัก ว่าความรักของบุคคลเพศทางเลือกมีคุณค่าเท่าเทียมกับความรักของคนรักต่างเพศ โดยกฎหมายอนุญาตให้มีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันด้วย (ริญญาภัทร์ ณ สงขลา, 2561, หน้า 394)

สำหรับในประเทศไทยมีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่ในอดีตจนกระทั่งปัจจุบัน โดยที่สังคมไทยยังไม่ยอมรับเพราะถือว่าไม่ถูกต้องด้วยประเพณี วัฒนธรรมไทย จึงทำให้ในยุคสมัยหนึ่ง บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่กล้าที่จะเปิดเผยตัวตนเรียกกันว่า “อีแอบ” ต่อมาการเรียกร้องสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นมีมากขึ้น และปรากฏเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนในหลายประเทศ จึงเป็นแบบอย่างสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในหลาย ๆ ประเทศ รวมไปถึงประเทศไทยด้วยซึ่งการเรียกร้องของบุคคลเหล่านั้นประสบความสำเร็จในหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา เป็นต้น จนกระทั่งล่าสุดประเทศในเอเชีย คือ สาธารณรัฐไต้หวัน เนื่องจากกฎหมายของสาธารณรัฐ

ไต้หวัน ห้ามการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันซึ่งถูกอ้างว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและละเมิดสิทธิในความเสมอภาคของพลเมือง จึงมีการเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครอง จนกระทั่งวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 สาธารณรัฐไต้หวันได้ตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสเพศเดียวกัน (Taiwan Today, 2019) มีสาระสำคัญ กำหนดให้

- ผู้ที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปที่เป็นเพศเดียวกัน 2 คน หากมีความประสงค์ใช้ชีวิตร่วมกัน สร้างความสัมพันธ์ถาวรแบบใกล้ชิดและไม่รังเกียจกัน สามารถจดทะเบียนสมรสที่สำนักงานทะเบียนราษฎรได้ แต่ห้ามการจดทะเบียนระหว่างผู้สืบโลหิตสายตรง ญาติสายตรง และผู้สืบโลหิตหรือญาติสายขนานที่มีความใกล้ชิดกัน

- ทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความซื่อสัตย์กัน ผู้มีคู่สมรสอยู่แล้ว ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสซ้อนได้

- สองฝ่ายต้องมีหน้าที่ใช้ชีวิตอยู่ด้วยกัน และเป็นตัวแทนเรื่องในครอบครัวระหว่างกัน

- การจัดการทรัพย์สินสองฝ่ายใช้ข้อบัญญัติทรัพย์สินสามัคคีกรรยาในกฎหมายแพ่ง

- หากต้องการยุติความสัมพันธ์ จะต้องผ่านการยินยอมของสองฝ่าย และทำการจดทะเบียนยุติความสัมพันธ์ที่สำนักงานทะเบียนราษฎร

กฎหมายยังได้บัญญัติเรื่องการรับบุตรบุญธรรม การรับลูกติดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรม ให้ใช้ข้อบัญญัติกฎหมายแพ่งเรื่องการรับบุตรบุญธรรม และยังได้บัญญัติสองฝ่ายเป็นผู้สืบทอดระหว่างกันตามกฎหมาย คู่กรณีการสมรสเพศเดียวกันปรับใช้กับข้อบัญญัติเกี่ยวกับสามัคคีกรรยา คู่สมรส การแต่งงานหรือเรื่องเกี่ยวกับการแต่งงานตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งสาธารณรัฐไต้หวัน เป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่ผ่านกฎหมายทำให้การสมรสเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมาย จึง เป็นแนวทางและแบบอย่างสำหรับประเทศไทยให้เกิดขึ้น

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีเงื่อนไขอนุญาตให้เฉพาะชายและหญิง ตามเพศกำเนิดที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสเป็นคู่สมรส และเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ เงื่อนไขดังกล่าว ทำให้คู่รักบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศประสบปัญหาอันเนื่องจากขาดความเสมอภาคในการสมรส และทำให้กลุ่มบุคคลดังกล่าว มิได้รับสิทธิและหน้าที่ตาม ประมวลกฎหมายแพ่ง และตามกฎหมายอื่น ๆ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้เคยบัญญัติเจตนารมณ์ว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งเพศไว้ว่า “เพศมิได้หมายความว่าเฉพาะแต่เพศชายและเพศหญิงตามเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความหลากหลายทางเพศของบุคคล” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้ยืนยันหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศไว้ด้วยเช่นเดียวกัน สอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีของความหลากหลายทางเพศที่ระบุว่า “ความหลากหลายทางเพศ เป็นการเปิดพื้นที่ให้บุคคลแสดงอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง

ซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกับบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ของสังคม ในปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยได้กำหนดแนวนโยบายในการคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในพระราชบัญญัติ ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 บัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

จากข้อมูลของจันทร์จิรา บุญประเสริฐ (2554) ระบุว่า กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยมีมากมาย เช่น ชายรักชาย หญิงรักหญิง ผู้ที่รักได้ทั้งสองเพศ หรือผู้ที่รักข้ามเพศ แต่ด้วยเหตุที่วัฒนธรรม ประเพณีของไทยทำให้สังคมยังไม่ยอมรับ ครอบครัวในหลาย ๆ ครอบครัวยังไม่ยอมรับ จึงเกิดการปิดบังตัวเองในลักษณะที่ลึกลับ ไม่เปิดเผยในรสนิยมทางเพศ เช่นเดียวกับคำสัมภาษณ์ ที่กล่าวว่า การดำเนินชีวิตของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามจะเชื่อมโยงกับคำสั่งของพระผู้เป็นเจ้าโดยใช้คัมภีร์อัลกุรอานเป็นแนวทางในการดำเนินชีวิต ดังนั้นในคัมภีร์จะไม่ให้มีเพศที่นอกเหนือจากที่พระเจ้าสร้างมา นั่นคือ เพศหญิง และเพศชายเท่านั้น ซึ่งสิ่งที่พระเจ้าสร้างมาเหมาะสมที่สุดแล้ว ถ้าหากมีนอกเหนือจากนี้ก็แสดงว่ากำลังออกนอกกลุ่มนอกทาง จากสิ่งที่พระเจ้ากำหนด ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศมุสลิมส่วนใหญ่ หรือประเทศที่ปกครองโดยเอาหลักทางศาสนามาใช้เป็นกฎหมาย จะไม่ยอมรับเพศอื่น ๆ นอกจากเพศหญิง และเพศชาย

อย่างไรก็ตามเมื่อบริบททางสังคมเปลี่ยนแปลงไปมีการรับข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ ได้หลายช่องทางจึงเห็นภาพของการเรียกร้องของกลุ่มเพศสภาพนี้ในหลายประเทศและเกิดการยอมรับทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการรวมตัวกันเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สำหรับรูปแบบการร้องที่สำคัญ ได้เกิดขึ้นในวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2555 เมื่อคู่รักชายคู่หนึ่งตั้งใจเดินทางไปจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอเมืองเชียงใหม่ แต่ทั้งสองคนถูกปฏิเสธจากนายทะเบียน ไม่อนุญาตให้จดทะเบียนสมรส ต่อมาจึงได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการการกฎหมาย การยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน สภาผู้แทนราษฎร โดยระบุว่าสิ่งที่เกิดขึ้นกับพวกเขาทั้งสองคือการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ผลที่ตามมาคือ คณะกรรมการชุดดังกล่าวร่วมกับกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้ยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... (กฤษฎา ศุภวรรธนะกุล, 2560) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และได้ร่างพระราชบัญญัติฯ เข้าสู่กระบวนการรับฟังความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 รวมทั้งได้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบเรียบร้อยแล้วเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2561 จากนั้นร่างพระราชบัญญัติฯ ได้ถูกส่งต่อไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณากฎหมายตามลำดับ (อนุชิต ไกรวิจิตร, 2562) ปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติฯ อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) โดยร่างพระราชบัญญัติฯ (ฉบับอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา) ประกอบด้วย 6 หมวด

40 มาตรา ซึ่งมีสาระสำคัญครอบคลุมเรื่องการจดทะเบียนคู่ชีวิต ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนคู่ชีวิต การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต และมรดก

ข้อเรียกร้องนั้นไม่แตกต่างไปจากของประเทศอื่น เช่น สิทธิในการจัดการทรัพย์สินร่วมกัน สิทธิเรียกร้องค่าขาดไร้อุปการะ สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการทำธุรกรรมทางการเงินร่วมกัน สิทธิในการลงชื่อยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแก่คู่ชีวิต สิทธิลดหย่อนภาษีเงินได้ของกลุ่มสมรส สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การยอมรับและมีศักดิ์ศรีในฐานะกลุ่มสมรส สิทธิในการดำเนินคดีอาญาแทน

ประเทศไทยเผชิญกับการเรียกร้องแม้จะไม่มีพฤติกรรมของความรุนแรงเกิดขึ้นแต่ก็สามารถสร้างกระแสให้เกิดการร่วมมือจากกลุ่มสิทธิมนุษยชนจนกระทั่งภาครัฐเองโดยเฉพาะรัฐบาลในชุดคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (National council for Peace and Order) ปี พ.ศ. 2562 ยอมรับความคิดที่จะให้มีการรับรองจึงได้มีการนำเอาสาระสำคัญจากการเรียกร้องและมีการจัดทำเป็นร่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้มีความหลากหลายทางเพศ โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม เรียกว่า ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต กำหนดเพียงเพื่อเรียกร้องสิทธิในการรับรองในการมีชีวิตร่วมกันเฉกเช่นหญิงและชายโดยทั่วไป คณะรัฐมนตรีรัฐบาลชุดนี้ได้พิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้และมีมติให้นำร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติแห่งชาติ

สาระสำคัญของร่างกฎหมายคู่ชีวิต กำหนดให้คู่ชีวิตหลากหลายทางเพศ มีสิทธิและหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะ เลี้ยงดูกัน รวมทั้งให้มีสิทธิในฐานะคู่ชีวิต เช่น สิทธิยินยอมรักษาพยาบาล และจัดการทรัพย์สิน โดยเริ่มต้นจากการรับรองสถานะและจดทะเบียนคู่ชีวิต เพื่อรับรองสิทธิเบื้องต้น ก่อนจะพัฒนาไปสู่การสมรสที่เท่าเทียมกันต่อไป แต่ด้วยเหตุที่มติคณะรัฐมนตรี ไม่ใช่กฎหมายเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องดำเนินการตามกระบวนการเสนอกฎหมายสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยการนำร่างกฎหมายนี้สู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อทำความเข้าใจสำหรับการนำเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ปรากฏว่าเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองอีกครั้งมาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยทำให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกระงับไป และต่อมาในปี พ.ศ. 2562 เมื่อประเทศไทยมีการเลือกตั้งและมีฝ่ายนิติบัญญัติเกิดขึ้นจึงเป็นความคาดหวังของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จะมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เข้าสู่สภานิติบัญญัติอีกครั้ง

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าสถานการณ์ปัจจุบันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยอยู่ในช่วงของการเรียกร้องสิทธิ ต่าง ๆ ได้แก่ สิทธิในการรับรองความสัมพันธ์ทางแพ่ง สิทธิในการรับรองความสัมพันธ์ทางทรัพย์สิน สิทธิและหน้าที่ให้กลุ่มสมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

เกี่ยวกับการมีบุตรและปกครองบุตรร่วมกัน สิทธิและหน้าที่ให้คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สิทธิการลงชื่อยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแก่คู่สมรส สิทธิในการรับมรดกที่ร่วมสร้างกันมา สิทธิในการลดหย่อนภาษีเงินได้ สิทธิการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน สิทธิในการจัดการสินสมรสร่วมกัน สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิได้รับการยอมรับและมีศักดิ์ศรีในฐานะคู่สมรสหรือสามีภรรยาตามกฎหมาย สิทธิในการดำเนินคดีอาญา สิทธิตามกฎหมายและกติกาคืออื่น ๆ สิทธิในการใช้ค่าน้ำหนันาม ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับเหมือนหญิงชาย ที่ทำการสมรสกัน ฯลฯ เนื่องจากเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ควรจะได้รับ ซึ่งการเรียกร้องสิทธิต่าง ๆ เหล่านั้นจะมีปรากฏในรูปของการประชุม การสัมมนา การแสดงความคิดเห็น ตามแต่โอกาสจะเอื้ออำนวย แต่ก็ยังไม่มีข้อยุติหรือการตอบรับของภาครัฐ และแม้จะได้มีการเรียกร้องจนถึงขั้นมีการจัดทำเป็นร่างพระราชบัญญัติที่แสดงถึงการคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้มีความหลากหลายทางเพศเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในประเทศไทยแล้วก็ตามแต่การวิจัยยังมีความประสงค์ที่จะวิเคราะห์ร่างกฎหมายฉบับนี้เพื่อจัดทำเป็นต้นแบบกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้มีความหลากหลายทางเพศที่มีความสมบูรณ์ในสิทธิที่พวกเขาพึงจะได้รับ

อย่างไรก็ตามการจัดทำร่างกฎหมายโดยใช้ชื่อว่า “สิทธิของคู่ชีวิต” นั้นจากการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้แทนราษฎรพรรคอนาคตใหม่ที่ต้องการผลักดันให้มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นได้ให้ข้อคิดเห็นว่า ไม่เห็นด้วยกับการใช้คำว่า “คู่ชีวิต” เพราะคนเราทุกคนควรใช้กฎหมายเดียวกัน การสมรสนั้นควรขยายสิทธิไปให้ถึงทุกคน ไม่ควรจะมีกฎหมายแยกต่างหากเนื่องจากจะทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศแปลกแยกจากเพศชาย เพศหญิง จึงต้องการให้ใช้คำว่า “คู่สมรส” เพราะจะทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของทุก ๆ คน จากการเรียกร้องสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นได้ส่งผลให้สังคมเปิดใจยอมรับมากขึ้น ทศนคติทัศนคติต่าง ๆ ที่เคยถูกต่อต้าน กลับได้รับการยอมรับขึ้นมาในระดับหนึ่ง สำหรับกลุ่มศาสนาโดยเฉพาะศาสนาอิสลามยังไม่ให้การยอมรับเนื่องจากการดำเนินชีวิตของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามจะเชื่อมโยงกับคำสั่งของพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าโดยใช้คัมภีร์อัลกุรอานเป็นแนวทางในการดำเนินชีวิต ดังนั้นในคัมภีร์จะไม่ให้มีเพศที่นอกเหนือจากที่พระเจ้าสร้างมา นั่นคือเพศหญิง และเพศชายเท่านั้น ถ้าหากมีนอกเหนือจากนี้ก็แสดงว่ากำลังออกนอกกลุ่มนอกทาง จากสิ่งที่พระเจ้ากำหนด

จากสถานการณ์ของปัญหาสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามที่กล่าวมานี้จะเห็นถึง สถานการณ์ในการเรียกร้องสิทธิที่แสดงถึงการมีประชาธิปไตยของประชาชนในประเทศที่มีการเรียกร้อง สิทธิ และจากประชาชนกลุ่มที่ในอดีตไม่กล้าเปิดเผยตนมาเป็นการเปิดเผยตนเองโดยการแสดงออกด้วยวิธีการต่าง ๆ และได้รับการยอมรับจากสังคมที่ไม่รังเกียจดังเช่นในอดีตและ

บางครั้งก็ชื่นชมในความสามารถด้านต่าง ๆ ทั้งนี้อาจจะมาจากผลหรืออิทธิพลของสื่อต่างประเทศที่แสดงถึงวิธีการเรียกร้องสิทธิกับผลที่ได้รับจากการเรียกร้องสิทธิ รวมทั้งการรวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ และมีการเรียกร้องสิทธิจนถึงขั้นการจัดทำเป็นร่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิโดยยี่ดสิทธิตั้งแรกที่ขอให้มีการคุ้มครองคือสิทธิในการเป็นคู่ชีวิต และแม้ว่าจะยังไม่ได้มีการพิจารณาในกระบวนการทางรัฐสภาแต่ก็ไม่ทำให้กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศนี้ย่อท้อ ยังคงมีการดำเนินการด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของพวกเขา ซึ่งการคุ้มครองสิทธิการสมรสนั้นจะช่วยคลี่คลายปัญหาของกลุ่มหลากหลายทางเพศที่ไม่ได้รับการรับรองสิทธิการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน และเสริมสร้างความมั่นคงในการใช้ชีวิตคู่ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับจากครอบครัว และสังคมที่ดีขึ้นตามลำดับ ไม่ต้องใช้ชีวิตคู่แบบปกปิด กลุ่มหลากหลายทางเพศย่อมมีกำลังใจในการพัฒนาตนเองและมีส่วนร่วมนำความรู้ความสามารถ สร้างความเจริญก้าวหน้าให้กับครอบครัว สังคม และประเทศชาติ ตามลำดับ รวมถึงการยอมรับจากนานาชาติอารยประเทศที่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และหลักการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคล

2. การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ

กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศถือว่าเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีเหมือนมนุษย์อื่น ๆ เพียงแต่มีสถานะทางเพศในเพศเดียวกันจึงถูกมองว่าผิดปกติในระยะแรก ๆ ทั้ง ๆ ที่กลุ่มนี้มีมาตั้งแต่ยุคสมัยโบราณนับตั้งแต่ยุคสมัยกรีกและโรมันโบราณแต่ก็ไม่มีมีการเปิดเผยตัวตนเนื่องจากถือว่าต้องห้ามตามหลักศาสนา ประเพณีวัฒนธรรม ดังนั้นพฤติกรรมของพวกเขามีรสนิยมทางเพศเช่นนั้นก็ทำกันมาอย่างปิดบังไม่กล้าเปิดเผย จวบจนในปี ค.ศ. 1948 มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่เป็นภาคีสหประชาชาติที่ยึดถือว่ามนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนเชื้อชาติใด มีเพศ ผิวพันธุ์ โดยย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการคุ้มครองที่เรียกว่าสิทธิเหมือนกัน จึงนำมาเขียนเป็นหลักเรียกว่า สิทธิมนุษยชน และเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ที่แม้จะเป็นกฎหมายที่ไม่มีสภาพบังคับ (Soft Law) เป็นเพียงปณิญาสากล ก็ถือว่าเป็นจารีตประเพณีที่ภาคีสหประชาชาติจะนำไปปฏิบัติจึงถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลอย่างมากต่อการนำไปใช้อ้างอิงเพื่อเรียกร้องให้เกิดการรับรองและคุ้มครองสิทธิซึ่งกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้กฎหมายฉบับนี้เรียกร้องสิทธิของพวกเขาในหลายประเทศและก็ได้รับผลคือ ได้รับการตอบสนองในหลายประเทศด้วยการมีกฎหมายรับรองสิทธิการสมรส ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

3. การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิเสรีภาพในการที่จะกำหนดวิถีชีวิตของคนในการดำรงชีวิตของตนอย่างมีเสรีจึงมีการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วยการจัดประชุมระหว่างประเทศขึ้นมา ซึ่งการยอมรับในสิทธิของมนุษย์ปรากฏเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เกิดขึ้นจากการจัดประชุมในปี ค.ศ. 1948 สถานะของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นไม่ได้มีสภาพบังคับแต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกสหประชาชาติจะต้องรับไปดำเนินการเนื่องจากสิทธิมนุษยชน เป็นของมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนในสังกัดประเทศใดก็ตามที่ย่อมที่จะได้รับการคุ้มครองเสมอภาคกัน กฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights: UDHR, 1948)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นข้อตกลงที่สหประชาชาติได้กำหนดขึ้นเพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองและดูแลรักษาสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในประเทศของตน โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ ถือเป็นเอกสารสำคัญที่ช่วยในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นฉบับแรกของโลก และนานาประเทศต่างยึดถือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้เป็นกฎหมายแม่บทพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมด สังเกตได้จากกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันล้วนมีพื้นฐานและถูกพัฒนามาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ทั้งสิ้น (วรภรณ์ อินทนท์, 2552, หน้า 68) รวมถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของนานาประเทศก็ยึดถือแนวทางตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เช่นกัน หากพิจารณาคำปรารถนาในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สามารถสรุปใจความสำคัญได้ว่า

“ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัว และสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ อันเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในพิภพล้วนเป็นสิ่งจำเป็นที่ควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม และด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และในความเสมอกันแห่งสิทธิของทั้งชายและหญิง ตลอดจนได้

ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้นและมีเสรีภาพมากขึ้น เพื่อให้ปัญหานี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยม สมัชชาจึงประกาศให้ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวง”

ในคำปรารภได้แสดงให้เห็นถึงการรับรองสิทธิอันเป็นสิทธิโดยกำเนิดของมนุษย์ว่ามีความเสมอภาคกันและแม้ว่าในเรื่องสิทธิความเสมอภาคในทางเพศจะได้มีการรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิของเพศชายและเพศหญิง แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงความหลากหลายทางเพศของมนุษย์ ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็นเรื่องความหลากหลายทางเพศของบุคคลนั้นเป็นเรื่องของความหลากหลายของรสนิยมและความพึงพอใจทางเพศของบุคคลซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน ทั้งที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงประกอบกับเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากต่อการสร้างความเข้าใจให้กับมนุษย์โดยทั่วไป โดยปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กล่าวถึงไว้ดังนี้ (สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554, หน้า 71)

ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรมในตน และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ

ข้อ 2 บุคคลย่อมมีสิทธิ และอิสรภาพทั้งปวง ตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากการแบ่งแยก ไม่ว่ากรณีใด อาทิ เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใดก็ตาม พื้นเพทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น

ข้อ 6 บุคคลย่อม มีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับสถานภาพของตนตามกฎหมาย

ข้อ 7 บุคคลย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการขู่ข่มให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

จากข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคกันโดยเฉพาะในเรื่องของการแสดงออกของความต้องการด้านความรัก แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการรับรองสิทธิของกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นเพราะประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่ โดยเฉพาะเรื่องของความหลากหลายของรสนิยมและความพึงพอใจทางเพศของบุคคล ซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทุกคน ทั้งที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงประกอบกับเรื่องความเสมอภาคในการแสดงออกของความต้องการด้านความรักดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ยากต่อการสร้างความเข้าใจให้กับมนุษย์โดยทั่วไป

3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

(International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR, 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ต้องยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งสมาชิกใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบท และบทบัญญัติ 53 ข้อ แบ่งออกเป็น 6 ส่วน มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังนี้

ส่วนแรกอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติรวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมืองการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่สอง กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of Self - Determination) อย่างเสรีซึ่งการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจุดมุ่งหมายปลายทางของตน อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแห่งประโยชน์ซึ่งกันและกัน ประชาชนคนใดไม่อาจถูกกลืนจากวิถีทางแห่งการยังชีพของตน รวมถึงรัฐภาคีแห่งกติกานี้จะต้องส่งเสริมให้สิทธิแห่งการกำหนดเจตจำนงของตนเองบรรลุผลเป็นความจริง และจะเคารพสิทธินั้น ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัตรสหประชาชาติ

ส่วนที่สาม กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลทาง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ ประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การละเมิดสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความกติกานี้ในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ

ส่วนที่สี่ กล่าวถึงสาระของสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ เสรีภาพจากการถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามบุคคลมิให้ถูกจับกุมโดยตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกละเมิดเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามบุคคลถูกจำคุกด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญาได้ เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน ความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามแทรกแซงความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อ

การสงครามหรือก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยที่เหมาะสมในการมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการที่พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนในกิจการสาธารณะ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ห้า กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติกา รวมถึงพันธกรณีในการเสนอรายงานของรัฐบาล การยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และขั้นตอนการพิจารณาข้อร้องเรียน และ

ส่วนสุดท้าย กล่าวถึงการห้ามตีความไปในทางที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการมิให้ตีความในการที่จะละเมิดสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

หากจะพิจารณาถึงความมีอยู่ของการคุ้มครอง การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลของการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างแล้ว แม้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 จะมีได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าวแต่ยังมีการรับรองการต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องความแตกต่างในรสนิยมทางเพศ ซึ่งในประเด็นเรื่องนี้เคยได้มีการถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่ได้ได้รับการพิจารณาแก้ไขอย่างเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด อย่างเช่นของเครือรัฐออสเตรเลียมีการเรียกร้องจากการที่กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียได้มีการลงโทษแก่กลุ่มคนที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน นั่น เป็นการกระทำของรัฐที่ไม่สมควรอย่างยิ่งเพราะการที่บุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันเป็นเพียงการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างเท่านั้น และบุคคลเหล่านั้นก็ได้บรรลุนิติภาวะแล้ว โดยการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในที่รโหฐานและเกิดจากความยินยอมของบุคคลทั้งสอง ดังนั้น ถือได้ว่าการที่กฎหมายได้ลงโทษการกระทำดังกล่าวในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันในประเทศออสเตรเลียนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของ กติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่ว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในเรื่องรสนิยมทางเพศของบุคคล จากคดีดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังเห็นว่า ควรที่จะถือว่าการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างของมนุษย์นั้น ควรที่จะรวมอยู่ในเหตุผลของการที่จะไม่นำมาเป็นเหตุที่จะเลือกปฏิบัติในทางเพศของบุคคลตามมาตรา 2 และมาตรา 26 ของขั้วขวาง การอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันด้วย และให้ถือว่าการกระทำในลักษณะต่อต้านการแสดงออกในความต้องการด้านความรักที่แตกต่างเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเพศที่ขัดต่อกติกาด้วยเช่นกัน เนื่องจากเห็นว่าการเลือก

คุ้มครองในการใช้ชีวิตร่วมกันนั้น ควรเปิดโอกาสให้ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกในความต้องการด้านความรักอย่างเท่าเทียมกัน (Nicolas Toonen v., 1992 อ้างถึงใน วรากรณ์ อินทนนท์, 2552)

ที่กล่าวมานี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าทุกคนมีสิทธิในการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิในการสร้างครอบครัว ซึ่งถือเป็นวิถีชีวิตปกติโดยทั่วไปของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามรัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขบางประการ แต่ต้องไม่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีกล่าว โดยเงื่อนไขของกฎหมายอาจกำหนดให้มีความแตกต่างกันตามประเพณี ขนบธรรมเนียมค่านิยม วัฒนธรรม และศาสนาของแต่ละประเทศ การที่รัฐจะมีหรือไม่มีการบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการจัดตั้งครอบครัวและการสมรสของบุคคลที่มีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันนั้นก็จะเป็นแนวทางที่รัฐจะสามารถกำหนดเองได้เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นนโยบายของรัฐในเรื่องของค่านิยม วัฒนธรรมที่สังคมของรัฐนั้นเชื่อว่าทำได้หรือทำไม่ได้ ตามแนวทางที่รัฐเห็นว่ามี ความเหมาะสมกับสภาวะทางสังคมของรัฐนั้น ๆ และหากมีการพิจารณาตามบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้แล้ว ก็จะพบว่าไม่ได้มีการบังคับให้รัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีจะต้องให้การรับรองสถานะคู่ชีวิตให้แก่คู่รักเพศเดียวกันแต่อย่างใด ดังนั้นหากจะมีหรือไม่มีการบัญญัติลงไปกฎหมายภายในของรัฐที่เป็นภาคีหรือไม่นั้นย่อมไม่ผิดพันกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว

3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

(International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR, 1966)

เนื้อหาของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ได้มีการบัญญัติถึงเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้น โดยสอดคล้องกับแนวความคิดของการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมนั้นมีความมุ่งหวังที่จะให้มนุษย์เข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และทางวัฒนธรรมของตนในฐานะที่บุคคลเป็นพลเมืองของรัฐ โดยกติกาฯ ข้อ 2 ยืนยันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิที่เท่าเทียมกัน รัฐภาคี จะต้องให้หลักประกันว่าสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกาฯ จะใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด อาทิ เชื้อชาติ สีผิว เพศ เป็นต้น (สหประชาชาติ, มปป., หน้า 32-33)

3.4 หลักการ Yogyakarta Principles ค.ศ. 2006 (The Yogyakarta Principles)

หลักการ Yogyakarta Principles เป็นหลักการที่ได้มาจากการประชุมร่วมกันที่เมือง Yogyakarta ประเทศอินโดนีเซีย โดยมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างประเทศภาคีสหประชาชาติ ว่าด้วยการใช้

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นหลักการที่สร้างความเข้าใจร่วมกันในด้านมาตรฐานของสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศในระดับสากล โดยได้มีการรับรองสิทธิและความเท่าเทียมกัน โดยการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเรื่องเพศสรีระ (Sex) เพศภาวะ (Gender) และเพศวิถี (Sexuality) ไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ โดยหลักการขอกายการตา ได้ยืนยันมาตรฐานกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อสร้างหลักประกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ก้าวไปสู่ความเสมอภาค เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การเคารพสิทธิทางเพศ วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ มีความสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักประกันความเสมอภาคระหว่างหญิงชายและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยคำปรารภที่สำคัญในหลักการขอกายการตาได้กล่าวถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ อันมีสาระสำคัญความว่า

“มนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ บรรดาสิทธิมนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล และจะต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรม” (กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ, 2562)

จากคำปรารภดังกล่าว จึงสะท้อนให้เห็นว่า การใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่อการใช้ชีวิตของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเด็นสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นไม่ควรมีส่วนใดส่วนหนึ่งถูกตีความเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางใดก็ตามของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหล่านั้น ตามที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย หรือในมาตรฐานทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค หรือระดับประเทศ ซึ่งในหลักการขอกายการตา ได้กล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน ไว้ในหลักการข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวไว้ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ขึ้นกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศครอบครัวมีหลายรูปแบบ ห้ามมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุแห่งวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนหนึ่งคนใดในครอบครัว

จากหลักการขอกายการตาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น พบว่า หลักการดังกล่าวนี้ มีลักษณะที่เป็นแนวทางในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง และการสร้างความเข้าใจในเรื่องความเสมอภาคจากการแสดงออกในด้านความรักที่แตกต่างของเพศชายและเพศหญิง และไม่เลือกปฏิบัติจากเหตุผลดังกล่าวโดยการสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นในสังคม หรือสร้าง

บทลงโทษในทางกฎหมายหรือบทลงโทษในทางสังคมต่อกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน เหล่านี้จากการที่กลุ่มคนเหล่านี้มีรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ในสังคม แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักการดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจร่วมกันเท่านั้น โดยไม่ได้มีฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด แต่บันทึกความเข้าใจฉบับนี้ ก็เป็นแนวทางที่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกควรจะต้องสร้างความเข้าใจและตระหนักถึงวางแนวทางในทางปฏิบัติร่วมกันกับแนวคิดในการสร้างความเสมอภาคให้เกิดขึ้นกับกลุ่มคนที่มีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน

3.5 อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป

โดยเนื้อหาของกฎบัตรฉบับนี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีการรับรองที่ก่อให้เกิดความเสมอภาค และได้มีการกล่าวถึงการที่จะไม่มีการเลือกปฏิบัติ โดยรับรองไว้ใน มาตรา 20 (The Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000) ว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย และทุกคนจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลที่ไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นเนื่องจากเชื้อชาติ เพศ สีผิว ความเชื่อทางศาสนา ภาษา การเป็นชนกลุ่มน้อย ความพิการ อายุ การมีรสนิยมหรือความพึงพอใจในทางเพศ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสหภาพยุโรปนั้น ได้มีการคำนึงถึงความเสมอภาคในการแสดงออกในด้านต่าง ๆ ของบุคคล ในประเด็นเรื่องเพศวิถีถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะนำมาเป็นเหตุผลที่จะเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเนื่องจากการแสดงออกซึ่งความต้องการในด้านความรักของแต่ละบุคคลอาจมีความแตกต่างกัน และเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานที่รัฐสมาชิกจะต้องออกกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

กฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาทั้งหมดให้การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเกี่ยวกับความเสมอภาคของบุคคล การห้ามมิให้เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเพศระหว่างชายหญิงเท่านั้น ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ มิได้กล่าวไว้เลยว่ารัฐจะต้องออกกฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้แก่กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น จึงทำให้แนวคิดของรัฐบางรัฐที่ถือว่ารักเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่แค่ให้การยอมรับอย่างเดียว แต่ต้องรับรองสถานะโดยมีการออกกฎหมายรับรองสถานะของผู้มีความหลากหลายทางเพศเพื่อนำไปสู่การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันให้กับกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศในปัจจุบันด้วย

การวิจัยครั้งนี้ได้นำเอากฎหมายระหว่างประเทศทั้ง 5 ฉบับมาใช้ในการศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองและรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายและสังคม

4. การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในทางกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นย่อมชี้ให้เห็นได้ว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคที่จะได้รับการคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นเพศชายและเพศหญิง โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ แต่แม้ว่าจะมีกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศภาคีทุกประเทศจะรับไปอนุวัติการกฎหมายและนโยบายในการคุ้มครอง ซึ่งการวิจัยแยกกลุ่มประเทศเหล่านั้นออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มประเทศที่ให้การรับรองกับกลุ่มประเทศที่ไม่ให้การรับรอง โดยแยกการวิเคราะห์ ดังนี้

4.1 กลุ่มประเทศที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีในหลายประเทศส่วนใหญ่จะเป็นประเทศในยุโรป อเมริกาใต้ และเอเชีย แยกเป็น

1) กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย

(1) ราชอาณาจักรนอร์เวย์

ราชอาณาจักรนอร์เวย์ เป็นประเทศแรกในแถบสแกนดิเนเวียที่อนุญาตให้คนรักเพศเดียวกันแต่งงานกันได้ เมื่อเดือนมกราคม 2009 พร้อมทั้งทางราชอาณาจักรนอร์เวย์ ยังอนุญาตให้คู่เลสเบี้ยนสามารถเข้ารับการผสมเทียมเพื่อกำหนดบุตรจากสายเลือดตนเองได้ กฎหมายดังกล่าวพัฒนามาจากกฎหมายความสัมพันธ์เสมือนสมรสของคนรักเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า The Norwegian Registered Partnership Act, 1993 ที่บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1993 โดยคู่สมรสที่คนรักเพศเดียวกันจะได้รับสิทธิในทางทรัพย์สิน มีหน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ได้รับในการรับมรดก สิทธิการรับเงินบำนาญ สิทธิในการประกันภัย สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิสวัสดิการทางสังคม สิทธิในทางภาษี สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า สิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชย และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ

(2) ราชอาณาจักรสวีเดน

เป็นประเทศแรกในยุโรปที่มีการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้วและยอมรับให้มีกฎหมายการรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักร่วมเพศให้สามารถที่ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์และใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะสามีภรรยา เช่นเดียวกับบุคคลต่างเพศที่เป็นชายจริงและหญิงแท้ โดยเหตุผลของรัฐบาลของราชอาณาจักร

เห็นว่ารัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิให้แก่คนชาติของรัฐ โดยเสมอภาคกันและจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุผลเรื่องเชื้อชาติ สีผิว ภาษา เพศ ความพิการ อายุ ศาสนาและความเชื่อ ตลอดจนรสนิยมทางเพศของบุคคลก็เช่นที่ไม่สมควรที่จะนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติ ในปี ค.ศ. 1993 ได้มีการเสนอกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันในการจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อใช้ชีวิตร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า Partnership Act, 2009 โดยกฎหมายดังกล่าวมีพื้นฐานความคิดมาจากความเชื่อที่ว่า ทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 โดยมีหน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ได้รับสิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก สิทธิใช้ชื่อสกุล สิทธิการรับเงินบำนาญ สิทธิในการประกันภัย สิทธิสวัสดิการทางสังคม สิทธิในทางภาษี สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ

(3) สาธารณรัฐไอซ์แลนด์

เป็นประเทศที่มีกฎหมายให้การสมรสแก่ผู้มีความหลากหลายทางเพศ โดยกฎหมายชื่อ The Icelandic Registered Partnerships Act, 2010 ในวันที่ 27 มิถุนายน 2010 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม และสิทธิในทางภาษี รวมถึงอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานในโบสถ์ได้ กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้เกิดแบบอย่างการสมรสโดยนายกรัฐมนตรีหญิงโจฮันนา จิรด์คาร์คอตทีย์ ได้จดทะเบียนสมรสกับนางโจนินา ลีโอดททีย์ โดยได้รับการอนุญาตเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2010

(4) ราชอาณาจักรเดนมาร์ก

ในปี ค.ศ. 1989 ราชอาณาจักรเดนมาร์กโดยรัฐสภาได้ผ่านกฎหมายคุ้มครองกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน โดยมีหลักการพื้นฐานจากแนวคิดที่ว่ามนุษย์มีความเท่าเทียมกัน และหลักเรื่องปัจเจกชน ของคู่สมรสในการสร้างครอบครัวและนโยบายของสังคมในเรื่องความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้นกลุ่มคนรักเพศเดียวกันจึงควรได้รับสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศที่ทำการสมรส รัฐสภาจึงได้ออกกฎหมายคุ้มครองกลุ่มคนรักเพศเดียวกันโดยกฎหมายให้สิทธิคู่รักร่วมเพศจดทะเบียนความสัมพันธ์ และให้สิทธิบางประการเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ เช่น การรับมรดก การประกันภัย บำนาญ ผลประโยชน์ทางสังคม การลดหย่อนภาษี สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า แต่ก็มีข้อจำกัดในบางเรื่อง เช่น คู่รักที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ ไม่มีสิทธิจัดพิธีในโบสถ์ ไม่สามารถรับบุตรบุญธรรม กฎหมาย ที่รัฐสภาออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธินี้ เรียกว่า The Danish Registered Partnership Act, 2012 (เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 2012) ภายหลังได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับใหม่ในรูปแบบความสัมพันธ์ของการแต่งงาน (Same-sex Marriage) ในปีค.ศ.

2012 โดยมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน มีสิทธิในการรับมรดก สิทธิในการประกันภัย สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิสวัสดิการทางสังคม สิทธิในทางภาษี สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า สิทธิประโยชน์อื่น ๆ และอนุญาตให้คนรักเพศเดียวกันสามารถประกอบพิธีการแต่งงานขึ้นในโบสถ์ได้

(5) สาธารณรัฐฟินแลนด์

มี Same-sex Marriage Act, 2015 มีการบังคับใช้กฎหมายการสมรสคู่รักเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2017 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้สิทธิแก่คู่สมรสในการใช้นามสกุล และสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ มีสิทธิในทางทรัพย์สิน มีหน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับมรดก สิทธิใช้ชื่อสกุล สิทธิการรับเงินบำนาญ สิทธิในการประกันภัย สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิสวัสดิการทางสังคม สิทธิในทางภาษี สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า สิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชย และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ

2) ทวีปยุโรปเหนือ-ใต้

(1) ราชอาณาจักรสเปน

การสมรสเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายในราชอาณาจักรสเปน ตั้งแต่วันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 เป็นต้นมา โดยในปี ค.ศ. 2004 รัฐบาลพรรคแรงงานสังคมนิยมสเปน นำโดยนายกรัฐมนตรี นายโฆเซ ลุยส์ โรดริเกซ ซาปาเตโร ได้เริ่มการรณรงค์การรับรองสิทธิในการสมรสเพศเดียวกัน รวมถึงสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ครองเพศเดียวกัน ภายหลังจากการอภิปรายอย่างกว้างขวาง รัฐสภาสเปนได้ผ่านร่างกฎหมายอนุญาตการสมรสเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2005 และประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 และมีผลใช้บังคับในวันถัดไป ทำให้สเปนกลายเป็นประเทศที่สามของโลกที่การสมรสเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายภายหลังประเทศเนเธอร์แลนด์และเบลเยียม และก่อนหน้าประเทศแคนาดา 17 วัน ภายใต้อกฎหมายที่ชื่อว่า Same-sex Marriage Act, 2005 กฎหมายฉบับนี้ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนอย่างกว้างขวาง ในปีแรกภายประกาศใช้กฎหมายมีคู่รักเพศเดียวกันประมาณ 4,500 คู่ได้จดทะเบียนสมรสด้วยกัน โดยกฎหมายรับรองการสมรสเพศเดียวกันของราชอาณาจักรสเปน อนุญาตให้ชาวสเปนสามารถสมรสกับบุคคลต่างชาติ แม้ว่าประเทศเจ้าของสัญชาติจะไม่รับรองความเป็นคู่ครองทางกฎหมายก็ตาม อย่างไรก็ตาม คู่ครองหนึ่งคนนั้นจะต้องมีสัญชาติสเปนจึงจะสามารถสมรสได้ แต่บุคคลต่างชาติสองคนอาจสมรสกันได้หากทั้งคู่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรสเปน โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยคู่รักเพศเดียวกันจะมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต ได้รับสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ทางภาษี สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิ

ในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการประกันสังคม สิทธิการรับประโยชน์จากบำนาญ สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(2) สาธารณรัฐโปรตุเกส

ได้รับการอนุญาตเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2010 ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Portuguese Civil Marriage Act, 2009” ทางการสาธารณรัฐโปรตุเกส เห็นชอบให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานโดยชอบ โดยให้คู่รักเพศเดียวกันมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ได้รับสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ทางภาษี สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ แต่ไม่รับรองสิทธิในการรับเลี้ยงดูบุตรบุญธรรม

(3) สาธารณรัฐไอร์แลนด์

ได้ออกกฎหมายคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act, 2010” ซึ่งเป็นการยอมรับคู่รักเพศเดียวกันตามกฎหมาย แต่ก็มีความแตกต่างระหว่าง คู่แต่งงาน กับ คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดคือการแต่งงานจะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญขณะที่คู่ชีวิตเพศเดียวกันไม่ได้รับการคุ้มครอง ต่อมาในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2015 ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อนุญาตให้มีการทำสัญญาตกลงเรื่องการสมรสกันได้ตามกฎหมายระหว่างบุคคลสองคนโดยไม่จำเป็นต้องเป็นเพศที่แตกต่างกัน ซึ่งคู่แต่งงานคนรักเพศเดียวกันจะมีสถานะเท่าเทียมกับคู่แต่งงานของชายหญิงรวมถึงได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญในฐานะเป็นครอบครัว มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ได้รับสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ทางภาษี สิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการประกันสังคม สิทธิการรับประโยชน์จากบำนาญ สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ป่วยเช่นเดียวกับบุคคลในครอบครัว สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิเกี่ยวกับการประกันชีวิต และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(4) สหราชอาณาจักร

ได้ออกกฎหมายรับรองการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันที่เรียกว่า “The Civil Partnership Act, 2004” โดยคู่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะมีสิทธิและหน้าที่คล้ายกับคู่สมรสในหลาย ๆ ด้านแต่ไม่ทั้งหมด และการจดทะเบียนความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่อนุญาตให้กระทำไประหว่างบุคคลเพศเดียวกันเท่านั้น เช่นเดียวกับการจดทะเบียนสมรสที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเรื่องของบุคคลต่างเพศ นอกจากนี้เดิมการจดทะเบียนความสัมพันธ์นั้นไม่สามารถประกอบพิธีทางศาสนาได้ ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ตาม Section 202 of The Equality Act, 2010 ระบุว่าคู่รักเพศเดียวกันสามารถประกอบพิธีทางศาสนาได้

หากองค์กรทางศาสนาผู้ประกอบพิธีดังกล่าวยินยอมและยังให้สิทธิขององค์กรทางศาสนาในการปฏิเสธที่จะประกอบพิธี โดยสิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต ได้แก่ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์ทางภาษี สิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิการรับมรดก สิทธิในการประกันสังคม สิทธิการรับประโยชน์จากบำนาญสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ป่วย เช่นเดียวกับบุคคลในครอบครัว สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายเข้าเมือง และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(5) สาธารณรัฐมอลตา

รัฐบาลสาธารณรัฐมอลตา บัญญัติกฎหมายอนุญาตให้มีการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างเป็นทางการ โดยกฎหมายดังกล่าวยกเลิกการใช้คำว่า สามี ภรรยา มารดาและบิดา โดยจะถูกแทนที่ด้วยคำที่แสดงถึงความเป็นกลางทางเพศ เช่น คู่สมรส หรือ ผู้ให้กำเนิดและผู้ที่ไม่ได้ให้กำเนิดแทน ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Maltese Cohabitation Act, 2016” โดยคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันจะได้รับสิทธิและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการกำหนดชื่อสกุลร่วมกัน สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ป่วย เช่นเดียวกับบุคคลในครอบครัว และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

3) ทวีปยุโรปตะวันตก

(1) ราชรัฐลักเซมเบิร์ก

รัฐสภาราชรัฐลักเซมเบิร์ก ได้ผ่านร่างกฎหมายยอมรับการแต่งงานคนเพศเดียวกัน ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 และได้มีการแต่งงานคู่แรกในเดือนมกราคม ค.ศ. 2015 ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Registered Partnerships Act, 2015” โดยคู่สมรสเพศเดียวกันมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน มีสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน มีความรับผิดชอบในหนี้สิน ได้รับสิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการรับมรดก สิทธิตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิในการประกันสังคม และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(2) ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศพัฒนาในสหภาพยุโรปที่เป็นประเทศแรกของโลกที่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ ซึ่งเป็นผลมาจากการเรียกร้องของกลุ่มนักเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิมนุษยชนกลุ่มเกย์นำโดย Henk Krol เรียกร้องให้รัฐบาลอนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันแต่งงาน นำมาซึ่งการแต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษซึ่งเป็นการตรวจสอบความเป็นไปได้ของการแต่งงานเพศเดียวกัน และได้ข้อ

สรุปว่าการแต่งงานควรจะขยายออกไปรวมถึงคู่รักเพศเดียวกัน ทำให้มีการตอบสนองข้อเรียกร้องด้วยการตราเป็นกฎหมายคือ “Same-sex Marriage Act, 2003” โดยบัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหมือนชายและหญิงทั่วไปที่จะมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิในการรับมรดก และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(3) สาธารณรัฐออสเตรเลีย

สาธารณรัฐออสเตรเลีย ได้อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันในสาธารณรัฐออสเตรเลียสามารถจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกันได้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 ซึ่งการเป็นคู่ชีวิตนั้นจะได้รับสิทธิต่าง ๆ เหมือนกับการแต่งงานกันทุกประการ แต่ไม่สามารถแต่งงานกันได้ตามกฎหมาย ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียพิจารณาว่า การที่คู่รักกันต้องเปิดเผยสนิคมทางเพศในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะกรณีใดถือเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็น และมีแนวโน้มว่าจะถูกเลือกปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรเลีย จึงมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงและแก้ไขกฎหมายแต่งงานภายในประเทศ โดยมีมติผ่านร่างกฎหมายแต่งงานของเพศเดียวกันและประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2019 ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า Registered Partnerships Act, 2019 โดยมีสิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต ได้แก่ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิการจัดการทรัพย์สิน ความรับผิดชอบในหนี้สิน สิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม รวมถึงสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิในการประกันสังคม สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(4) ราชอาณาจักรเบลเยียม

มีคดีฟ้องร้องสิทธิในการแต่งงานและชเนคดีตาม Same-sex Marriage Act, 2003 โดยการได้รับการอนุญาตเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2003 ต่อมาเดือนเมษายน ค.ศ. 2006 รัฐบาลเบลเยียมมีมติอนุญาตให้คู่แต่งงานสามารถเลี้ยงบุตรบุญธรรมได้ นอกจากนี้คู่รักเพศเดียวกันที่เป็นชาวต่างชาติซึ่งประเทศภูมิลำเนาเดิมอนุญาตให้มีการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันได้ สามารถจดทะเบียนสมรสในราชอาณาจักรเบลเยียมได้ อย่างไรก็ตามฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดของคู่สมรสจะต้องอยู่ในราชอาณาจักรเบลเยียม ไม่นต่ำกว่า 3 เดือน ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “Same-sex Marriage Act, 2003” โดยมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิในการรับมรดก สิทธิในการประกันสังคมและสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(5) สาธารณรัฐฝรั่งเศส

มีการเคลื่อนไหวเรียกร้องกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 จนกระทั่ง Pacs ได้บังคับใช้ใน ค.ศ. 1999 รวมระยะเวลาการผลักดัน Pacs ทั้งสิ้น 10 ปี แต่ว่าคู่ชีวิต Pacs ได้รับสิทธิน้อยกว่าคู่สมรส Marriage ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงมีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 2012 ประธานาธิบดี ฟร็องซัวส์ โอล็องด์ (Francois Hollande) ได้ผลักดันการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่ออนุญาตให้บุคคลรักเพศเดียวกันสมรส และรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ และรัฐสภาได้ลงมติผ่านกฎหมายทำให้บุคคลรักเพศเดียวกัน สามารถจดทะเบียนสมรสในรูปแบบ Marriage ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้ ในเดือนเมษายน ค.ศ. 2013 โดยมีสิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต ได้แก่ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิการจัดการทรัพย์สิน ความรับผิดชอบในหนี้สิน สิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม รวมถึงสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม สิทธิตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิในการประกันสังคม สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(6) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติกฎหมาย “Life Partnerships Act, 2001” หรือ “รัฐบัญญัติหุ้นส่วนชีวิต” เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิของคู่รักที่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบของบุคคลเพศเดียวกันให้เสมือนกับคู่รักต่างเพศที่ทำการสมรสกันตามกฎหมายสมรสของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยกฎหมายดังกล่าวให้สิทธิของคู่รักที่มีเพศเดียวกันให้มีสิทธิและหน้าที่ดั่งกัน ผลของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ เมื่อคู่รักที่เป็นบุคคลเพศเดียวกันดำเนินการตามเงื่อนไขของการจดทะเบียนความสัมพันธ์แล้ว การจดทะเบียนนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ และมีผลผูกพันทางกฎหมาย ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ของคู่ชีวิตเสมือนกับคู่รักต่างเพศพียงมีต่อกัน ได้แก่ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิในการเลือกใช้นามสกุลเดียวกัน สิทธิในการเยี่ยมผู้เยาว์ที่ได้รับการเลี้ยงดูในบ้านของคู่ชีวิต สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการรับมรดก สิทธิที่จะเข้ารับประโยชน์ในสวัสดิการสังคม สิทธิตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิได้รับเงินบำนาญ บำนาญ และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

4) ทวีปอเมริกา

(1) สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่เกิดจากการรวมตัวกันของ 50 มลรัฐแต่ละมลรัฐมีเอกราชและมีอำนาจอธิปไตยมีระบบกฎหมายและศาลเป็นอิสระจากส่วนกลางระบบกฎหมายของ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบ Common Law คำพิพากษาของศาลสูงคือกฎหมายที่จะมีผลผูกพันทุกมลรัฐศาลสูงในสหรัฐอเมริกาจึงทำหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญไปในตัว ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้มีคำพิพากษารับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเมื่อวันศุกร์ที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2558 โดยอ้างรัฐธรรมนูญของประเทศและสิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วยการสมรสเป็นสิทธิส่วนบุคคลเป็นความผูกมัดระหว่างบุคคล 2 คน ซึ่งจะคุ้มครองบุตรและครอบครัวและการกีดกันบุคคลเพศเดียวกันจากการสมรสย่อมเป็นการแยกคู่ชีวิตดังกล่าวจากสถาบันครอบครัวเหตุนี้บุคคลเพศเดียวกันจึงสามารถใช้สิทธิสมรสได้ในทุกรัฐของประเทศทั้ง แต่ละรัฐจะต้องรับรองการสมรสบุคคลเพศเดียวกันจากรัฐอื่น ๆ ด้วย สหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศที่ 21 ของโลกที่มีกฎหมายรับรองให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้

ในบรรดามลรัฐของสหรัฐอเมริการมีบางมลรัฐตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสของผู้มีความหลากหลายทางเพศ เช่น

- มลรัฐเวอร์มอนต์

เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2009 รัฐเวอร์มอนต์ได้ผ่านกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ออกกฎหมายการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันด้วยกระบวนการนิติบัญญัติ โดยประกาศใช้กฎหมาย Vermont House Numbers 847 หรือกฎหมาย Vermont Civil Union เพื่อให้สิทธิแก่ครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศในฐานะของคู่ชีวิต (Civil Union) เป็นมลรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีสิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตตามกฎหมายครอบครัว สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากร สิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการรับสวัสดิการสังคมต่าง ๆ

- มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตให้แก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นสามารถใช้ได้อย่างถูกกฎหมายเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2008 กฎหมายได้กำหนดให้การจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันในลักษณะของ Domestic Partnership คือสามารถเลือกที่จะทำสัญญากันอยู่ด้วยกันหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อให้คู่ชีวิตมีสิทธิเท่าเทียมกันกับคู่สมรสต่างเพศภายใต้รัฐธรรมนูญ สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนตามกฎหมาย Domestic Partnership กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนนี้มีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากรัฐ สิทธิในการประกันสังคม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร รวมถึงสิทธิในการรับมรดก

(2) ประเทศแคนาดา

มีการพิจารณาที่จะจัดทำกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในแคนาดา เพื่อเป็นการรับรองสิทธิแก่บุคคลกลุ่มดังกล่าวให้มีการรับรองโดยกฎหมายดังเช่นคู่สมรสต่างเพศ ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “Civil Marriage Act 2005” โดยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อจะได้มาซึ่งการรับรองสิทธินั้นในกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลที่มีสัญชาติแคนาดา ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปและเป็นผู้สมพันธ์ที่เป็นแบบรักเพศเดียวกันที่จะสามารถทำการจดทะเบียนเหมือนคู่สมรสที่เป็นบุคคลต่างเพศได้ โดยเมื่อผ่านการจดทะเบียนสมรสแล้วก็จะได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิของคู่สมพันธ์ดังเช่นกรณีของการสมรสของคู่สมรสที่เป็นคนต่างเพศ ได้แก่ สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกันตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมายครอบครัว สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิตามกฎหมายการป้องกันการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสถานะของการสมรส สิทธิตามกฎหมายชดเชยแรงงาน สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา สิทธิพิเศษของคู่สมรสในการดำเนินคดีทางศาล สิทธิทางภาษี สิทธิได้รับบำนาญ และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส

(3) สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

ได้อนุญาตให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามกฎหมาย โดยระบุว่า หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลที่ออกทะเบียนสมรสไม่มีสิทธิ์ที่จะปฏิเสธคู่รักที่เป็นพวกเพศเดียวกัน โดยสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ถือเป็นประเทศที่ 3 ในทวีปอเมริกาใต้ที่อนุญาตให้กลุ่มคนรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสได้ ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “Stable Unions” โดยได้รับสิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม และการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยี สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิในการเข้าเยี่ยมในสถานพยาบาล สิทธิทางภาษี สิทธิได้รับบำนาญ สิทธิการประกันสังคม สิทธิตามสวัสดิการสังคม สิทธิตามกฎหมายเข้าเมือง

(4) สาธารณรัฐบุรุนดี

กฎหมายการแต่งงานของเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “The Civil Union Act, 2013” ได้บังคับใช้เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 2013 โดยมีสิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกันตามกฎหมาย สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย สิทธิในการเลือกใช้นามสกุลเดียวกัน สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตาม

กฎหมายมรดก สิทธิทางภาษี สิทธิได้รับบำนาญ สิทธิได้รับบำนาญ สิทธิการประกันสังคม และ สิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส

(5) สหรัฐเม็กซิโก

ศาลฎีกาสหรัฐเม็กซิโก ได้วินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายที่จำกัดการแต่งงานไว้ที่ผู้หญิง กับผู้ชายนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้การแต่งงานของกลุ่มเพศเดียวกัน เป็นสิ่งถูกกฎหมายใน สหรัฐเม็กซิโก กรุงเม็กซิโกซิตี จึงเป็นเมืองหลวงแห่งแรกในละตินอเมริกา ที่อนุญาตให้คู่รัก เพศเดียวกันแต่งงาน กันได้อย่างถูกกฎหมาย นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2009 เป็นต้นมา ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “Same-sex civil unions Act, 2009” โดยกฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้คู่รักเพศเดียวกันที่จดทะเบียน สมรสมีสิทธิตามกฎหมาย สามารถรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สามารถทำเรื่องขอกู้เงินจากธนาคาร ร่วมกันได้ และคู่สมรสมีสิทธิรับมรดกและผลประโยชน์จากการประกันชีวิตของกลุ่มสมรสได้ด้วย

(6) สาธารณรัฐอาร์เจนตินา

ได้รับการอนุญาตเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 สาธารณรัฐอาร์เจนตินา ใช้ กฎหมายการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน โดยร่างกฎหมายดังกล่าวผ่านการรับรองจากสภา ผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม และ หลังจากนั้นวันที่ 15 กรกฎาคมของปีเดียวกัน ก็ผ่านการ รับรองจากสภาสูง จนเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ประธานาธิบดีลงนามอย่างเป็นทางการ ทำให้สาธารณรัฐอาร์เจนตินา กลายเป็นประเทศแรกในละตินอเมริกาและเป็นประเทศที่สองของ ทวีปอเมริกาต่อจากประเทศแคนาดาที่อนุญาตให้มีการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันทั่วโลก ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “The Civil Unions Act, 2014” โดยมีสิทธิได้รับการรับรองสถานภาพ คู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกัน ตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมายครอบครัว สิทธิในการจัดการ ทรัพย์สิน หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย สิทธิการรับ เลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา สิทธิทางภาษี สิทธิได้รับ บำนาญ สิทธิการประกันสังคม สิทธิตามสวัสดิการสังคม สิทธิตามกฎหมายเข้าเมือง สิทธิ ประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส

(7) สาธารณรัฐโคลอมเบีย

จากคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2016 ส่งผลให้ สาธารณรัฐโคลอมเบีย เป็นประเทศที่ยอมรับการแต่งงานของเพศเดียวกัน ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจาก สาธารณรัฐโคลอมเบีย ต้องการเพิ่มสิทธิอันชอบธรรมให้กับชาวรักร่วมเพศ หลังจาก ก่อนหน้านั้นเมื่อปี ค.ศ. 2014 ได้อนุมัติกฎหมายให้คู่รักเพศเดียวกัน สามารถรับบุตรบุญธรรมมาเลี้ยง ได้ ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “A De Facto Union Act, 2016” โดยมีสิทธิได้รับการรับรองสถานภาพ

คู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกัน ตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมายครอบครัว สิทธิในการจัดการ ทรัพย์สิน หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย สิทธิการรับ เลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา สิทธิทางภาษี สิทธิได้รับ บำนาญ สิทธิการประกันสังคม สิทธิตามสวัสดิการสังคม สิทธิตามกฎหมายเข้าเมือง สิทธิ ประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส

5) ทวีปอื่น ๆ

(1) สาธารรัฐไต้หวัน

ในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2017 ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐไต้หวัน ได้มี “คำวินิจฉัยที่ 748 คดีการสมรสเพศเดียวกัน” ว่าการห้ามมิให้บุคคลเพศเดียวกันจดทะเบียนสมรส ตามกฎหมายแพ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญไต้หวัน มาตรา 22 ว่าด้วยสิทธิในการสมรส และมาตรา 7 ว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาค และมีคำสั่งให้รัฐดำเนินการแก้ไขกฎหมายหรือออกกฎหมายใหม่ ภายใน 2 ปี หากเกิน 2 ปี ให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายได้โดย การยื่นคำขอจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนท้องที่สาธารณรัฐไต้หวัน โดยให้สิทธิเกือบทั้งหมดแก่ คู่สมรสต่างเพศภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งแก่คู่สมรสเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า “The Partnership Registrations Act, 2017” โดยคู่สมรสเพศเดียวกันจะได้รับสิทธิและหน้าที่ในการ อุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิทางภาษี สิทธิในการได้รับบำนาญ บำนาญ สิทธิที่จะได้รับการ เยียวยาในผลแห่งละเมิด และสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมแต่อนุญาตให้คู่สมรสเพศเดียวกันรับเด็ก ที่มีพันธุกรรมเกี่ยวข้องกับหนึ่งในคู่สมรสเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

(2) สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ได้รับการอนุญาตเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2006 เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญ โดย Fourie and Another เพื่อความเสมอภาคของเกย์และเลสเบียน ต่อกระทรวง ต่างประเทศ ผลจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญระบุว่า การจำกัดการแต่งงานไว้ให้เฉพาะชาย และหญิง เป็นการขัดแย้งความเสมอภาคภายใต้กฎบัตรสิทธิพลเมือง เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติบน พื้นฐานของรสนิยมทางเพศ และผลดังกล่าวผูกพันต่อรัฐสภาให้กฎหมายที่อนุญาตให้มีการแต่งงาน ของคนรักเพศเดียวกัน ภายใต้กฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิต เรียกว่า Civil Union Act, 2006 และ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้มี กฎหมายสมรส ค.ศ. 1961 (Marriage Act 1961) ซึ่งกฎหมายสมรสของ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ซึ่งมีได้หวงห้ามบุคคลเพศเดียวกันให้ทำการสมรส เนื่องในบทบัญญัติ กฎหมาย ระบุว่า บุคคลสองคน (Two Parties) หากไม่เป็นผู้เยาว์ (Minors) ก็ทำการสมรสกันได้

ดังนั้น เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จดทะเบียนคู่ชีวิตตาม Civil Union Act, 2006 จึงสามารถเป็นจดทะเบียนคู่สมรส ตามกฎหมาย Marriage Act 1961 โดยมีสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากกรรมธรรม์ประกันสุขภาพ สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด

(3) ราชอาณาจักรนิวซีแลนด์

มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ 2 รูปแบบ คือ กฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิต Civil Union Act, 2004 โดยได้รับสิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิในการได้รับบำเหน็จบำนาญ สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากกรรมธรรม์ประกันสุขภาพ สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

(4) เครือรัฐออสเตรเลีย

มีกฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ 2 รูปแบบ ได้แก่ กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตร่วม (de facto relationship) และกฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิต (Civil Unions Act) กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตร่วม (de facto relationship) มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายครอบครัวปี ค.ศ. 1975 (Family Law Act 1975 ซึ่งกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้บุคคลสองคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศ ซึ่งมีการใช้ชีวิตร่วมกันหรือพักอาศัยอยู่ด้วยกัน ซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีสิทธิและหน้าที่บางประการ ซึ่งคล้ายกว่าคู่สมรสตามกฎหมาย de facto relationship จะสิ้นสุดลง เมื่อมีการจดทะเบียนสมรสแล้ว ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า “Civil Unions Act, 2017” เครือรัฐออสเตรเลียมีกฎหมายจดทะเบียนคู่ชีวิต ใน 6 มลรัฐ ได้แก่ 1. Australian Capital Territory 2. Queensland 3. Tasmania 4. Victoria 5. New South Wales 6. South Australia สำหรับมลรัฐที่เหลือ ได้แก่ Northern Territory and Western Australia ยังไม่มีกฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยมีสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการผสมเทียม สิทธิในการได้รับบำเหน็จ บำนาญ สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากกรรมธรรม์ประกันสุขภาพ สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ดังที่กล่าวมานี้เมื่อนำมาเปรียบเทียบจะพบว่า มีความคล้ายคลึงกันและ

แตกต่างกัน โดยการวิจัยได้แยกเปรียบเทียบเป็นกลุ่มประเทศตามตารางที่ 4.1 ตารางที่ 4.2 ตารางที่ 4.3 ตารางที่ 4.4 และตารางที่ 4.5 ดังนี้

ตารางที่ 4.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมาย (กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย)

สิทธิและหน้าที่ที่คุ้มครอง	นอร์เวย์	สวีเดน	ไอซ์แลนด์	เดนมาร์ก	ฟินแลนด์
สิทธิในทางทรัพย์สิน	✓	✓	✗	✗	✓
สิทธิในการรับมรดก	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิใช้ชื่อสกุล	✗	✓	✗	✗	✓
สิทธิการรับเงินบำนาญ	✓	✓	✗	✗	✓
สิทธิในการประกันภัย	✓	✓	✗	✓	✓
สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม	✓	✗	✓	✓	✓
สิทธิในการผสมเทียม	✓	✗	✓	✗	✓
สิทธิสวัสดิการทางสังคม	✓	✓	✗	✓	✓
สิทธิในทางภาษี	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดู ภายหลังจากการหย่า	✓	✓	✗	✓	✓
สิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชย	✓	✗	✗	✗	✓
สิทธิประโยชน์อื่น ๆ	✓	✓	✗	✓	✓
หน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	✓	✓	✗	✓	✓

จากตาราง 4.1 จะเห็นได้ว่า กฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสไว้เหมือนกันในบางสิทธิ คือ สิทธิในการรับมรดก และสิทธิในทางภาษี และมีแตกต่างกันบางสิทธิ คือ สิทธิในทางทรัพย์สิน มีเฉพาะในของราชอาณาจักรนอร์เวย์ ราชอาณาจักรสวีเดน และสาธารณรัฐฟินแลนด์ หน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน มีเฉพาะในของราชอาณาจักรนอร์เวย์ ราชอาณาจักรสวีเดน เดนมาร์ก และฟินแลนด์ สิทธิใช้ชื่อสกุล มีเฉพาะในของประเทศสวีเดน และฟินแลนด์ สิทธิการรับเงินบำนาญมีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ สวีเดน และฟินแลนด์ สิทธิในการประกันภัยมีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ สวีเดน เดนมาร์ก และไอซ์แลนด์ สิทธิในการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายมีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ ไอซ์แลนด์ เดนมาร์ก และฟินแลนด์ สิทธิในการผสมเทียม มีเฉพาะในของประเทศ นอร์เวย์ ไอซ์แลนด์ และฟินแลนด์

ผลประโยชน์ทางสังคม มีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ สวีเดน เดนมาร์ก และฟินแลนด์ สิทธิที่จะได้รับค่าเลี้ยงดูภายหลังจากการหย่า มีเฉพาะในของประเทศ นอร์เวย์ สวีเดน เดนมาร์ก และฟินแลนด์ สิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชย มีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ และฟินแลนด์ และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ มีเฉพาะในของประเทศนอร์เวย์ สวีเดน เดนมาร์ก และฟินแลนด์

ตารางที่ 4.2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปยุโรปเหนือ-ใต้

สิทธิและหน้าที่ที่คุ้มครอง	สเปน	โปรตุเกส	ไอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร	มอลตา
สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิประโยชน์ทางภาษี	✓	✓	✓	✓	×
สิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม	×	×	✓	✓	×
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร	✓	✓	×	✓	✓
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	×	×	✓	✓
สิทธิในการรับมรดก	✓	×	✓	✓	✓
สิทธิในการกำหนดชื่อสกุลร่วมกัน	×	✓	×	×	✓
สิทธิในการประกันสังคม	✓	×	✓	✓	×
สิทธิการรับประโยชน์จากบำนาญ	✓	×	✓	✓	×
สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ป่วย เช่นเดียวกับบุคคลในครอบครัว	×	×	✓	✓	✓
สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง	✓	✓	✓	✓	×
สิทธิเกี่ยวกับการประกันชีวิต	×	×	✓	✓	×
สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ	✓	✓	✓	✓	✓
หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	✓	✓	✓	✓	✓
หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต	✓	×	×	✓	✓

จากตาราง 4.2 จะเห็นได้ว่า กฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสไว้เหมือนกันในบางสิทธิ คือ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ และมีแตกต่างกันบางสิทธิ คือ หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิตมีเฉพาะของประเทศสเปน สหราชอาณาจักร และมอลตา สิทธิประโยชน์ทางภาษี มีเฉพาะของประเทศสเปน โปรตุเกส ไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร สิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการสังคมมีเฉพาะของ

ประเทศไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร มีเฉพาะของประเทศสเปน โปรตุเกส สหราชอาณาจักร และมอลตา สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน มีเฉพาะของประเทศสเปน โปรตุเกส สหราชอาณาจักร และมอลตา สิทธิในการรับมรดก มีเฉพาะของประเทศสเปน ไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร และมอลตา สิทธิในการกำหนดชื่อสกุลร่วมกัน มีเฉพาะของประเทศสเปน โปรตุเกส และประเทศมอลตา สิทธิในการประกันสังคม มีเฉพาะในของประเทศสเปน ไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร สิทธิการรับประโยชน์จากบำนาญ มีเฉพาะในของประเทศสเปน ไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ป่วยเช่นเดียวกับบุคคลในครอบครัว มีเฉพาะในของประเทศไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร และมอลตา สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้า มีเฉพาะในของประเทศสเปน โปรตุเกส ไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร สิทธิเกี่ยวกับการประกันชีวิต มีเฉพาะในของประเทศไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร

ตารางที่ 4.3 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปยุโรปตะวันตก

สิทธิและหน้าที่ที่คุ้มครอง	ลักเซมเบิร์ก	เนเธอร์แลนด์	ออสเตรีย	เบลเยียม	ฝรั่งเศส	เยอรมนี
สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการเลือกใช้นามสกุลเดียวกัน	×	×	×	×	×	✓
สิทธิตามกฎหมายภาษี	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร	✓	×	✓	×	✓	✓
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการผสมเทียม	×	✓	✓	✓	✓	×
สิทธิในการรับมรดก	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิได้รับเงินบำเหน็จบำนาญ	×	×	×	×	×	✓
สิทธิในการประกันสังคม	✓	×	✓	✓	✓	✓
สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ	✓	✓	✓	✓	✓	✓
หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ความรับผิดชอบในหนี้สิน	✓	×	✓	×	✓	×

จากตาราง 4.3 จะเห็นได้ว่า กฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิ การไว้เหมือนกันในบางสิทธิ คือ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิตามกฎหมายภาษี สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม และ สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ และมีแตกต่างกันบางสิทธิ คือ สิทธิในการเลือกใช้นามสกุลเดียวกัน เฉพาะ ของประเทศเยอรมนี ความรับผิดชอบในหนี้สิน มีเฉพาะของประเทศราชรัฐลักเซมเบิร์ก สาธารณรัฐออสเตรีย และสาธารณรัฐฝรั่งเศส สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร มีเฉพาะของ ประเทศราชรัฐลักเซมเบิร์ก ประเทศสาธารณรัฐออสเตรีย ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิในการผสมเทียมมีเฉพาะของราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ประเทศ สาธารณรัฐออสเตรีย ประเทศราชอาณาจักรเบลเยียม และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สิทธิได้รับ เงินบำนาญ บำนาญ มีเฉพาะของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิในการประกันสังคมมี เฉพาะของประเทศราชรัฐลักเซมเบิร์ก สาธารณรัฐออสเตรีย ราชอาณาจักรเบลเยียม สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตารางที่ 4.4 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปอเมริกา

สิทธิและหน้าที่ที่ คุ้มครอง	สหรัฐ อเมริกา	แคนาดา	บราซิล	อุรุกวัย	เม็กซิโก	อาร์เจนตินา	โคลอมเบีย
สิทธิสถานภาพคู่ชีวิต	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิและหน้าที่ในการ อุปการะเลี้ยงดู	✓	✓	×	✓	×	✓	✓
สิทธิและหน้าที่ ตาม กฎหมายครอบครัว	✓	✓	×	×	×	✓	✓
สิทธิในการจัดการ ทรัพย์สิน	✓	✓	×	✓	×	✓	✓
สิทธิในการเลือกใช้ นามสกุล	×	×	×	✓	×	✓	×
สิทธิการรับเลี้ยงบุตร บุญธรรม	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการผสมเทียม	×	×	✓	×	×	✓	×
สิทธิตามกฎหมายมรดก	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิ การเลือกปฏิบัติ	✓	✓	×	×	×	✓	×
สิทธิตามกฎหมาย ชดเชยแรงงาน	✓	✓	×	×	×	✓	×

สิทธิและหน้าที่ที่ คุ้มครอง	สหรัฐ อเมริกา	แคนาดา	บราซิล	อุรุกวัย	เม็กซิโก	อาร์เจนตินา	โคลอมเบีย
สิทธิของผู้เสียหายใน คดีอาญา	✓	✓	×	×	×	✓	✓
สิทธิพิเศษในการ ดำเนินคดีทางศาล	✓	✓	×	×	×	✓	×
สิทธิการเป็นผู้ปกครอง บุตร	✓	×	×	×	×	✓	×
สิทธิในการลาหยุดงาน เพื่อดูแลคู่สมรสที่เจ็บป่วย	✓	×	×	×	×	✓	×
สิทธิในการเข้าเยี่ยมใน สถานพยาบาล	✓	×	✓	×	×	✓	×
สิทธิในการจัดการศพ	✓	×	×	×	×	✓	×
สิทธิทางภาษี	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สิทธิประโยชน์จากการ ประกันชีวิต	✓	×	×	×	✓	✓	×
สิทธิได้รับบำนาญ	×	✓	✓	✓	×	✓	✓
สิทธิการประกันสังคม	×	×	✓	✓	×	✓	✓
สิทธิตามสวัสดิการสังคม	×	×	✓	×	×	✓	✓
สิทธิตามกฎหมายคน เข้าเมือง	×	×	✓	×	×	✓	✓
สิทธิประโยชน์อื่น ๆ	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
หน้าที่และความสัมพันธ์ ของคู่ชีวิตระหว่างบิดา มารดาและบุตร	✓	✓	×	✓	×	✓	✓

จากตาราง 4.4 จะเห็นได้ว่า กฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสไว้เหมือนกันในบางสิทธิ คือ สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิทางภาษี และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ตามกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องจากการสมรส และมีแตกต่างกันบางสิทธิ คือ สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกันตามกฎหมาย มีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา อุรุกวัย อาร์เจนตินา และ โคลอมเบีย สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมาย

ครอบครัวยุโรป มีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน มีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา อูรุกวัย อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย มีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา อูรุกวัย อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิในการเลือกใช้นามสกุลเดียวกัน มีเฉพาะของประเทศอูรุกวัย และอาร์เจนตินา สิทธิการผสมเทียมมีเฉพาะของบราซิล และอาร์เจนตินา สิทธิตามกฎหมายการป้องกันการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสถานะของการสมรส มีเฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิตามกฎหมายชดเชยแรงงานมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอาร์เจนตินา สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญามีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิพิเศษของกลุ่มสมรสในการดำเนินคดีทางศาลมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอาร์เจนตินา สิทธิการเป็นผู้ปกครองและการตัดสินใจในการรักษาพยาบาลแทนกลุ่มสมรสที่ไร้ความสามารถมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา และอาร์เจนตินา สิทธิในการลาหยุดงานเพื่อดูแลกลุ่มสมรสที่เจ็บป่วยมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา และอาร์เจนตินา สิทธิในการเข้าเยี่ยมในสถานพยาบาล มีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา บราซิล และอาร์เจนตินา สิทธิในการดูแลศพของกลุ่มสมรสที่เสียชีวิตมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา และอาร์เจนตินา ผลประโยชน์จากการประกันชีวิตของกลุ่มสมรสมีเฉพาะของสหรัฐอเมริกา เม็กซิโก และอาร์เจนตินา สิทธิได้รับบำนาญมีสิทธิเฉพาะของแคนาดา บราซิล อูรุกวัย อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิการประกันสังคมมีเฉพาะของบราซิล อูรุกวัย อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย สิทธิตามสวัสดิการสังคมมีเฉพาะของบราซิล อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย และสิทธิตามกฎหมายคนเข้าเมือง มีเฉพาะของบราซิล อาร์เจนตินา และโคลอมเบีย

ตารางที่ 4.5 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายทวีปอื่น ๆ

สิทธิและหน้าที่ที่คุ้มครอง	ไต้หวัน	แอฟริกาใต้	นิวซีแลนด์	ออสเตรเลีย
สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกัน	✓	×	✓	✓
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน	✓	×	✓	✓
สิทธิตามกฎหมายมรดก	✓	×	✓	✓
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการผสมเทียม	×	✓	✓	✓
สิทธิในการได้รับบำนาญ บำนาญ	✓	×	✓	✓

สิทธิและหน้าที่ที่คุ้มครอง	ไต้หวัน	แอฟริกาใต้	นิวซีแลนด์	ออสเตรเลีย
สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จาก กรรมธรรม์ประกันสุขภาพ	x	✓	✓	✓
สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้า เมือง	x	✓	x	✓
สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผล แห่งละเมิด	✓	✓	✓	✓
สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ	✓	✓	✓	✓

จากตาราง 4.5 จะเห็นได้ว่า กฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสไว้เหมือนกันในบางสิทธิ คือ สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ และมีแตกต่างกันบางสิทธิ คือ สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันมีเฉพาะของประเทศไต้หวัน นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน มีเฉพาะของประเทศไต้หวัน นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย สิทธิตามกฎหมายมรดก มีเฉพาะของประเทศไต้หวัน นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย สิทธิในการได้รับบำนาญ บำนาญมีเฉพาะของประเทศไต้หวัน นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย สิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากกรรมธรรม์ประกันสุขภาพ มีเฉพาะของประเทศแอฟริกาใต้ นิวซีแลนด์ และออสเตรเลีย และสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายคนเข้าเมือง มีเฉพาะของประเทศแอฟริกาใต้ และออสเตรเลีย

จากการเปรียบเทียบกฎหมายของแต่ละประเทศให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสไว้แตกต่างกันตามภูมิภาค โดยกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียให้การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิในการรับมรดก และสิทธิในทางภาษีที่เหมือนกัน กลุ่มทวีปยุโรปเหนือ-ใต้ ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ เหมือนกัน กลุ่มทวีปยุโรปตะวันตกให้การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิทางภาษี และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ เหมือนกัน ทวีปอเมริกาให้การคุ้มครองเกี่ยวกับ สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายมรดก สิทธิทางภาษี และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ เหมือนกัน และกลุ่มทวีปอื่น ๆ ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด และสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ เหมือนกัน

5. การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายประเทศไทย

ตามระบบสังคมที่ถือว่าสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่สำคัญ ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างสามีภริยาเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมในการใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัวและคุ้มครองสถานะความสัมพันธ์ดังกล่าว ดังนั้น เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถทำการสมรสกันได้ แม้ว่าจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแต่ก็ไม่อยู่ในฐานะสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้ไม่ได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมาย และนอกจากประเด็นปัญหาในการจัดการทรัพย์สินตามที่ได้วิเคราะห์แล้วนั้น พบว่ายังคงมีปัญหามากจากบทบัญญัติในประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินกันฉันสามีภริยา และยังกำหนดว่าหากการอยู่ร่วมกันดังกล่าวนี้ จะส่งผลเกิดอันตรายก็สามารถขอแยกกันอยู่ได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ในขณะที่การอยู่ร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นไปด้วยความสมัครใจของบุคคลสองฝ่าย จึงไม่มีกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันไว้หรือกำหนดหน้าที่ว่าต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันในเรื่องการอยู่กินกันฉันสามีภริยาเหมือนคู่สมรส หรือหากอยู่ร่วมกันแล้วก่อให้เกิดอันตรายจะดำเนินการอย่างไร ดังนั้น การจัดการในการใช้ชีวิตคู่ระหว่างกันคือการจัดการกันเอง ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่มีความเหมาะสมและอาจแก้ไขปัญหาดด้วยความรุนแรง

2) การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้น กฎหมายกำหนดว่าต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 แต่ในกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่มีหน้าที่ต่อกันในเรื่องการอุปการะเลี้ยงดู โดยแต่ละฝ่ายอาจต่างทำมาหาได้และใช้เงินที่หามาได้สำหรับตนเอง โดยไม่คำนึงถึงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลยก็ได้ กรณีนี้กฎหมายไม่เข้าไปเกี่ยวข้องซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น กรณีชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสบอุบัติเหตุ เป็นอัมพาต ก็ไม่สามารถฟ้องค่าอุปการะเลี้ยงดูได้เนื่องจากอีกฝ่ายไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดู

3) การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1463 และมาตรา 1464 ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่หากผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และมีเหตุสำคัญ ศาลก็จะตั้งผู้อื่นก็ได้ นั่นคือ โดยปกติเมื่อศาลมีคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคน

ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลที่ศาลจะสั่งให้เป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ได้แก่ คู่สมรส แต่สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกันไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีหน้าที่ต่อกันตามกฎหมาย

4) การห้ามทำการสมรสซ้อน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 กำหนดว่า เมื่อเป็นสามีภริยากันตามกฎหมายแล้ว จะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้ หรือหากคู่สมรสอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนภริยาหรือสามี มีหุ้นหรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ แต่สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือมีผลบังคับใด ๆ ตามกฎหมาย และไม่ถือว่าความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นภายหลังเป็นการสมรสซ้อน เหตุนี้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศบางคู่จึงมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่ชีวิตของตน ด้านหนึ่งอาจเป็นข้อดีที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นอิสระในการอยู่ร่วมกัน โดยขึ้นอยู่กับความสมัครใจที่จะอยู่ด้วยกัน หรือมีความสัมพันธ์กับคนอื่นในขณะเดียวกันก็ได้ แต่การที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองดังกล่าว อาจเกิดข้อเสียคือ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่อยู่ร่วมกันจนสามีภริยา ไม่มีความมั่นคงในการอยู่ร่วมกันมีการเปลี่ยนคู่สัมพันธ์ได้โดยง่าย

5) สิทธิในการเรียกค่าเลี้ยงชีพ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1526 ในกรณีหย่า ถ้าเหตุแห่งการหย่าเป็นความผิดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียวและทำให้อีกฝ่ายยากจนลง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกค่าเลี้ยงชีพจากฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบได้ แต่สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหลักเกณฑ์ในเรื่องการสิ้นสุดการสมรสก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้ ดังนั้นเมื่อสิ้นสุดความสัมพันธ์ก็ไม่สามารถเรียกร้องค่าเลี้ยงชีพได้

6) สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/26 ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็น บุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม

ถ้าคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะจดทะเบียนรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของ คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยจะต้องได้รับความยินยอมของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว จะเห็นได้ว่าคู่สมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งในกรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแต่ละฝ่ายสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ตามกฎหมาย แต่ในกรณีรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของตนเองหรือรับบุตรบุญธรรมร่วมกันนั้น เมื่อกฎหมายไม่ถือว่าบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเป็นคู่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เพราะกฎหมายให้สิทธิเฉพาะคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้น อีกทั้งตามความในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

พ.ศ. 2522 มาตรา 21 เมื่อได้รับคำขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบคุณสมบัติและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่และความเหมาะสมของผู้ขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ของกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการซึ่งมีหน้าที่ในการจัดให้มีการดำเนินงานด้านการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยการจัดหาครอบครัวทดแทนที่มีสถานะถาวรให้กับเด็กถูกทอดทิ้งที่อยู่ในความอุปการะของกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ เด็กที่มีบิดามารดาที่แท้จริงยินยอมยกให้ เนื่องจากไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูได้และเด็กที่มีคำสั่งศาลแทนการให้ความยินยอมของบิดามารดาเด็ก ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้จะขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมไว้ ดังนี้

(1) คุณสมบัติตามกฎหมาย ผู้ที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้น ดังต่อไปนี้

1.1 ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี (นับตั้งแต่วันเกิดถึงวันที่ยื่นคำร้อง)

1.2 ต้องมีอายุแก่กว่าเด็กที่จะรับเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี

1.3 ต้องเป็นผู้ที่ไม่ต้องห้ามเป็นผู้ปกครองเด็กตามมาตรา 1587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) คุณสมบัติทางสังคม

2.1 กรณีขอรับเด็กกำพร้า ควรมีทั้งสามีและภริยาที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และไม่ควรมีอายุห่างจากเด็กมากเกินไป

2.2 มีฐานะการครองชีพมั่นคงหรือที่อยู่อาศัยอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีหรือมีเวลาให้กับเด็กที่จะรับเป็นบุตรบุญธรรม

ประกอบกับในปัจจุบัน มีบุคคลที่ประสงค์จะรับบุตรบุญธรรมเป็นจำนวนมาก จึงมีกระบวนการที่ค่อนข้างยุ่งยากซับซ้อนและต้องผ่านการพิจารณาหลายขั้นตอน ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ยอมรับว่าการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสถานะเป็นคู่สมรส จึงไม่มีคุณสมบัติในการเป็นสามีและภริยาที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย และในทางปฏิบัติเมื่อมีการขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน หากศูนย์อำนวยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ทราบข้อเท็จจริงว่าเป็นการขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ก็จะไม่พิจารณาอนุมัติให้ ทั้งนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองสวัสดิภาพและคำนึงถึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ เพื่อให้เด็กได้อยู่ในครอบครัวใหม่ที่สมบูรณ์ ดังนั้น บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงไม่สามารถขอรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

7) สิทธิในการรับมรดก ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 บัญญัติว่า เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาท โดยธรรมตามลำดับ และคู่สมรสที่ยังมี

ชีวิตอยู่ถือว่ามิฐานะเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629 และ มาตรา 1635 โดยหลักเกณฑ์ในการแบ่งทรัพย์สินมรดก หากเป็นกรณีที่เจ้ามรดกมิคู่สมรส ในขั้นแรก ต้องแยกทรัพย์สินออกเป็นสินสมรสและสินส่วนตัว และสำหรับสินสมรสต้องแบ่งให้คู่สมรส ครึ่งหนึ่งก่อน จากนั้นจึงถือว่าสินสมรสอีกครึ่งหนึ่งรวมถึงสินส่วนตัวของเจ้ามรดกจึงจะแบ่งให้แก่ ทายาท ซึ่งคู่สมรสจะได้รับมรดกในสัดส่วนมากน้อยเท่าใดนั้น ต้องพิจารณาว่าได้รับมรดกร่วมกับ ทายาทลำดับใด แต่อย่างไรก็ตามคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับมรดกก็ต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนโดย ชอบด้วยกฎหมายด้วย แต่กรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่ถือว่ามิ ฐานะเป็นคู่สมรสจึงไม่ถือว่าเป็นทายาทโดยธรรม จึงไม่มีสิทธิรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งได้หากมิได้ ทำพินัยกรรมกำหนดให้เป็นผู้รับทรัพย์สินมรดก แต่หากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศที่มีชีวิตอยู่ควรจะมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ นอกจากนี้ การมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมยังมีผลในการได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

5.1 ปัญหาตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากบทบัญญัติตามกฎหมายครอบครัวและมรดกที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ สมรสไว้โดยตรงแล้ว กฎหมายไทยหลายฉบับ ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้สำหรับคู่สมรส ซึ่งจะ ถือว่าเป็นผลกระทบต่อการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนี้

1) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด กฎหมายได้บัญญัติคุ้มครอง ผู้เสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ได้แก่ การเรียกคืน ทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึง บังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย และในกรณีที่คู่สมรสถูกกระทำละเมิด สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ใน 2 กรณี ดังนี้

(1) ค่าขาดไร้อุปการะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 วรรค สาม ในกรณีผู้ถูกทำละเมิดถึงตาย กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้อยู่ในอุปการะของผู้ตาย ซึ่งมีสิทธิเรียกค่า อุปการะเลี้ยงดูแต่จำกัดเฉพาะผู้มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมายจากผู้ตายเท่านั้น ดังนั้น จึงรวมถึงสามีภริยา เนื่องจากมีหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะซึ่งกันและกันตามกฎหมาย

(2) ค่าขาดแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 445 ในกรณีมี การทำละเมิดให้เขาถึงตาย เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย หรือเสียเสรีภาพที่ดี ถ้าผู้เสียหายมีความ ผูกพันตามกฎหมายจะต้องทำการทำงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอกในครัวเรือน ซึ่งบุคคลภายนอก ดังกล่าวรวมถึงสามีภริยา เนื่องจากมีหน้าที่ช่วยเหลืออุปการะซึ่งกันและกันตามกฎหมาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าเมื่อหญิงและชายได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายย่อมมีสถานะเป็นสามีภริยา การที่บุคคลภายนอกมากระทำละเมิดต่อสามีหรือภริยา คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถูกกระทบกระเทือนสิทธิ จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดเนื่องจากขาดไร่อุปการะ และขาดแรงงาน แต่เมื่อพิจารณาถึงกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน กฎหมายไม่ได้รับรองสิทธิดังกล่าว จึงไม่สามารถฟ้องเรียกค่าขาดไร่อุปการะหรือค่าขาดแรงงานได้ แม้ว่าจะมีสถานะความสัมพันธ์โดยอยู่กินกันฉันสามีภริยา เช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ และถูกกระทบสิทธิในฐานะผู้เสียหายและเกิดความเสียหายขึ้นจริงก็ตาม

2) สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษเพราะความเป็นสามีภริยาไว้ในมาตรา 71 เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดระหว่างผู้ที่มีความสัมพันธ์กันในฐานะคู่สมรส หากไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรนโทษลงบ้างก็อาจทำให้ความสัมพันธ์ร้าวฉานได้ และเพื่อไม่ให้ความผิดอาญาเป็นเหตุกระทบกระเทือนความสงบสุขของครอบครัว นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญายังกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเป็นสามีภริยากันตามมาตรา 193 มาตรา 214 และให้สิทธิในการดำเนินคดีแก่ผู้ได้รับความแค้นตายซึ่งเป็นคู่สมรสของตนตามมาตรา 327 ด้วย รวมถึงสิทธิในการร้องทุกข์กรณีผู้เสียหายตายก่อนร้องทุกข์ ทั้งนี้ เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่สำคัญกฎหมายจึงมุ่งที่จะคุ้มครอง โดยถือว่าคู่สมรสเป็นญาติใกล้ชิดของผู้ตายย่อมได้รับความเสียหาย แต่ในกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแม้จะอยู่กินกันฉันสามีภริยานานเพียงใดก็ตามก็ไม่มีสิทธิตามกฎหมาย เพราะไม่มีสถานะในการเป็นคู่สมรสตามกฎหมายไม่เข้าหลักเกณฑ์และไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา

3) สิทธิการดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในการดำเนินคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญานั้น บุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิในการดำเนินคดีอาญาได้แก่ ผู้เสียหาย และเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งกฎหมายได้ให้คู่สมรสของผู้เสียหายมีสิทธิในการดำเนินคดีในฐานะผู้จัดการแทนผู้เสียหาย ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 (2) และมาตรา 29 แต่สำหรับกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นหากบุคคลภายนอกมาทำร้ายคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีแทนได้ จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างกับสิทธิของสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความเป็นจริงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา ย่อมมีความสัมพันธ์และความผูกพันระหว่างกันเหมือนชายหญิง เมื่อฝ่ายหนึ่งถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บ อีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ด้วยกันย่อมเป็นผู้เสียหายจากผลของการกระทำนั้น แต่เมื่อกฎหมายมิได้รับรองและคุ้มครอง บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงไม่อาจฟ้องร้องบุคคลภายนอกนั้นได้

4) สิทธิในการบริจาคร่างกายหรืออวัยวะ

แต่เดิมการบริจาคอวัยวะเป็นไปตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 52 ซึ่งวางหลักไว้ว่า การปลูกถ่ายอวัยวะที่ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาคขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ ผู้บริจาคต้องเป็นญาติโดยสายเลือด หรือคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อยสามปีเท่านั้น ซึ่งเหตุผลที่ แพทยสภาได้กำหนดเกณฑ์ดังกล่าว ก็เพื่อการหลีกเลี่ยงการซื้อขายอวัยวะ เพราะการที่ผู้บริจาคและผู้รับบริจาคอวัยวะสามารถแสดงตนว่าเป็น “คู่สมรส” ถือเป็นเหตุผลรับรองในการรับอวัยวะได้ 2 ประการในเวลาเดียวกัน คือ การที่มีความสัมพันธ์ในทางครอบครัว และไม่มีการซื้อขายอวัยวะ และแม้ว่าปัจจุบันได้มีการแก้ไขข้อบังคับดังกล่าวโดยมีการบัญญัติให้ใช้คำว่า ผู้บริจาคต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรืออยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยเปิดเผยกับผู้รับอวัยวะมาแล้วอย่างน้อย 3 ปี แต่ในทางปฏิบัติการให้ความหมายของสามีภริยาที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยเปิดเผยนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้เนื่องจากการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปเพื่อรองรับสภาพปัญหาของคู่รักต่างเพศที่ไม่ได้ทำการสมรสกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตร่วมกัน เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเข้ารับการรักษาพยาบาลถึงขั้นต้องมีการปลูกถ่าย หรือเปลี่ยนอวัยวะ คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งของตนก็ไม่อาจสละอวัยวะของตนให้แก่อีกฝ่ายได้ แม้อวัยวะจะเข้ากันได้ทางการแพทย์และสมควรใจก็ตาม เพราะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นแม้จะอยู่กินกันจริงโดยเปิดเผยก็ไม่ถือว่าเป็นคู่สมรส ไม่เป็นสามีภริยาที่จะมีส่วนได้เสียกันในทางกฎหมาย

5) สิทธิในการประกันสังคม

ในการเป็นผู้รับประโยชน์ตามหลักประกันสังคมนั้น ผู้ประกันตนต้องระบุผู้รับสิทธิประโยชน์ไว้ หากไม่ได้ระบุไว้เงินดังกล่าวก็จะเฉลี่ยให้กับคู่สมรส บุตร และบิดามารดา เท่า ๆ กัน ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะกระทบต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกรณีที่ผู้ประกันตนไม่ได้ระบุให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นผู้รับประโยชน์ เพราะแม้ว่าจะอยู่กินกันฉันสามีภริยาก็ไม่ได้มีการรับรองโดยกฎหมาย ดังนี้ แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้เอาประกันตนไว้ และเป็นกรณีที่ถึงแก่ความตายที่เข้าลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่คู่ชีวิตอีกฝ่ายก็ไม่อาจเรียกร้องผลประโยชน์ทดแทนกรณีผู้เอาประกันถึงแก่ความตายได้ ซึ่งแตกต่างกับคู่สมรสต่างเพศเพราะแม้ผู้ทำประกันตนจะไม่ได้ระบุให้เป็นผู้รับประโยชน์ทดแทน แต่คู่สมรสก็มีสิทธิรับในฐานะทายาทโดยธรรม และกฎหมายให้สิทธิดังกล่าวเฉพาะแก่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

6) สิทธิในการลงนามยินยอมให้รักษาพยาบาลผู้ป่วยที่มีความหลากหลายทางเพศ

ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ได้กำหนดว่าญาติที่สามารถให้ความยินยอมแทน ได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันหมายถึง คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และยังรวมถึง ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล คู่สมรสจึงมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมได้ตาม พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 แต่ผู้ป่วยที่มีความหลากหลายทางเพศไม่มีสิทธิให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลผู้ป่วย จะต้องเป็นญาติเท่านั้น จึงจะสามารถลงนามยินยอมให้รักษาพยาบาลได้ และจากการศึกษาพบว่าตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ว่า “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพ ที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัด การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสภาพด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยา หรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกายทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย”

แม้กฎหมายจะระบุชัดเจนในนิยามศัพท์ของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าแพทย์สามารถกระทำต่อร่างกายมนุษย์ได้ในกรณีใดบ้าง แต่ทั้งนี้ก่อนกระทำการดังกล่าว จะต้องปรึกษาหารือกับผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยก่อนและเมื่อได้รับความยินยอมแล้วจึงจะได้ดำเนินการต่อไปได้ การทำความเข้าใจลักษณะนี้ ทางวิชาการเรียกว่า ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวหรือภาษาอังกฤษเรียกว่า “Informed consent” ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจ ในการรับบริการหรือไม่รับบริการใด และกรณีที่ผู้รับปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นไม่ได้” ซึ่งถ้าเป็นกรณีปกติ หากจะต้องทำการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดหรือการใช้เครื่องมือใด ๆ เป็นกรณีพิเศษ แพทย์หรือพยาบาลที่เป็นผู้ช่วยต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติที่มีอำนาจตัดสินใจแทนทุกครั้ง

กรณีที่แพทย์สามารถทำการรักษาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม สามารถทำได้หากเป็นไปตามมาตรา 8 วรรค 3 ในกรณี ต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน หมายถึงในกรณีฉุกเฉิน ผู้ป่วยที่ถูกนำตัวมาหาแพทย์ในกรณีฉุกเฉินส่วนหนึ่งจะไม่รู้สึกตัวและบ่อยครั้งที่ไม่มีญาติมาด้วย กรณีเช่นนี้แพทย์จะต้องพิจารณาว่าอาการ

ของผู้ป่วยเป็นอย่างไร หากอยู่ในขั้นอันตรายและจำเป็นต้องปฐมพยาบาลหรือการกระทำการใดเพื่อช่วยชีวิตแพทย์สามารถดำเนินการไปได้เลย

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการแล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้ หมายถึง กรณีผู้ป่วยอยู่ในภาวะที่ไม่อาจแสดงเจตนาได้ตามปกติ

นอกจากนี้ในกรณีของผู้ป่วยทางสุขภาพจิตซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมโดยตัวเอง การรักษาพยาบาลก็จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากญาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ดังนี้ “ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมตามวรรคสองแทน”

เห็นได้ว่าตามหลักทางการแพทย์ในการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในกรณีต่าง ๆ ตามปกติต้องได้รับความยินยอมจากตัวผู้ป่วย และในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตัวเอง ก็จำเป็นต้องขอความยินยอมจากญาติ ซึ่งตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ได้กำหนดว่าญาติที่สามารถให้ความยินยอมแทนได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันหมายถึง คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และยังรวมถึงผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล และแม้กฎหมายจะกำหนดว่าหากมีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อความปลอดภัยแก่ชีวิตของผู้ป่วย แพทย์สามารถทำการรักษาได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติก็ตาม แต่ในกรณีปกตินั้น ตามหลักในการปฏิบัติแล้ว การรักษาต่าง ๆ ย่อมจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติ ซึ่งคู่สมรสตามกฎหมาย สามารถให้ความยินยอมแทนกันได้ แต่สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาลนั้น อีกฝ่ายก็ไม่สามารถให้ความยินยอมแทนได้เพราะไม่ได้มีสถานะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องให้บุคคลที่มีสถานะตามที่กฎหมายกำหนดเป็นผู้ให้ความยินยอม เท่ากับเป็นการสร้างขั้นตอนและความยุ่งยากให้เกิดขึ้น เพราะในบางคู่การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นก็ไม่ได้รับการยอมรับจากบุคคลในครอบครัวของอีกฝ่าย

โดยผู้วิจัยได้ทำการเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของคู่สมรส และของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ดังนี้

ตารางที่ 4.6 การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของกลุ่มสมรสและของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

สิทธิและหน้าที่	คู่สมรส	บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่สมรส	✓	×
สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน	✓	×
สิทธิในการรับมรดก	✓	×
สิทธิในทางภาษี	✓	×
หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	✓	×
สิทธิการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน	✓	×
หน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร	✓	×
สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด	✓	×
สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา	✓	×
สิทธิการดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	✓	×
สิทธิในการประกันสังคม	✓	×
สิทธิในการลงนามยินยอมให้รักษาพยาบาลคู่สมรส	✓	×
สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ	✓	×

จากตาราง จะเห็นว่าคู่สมรสชายหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้วมีสิทธิดังต่อไปนี้

1) สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่สมรส ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา” ตามวัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ทำให้เป็นครอบครัวมีลูกมีหลานสืบตระกูลต่อไป การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาตามประเพณีย่อมเป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่า หมายถึง การอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน ร่วมชีวิตในการครองเรือน และทั้งร่วมประเวณีต่อกัน

2) สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา เมื่อชายหญิงสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายได้จัดระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาโดยกำหนดให้มีอยู่ 2 ประเภท คือ สินส่วนตัว (Separate Property) คือ ทรัพย์สินที่เป็น

กรรมสิทธิ์ของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ ต่างมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่จะจำหน่าย จ่ายโอนได้ โดยลำพังเนื่องจากกฎหมายให้อำนาจจัดการได้โดยลำพัง และสินสมรสคือ ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของคู่สมรสสามีภริยาเป็นเจ้าของร่วมกันในเงินสินสมรสทั้งหมดและจะแบ่งแยกกันในระหว่างเป็นสามีภริยาไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดจึงจะแบ่งแยกสินสมรสได้

3) สิทธิในการรับมรดก มรดก ตามกฎหมายไทยคู่สมรสมีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยถือว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นเป็นทายาทโดยธรรม แต่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ลำดับการรับมรดกของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1635 ประกอบด้วย และคู่สมรสที่มีสิทธิรับมรดกต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

4) สิทธิในทางภาษี ตามประมวลรัษฎากรตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 มาตรา 47 กฎหมายอนุญาตให้ผู้มีเงินได้มีสิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีของผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี โดยให้หักลดหย่อนได้ในกรณีคู่สมรสของผู้มีเงินได้รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้มีเงินได้และคู่สมรสของผู้มีเงินได้อีก

5) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตามมาตรา 1461 วรรคสอง ยังบัญญัติว่า “สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน” ดังนั้น ชายหญิงที่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเกิดหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะบุคคลที่เป็นสามีภริยาควรเป็นผู้ร่วมทุกข์ร่วมสุขด้วยกัน หากฝ่ายใดไม่ทำหน้าที่ดังกล่าวอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูได้

6) สิทธิการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน การรับบุตรบุญธรรมตามหลักกฎหมายไทยผู้ที่รับบุตรบุญธรรมได้ คือบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี แต่ผู้นั้นต้องมีอายุมากกว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่ จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันมิได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว

7) หน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร ตามมาตรา 1564 บัญญัติว่า บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

8) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 443 มาตรานี้เป็นกรณีละเมิดต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ หรืออนามัยแล้วปรากฏว่าผู้เสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องทำงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอก ดังนั้นเมื่อหญิงและชายได้จัด

ทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายย่อมมีสถานะเป็นสามีภริยาที่มีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การที่บุคคลภายนอกมากระทำการละเมิดต่อสามีหรือภริยา ทำให้ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถูกกระทบกระเทือนสิทธิ จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากขาดไว้อุปการะตามกฎหมาย และค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดแรงงาน

9) สิทธิตามประมวลกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรค 1 บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรค 1 และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ...” นอกจากนี้ยังมีกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะไม่ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ดังนี้ มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้” มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

10) สิทธิการดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา 5(2) นั้นผู้เสียหายถูกทำร้ายจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือถึงแก่ความตายจึงจะมีผู้มีอำนาจจัดการแทน ส่วนในกรณีตามมาตรา 29 วรรค 1 นั้นเป็นกรณีที่ผู้เสียหายยังมีชีวิตอยู่และได้ยื่นฟ้องคดีไว้แล้ว ต่อมาได้ตายลงกฎหมายจึงเปิดให้บุคคลบางประเภทดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปได้ เห็นได้ว่าในกรณีผู้เสียหายถูกทำร้าย ถึงตาย หรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายยื่นฟ้องแล้วตายลงสามีหรือภริยาจะดำเนินคดีแทนผู้ตายต่อไปก็ได้ สามีหรือภริยาในที่นี้คือสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

11) สิทธิในการประกันสังคม กฎหมายไทยได้รับรองสิทธิให้ผู้ประกันตนในระบบประกันสังคมได้ประโยชน์ทดแทน

12) สิทธิในการลงนามยินยอมให้รักษาพยาบาลคู่สมรส ซึ่งถ้าเป็นกรณีปกติ หากจะต้องทำการรักษาด้วยวิธีการผ่าตัดหรือการใช้เครื่องมือใด ๆ เป็นกรณีพิเศษ แพทย์หรือพยาบาลที่เป็นผู้ช่วยต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติที่มีอำนาจตัดสินใจแทนทุกครั้ง โดยกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้บุคคลที่สามารถให้ความยินยอมและถือว่าเป็นญาติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้แก่ ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล

13) สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง นอกจากสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวและมรดกแล้ว คู่สามีภริยา ยังมีสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย ได้แก่ สิทธิในการปรับร่างกายหรืออวัยวะ

แต่สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเมื่ออยู่กินเป็นคู่ชีวิตไม่ได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรมีกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้เท่าเทียมกับคู่สมรสระหว่างเพศ

4. สิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทย

กฎหมายไทยในปัจจุบันเป็นการรับรอง คุ้มครอง และกำหนดสิทธิหน้าที่สำหรับคู่สมรส ซึ่งเป็นบุคคลต่างเพศที่เป็นการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น โดยไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ใช้ชีวิตร่วมกัน จากการสัมภาษณ์พบว่า สิทธิที่การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรจะได้รับเมื่อได้ทำการสมรสกัน สิทธิควรจะได้เหมือนกับการสมรสระหว่างชายและหญิง ดังคำสัมภาษณ์ “ถ้าสมรสกันแล้วแสดงว่าเป็นการสร้างครอบครัว เป็นหน่วยของสังคมที่เล็กที่สุด เมื่อมีกฎหมายรับรองการสมรสแล้ว สิทธิก็ควรจะได้เหมือนการสมรสระหว่างชายกับหญิง ควรจะมีเหมือนกัน” สอดคล้องกับปญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 7 บุคคลย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ อันเป็นการล่วงละเมิดปญญานี้ และจากการขยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

เมื่อเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของคู่สมรสและของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย พบว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับการคุ้มครองสิทธิการสมรส ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการประกันสังคม สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการให้และรับมรดก สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล และสิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งสิทธิดังกล่าวมีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนตามหลักขอกยกการดำ ดังนี้

ข้อ 2 สิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ (The Right to Equality and Non-Discrimination) เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมเท่าเทียมกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุความแตกต่างด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ข้อ 3 สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย (The Right to Recognition Before the Law) โดยข้อ 3.2 กล่าวว่ารัฐจะต้องใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้อัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลเลือกได้รับความเคารพและรับรองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์

ข้อ 6 สิทธิในความเป็นส่วนตัว (The Right to Privacy) โดยในข้อย่อย 6.6 กำหนดให้รัฐพิทักษ์สิทธิของบุคคลทุกคนในการเลือกที่จะเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้กับใครเมื่อไหร่ หรือด้วยวิธีใด

ข้อ 13 สิทธิในประกันสังคมและมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ (The Right to Social Security and to Other Social Protection Measures) เพราะข้อย่อย 13.1 กำหนดให้รัฐใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อรับรองความเสมอภาคในการได้รับสวัสดิการทางสังคมและมาตรการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ รวมไปถึงสิทธิประโยชน์จากการประกันสุขภาพหรือการดูแลหรือสิทธิประโยชน์ให้กับคู่สมรสหรือคู่ชีวิตในกรณีเจ็บป่วยหรือเสียชีวิต

ข้อ 17 สิทธิในการจัดให้มีมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ (The Right to The Highest Attainable Standard of Health) เพราะข้อย่อย 17.1 กำหนดให้รัฐใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อรับรองสิทธิในการมีสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจตามมาตรฐานสูงสุดตามสมควรโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยการอ้างสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ และข้อย่อย 17.3 กำหนดให้รัฐออกแบบสถานพยาบาล เวชภัณฑ์ และบริการสาธารณสุขเพื่อพัฒนาสุขภาพและตอบสนองต่อความจำเป็นของทุกคนโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ และข้อ 17.8 ที่ให้ผู้มีหน้าที่บริการสุขภาพปฏิบัติต่อผู้ป่วยและคู่สมรสหรือคู่ชีวิตโดยไม่เลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ รวมถึงการให้มีสิทธิเข้าเยี่ยมและสิทธิในการตัดสินใจทางการแพทย์แทนในภาวะวิกฤติ

ข้อ 24 สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว (The Right to Found a Family) เนื่องจาก “ครอบครัวมีหลายรูปแบบ” ครอบครัวที่ประกอบด้วย พ่อ แม่ ลูก หรือครอบครัวที่มีพ่อเลี้ยงเดี่ยว แม่เลี้ยงเดี่ยว หรือ ครอบครัวที่ไม่มี พ่อ แม่ แต่มีลูกที่ได้รับการดูแลจากผู้ปกครอง ที่มีความผูกพัน รักใคร่ หรือ ครอบครัวที่ไม่มีลูก มีสมาชิกใน “ครอบครัว” ที่มีความสัมพันธ์รักใคร่ ห่วงใย ดูแลซึ่งกันและกัน ฯลฯ และข้อย่อย 24.2 กำหนดให้รัฐใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อมิให้ครอบครัวใดตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัว รวมทั้งในด้านสวัสดิการสังคมในครอบครัว และสิทธิประโยชน์จากรัฐ เป็นต้น

สำหรับการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศจำนวน 26 ประเทศ ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พบว่ามี

หลากหลายรูปแบบทั้งรูปแบบที่การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศเดียวกัน มีโทษทางอาญารูปแบบกฎหมาย ที่มีการคุ้มครองสิทธิและรับรองการใช้ชีวิตของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่ กฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต และกฎหมายการสมรส ซึ่งกฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิตในสหราชอาณาจักร มีเงื่อนไขอนุญาตเฉพาะบุคคลเพศเดียวกัน และมีเงื่อนไขการให้สิทธิและหน้าที่เกือบเหมือนกฎหมายสมรส ยกเว้นการไม่อนุญาตให้มีการประกอบพิธีสมรสทางศาสนาในโบสถ์หรือคริสตจักร สำหรับกฎหมายสมรสมีเงื่อนไขอนุญาตให้ทั้งบุคคลเพศเดียวกันและต่างเพศจดทะเบียนสมรสเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายและประกอบพิธีสมรสในโบสถ์หรือคริสตจักรได้ โดยพบว่า ในช่วงแรกจะเริ่มต้นด้วยกฎหมายการจดทะเบียนคู่ชีวิต และมีการต่อสู้ทางกระบวนการศาลอย่างยาวนานจนได้รับความสำเร็จ เป็นกฎหมายที่ให้ความเสมอภาคในการสมรส ดังนั้น การเรียกร้องเพื่อความเสมอภาคในการสมรสในต่างประเทศ ต้องการเรียกร้องอย่างยาวนานและต่อเนื่อง ตราบใดที่กฎหมายยังไม่มี ความเสมอภาคต่อบุคคลทุกคน การเรียกร้องยังคงมีต่อไปอย่างไม่สิ้นสุด ต้องผ่านการต่อสู้ในหลายรูปแบบ ทั้งการเรียกร้องโดยการศาลภายในประเทศ และศาลระหว่างประเทศ ทั้งยังต้องได้รับการสนับสนุนจากองค์กรภาคเอกชน องค์กรภาครัฐ และพรรคการเมืองในการสนับสนุนการผ่านกฎหมาย อีกทางหนึ่งด้วย

จากผลของการวิเคราะห์จะพบถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ต้องให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรส คือต้องมีกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อจะได้มีความเท่าเทียมกับคู่สมรสระหว่างชายและหญิง จึงควรจัดให้มีในกรอบกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้นำไปจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้กับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อไป ซึ่งประเด็นสำคัญ ประกอบด้วย

1) หลักการและเหตุผลในการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2) โครงสร้างของกรอบกฎหมายว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยากจะได้รับมีทั้งหมด 9 ข้อ ดังนี้

- (1) สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
- (2) การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน
- (3) สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- (4) สิทธิในการประกันสังคม

- (5) สิทธิในทางทรัพย์สิน
- (6) สิทธิในการให้และรับมรดก
- (7) สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร
- (8) สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล
- (9) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด

บทที่ 5

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ตามหลักสิทธิมนุษยชนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถือว่าเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับหญิงหรือชายทั่วไปจึงมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเพศที่มีอยู่ โดยสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เรียกร้องกันในปัจจุบันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิทั่วไปที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมองว่าตัวเองก็เป็นมนุษย์เหมือนบุคคลทั่ว ๆ ไปจะแตกต่างกันเพียงแค่อารมณ์และความชอบทางเพศเท่านั้น จึงเป็นข้อกังขาว่าทำไมพวกเขาจึงไม่ได้รับการคุ้มครองเหมือนเช่นผู้ชายกับผู้หญิงทั่ว ๆ ไป แต่ถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายให้ติดขัดกับเพศสภาพเดิมจึงเกิดการเรียกร้องให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสให้เหมือนเช่นบุคคลทั่วไปที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิอีกประเภทหนึ่งคือ สิทธิในการสมรส เป็นสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเรียกร้องในอันดับต้น ๆ ที่จะให้มีกฎหมายรับรอง และการเรียกร้องนี้ประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง คือมีการตอบรับโดยรัฐบาลที่รับพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ร่างกฎหมายนี้ก็ไม่ได้มีการนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติ

การวิจัยนี้มีแนวคิดว่าการจะคุ้มครองสิทธิทั่วไปเหมือนเช่นสิทธิของบุคคลทั่วไปจะต้องมีการศึกษาและวิจัยอีกมากในขณะที่การเรียกร้องสิทธิการสมรสเป็นสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศประสงค์ที่จะให้มีกฎหมายรับรองเป็นอันดับต้น ๆ ดังนั้นการวิจัยจึงได้นำเอาแนวคิดนี้มาจัดทำเป็นวิทยานิพนธ์เพื่อหาคำตอบที่จะนำไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้วิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้ดังรายละเอียดในบทที่ 3 และได้คำตอบเป็นประเด็นโครงสร้างสิทธิการสมรสที่จะมีในกฎหมายตามผลการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ซึ่งโครงสร้างกฎหมายจะครอบคลุมสิทธิการสมรสที่การวิจัยจะนำไปสู่การจัดทำการมีส่วนร่วมออกแบบ, ร่วมออกแบบ (Participatory Design, Co – Design: Co-Design) เพื่อให้ประชากรที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสจะร่วมกันออกแบบโครงสร้างสิทธิการสมรสตามที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ต้องการจะให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย เพื่อที่การวิจัยจะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เป็นกฎหมายที่มีความสมบูรณ์มากที่สุด โดยมีกระบวนการวิธีการดำเนินการ ดังนี้

คำตอบในเรื่องสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่พึงจะได้รับการคุ้มครองโดยมีกฎหมายรองรับสิทธินี้และคำตอบที่ได้มาจากผลของการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการยืนยันถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (United Nations Universal Declaration of Human Rights, 1948 : UDHR) เนื่องจากผลการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ได้สิทธิในการคุ้มครองจำนวน 9 ข้อ ได้แก่

1. สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
2. การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน
3. สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
4. สิทธิในการประกันสังคม
5. สิทธิในทางทรัพย์สิน
6. สิทธิในการให้และรับมรดก
7. สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร
8. สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล
9. สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด

สิทธิทั้ง 9 ข้อนี้การวิจัยถือว่าเป็นข้อค้นพบที่เป็นร่างคำตอบเพื่อนำไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายคุ้มครอง และเพื่อที่จะให้เป็นคำตอบที่เป็นที่ยอมรับของผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงการวิจัยจึงได้นำเอาวิธีวิทยาการวิจัยด้วยวิธีการจัดทำ Co-Design โดยมี แนวคิดว่า การสร้างต้นแบบกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั้นควรจะได้คำตอบที่มาจากผู้มีส่วนได้เสียที่จะนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับคำตอบที่การวิจัยได้มาในเบื้องต้นเพื่อจะทำให้ได้คำตอบที่มีความครบถ้วนสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นอันจะทำให้การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบสามารถจะเป็นต้นแบบของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการใช้บังคับได้ จากโครงสร้างการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้มีสิทธิเท่าเทียมกับชายหญิงทั่วไป จึงนำไปสู่ประเด็นที่เป็นแนวทางสำหรับการจัดทำ Co – Design

1. การจัดทำกรมีส่วนร่วมออกแบบ – ร่วมออกแบบ (Participatory Design, Co – Design)

เมื่อผู้วิจัยได้จัดทำประเด็นที่เป็นสาระสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อนำเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายต้นแบบ ซึ่งขั้นตอนต่อไปเป็นการยืนยันความครบถ้วนสมบูรณ์ตามความต้องการของกลุ่มประชากรผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง (Stakeholders) จึงใช้วิธีวิทยาการวิจัยการมีส่วนร่วมในการออกแบบ (Participatory Design ,Co-design) ด้วยการให้ผู้มีส่วนได้เสีย 4 กลุ่ม ประกอบด้วย กลุ่มนักกฎหมาย กลุ่มนักวิชาการ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา และกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมาร่วมออกแบบในประเด็นสาระสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกระบวนการมีส่วนร่วมออกแบบและคำตอบที่ได้รับจะนำมาเปรียบเทียบกับผลการวิเคราะห์ของผู้วิจัยเพื่อให้ได้คำตอบที่เป็นกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ผู้วิจัยได้ดำเนินการวิเคราะห์มาเป็นประเด็นในการร่วมออกแบบ โดยมีกระบวนการดำเนินงาน (ดูภาพการจัดทำ Co-Design ในภาคผนวก) ดังนี้

การดำเนินการแบ่งเป็น 3 ขั้นตอน คือ

1.1 ขั้นตอนการเตรียมการ

เป็นขั้นตอนของการเตรียมความพร้อมก่อนการดำเนินการจัดทำ Co-Design ประกอบด้วย

1) ประชากรร่วมออกแบบ คือ กลุ่มประชากรผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อผลของการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งสิ้นจำนวน 16 คน แยกออกเป็น 4 กลุ่ม ประกอบด้วย

กลุ่มที่ 1 คือ กลุ่มนักกฎหมาย จำนวน 4 คน

กลุ่มที่ 2 คือ กลุ่มนักวิชาการ 4 คน

กลุ่มที่ 3 คือ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา จำนวน 4 คน

กลุ่มที่ 4 คือ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำนวน 4 คน

ประชากรทั้ง 4 กลุ่มนี้ แยกออกเป็น 2 ชุด คือ

ชุดแรก ประชากรกลุ่มเฉพาะ หมายถึง ประชากรผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อผลของการจัดทำกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีทั้งหมด 4 กลุ่ม ๆ ละ 4 คน คือ

กลุ่มเฉพาะ 1 คือ กลุ่มนักกฎหมาย จำนวน 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 2 คือ กลุ่มนักวิชาการ 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 3 คือ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา จำนวน 4 คน

กลุ่มเฉพาะ 4 คือ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำนวน 4 คน

ชุดที่สอง คือ ประชากรกลุ่มผสม หมายถึง ประชากรที่มาจากกลุ่มเฉพาะแยกมา กลุ่มละ 1 คน เพื่อมารวมกันเป็นกลุ่ม ผสม 4 กลุ่ม แต่ละกลุ่มผสมจึงประกอบด้วย นักกฎหมาย นักวิชาการ นักสิทธิมนุษยชนและนักการศาสนา และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การจัดให้มีประชากรกลุ่มเฉพาะทำให้การอภิปรายร่วมกันภายในแต่ละกลุ่มเฉพาะที่ต่างก็มีประสบการณ์คล้ายกันมาร่วมแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อาจจะได้รับการที่ไม่แตกต่างกันมากนัก

ส่วนการจัดให้มีกลุ่มผสมร่วมกันอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นจะทำให้ได้ความคิดเห็นเกี่ยวกับ สิทธิการสมรสที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มาจากประสบการณ์ที่แตกต่างกันของประชากรแต่ละคนในกลุ่ม ซึ่งเมื่อได้ข้อสรุปออกมาจะทำให้ได้สิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอาจจะได้รับของประชากร กลุ่มผสม

2) การจัดเตรียมสถานที่จัดทำ Co-Design

โดยเหตุที่กำหนดประชากรออกเป็น 4 กลุ่ม สถานที่จึงต้องแยกเป็น 4 โต๊ะห่างจากกัน เพื่อไม่ให้เกิดการร่วมแสดงความคิดเห็นของแต่ละกลุ่มรบกวนกัน แต่อยู่ในห้องเดียวกัน จึงจำเป็นที่จะเป็นห้องขนาดใหญ่ ซึ่งการวิจัยนี้ได้ใช้สถานที่ที่เป็นห้องประชุมของมหาวิทยาลัยศรีปทุม กรุงเทพมหานคร

3) การจัดเตรียมอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำ Co-Design

ผู้วิจัยจัดเตรียมกระดาษแผ่นใหญ่และเครื่องเขียนสำหรับเขียนคำตอบจากมติของแต่ละกลุ่มพร้อมแท่นที่ตั้ง

4) การจัดเตรียมเลขานุการกลุ่ม เพื่อทำหน้าที่ในการบันทึกมติของที่ประชุมกลุ่ม

1.2 ขั้นตอนการดำเนินการ

การดำเนินการแบ่งเป็น 2 ช่วง

ช่วงเช้าเป็นการจัดทำ Co-Design กลุ่มเฉพาะ การวิจัยใช้เวลาดำเนินการประมาณ 3 ชั่วโมง มีการดำเนินการ ดังนี้

- กลุ่มเฉพาะทั้ง 4 กลุ่ม เลือกผู้แทนกลุ่มที่จะทำหน้าที่รายงานผลจากข้อตกลงของกลุ่มต่อกลุ่มอื่น ๆ เมื่อเสร็จสิ้นการร่วมทำ Co-Design

- ผู้วิจัยนำเสนอวัตถุประสงค์ของการวิจัยและวัตถุประสงค์ของการจัดทำ Co-Design และร่างรูปแบบกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่เป็นคำตอบที่ได้มาจากบทที่ 4 เพื่อเป็นแนวทางในประเด็นสำหรับการทำ Co-Design ซึ่งมีโครงสร้างของรูปแบบตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

ร่างโครงสร้างรูปแบบกฎหมายต้นแบบในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่นำเสนอขึ้นในการทำ Co-Design แต่ละกลุ่มเฉพาะได้ใช้เป็นประเด็นการร่วมอภิปรายในกลุ่มแต่ไม่จำกัดว่าในการอภิปรายจะต้องยึดตามประเด็นเหล่านั้น ประชากรกลุ่มเฉพาะสามารถที่จะนำประเด็นอื่น ๆ ที่คิดว่าเหมาะสมมาอภิปรายได้

คำตอบที่ได้มาจากการอภิปรายในกลุ่มเฉพาะแต่ละกลุ่มเมื่อมีการนำเสนอต่อที่ประชุมแล้วถือว่าเป็นการเสร็จสิ้นการดำเนินการมีส่วนร่วมออกแบบของประชากรกลุ่มเฉพาะซึ่งจะเป็นข้อมูลที่การวิจัยได้นำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไป

ช่วงบ่าย เป็นการจัดทำ Co-Design กลุ่มผสม การวิจัยใช้เวลาดำเนินการประมาณ 3 ชั่วโมง มีการดำเนินการเช่นเดียวกับกลุ่มเฉพาะ

1.3 ขั้นตอนการสรุปผล

ผลการทำ Co-Design ของกลุ่มเฉพาะและกลุ่มผสมได้นำมาวิเคราะห์โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) คำตอบกลุ่มเฉพาะ

จากที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 4 ว่าสิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยากจะได้รับมีทั้งหมด 9 ข้อ ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการประกันสังคม สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการให้และรับมรดก สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล และสิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งกลุ่มประชากรเฉพาะได้มีความคิดเห็นต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

กลุ่มเฉพาะ 1 กลุ่มนักกฎหมาย มีความเห็นสอดคล้องกันว่าควรมีเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเพศในหมวด 3 และมีการจัดทำกฎหมายแยกออกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ในหมวดครอบครัว และมรดก เพื่อรองรับสิทธิตามร่างกฎหมาย ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรมีดังนี้

- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส

- สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน
 - สิทธิในทางทรัพย์สิน เมื่อบุคคลได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้วนั้น ก็ย่อมมีภาระหน้าที่ย่อมในการจัดการทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ได้มาภายหลังการสมรส

- สิทธิในการรับมรดก เมื่อได้ทำการสมรสกัน
- สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน
- สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ
- สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส

กลุ่มเฉพาะ 2 กลุ่มนักวิชาการ มีความเห็นสอดคล้องกันว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรมีดังนี้

- สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
- สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา
- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต
- สิทธิในการจัดการศพ
- สิทธิชดเชยตามกฎหมายแรงงาน
- สิทธิในการรับสวัสดิการจากภาครัฐ เช่น ได้รับสิทธิการจ่ายตรงสำหรับคู่ชีวิต

รวมถึงบุตรในกรณีคู่ชีวิตเป็นข้าราชการ

- สิทธิในทางทรัพย์สิน
- สิทธิการรับและการให้มรดก
- สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกันของคู่ชีวิต

กลุ่มเฉพาะ 3 กลุ่มสิทธิมนุษยชนและกลุ่มศาสนา มีความเห็นสอดคล้องกันว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรมีดังนี้

- บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับสิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับเพศชายและหญิง
- ควรใช้ชื่อกฎหมายว่า พระราชบัญญัติคู่ชีวิต

กลุ่มเฉพาะ 4 กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีความเห็นสอดคล้องกันว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรมีดังนี้

- สิทธิรับรองทางเพศสภาพ
- สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการรัฐ-เอกชน
- การรักษาพยาบาล (ศัลยกรรม)

- สิทธิในการประกอบอาชีพ
- สิทธิในการเข้าถึงการศึกษา
- สิทธิได้รับความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรม
- สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง
- สิทธิในการเข้าถึงการมีส่วนร่วมในความเชื่อ ความศรัทธา
- สิทธิในการสมัครใจหรือไม่สมัครใจในการเกณฑ์ทหาร
- สิทธิในการอุ้มบุญ
- สิทธิในการกำหนดเพศสรีระของ intersex
- สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุสมรส
- สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุชีวิต

คำตอบที่ได้จากการทำ Co-design ของกลุ่มเฉพาะทั้ง 4 กลุ่ม ของการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะพบว่า มีความเหมือนและสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันโดยกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรจะได้รับสิทธิในการสมรส แต่มีความแตกต่างในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (ดูตารางที่ 5.1)

ตารางที่ 5.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มประชากรเฉพาะ

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรเฉพาะ			
	นักกฎหมาย	นักวิชาการ	สิทธิมนุษยชนและศาสนา	บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	✓	-	-
สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส	✓	✓	-	-
สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน	✓	✓	-	-
สิทธิในทางทรัพย์สิน	✓	✓	-	-
สิทธิในการรับและการให้มรดก	✓	✓	-	-
สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน	✓	✓	-	-
สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ	✓	✓	-	-
สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส	✓	✓	-	-
สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว	-	✓	-	-

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรเฉพาะ			
	นัก กฎหมาย	นักวิชาการ	สิทธิมนุษยชน และศาสนา	บุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศ
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา	-	✓	-	-
สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตาม ปพพ.	-	-	✓	-
สิทธิรับรองทางเพศสภาพ	-	-	-	✓
สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการรัฐ- เอกชน	-	-	-	✓
การรักษาพยาบาล (ศัลยกรรม)	-	-	-	✓
สิทธิในการประกอบอาชีพ	-	-	-	✓
สิทธิในการเข้าถึงการศึกษา	-	-	-	✓
สิทธิได้รับความยุติธรรมในกระบวนการ ยุติธรรม	-	-	-	✓
สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง	-	-	-	✓
สิทธิในการเข้าถึงการมีส่วนร่วมในความเชื่อ ความศรัทธา	-	-	-	✓
สิทธิในการสมัครใจหรือไม่สมัครใจในการ เกณฑ์ทหาร	-	-	-	✓
สิทธิในการอุ้มบุญ	-	-	-	✓
สิทธิในการกำหนดเพศสรีระของ intersex	-	-	-	✓
สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุสมรส	-	-	-	✓
สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุชีวิต	-	-	-	✓

จากตารางของกลุ่มประชากรเฉพาะทั้ง 4 กลุ่ม จะเห็นได้ว่าการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกลุ่มของนักกฎหมายและนักวิชาการมีความเห็นที่เหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิคือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการรับและการให้มรดก สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส ในขณะที่นักวิชาการเห็นด้วยกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในด้านสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวและหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา แต่กลุ่มนักกฎหมายไม่เห็นด้วยกับสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว ส่วนกลุ่มสิทธิมนุษยชนและศาสนาเห็นด้วยกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสตามกฎหมายที่กำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ แต่ขณะเดียวกันกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิที่แตกต่างไปจากกลุ่มนักกฎหมาย กลุ่มนักวิชาการ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและศาสนาคือ สิทธิรับรองทางเพศสภาพ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการรัฐ-เอกชน การรักษาพยาบาล (ศัลยกรรม) สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการเข้าถึงการศึกษา สิทธิได้รับความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในการเข้าถึงการมีส่วนร่วมในความเชื่อ ความศรัทธา สิทธิในการสมัครใจหรือไม่สมัครใจในการเกณฑ์ทหาร สิทธิในการอุ้มบุญ สิทธิในการกำหนดเพศสรีระของ intersex สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุสมรส สิทธิในการสร้างครอบครัวแบบพหุชีวิต

2) คำตอบกลุ่มผสม

คำตอบที่ได้จากการร่วมออกแบบกฎหมายของผู้มีส่วนได้เสียแบบกลุ่มผสม แบ่งออกเป็นกลุ่มผสม 4 กลุ่ม แต่ละกลุ่มมีประชากรจากกลุ่มเฉพาะทั้ง 4 กลุ่มอยู่ด้วยกัน ดังนั้นในกลุ่มผสมทั้ง 4 กลุ่ม จะประกอบด้วย นักกฎหมาย นักวิชาการ นักสิทธิมนุษยชนและนักการศาสนา และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คำตอบที่ได้จากแต่ละกลุ่มสรุปได้ดังนี้

ประชากรกลุ่มผสมที่ 1 มีความคิดเห็นเกี่ยวกับการจัดทำกฎหมายต้นแบบ ควรมีการแก้ไขดังนี้

- การแก้กฎหมายต้องไม่ขัดกับหลักศาสนา จารีตประเพณี ศีลธรรม และจริยธรรม
- ยึดตามหลักปณิญาสากลและหลักสิทธิมนุษยชน ในการจัดทำพระราชบัญญัติ

คู่ชีวิต

- ควรนิยามคู่ชีวิต เทียบเท่ากับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- การแก้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 โดยเพิ่มข้อความตอนท้าย “เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” โดยบัญญัติในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

- มีพระราชบัญญัติรับรองเพศสภาพ
- พระราชบัญญัติคู่ชีวิตต้องให้คู่ชีวิตมีสิทธิตามสิทธิอันพึงมีพึงได้ตามกฎหมาย

สิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรจะได้รับมีดังต่อไปนี้

- สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
- สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดา มารดา และบุตร
- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต
- สิทธิชดเชยตามกฎหมายแรงงาน
- สิทธิตามสวัสดิการของรัฐ

- สิทธิในการรักษาพยาบาล
- สิทธิในการจัดการศพ
- สิทธิในการอุ้มบุญ

ประชากรกลุ่มผสมที่ 2 ได้ให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมาย โดยคำนึงถึงประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

- ควรพิจารณาในการสร้างคำใหม่จากคำที่มีอคติในทางเพศ
- สิทธิที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรจะได้รับ
- ไม่ควรมีการแยกกฎหมายระหว่างคู่สมรสชายหญิง คนที่มีความหลากหลายทางเพศ

ควรได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน

สิทธิต่าง ๆ ที่ควรจะได้รับเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันตามหลักสิทธิมนุษยชน มีดังนี้

- สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว
- สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา
- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต
- สิทธิในทางทรัพย์สิน
- สิทธิการรับและการให้มรดก
- สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน
- สิทธิตามกฎหมายแรงงาน
- สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ

ประชากรกลุ่มผสมที่ 3 มีความคิดเห็นสอดคล้องกับประชากรกลุ่มผสมที่ 1 ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 และรัฐธรรมนูญ โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายในก่อน การแก้ไข และการเปลี่ยนแปลงตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ๆ โดยสิทธิที่ควรมีดังต่อไปนี้

- สิทธิตามกฎหมายครอบครัว
- สิทธิในฐานะที่เป็นบิดามารดา หรือบุตร
- การรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิตามกฎหมายแรงงาน
- สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน
- สิทธิในการรับมรดก
- สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน

- สิทธิในการรับสวัสดิการของรัฐ

ประชากรกลุ่มผสมที่ 4 มีความคิดเห็นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครบถ้วน ให้จดทะเบียนสมรสได้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และมีกฎหมายรองรับเพศสภาพ โดยต้องยึดความเป็นสากลไม่ว่าจะเป็นปฏิกัญญาสากล หลักสิทธิมนุษยชน

- สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม
- สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิต
- สิทธิตามกฎหมายกฎหมายชดเชยแรงงาน
- สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน
- สิทธิในการรับมรดก
- สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน
- สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ
- สิทธิในการดูแลศพของกลุ่มสมรส

สรุปคำตอบของกลุ่มประชากรผสมทั้ง 4 กลุ่มสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันในทางสนับสนุนให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิในการสมรส ดังตารางที่ 5.2

ตารางที่ 5.2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มประชากรผสม

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรผสม			
	กลุ่มที่ 1	กลุ่มที่ 2	กลุ่มที่ 3	กลุ่มที่ 4
สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครบถ้วน	✓	✓	✓	-
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดา มารดา และบุตร	✓	✓	✓	-
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	✓	✓	✓
สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต	✓	✓	-	✓
สิทธิชดเชยตามกฎหมายแรงงาน	✓	✓	✓	✓
สิทธิตามสวัสดิการของรัฐ	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการรักษาพยาบาล	✓	-	-	-
สิทธิในการจัดการศพ	✓	-	-	✓
สิทธิในการอุ้มบุญ	✓	-	-	-
สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน	-	✓	✓	✓

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรผสม			
	กลุ่มที่ 1	กลุ่มที่ 2	กลุ่มที่ 3	กลุ่มที่ 4
สิทธิในการรับและให้มรดก	-	✓	✓	✓
สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตาม ปพพ.	✓	✓	✓	✓
สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน	-	✓	✓	✓

จากตารางของกลุ่มประชากรผสมทั้ง 4 กลุ่มจะเห็นได้ว่าการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกลุ่มผสมกลุ่มที่ 1 กลุ่มผสมกลุ่มที่ 2 กลุ่มผสมกลุ่มที่ 3 กลุ่มผสมกลุ่มที่ 4 มีความเห็นที่เหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิขดเชยตามกฎหมายแรงงาน สิทธิตามสวัสดิการของรัฐ และสิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่กลุ่มผสมที่ 1 กลุ่มผสมที่ 2 และกลุ่มผสมที่ 3 มีความเห็นที่เหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว และสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดา มารดา และบุตร แต่กลุ่มผสมที่ 4 ไม่เห็นด้วยกับสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว นอกจากนี้กลุ่มผสมที่ 1 กลุ่มผสมที่ 2 และกลุ่มผสมที่ 4 เห็นด้วยกับสิทธิได้รับการสถานภาพชีวิต แต่กลุ่มผสมที่ 3 ไม่เห็นด้วย ขณะที่กลุ่มผสมที่ 1 และกลุ่มผสมที่ 4 เห็นด้วยกับสิทธิในการจัดการศพ แต่กลุ่มผสมที่ 2 และกลุ่มผสมที่ 3 ไม่เห็นด้วย ส่วนกลุ่มผสมที่ 1 เห็นด้วยกับสิทธิในการรักษาพยาบาล และสิทธิในการอุ้มบุญ กลุ่มผสมที่ 2 กลุ่มผสมที่ 3 และกลุ่มผสมที่ 4 ไม่เห็นด้วย ขณะที่กลุ่มผสมที่ 2 กลุ่มผสมที่ 3 และกลุ่มผสมที่ 4 เห็นด้วยกับสิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิในการรับและให้มรดก และสิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน แต่กลุ่มผสมที่ 1 ไม่เห็นด้วย

3) การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จากผลของการมีส่วนร่วมออกแบบของกลุ่มเฉพาะและกลุ่มผสม

คำตอบที่ได้จากการทำ Co-Design ของกลุ่มประชากรเฉพาะและกลุ่มประชากรผสมเมื่อนำมาเปรียบเทียบระหว่าง 2 กลุ่มนี้พบว่า ไม่มีความแตกต่างกัน (ดูตารางที่ 5.3)

ตารางที่ 5.3 การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกลุ่มประชากรเฉพาะและกลุ่มประชากรผสม

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรเฉพาะ	กลุ่มประชากรผสม
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	2	4
สิทธิได้รับการสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียม	2	3

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	กลุ่มประชากรเฉพาะ	กลุ่มประชากรผสม
กับคู่สมรส		
สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน	2	4
สิทธิในทางทรัพย์สิน	2	3
สิทธิในการรับและการให้มรดก	2	3
สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน	2	3
สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ	3	4
สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส	2	2
สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว	2	3
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา และบุตร	2	3
สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตาม ปพพ.	1	4
สิทธิในการอุ้มบุญ	1	1

จากตารางเปรียบเทียบของกลุ่มประชากรเฉพาะและกลุ่มประชากรผสม จะเห็นได้ว่ากลุ่มเฉพาะ 2 กลุ่ม มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการรับและการให้มรดก สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา และบุตร ขณะที่กลุ่มเฉพาะ 1 กลุ่ม มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส คือ สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิในการอุ้มบุญ ส่วนกลุ่มผสม 4 กลุ่ม มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ และสิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขณะที่กลุ่มผสม 3 กลุ่ม มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการรับและการให้มรดก สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา และบุตร กลุ่มผสม 2 กลุ่ม มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส

และกลุ่มผสม 1 มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสคือ สิทธิในการอุ้มบุญ

4) การเปรียบเทียบสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศระหว่างร่างจากผลจากการวิจัยกับผลจากการทำ Co – Design

ตารางที่ 5.4 การเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศระหว่างร่างจากผลจากการวิจัยกับผลจากการทำ Co – Design

การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	ผลจากการวิจัย	ผลจากการทำ Co – Design
สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว	✓	✓
การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน	✓	✗
สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม	✓	✓
สิทธิในการประกันสังคม	✓	✗
สิทธิในทางทรัพย์สิน	✓	✓
สิทธิในการให้และรับมรดก	✓	✓
สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร	✓	✗
สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล	✓	✗
สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด	✓	✗
สิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส	✗	✓
สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน	✗	✓
สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน	✗	✓
สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ	✗	✓
สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส	✗	✓
สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา และบุตร	✗	✓
สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตาม ปพพ.	✗	✓
สิทธิในการอุ้มบุญ	✗	✓

จากตารางเปรียบเทียบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะเห็นได้ว่า ร่างจากผลจากการวิจัยกับผลจากการทำ Co – Design มีความคิดเห็นเหมือนกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรส คือ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการให้และรับมรดก ส่วนผลจากการวิจัยเห็นด้วยเกี่ยวกับสิทธิการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการประกันสังคม สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด และผลจากการวิจัยกับผลจากการทำ Co – Design เห็นด้วยเกี่ยวกับสิทธิได้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส สิทธิตามกฎหมายทดแทนแรงงาน สิทธิในการทำนิติกรรมร่วมกัน สิทธิในการรับสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในการดูแลศพของคู่สมรส สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดาและมารดา และบุตร สิทธิตามกฎหมายที่กำหนด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิในการอุ้มบุญ ทั้งนี้ผู้วิจัยยังคงยืนยันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากผลของการศึกษาเอกสาร และการสัมภาษณ์เชิงลึก เนื่องจากสิทธิในการคุ้มครองจำนวน 9 ข้อ ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการประกันสังคม สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการให้และรับมรดก สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด เป็นสิทธิที่สืบเนื่องจากการสมรส ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิและศักดิ์ศรีในการเป็นคู่สมรส สามารถแก้ไขปัญหาของการถูกจำกัดสิทธิ อันสืบเนื่องจากการสมรสได้

2. การจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

รูปแบบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ได้จากการวิเคราะห์ การเปรียบเทียบความคิดเห็นที่แตกต่าง พร้อมทั้งข้อเสนอแนะในการดำเนินงาน ผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์ใหม่เพื่อร่างรูปแบบการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนี้

2.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากคำตอบที่ได้มาจากการวิจัยได้สิทธิที่สมควรจะกำหนดไว้ในกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิการสมรสบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งหมด 9 ข้อ คือ

1) สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว สืบเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกัน

ฉันทามีภริยา” ตามวัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันทามีภริยา ทำให้เป็นครอบครัวมีลูกมีหลานสืบตระกูลต่อไป ดังนั้นจึงควรนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะ สิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบ หรือการอื่นใดของกลุ่มสมรสหรือสามีภรรยา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับกับคู่ชีวิตด้วย

2) การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน กลุ่มสมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันทามีภรรยา ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถ และฐานะของตน

3) สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ คือบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี แต่ผู้นั้นต้องมีอายุมากกว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญธรรมอย่างน้อย 15 ปี ตามมาตรา 1598/19 ผู้เยาว์ที่เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลใดอยู่ จะเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นอีกในขณะเดียวกันมิได้ เว้นแต่เป็นบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากกลุ่มสมรสซึ่งเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว ตามมาตรา 1598/26 โดยให้สามารถนำมาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสที่มีความหลากหลายทางเพศโดยอนุโลม

4) สิทธิในการประกันสังคม ในการเป็นผู้รับประโยชน์ตามหลักประกันสังคมนั้น ผู้ประกันตนต้องระบุผู้รับสิทธิประโยชน์ไว้ หากไม่ได้ระบุไว้เงินดังกล่าวก็จะเฉลี่ยให้กับกลุ่มสมรสบุตร และบิดามารดา เท่า ๆ กัน ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะกระทบต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกรณีที่ผู้ประกันตนไม่ได้ระบุให้ผู้มีชีวิตอีกฝ่ายเป็นผู้รับประโยชน์ เพราะแม้ว่าจะอยู่กินกันฉันทามีภริยาก็ไม่ได้มีการรับรองโดยกฎหมาย ดังนี้ แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้เอาประกันตนไว้ และเป็นกรณีที่ถึงแก่ความตายที่เข้าลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ชีวิตอีกฝ่ายก็ไม่สามารถเรียกร้องผลประโยชน์ทดแทนกรณีผู้เอาประกันถึงแก่ความตายได้ ซึ่งแตกต่างกับกลุ่มสมรสต่างเพศเพราะแม้ผู้เอาประกันตนจะไม่ได้ระบุให้ผู้รับประโยชน์ทดแทน แต่กลุ่มสมรสก็มีสิทธิรับในฐานะทายาทโดยธรรม และกฎหมายให้สิทธิดังกล่าวเฉพาะแก่กลุ่มสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

5) สิทธิในทางทรัพย์สินสิทธิในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ในเรื่องการจัดการทรัพย์สินสมรส ในระหว่างกลุ่มสมรส ซึ่งทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรส ได้แก่ ทรัพย์สินที่กลุ่มสมรสได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าเป็นทรัพย์สินกลุ่มสมรส และดอกผลของสินส่วนตัว โดยกลุ่มสมรสในการฟ้อง ต่อสู้ หรือดำเนินคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่ทรัพย์สิน

6) สิทธิในการให้และรับมรดก เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาท โดยธรรมตามลำดับ และกลุ่มสมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ถือว่ามรดกเป็นทายาทโดยธรรม โดย

หลักเกณฑ์ในการแบ่งทรัพย์สินมรดก หากเป็นกรณีที่เจ้ามรดกมีคู่สมรส ในขั้นแรกต้องแยกทรัพย์สิน ออกเป็นสินสมรสและสินส่วนตัว และสำหรับสินสมรสต้องแบ่งให้คู่สมรสครึ่งหนึ่งก่อน จากนั้น จึงถือว่าสินสมรสอีกครั้งหนึ่งรวมถึงสินส่วนตัวของเจ้ามรดกจึงจะแบ่งให้แก่ทายาท ซึ่งคู่สมรสจะ ได้รับมรดกในสัดส่วนมากน้อยเท่าใดนั้น ต้องพิจารณาว่าได้รับมรดกร่วมกับทายาทลำดับใด แต่ อย่างไรก็ตามคู่สมรสที่มีสิทธิได้รับมรดกก็ต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันไม่ถือว่ามีฐานะเป็นคู่สมรสจึงไม่ ถือว่าเป็นทายาทโดยธรรม จึงไม่มีสิทธิรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งได้หากมิได้ทำพินัยกรรม กำหนดให้เป็นผู้รับทรัพย์สินมรดก แต่หากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้วบุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศที่มีชีวิตอยู่ควรจะมีสิทธิในทรัพย์สินมรดกเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ นอกจากนี้การมีฐานะ เป็นทายาทโดยธรรมยังมีผลในการได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

7) สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร ตามบทบัญญัติแห่งประมวล รัษฎากร พ.ศ. 2481 มาตรา 47 อนุญาตให้ผู้มีเงินได้มีสิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีของผู้มีเงิน ได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้ว เพื่อเป็นการ บรรเทาภาระภาษี โดยให้หักลดหย่อนได้ในกรณีคู่สมรสของผู้มีเงินได้รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับผู้มีเงินได้และคู่สมรสของผู้มีเงินได้อีก ตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรซึ่งมีผลใช้บังคับ สำหรับคนไทยทุกคนที่มีรายได้ถึงเกณฑ์ต้องมีหน้าที่ในการเสียภาษีให้แก่รัฐ แต่จากบทบัญญัติใน ส่วนของการหักค่าลดหย่อนดังกล่าวหมายความว่า ผู้ที่ตกอยู่ในฐานภาษีซึ่งเป็นผู้มีเงินได้ซึ่งตาม กฎหมายมีหน้าที่จ่ายภาษีอัตราก้าวหน้าให้แก่รัฐ กฎหมายให้สิทธิหักค่าลดหย่อนในกรณีต่าง ๆ ของ ผู้มีเงินได้และสามีหรือภริยาของตนเองได้ในกรณีคู่สมรสไม่มีเงินได้

8) สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล ตามหลักทางการแพทย์ในการ รักษาพยาบาลผู้ป่วยในกรณีต่าง ๆ ตามปกติต้องได้รับความยินยอมจากตัวผู้ป่วย และในกรณีที่ ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตัวเอง ก็จำเป็นต้องขอความยินยอมจากญาติ ซึ่งตาม พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ได้กำหนดว่า ญาติที่สามารถให้ความยินยอมแทนได้แก่ บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ อันหมายถึง คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และยังรวมถึงผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาล และแม้กฎหมายจะกำหนดว่าหากมีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อความปลอดภัย แก่ชีวิตของผู้ป่วย แพทย์สามารถทำการรักษาได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติก็ ตาม แต่ในกรณีปกตินั้น ตามหลักในการปฏิบัติแล้ว การรักษาต่าง ๆ ย่อมจำต้องได้รับความยินยอม จากผู้ป่วยหรือญาติ ซึ่งคู่สมรสตามกฎหมาย สามารถให้ความยินยอมแทนกันได้ แต่สำหรับบุคคลที่ มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องได้รับการรักษาพยาบาล

นั้น อีกฝ่ายก็ไม่สามารถให้ความยินยอมแทนได้เพราะไม่ได้มีสถานะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องให้บุคคลที่มีสถานะตามที่กฎหมายกำหนดเป็นผู้ให้ความยินยอม เท่ากับเป็นการสร้าง ขั้นตอนและความยุ่งยากให้เกิดขึ้นเพราะในบางคู่การใช้ชีวิตคู่ร่วมกันนั้นก็ไม่ได้รับการยอมรับจาก บุคคลในครอบครัวของอีกฝ่าย

9) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด กฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ได้แก่ การเรียกคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย และในกรณีที่คู่สมรสถูกกระทำละเมิด สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

3. (ร่าง) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(ร่าง) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่จัดทำนี้เป็นกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ... โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ในการจัดทำพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติสัญญา พ.ศ. 2508 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติ กองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติค่านานานามหญิง พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงหลักหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ เพื่อเป็นกรอบหรือแนวทางในการนำ มาสู่การร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้นแบบนี้

แนวทางในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และกฎหมายของต่างประเทศ

1. กรอบแห่งหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้พิจารณาถึงหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ

2. กรอบคิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 หลักการขอยกการ์ตา ค.ศ. 1945 และ อนุสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานะในทางกฎหมายของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดของสหภาพยุโรป

3. กรอบคิดตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้พิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศ 4 ประเทศ ได้แก่ Civil Solidarity Pact ค.ศ. 1999 ประเทศฝรั่งเศส Act on Life Partnership ค.ศ. 2001 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี The Domestic Partnership ค.ศ. 1990 ประเทศสหรัฐอเมริกา และ Civil Marriage Act ค.ศ. 2003 ประเทศแคนาดา

4. กรอบแห่งกฎหมายไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 พระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555 พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติค่าน้ำหนันามหญิง พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

จากแนวทางการจัดทำกฎหมายและคำตอบที่ได้จากการวิจัย ทำให้ได้ร่าง (ร่าง) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีโครงสร้างกฎหมาย ดังนี้

โครงสร้างกฎหมาย มี 9 หมวด 73 มาตรา

หมวด 1 ทั่วไป มี 4 มาตรา

หมวด 2 การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 8 มาตรา

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส มี 6 มาตรา

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส มี 27 มาตรา

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 5 มาตรา

หมวด 6 การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 17 มาตรา

หมวด 7 การรับบุตรบุญธรรม มี 1 มาตรา

หมวด 8 มรดก มี 3 มาตรา

หมวด 9 อายุความ มี 1 มาตรา

จากประเด็นที่เป็นสาระสำคัญซึ่งนำไปสู่โครงสร้างของร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และกระบวนการมีส่วนร่วมในการออกแบบกฎหมาย ได้นำไปสู่การจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) จากนั้นนำไปสู่การจัดทำกฎหมายต้นแบบในรายละเอียดกำหนดเป็นมาตรา รวมทั้งสิ้น 73 มาตรา แล้วจึงนำไปรับฟังความคิดเห็น

ร่างกฎหมายนี้ได้นำไปสู่การรับฟังความคิดเห็นตามวิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้เพื่อให้ประชากรที่เข้าร่วมรับฟังการนำเสนอผลการวิจัยได้ร่วมวิพากษ์และให้ข้อสังเกตกับข้อเสนอแนะที่การวิจัยนี้ได้นำไปสู่การปรับปรุงแก้ไข โดยมีรายละเอียดการดำเนินการรับฟังความคิดเห็น ดังนี้

4. การรับฟังความคิดเห็น (Hearing)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการรับฟังความคิดเห็นนี้เป็นการนำเสนอผลการวิจัยและร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองและสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้ผู้เข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นจากประชากรที่เป็นนักกฎหมาย นักวิชาการ นักสิทธิมนุษยชน บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นักศึกษา บุคคลทั่วไปที่สนใจ รวม 40 คน โดยจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นที่ห้องประชุมมหาวิทยาลัยศรีปทุม กรุงเทพมหานคร วันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2562 ปรากฏผล ดังนี้

จากผลการวิจัยที่ได้นำเสนอต่อการรับฟังความคิดเห็นที่เป็นร่างกฎหมายมีโครงสร้างของกฎหมาย 73 มาตรานั้น ผู้เข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นได้ร่วมวิพากษ์และให้ข้อสังเกตกับข้อเสนอแนะคือ

1) ให้ตัดคำว่าเพศกำเนิดออก เนื่องจากร่างกฎหมายที่จัดทำนั้นมีบทบัญญัติเรื่องเพศกำเนิดในมาตรา 3 โดยมีเหตุผลจะทำให้สภาพปัญหาเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศถูกตัดออกไปได้

2) ให้ เพิ่มคำว่า เงินเดือน เนื่องจากบทบัญญัติที่ร่างนั้นไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้เงินเดือนของกลุ่มสมรสเป็นสินส่วนตัวในมาตรา 21 (2) โดยมีเหตุผลว่า โดยทั่วไปบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะมีรายได้ของกลุ่มสมรสเองอยู่แล้วและการใช้จ่ายของพวกเขาก็จะเป็นอิสระต่อกันดังนั้นหากมีการสมรสกันตามกฎหมายทรัพย์สินที่ได้มาก็จะเป็นสินสมรส ดังนั้นกฎหมายจึงควรมี

ความชัดเจนตามบริบทการดำเนินชีวิตของพวกเขาด้วยการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าให้เป็นส่วนตัว

3) ให้ตัดร่างบทบัญญัติที่ห้ามบุคคลที่จะเป็นพยานการสมรสที่เป็นบุคคลที่หูหนวกหรือเป็นใบ้ ออกเพราะจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคนปกติกับคนพิการ แต่การวิจัยนี้เห็นว่าโดยหลักการทำนิติกรรมหรือสัญญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่สามารถเป็นพยานในการทำนิติกรรมหรือสัญญาทั่วไปได้เพราะถือว่าเป็นบุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งการเป็นพยานในการสมรสของผู้อื่นไม่ได้เป็นการทำนิติกรรมหรือสัญญาของตนเองเป็นเพียงการรับรองการสมรสของผู้อื่นจึงไม่น่าจะเกี่ยวข้องกับเสมอภาคของบุคคล การวิจัยจึงยังคงบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในร่างกฎหมาย

จากผลการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวการวิจัยจึงได้นำไปปรับปรุงไขร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยมีรายละเอียด ดังนี้

5. โครงสร้างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีข้อค้นพบก่อนการรับฟังความคิดเห็น (Hearing) มีโครงสร้างกฎหมาย 9 หมวด 73 มาตรา แต่เมื่อได้นำโครงสร้างของกฎหมายทั้ง 73 มาตรา สู่การรับฟังความคิดเห็น (Hearing) ผลของการวิพากษ์ ข้อเสนอแนะและข้อแนะนำ ทำให้การวิจัยนี้ได้ปรับปรุงใหม่ให้ลดลงเหลือเป็น 48 มาตรา โดยแยกออกมาเป็น 9 หมวด 48 มาตรา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

หมวด 1 ทั่วไป มี 4 มาตรา

หมวด 2 การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 7 มาตรา

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส มี 5 มาตรา

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส มี 13 มาตรา

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 4 มาตรา

หมวด 6 การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 10 มาตรา

หมวด 7 การรับบุตรบุญธรรม มี 1 มาตรา

หมวด 8 มรดก มี 3 มาตรา

หมวด 9 อายุความ มี 1 มาตรา

ในการจัดทำกฎหมายจะมีการกำหนดเหตุผลในการจัดทำและการจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบนี้ได้กำหนดเป็นหลักการและเหตุผลในการตรากฎหมาย ดังนี้

หลักการและเหตุผลในการตรากฎหมาย

ในปัจจุบันบริบทของการให้ความสำคัญต่อการเคารพในสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ทั่วโลกมีเพิ่มมากขึ้นจนปรากฏเป็นข่าวให้ได้รับรู้ถึงการเรียกร้องสิทธิในด้านต่าง ๆ ที่มนุษย์พึงจะได้รับโดยการนำเอาการมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในด้านต่าง ๆ จากความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะใด หรือมีเพศสภาพใด ก็ถือว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน จึงเกิดการเรียกร้องสิทธิจากคนที่มีความสนใจในด้านความรักและความต้องการทางเพศที่แตกต่างจากเพศสภาพที่เป็นอยู่ในการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิที่จะอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา และก็ปรากฏชัดว่ามีหลายประเทศให้การคุ้มครองด้วยการมีกฎหมายรองรับ สำหรับประเทศไทยเป็นภาคีสหประชาชาติที่ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มีผลผูกพันประเทศที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของคนไทยให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจน ส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ดังนั้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวจึงสมควรที่จะมีการตรากฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถแสดงถึงการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังเช่นคนไทยทั่วไป

ตารางที่ 5.5 ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ... พร้อมหลักการและเหตุผล

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
หมวด 1		
1	พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ.”	เพื่อคุ้มครองสิทธิการสมรสโดยเน้นไปที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเฉพาะ

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
2	พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา	เพื่อให้มีการเตรียมความพร้อมของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ
3	ในพระราชบัญญัตินี้ (1) “การจดทะเบียน” หมายความว่า การจดทะเบียนความลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ในการสมรส ตามพระราชบัญญัตินี้ (2) “คู่สมรส” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัตินี้ (3) “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” หมายความว่า บุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ตรงเพศสภาพหรือที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (4) “นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ (5) “แบบการจดทะเบียน” หมายถึง แบบในการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ (6) “ศาล” หมายถึง ศาลเยาวชนและครอบครัว (7) “รัฐมนตรี” หมายถึง รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้	เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างประชาชนและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย
4	ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตน กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้	เพื่อให้แต่ละกระทรวงสามารถกฎ ระเบียบ หรือประกาศได้ในส่วนที่เป็นอำนาจของตนเอง
หมวด 2		
5	การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้จะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสอง	บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีอารมณ์อ่อนไหว

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	บรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมาย และมีสัญชาติไทยหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย หลักเกณฑ์ และวิธีการการจดทะเบียนให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งออกโดย กระทรวงมหาดไทย	ดังนั้นจึงต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะ เมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์
6	<p>การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้</p> <p>(1) จะทำที่หน่วยงานใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงก็ได้</p> <p>(2) เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น จะขอให้นายทะเบียนไปดำเนินการนอกสำนักทะเบียนรับจดทะเบียนคู่สมรสก็ได้ แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง</p>	การจดทะเบียนสมรสจะทำที่ไหนก็ได้ผู้ที่ต้องไปดำเนินการจดทะเบียนสมรสต้องเป็นนายทะเบียน โดยคู่สมรสจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเอง
7	การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะกระทำได้อีกเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายยื่นคำร้องขอตามแบบที่ กระทรวงมหาดไทยกำหนด และให้แสดงความยินยอมปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียน บันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียน ผู้ร้องต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญในทะเบียนต่อหน้านายทะเบียน และต่อหน้าพยานสองคน ซึ่งต้องลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนในขณะนั้นด้วย แต่ถ้าผู้ร้องไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ โดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน	เพื่อจะได้ทำถูกต้องตามแบบ หากไม่ทำถูกต้องตามแบบจะเป็นโมฆะ และต้องแจ้งนายทะเบียน

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
8	<p>การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้</p> <p>(1) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ</p> <p>(2) ถ้าบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วม บิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดี ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่า จะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่</p> <p>(3) มีสามีหรือภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หรือได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ก่อนแล้ว</p> <p>(4) บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม</p>	<p>การที่กำหนดเพื่อให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าใจการสมรสว่าถ้าเป็นบุคคลเหล่านี้จะไม่สามารถที่จะทำการสมรสกันได้</p>
9	<p>การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ในต่างประเทศให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ในกรณีที่บุคคลทั้งสองฝ่ายประสงค์จะจดทะเบียนการครองคู่แบบครอบครัวตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูต หรือกงสุลไทยเป็นนายทะเบียน</p>	<p>เพื่อให้เป็นไปตามกฎกระทรวงเพื่อให้เป็นแบบเดียวกัน ส่วนการดำเนินการต้องไปทำที่สถานทูตของกงสุลไทยถ้าเป็นกรณีต่างประเทศ</p>
10	<p>บุคคลที่จะเป็นพยานตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ คือ</p> <p>(1) บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ</p> <p>(2) บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ</p> <p>(3) บุคคลที่หุนหวก เป็นใบ้ หรือจกษบอดทั้งสองข้าง</p>	<p>เนื่องจากบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่ห่อนความสามารถตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์</p>
11	<p>ให้ทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทาง</p>	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	เพศ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้	
หมวด 3		
12	ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะ สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบหรือการอื่นใดของกลุ่มสมรสหรือสามีภรรยา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับกับคู่สมรสด้วยโดยอนุโลมเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีโดยสภาพจะพึงมีเฉพาะแก่ชายและหญิงเท่านั้น	บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรมีสถานะ หน้าที่ ความรับผิดชอบเท่าเทียมสามีภรรยา เนื่องจากทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ย่อมมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกันมีสถานะ สิทธิไม่ต่างจากเพศ ชาย หญิง
13	คู่สมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถ และฐานะของตน	ในระหว่างที่เป็นคู่สมรสเท่านั้น
14	ในกรณีที่คู่สมรสไม่สามารถอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตราย แก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก คู่สมรสฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่ร่วมกันโดยปกติ สุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหาก ในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
15	ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือน ไร้ความสามารถ คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้อุปบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อุปบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้	
16	สมรสตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจจัดการจัดการแทนผู้เสียหายเช่นเดียวกับสามีหรือภรรยาตามมาตรา 3 และมาตรา 5 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	
หมวด 4		
17	ถ้าคู่สมรสมิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา 25 ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ	
18	สัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ ถ้ามิได้จัดแจ้งข้อตกลงกันเป็นสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสกันไว้ในทะเบียนคู่สมรสพร้อมกับการจดทะเบียนคู่สมรสหรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ คู่สมรสและพยานอย่างน้อยสองคนแนบท้ายทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และได้จดไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพร้อมกับการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าได้มีสัญญานั้นแนบไว้	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
19	เมื่อจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญา ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อได้มีคำสั่งของศาลถึงที่สุด ให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญา ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียน เพื่อจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ข้อความในสัญญา ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยสุจริต ไม่ว่าจะได้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนโดยคำสั่งของศาลหรือไม่ก็ตาม	
20	สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่คู่สมรสได้ทำไว้ต่อกัน ในระหว่างเป็นคู่สมรสกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่สมรสกันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็น คู่สมรส กันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต	
21	ทรัพย์สินคู่สมรส นอกจากที่ได้แยกไว้เป็นสินส่วนตัวย่อมเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส สินส่วนตัวได้แก่ทรัพย์สิน (1) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (2) ที่เป็นเงินเดือน เครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกายตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (3) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียน	เนื่องจากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศส่วนใหญ่ใช้เงินเดือนแยกกัน

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	<p>สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสน่หา สิ้นส่วนตัวตามวรรคก่อนหน้านี้ ถ้าได้แลกเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอื่นก็ดี ชื่อทรัพย์สินอื่นมาก็ดี หรือขายได้มาเป็นเงินมาก็ดี ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว สิ้นส่วนตัวที่ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่ได้ทรัพย์สินอื่นหรือเงินมาทดแทน ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว สิ้นส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใด ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ</p>	
22	<p>ทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสได้แก่ทรัพย์สิน</p> <p>(1) ที่คู่สมรสได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ</p> <p>(2) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าเป็นทรัพย์สินคู่สมรส</p> <p>(3) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส ทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา 456 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของร่วมกัน ในเอกสารนั้นก็ได้</p>	
23	<p>คู่สมรสต้องจัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้นำมาตรา 1476 มาตรา 1476/1 มาตรา 1478 มาตรา 1479 มาตรา 1480 มาตรา 1481 มาตรา 1482 มาตรา 1483 มาตรา 1484 มาตรา 1485 มาตรา 1486 และมาตรา 1487 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้</p>	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	บังคับโดยอนุโลม	
24	ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวเพื่อชำระหนี้ที่ก่อไว้ก่อน หรือภายหลัง จดทะเบียนคู่สมรส ให้นำความในมาตรา 1488 มาตรา 1489 และมาตรา 1490 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลม	
25	ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย ทรัพย์สินคู่สมรสย่อมแยกจากกัน โดยอำนาจกฎหมายนับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น	
26	คู่สมรสซึ่งเป็นผู้อนุบาลของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ มีอำนาจจัดการสินส่วนตัวของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและมีอำนาจจัดการทรัพย์สินร่วมกันระหว่างคู่สมรสแต่ผู้เดียว แต่การจัดการสินส่วนตัวและทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามกรณีที่จะระบุไว้ในมาตรา 23 วรรคหนึ่ง คู่สมรสนั้นจะจัดการไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นคนไร้ความสามารถและศาลเห็นไม่สมควรให้คู่สมรสอีกฝ่ายเป็นผู้อนุบาล และตั้งบิดาหรือมารดาหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้อนุบาล ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ผู้อนุบาลเป็นผู้จัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสรวมกันกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ถ้ามีเหตุสำคัญอันจะเกิดความเสียหาย แก่คนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่นก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีกรณีดังกล่าวตามวรรคสอง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้สั่ง แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสได้	
27	เมื่อได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามมาตรา 23 หรือมาตรา 24 ให้ส่วนที่แยกออกตกเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และบรรดาทรัพย์สินที่ฝ่ายใด ได้มาในภายหลัง ไม่ให้ถือเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแต่ให้	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	เป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น และทรัพย์สินร่วมกัน ของคู่สมรสที่คู่สมรสได้มาโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือตามมาตรา 21 (2) ในภายหลัง ให้ตกเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสแต่ละฝ่าย ฝ่ายละครึ่ง ดอกผลของสินส่วนตัวที่ได้มาหลังจากที่ได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้วให้เป็นสินส่วนตัว	
28	เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดตามความในมาตรา 23 อันเป็นคุณแก่ผู้ร้องขอ หรือตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26 หรือเมื่อคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	
29	ในกรณีไม่มีทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้ว คู่สมรสแต่ละฝ่ายต้องช่วยกันออก ค่าใช้จ่ายสำหรับการบ้านการเรือนตามส่วนมากและน้อยแห่งสินส่วนตัวของตน	
หมวด 5		
30	การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะเป็นโมฆะก็แต่เฉพาะที่ตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา 9	
31	การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา 7 และมาตรา 8 (1) (2) (3) ยกเว้น (4) ให้เป็นโมฆะ	
32	คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ ที่ฝ่าฝืน มาตรา 7 มาตรา 8 (1) (2) กรณีสมรสเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 8 (3) บุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียคนใด คนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้นหรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใด	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	เป็น โฆษะให้ศาลแจ้งไปยัง นายทะเบียน เพื่อบันทึกความเป็น โฆษะไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	
33	การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็น โฆษะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อนหรือหลัง การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งดอกผลคงเป็นของฝ่ายนั้น ส่วนบรรดาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่ง คนละครึ่ง เว้นแต่เงินเดือน	
หมวด 6		
34	การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็น โฆษะ ไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตซึ่งได้มาก่อนมีการบันทึกความเป็น โฆษะไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 7	
35	การเป็นคู่สมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย ตายโดยธรรมชาติ การสมัครใจเลิกการเป็นคู่สมรส ตามมาตรา 36 ศาลพิพากษาให้เพิกถอนเหตุ โฆษะ ตามมาตรา 32 เหตุ โฆษะตามมาตรา 37 หรือศาลพิพากษาเลิกการเป็นคู่สมรสตามมาตรา 38	
36	เมื่อได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายนี้ การสมัครใจเลิกกันจากการเป็นคู่สมรส จะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสได้จดทะเบียนเลิกจากการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว โดยต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงชื่ออย่างน้อยสองคนต่อหน้านายทะเบียน	
37	เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีดังต่อไปนี้	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	<p>(1) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้</p> <p>(2) การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลั่นแกล้งหรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 ถึง มาตรา 1508 และให้นำบทบัญญัติว่าด้วย ผลของการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามมาตรา 1511 ถึง 1513 มาบังคับใช้โดยอนุโลม</p>	
38	เหตุฟ้องเลิกการเป็นคู่สมรส ให้นำมาตรา 1516 มาตรา 1517 มาตรา 1518 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม	
39	<p>ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตและมีเหตุเลิกการเป็นคู่สมรส เกิดขึ้น ไม่ว่าเหตุนั้นจะได้เกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังการเป็นคนวิกลจริต ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถตาม มาตรา 15 มีอำนาจฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ เลิกการเป็นคู่สมรสขาดจากกันและแบ่งทรัพย์สินได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้ายังมีได้มีคำสั่งของศาล แสดงว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ก็ให้บุคคลดังกล่าวร้องขอ ต่อศาลในคดีเดียวกันนั้นให้ศาลมี คำสั่งว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นสมควรจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งตาม มาตรา 60 หรือ ร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งชั่วคราว ระหว่างการพิจารณาตาม มาตรา 1530 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยก็ได้</p> <p>ในกรณีที่คู่สมรสซึ่งถูกอ้างว่าเป็นคนวิกลจริต ยัง</p>	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	ไม่ได้ถูกสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หากศาล เห็นว่าคู่สมรสนั้นยังไม่เป็นคนที่ต้องสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ยกฟ้องคดีนั้นเสีย ถ้าเห็นว่าเป็น บุคคลที่ต้องสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่ยังไม่สมควรจะให้มีการเลิกการเป็นคู่สมรส ก็ให้ศาลสั่งให้คู่สมรสนั้น เป็นคนไร้ความสามารถ โดยจะไม่ตั้งเรื่องผู้อนุบาลหรือจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลตามมาตรา 15 ก็ได้	
40	ในกรณีการจดทะเบียนคู่สมรสตามกฎหมายนั้น การเลิกการเป็นคู่สมรสโดยความยินยอม ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย มีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนยุติการเป็นคู่สมรสเป็นต้นไป การเลิกการเป็นคู่สมรสโดยคำพิพากษา มีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาลงถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนเลิกการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว	
41	การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา 5 มาตรา 7 และ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่สมรสโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่สมรสก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ฝ่าฝืน มาตรา 8 ไม่ทำให้คู่สมรส เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง	
42	เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงตามพระราชบัญญัตินี้ ให้แบ่งทรัพย์สินร่วมกันและแบ่งความรับผิดชอบในหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบกันตามมาตรา 1533 มาตรา 1534 มาตรา 1535 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม	
43	ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุด แห่งการสมรส ผลการเพิกถอน	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	การสมรส มาใช้บังคับกับ การสิ้นสุดของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยอนุโลม	
หมวด 7		
44	ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 4 ว่าด้วยบุตรบุญธรรม มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม	
หมวด 8		
45	ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของกลุ่มสมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม	
46	กลุ่มสมรสที่ยังมีชีวิตมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมเสมือนกลุ่มสมรสและอยู่ภายใต้ บทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	
47	เมื่อกลุ่มสมรสทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญาและตามสัญญานั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับเงินปีในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกันและเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ยังจะต้อง ได้รับเงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้องชดใช้สินส่วนตัวของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่ว่าได้เอาเงินสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่ จะต้องชดใช้สินส่วนตัวหรือทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสคังว่านี้ ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียก ให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงินรายปีให้แก่กลุ่มสมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นต่อไป	
หมวด 9		
48	หากมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ อายุความสิทธิเรียกร้อง ระหว่างกลุ่มสมรส ถ้าจะครบกำหนด	

มาตรา	ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...	หลักการและเหตุผล
	ก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง อายุความนั้น ยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง	

6. บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...

หลักการ

ให้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เหตุผล

ปัจจุบันกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ เพศสภาพ หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ซึ่งถือได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้ใช้ชีวิตร่วมกันดังครอบครัวทั่วไป แต่ไม่มีกฎหมายรองรับ สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเช่นเดียวกับคู่สมรส ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักการ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทย เข้าเป็นภาคี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังกล่าว

โครงสร้างกฎหมาย

การจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

โครงสร้างกฎหมาย มี 9 หมวด 49 มาตรา

หมวด 1 ทั่วไป มี 4 มาตรา

หมวด 2 การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 8 มาตรา

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส มี 5 มาตรา

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส มี 13 มาตรา

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 4 มาตรา

หมวด 6 การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 10 มาตรา

หมวด 7 การรับบุตรบุญธรรม มี 1 มาตรา

หมวด 8 มรดก มี 3 มาตรา

หมวด 9 อายุความ มี 1 มาตรา

ร่าง

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

หมวด ๑ ทั่วไป

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้ (๑) “การจดทะเบียน” หมายความว่า การจดทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ในการสมรส ตามพระราชบัญญัตินี้ (๒) “คู่สมรส” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนสมรส ตามพระราชบัญญัตินี้ (๓) “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” หมายความว่า บุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ตรงเพศสภาพหรือที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (๔) “นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ (๕) “แบบการจดทะเบียน” หมายถึง แบบในการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ (๖) “ศาล” หมายถึง ศาลเยาวชนและครอบครัว (๗) “รัฐมนตรี” หมายถึง รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ

ต่างประเทศ รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ หรือ ประกาศ เพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตงกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๒

การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๕ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้จะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองบรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมาย และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย หลักเกณฑ์ และวิธีการการจดทะเบียนให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งออกโดย กระทรวงมหาดไทย

มาตรา ๖ การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

(๑) จะทำที่หน่วยงานใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงก็ได้

(๒) เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น จะขอให้นายทะเบียนไปดำเนินการนอกสำนักงานทะเบียนรับจดทะเบียนคู่สมรสก็ได้ แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายยื่นคำร้องขอตามแบบที่ กระทรวงมหาดไทยกำหนด และให้แสดงความยินยอมปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียน บันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียน ผู้ร้องต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญในทะเบียนต่อหน้านายทะเบียน และต่อหน้าพยานสองคน ซึ่งต้องลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนในขณะนั้นด้วย แต่ถ้าผู้ร้องไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ โดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน

มาตรา ๘ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

(๒) ถ้าบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วม บิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่า จะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(๓) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ก่อนแล้ว

(๔) บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

มาตรา ๘ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ในต่างประเทศให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ในกรณีที่บุคคลทั้งสองฝ่ายประสงค์จะจดทะเบียนการครองคู่แบบครอบครัวตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูต หรือกงสุลไทยเป็นนายทะเบียน

มาตรา ๑๐ บุคคลที่จะเป็นพยานตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ คือ

- (๑) บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ
- (๒) บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๓) บุคคลที่หุนหวก เป็นใบ้ หรือจักษุบอดทั้งสองข้าง

มาตรา ๑๑ ให้ทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

หมวด ๓

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส

มาตรา ๑๒ ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะ สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ หรือการอื่นใดของคู่สมรสหรือสามีภรรยา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับกับคู่สมรสด้วยโดยอนุโลมเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีโดยสภาพจะพึงมีเฉพาะแก่ชายและหญิงเท่านั้น

มาตรา ๑๓ คู่สมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถ และฐานะของตน

มาตรา ๑๔ ในกรณีที่คู่สมรสไม่สามารถอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตราย แก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก คู่สมรสฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่ร่วมกันโดยปกติ สุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหาก ในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

มาตรา ๑๕ ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือน ไร้ความสามารถ คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้

มาตรา ๑๖ คู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจจัดการจัดการแทนผู้เสียหายเช่นเดียวกับสามีหรือภรรยาตามมาตรา ๓ และมาตรา ๕(๒) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หมวด ๔ ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส

มาตรา ๑๗ ถ้าคู่สมรสมิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สินนั้นให้บังคับตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา ๒๕ ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ

มาตรา ๑๘ สัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ ถ้ามิได้จัดแจ้งข้อตกลงกันเป็นสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสนั้นไว้ในทะเบียนคู่สมรสพร้อมกับการจดทะเบียนคู่สมรสหรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ คู่สมรสและพยานอย่างน้อยสองคนแนบท้ายทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และได้จัดไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพร้อมกับการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าได้มีสัญญานั้นแนบไว้

มาตรา ๑๙ เมื่อจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อได้มีคำสั่งของศาลถึงที่สุด ให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญา ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจัดแจ้งไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ข้อความในสัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยสุจริต ไม่ว่าจะได้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนโดยคำสั่งของศาลหรือไม่ก็ตาม

มาตรา ๒๐ สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่คู่สมรสได้ทำไว้ต่อกัน ในระหว่างเป็นคู่สมรสกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่สมรสกันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับ

แต่วันที่ขาดจากการเป็นคู่สมรส กันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริต

มาตรา ๒๑ ททรัพย์สินคู่สมรส นอกจากที่ได้แยกไว้เป็นส่วนส่วนตัวย่อมเป็นทรัพย์สิน ร่วมกันของคู่สมรส สินส่วนตัวได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(๒) ที่เป็นเงินเดือน เครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกาย ตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(๓) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียน สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสน่หา สินส่วนตัวตามวรรคก่อนหน้านี้ ถ้าได้แลกเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอื่นที่ดี ซื้อทรัพย์สินอื่นมาที่ดี หรือขายได้มาเป็นเงินมาที่ดี ททรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว สินส่วนตัวที่ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่ได้ทรัพย์สินอื่นหรือเงินมาทดแทน ททรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นสินส่วนตัว สินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใด ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ

มาตรา ๒๒ ททรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่คู่สมรสได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียน สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าทรัพย์สินคู่สมรส

(๓) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐาน ไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส ททรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๕๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของร่วมกันในเอกสารนั้นก็ได้

มาตรา ๒๓ คู่สมรสต้องจัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้นำมาตรา 1476 มาตรา 1476/1 มาตรา 1478 มาตรา 1479 มาตรา 1480 มาตรา 1481 มาตรา 1482 มาตรา 1483 มาตรา 1484 มาตรา 1485 มาตรา 1486 และมาตรา 1487 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๒๔ ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวเพื่อชำระหนี้ที่ก่อไว้ก่อนหรือภายหลัง จดทะเบียนคู่สมรส ให้นำความในมาตรา 1488 มาตรา 1489 และมาตรา 1490 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๒๕ ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย ทรัพย์สินคู่สมรสย่อมแยกจากกัน โดยอำนาจกฎหมายนับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น

มาตรา ๒๖ คู่สมรสซึ่งเป็นผู้อนุบาลของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ มีอำนาจจัดการสินส่วนตัวของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและมีอำนาจจัดการทรัพย์สินร่วมกันระหว่างคู่สมรส แต่ผู้เดียว แต่การจัดการสินส่วนตัวและทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง คู่สมรสนั้นจะจัดการไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นคนไร้ความสามารถและศาลเห็นไม่สมควรให้คู่สมรส อีกฝ่ายเป็นผู้อนุบาล และตั้งบิดาหรือมารดาหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้อนุบาล ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ผู้อนุบาลเป็นผู้จัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสรวมกันกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ถ้ามีเหตุสำคัญอันจะเกิดความเสียหาย แก่คนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่นก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีกรณีดังกล่าวตามวรรคสอง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้สั่ง แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสได้

มาตรา ๒๗ เมื่อได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามมาตรา ๒๓ หรือมาตรา ๒๔ ให้ส่วนที่แยกออกตกเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และบรรดาทรัพย์สินที่ฝ่ายใด ได้มาในภายหลัง ไม่ให้ถือเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแต่ให้เป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น และทรัพย์สินร่วมกัน ของคู่สมรสที่คู่สมรสได้มาโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือตามมาตรา ๒๑ (๒) ในภายหลัง ให้ตกเป็นสินส่วนตัว ของคู่สมรสแต่ละฝ่าย ฝ่ายละครึ่ง ดอกผลของสินส่วนตัวที่ได้มาหลังจากที่ได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้วให้เป็นสินส่วนตัว

มาตรา ๒๘ เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดตามความในมาตรา ๒๓ อันเป็นคุณแก่ผู้ร้องขอ หรือตามมาตรา ๒๔ หรือมาตรา ๒๖ หรือเมื่อคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจดทะเบียนในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๒๙ ในกรณีไม่มีทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้ว คู่สมรสแต่ละฝ่ายต้องช่วยกันออก ค่าใช้จ่ายสำหรับการบ้านการเรือนตามส่วนมากและน้อยแห่งสินส่วนตัวของตน

หมวด ๕

ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๐ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะเป็น โฆฆะก็ แต่เฉพาะที่ตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา ๘

มาตรา ๓๑ การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา ๗ และมาตรา ๘ (๑) (๒) (๓) ยกเว้น (๔) ให้เป็น โฆฆะ

มาตรา ๓๒ คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็น โฆฆะ ที่ฝ่าฝืน มาตรา ๗ มาตรา ๘ (๑) (๒)

กรณีสมรสเป็น โฆฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๘ (๓) บุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียคนใด คนหนึ่ง จะกล่าวอ้างขึ้น หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็น โฆฆะก็ได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใดเป็น โฆฆะให้ศาลแจ้งไปยัง นายทะเบียน เพื่อบันทึกความเป็น โฆฆะไว้ ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๓ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็น โฆฆะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อน หรือ หลัง การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งดอกผลลงเป็นของฝ่าย นั้น ส่วนบรรดาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่ง คนละครึ่ง เว้นแต่เงินเดือน

หมวด ๖

การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๔ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็น โฆฆะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตซึ่งได้มาก่อนมีการบันทึกความเป็น โฆฆะไว้ ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา ๗

มาตรา ๓๕ การเป็นคู่สมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย ตายโดยธรรมชาติ การสมัครใจ เลิกการเป็นคู่สมรส ตามมาตรา ๓๖ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนเหตุ โฆฆะ ตามมาตรา ๓๒ เหตุ โฆฆะ ตามมาตรา ๓๓ หรือศาลพิพากษาเลิกการเป็นคู่สมรส ตามมาตรา ๓๔

มาตรา ๓๖ เมื่อได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายนี้ การสมัครใจเลิกกันจากการเป็นคู่สมรส จะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสได้จดทะเบียนเลิกจากการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว โดยต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงชื่อ อย่างน้อยสองคนต่อหน้านายทะเบียน

มาตรา ๓๗ เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีดังต่อไปนี้

(๑) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้

(๒) การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๐๕ ถึง มาตรา ๑๕๐๘ และให้นำบทบัญญัติว่าด้วย ผลของการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามมาตรา ๑๕๑๑ ถึง ๑๕๑๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๓๘ เหตุฟ้องเลิกการเป็นคู่สมรสให้นำมาตรา ๑๕๑๖ มาตรา ๑๕๑๗ มาตรา ๑๕๑๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๓๙ ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตและมีเหตุเลิกการเป็นคู่สมรส เกิดขึ้น ไม่ว่าเหตุนั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังการเป็นคนวิกลจริต ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถตาม มาตรา ๑๕ มีอำนาจฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ เลิกการเป็นคู่สมรสขาดจากกันและแบ่งทรัพย์สินได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้ายังมีได้มีคำสั่งของศาล แสดงว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ก็ให้บุคคลดังกล่าวร้องขอ ต่อศาลในคดีเดียวกันนั้น ให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นสมควรจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งตาม มาตรา ๖๐ หรือ ร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งชั่วคราวระหว่างการพิจารณาตาม มาตรา ๑๕๓๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่สมรสซึ่งถูกอ้างว่าเป็นคนวิกลจริต ยังไม่ได้ถูกสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหากศาล เห็นว่าคู่สมรสนั้นยังไม่เป็นคนสมควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ยกฟ้องคดีนั้นเสีย ถ้าเห็นว่าเป็น บุคคลที่ควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่ยังไม่สมควรจะให้มีการเลิกการเป็นคู่สมรส ก็ให้ศาลสั่งให้คู่สมรสนั้น เป็นคนไร้ความสามารถโดยจะไม่สั่งเรื่องผู้อนุบาลหรือจะตั้งผู้อนุบาลเป็นผู้อนุบาลตามมาตรา ๑๕ ก็ได้

มาตรา ๔๐ ในกรณีการจดทะเบียนคู่สมรสตามกฎหมายนั้น การเลิกการเป็นคู่สมรสโดยความยินยอม ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย มีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนยุติการเป็นคู่สมรสเป็นต้นไป การ

เลิกการเป็นคู่สมรสโดยคำพิพากษา มีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนเลิกการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว

มาตรา ๔๑ การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา ๕ มาตรา ๗ และ มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่สมรสโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่สมรสก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ฝ่าฝืน มาตรา ๘ ไม่ทำให้คู่สมรส เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๔๒ เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงตามพระราชบัญญัตินี้ ให้แบ่งทรัพย์สินร่วมกันและแบ่งความรับผิดชอบในหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบตาม มาตรา ๑๕๓๓ มาตรา ๑๕๓๔ มาตรา ๑๕๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๓ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยการสิ้นสุด แห่งการสมรส ผลการเพิกถอนการสมรส มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยอนุโลม

หมวด ๗

การรับบุตรบุญธรรม

มาตรา ๔๔ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ หมวด ๔ ว่าด้วยบุตรบุญธรรม มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

หมวด ๘

มรดก

มาตรา ๔๕ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่สมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

มาตรา ๔๖ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมเสมือนคู่สมรสและอยู่ภายใต้บทบัญญัติพิเศษแห่ง มาตรา ๑๖๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๔๗ เมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญา และตามสัญญานั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับเงินปีในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกันและเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมี

ชีวิตอยู่จะต้อง ได้รับเงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้องชดใช้สินส่วนตัวของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทรัพย์สินร่วมกันของ คู่สมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่ว่าได้เอาเงินสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่ จะต้องชดใช้สินส่วนตัวหรือทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสครั้งนี้ ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียก ให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงินรายปีให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นต่อไป

หมวด ๕

อายุความ

มาตรา ๔๘ หากมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้ อายุความสิทธิเรียกร้อง ระหว่างคู่สมรส ถ้าจะครบกำหนดก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง อายุความนั้น ยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง

บทที่ 6

สรุป อภิปรายผล และเสนอแนะ

ปัจจุบันการให้ความสำคัญต่อการเคารพในสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ทั่วโลกมีเพิ่มมากขึ้น จนปรากฏเป็นข่าวให้ได้รับรู้ถึงการเรียกร้องสิทธิด้านต่าง ๆ ที่มนุษย์พึงจะได้รับ โดยการนำเอากรณีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิด้านต่าง ๆ จากความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะใดหรือมีเพศสภาพใด ก็ถือว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน จึงเกิดการเรียกร้องสิทธิจากคนที่มีจิตใจในด้านความรักและความต้องการทางเพศที่แตกต่างจากเพศสภาพที่เป็นอยู่ในการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิที่จะอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา และก็ปรากฏชัดว่ามีหลายประเทศให้การคุ้มครองด้วยการมีกฎหมายรองรับ สำหรับประเทศไทยเป็นภาคีสหประชาชาติที่ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มีผลผูกพันประเทศที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของคนไทยให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน จึงเป็นปัญหาว่าสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่เรียกร้องจะให้มีกฎหมายยอมรับการสมรส โดยอ้างอิงสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเสรีภาพที่จะสมรสกัน จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่หากจะให้การคุ้มครองเช่นนี้เกิดขึ้นย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิต่าง ๆ ระหว่างคู่สมรสที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นการวิจัยจึงให้ความสำคัญที่จะทำการศึกษาและวิจัยเพื่อนำไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีคำตอบซึ่งสรุปได้ดังนี้

1. สรุปและอภิปรายผล

การศึกษาและวิจัยนี้มุ่งเน้นถึงการจัดทำกฎหมายต้นแบบเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้เป็นกฎหมายที่เป็นต้นแบบที่สามารถแสดงถึงการให้การคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังเช่นคนไทยทั่วไป

การวิจัยได้ข้อค้นพบตามประเด็นที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์และด้วยการวิเคราะห์ข้อมูลจากวิธีวิทยาการวิจัยที่กำหนดไว้ทำให้ได้คำตอบที่สามารถสรุปเพื่อการอภิปรายผลของข้อค้นพบได้ดังนี้

1.1 สิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากข้อค้นพบ พบว่า สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองมีอยู่ 9 ข้อ คือ

1) สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศก็มีสิทธิที่จะมีครอบครัวที่ดีดังนั้นสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว ก็จะเป็นสิทธิและหน้าที่ที่ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศควรมีหากเมื่อได้มีการสมรสกัน ดังนั้นการมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศก็เพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมในการใช้ชีวิตร่วมกันเป็นครอบครัวและคุ้มครองสถานะความสัมพันธ์ดังกล่าว สอดคล้องกับทฤษฎีครอบครัวที่กล่าวว่า ครอบครัวจัดเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ ซึ่งถือเป็นสถาบันทางสังคมลำดับแรก ที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตตั้งแต่เกิดจนตาย ครอบครัวเป็นที่ซึ่งมีความรัก ความผูกพัน การช่วยเหลือเกื้อกูล การอบรมเลี้ยงดู การแก้ไขปัญหา จนรวมถึงการดูแลความเอาใจใส่เมื่อเจอกับภาวะความเจ็บป่วยของสมาชิกภายในครอบครัว ครอบครัวจึงถือเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่จะช่วยส่งเสริมให้ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้เจ็บป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีและสามารถดำรงอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้ (Burgess อ้างถึงใน บุญมา หลีสิน, 2535, หน้า 40)

2) การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับการรับรองสิทธิและหน้าที่อันจำเป็นแก่การดำรงอยู่ซึ่งสถาบันครอบครัวของตนได้อย่างเสมอภาคกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ผู้รักที่มีความหลากหลายทางเพศมีหน้าที่ดูแลซึ่งกันและกัน สอดคล้องกับทฤษฎีหน้าที่เชิงโครงสร้างของครอบครัว กล่าวว่า โครงสร้างของครอบครัว ประกอบด้วย โครงสร้าง หน้าที่ในการหาเลี้ยงครอบครัว หน้าที่ในการดูแลครอบครัว ซึ่งหน้าที่ในการดูแลครอบครัว คือ การปฏิสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวโดยเกี่ยวข้องกับความรัก การสื่อสาร และการให้การสนับสนุน ทั้งด้านความเป็นอยู่ ร่างกาย และจิตใจ

3) สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นมนุษย์เหมือนกับชายหญิงทั่วไป มีสิทธิของความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนจะต้องได้รับ ตั้งแต่เกิดจนตาย โดยไม่ถูกจำกัดจากเงื่อนไขใด ๆ ของรัฐหรือทางกฎหมาย ควรจะได้มีสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว รวมไปถึงการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เนื่องจากเป้าหมายการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมคือการให้ที่อยู่อาศัยที่ดี มีประสิทธิภาพในการเลี้ยงดู และบุตรบุญธรรมมีคุณภาพชีวิตที่ดี นอกจากนี้ พฤติกรรมทางเพศไม่มีผลกระทบต่อการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมแต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child - CRC) ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมลงนามและให้สัตยาบันไว้ถึงแม้ว่าในอนุสัญญาฯ ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า ‘ประโยชน์สูงสุดของเด็ก’ ไว้ เว้นแต่ในอารัมภบทได้ระบุว่า ‘เชื่อว่าครอบครัว ในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคม และเป็นสิ่งแวดล้อมทาง

ธรรมชาติ สำหรับการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคน โดยเฉพาะเด็กควรจะได้รับ การคุ้มครอง และการช่วยเหลือที่จำเป็น เพื่อที่จะสามารถมีความรับผิดชอบในชุมชนของตนได้ อย่างเต็มที่ ยอมรับว่า เพื่อให้เด็กพัฒนานบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ เด็กควรจะได้เติบโตใน สิ่งแวดล้อมของครอบครัว ในบรรยากาศแห่งความผาสุก ความรัก และความเข้าใจ และยัง สอดคล้องกับผลการวิจัยโดย “สมาคมนักจิตวิทยาอเมริกัน (American Psychological Association)” ซึ่งรายงานผลการวิจัยว่า การเลี้ยงดูเด็กโดยผู้รักหลากหลายทางเพศ ไม่แตกต่างจากการเลี้ยงดูเด็ก โดยผู้รักต่างเพศ ทั้งในด้านประโยชน์ของเด็ก สภาพการเลี้ยงดู และด้านจิตวิทยาของเด็ก

4) สิทธิในการประกันสังคม ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมีฐานะเป็นพลเมือง เหมือนกับชายหญิง หากเป็นผู้ที่ทำงานในฐานะพนักงาน ลูกจ้าง ในหน่วยงานต่าง ๆ และอยู่ภายใต้ ระบบประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ก็ควรจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีที่ประสบอันตรายเจ็บป่วยจนถึงแก่ความตายหรือสูญหาย ซึ่งเป็นสิทธิที่ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศควรจะได้รับเช่นคู่สมรสชายหญิงที่ชอบด้วยกฎหมาย สอดคล้อง กับหลักการของความมั่นคงและการคุ้มครองทางสังคม เป็นการช่วยเหลือประชาชนหรือครอบครัว ทำการประกันรายได้เพื่อประโยชน์ของตนเอง ครอบครัว และเป็นการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ใน อันที่จะคุ้มครองมิให้ได้รับความเดือดร้อนในความเป็นอยู่ของชีวิต

5) สิทธิในทางทรัพย์สิน ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศเมื่อได้ใช้ชีวิตร่วมกันแล้ว หลังจากการทำมาหากินควรได้รับสิทธิในการเป็นเจ้าของคนละครึ่งเพราะถือว่าสองคนทำมาหา ได้ ร่วมกัน เพื่อไม่ให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องเสียเปรียบเทียบจึงควรให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมี สิทธิในทางทรัพย์สินร่วมกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐในเรื่องของสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิ เสรีภาพในการทำสัญญา

6) สิทธิในการให้และรับมรดก ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีที่ใช้ชีวิตร่วมกัน ควรได้รับสิทธิในการให้และรับมรดกโดยพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นเป็นส่วนส่วนตัว หรือเป็นทรัพย์สินที่ ได้มาภายหลังจากอยู่ร่วมกันแล้ว ถ้าเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้หลังจากที่อยู่ร่วมกัน ผู้ที่มีความ หลากหลายทางเพศควรจะได้รับมรดกในส่วนนั้น เช่นเดียวกับคู่สมรสชาย หญิงเช่นกันสอดคล้อง กับแนวความคิดการคุ้มครองทายาทโดยธรรมให้มีสิทธิได้รับมรดก ในทางกฎหมายแล้วบุคคลใน ครอบครัวมีสายสัมพันธ์กัน ซึ่งก็เป็นสายสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้รับการ รับรอง และบัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่ง ดังนั้น เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่มีความ หลากหลายทางเพศในการได้รับทรัพย์สินในส่วนที่เป็นมรดกของผู้ตายให้มีสิทธิได้รับมรดก

7) สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษีตามประมวลรัษฎากร ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศควร จะได้รับการรับรองและคุ้มครองในการสมรส และสิทธิประการอื่น ๆ ก็ควรจะได้รับการตามมาเช่นกัน เช่น ค่าลดหย่อนเบี้ยประกันชีวิตของตนและคู่ของตน ค่าลดหย่อนเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรอง เลี้ยงชีพ ค่าลดหย่อนเงินสบทบที่จ่ายเข้ากองทุนประกันสังคม ค่าลดหย่อนการอุปการะเลี้ยงดูบิดา มารดาของตนเองและคู่ของตน ค่าลดหย่อนเบี้ยประกันสุขภาพของบิดามารดาของตนเองหรือคู่ของ ตน ก็สมควรที่จะนำมาใช้ได้ สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับลักษณะของการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เกิดขึ้นจากการที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐ อาจบัญญัติให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภทแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไปอันอาจถือได้ว่าเป็นการ เลือกปฏิบัติ ซึ่งการเลือกปฏิบัติในกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อหลักความเสมอ ภาค ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของการเลือกปฏิบัติเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และใน บางครั้งวัตถุประสงค์ของการเลือกปฏิบัติอาจเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการยอมรับของสังคม

8) สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล กรณีที่คู่รักของผู้ที่มีความหลากหลายทาง เพศป่วยหนักไม่ได้สติแพทย์ย่อมต้องขอความเห็นจากญาติสนิท ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัด การ ให้อาหาร หรือการหยุดรักษา ซึ่งผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศควรมีสิทธิในการลงนามยินยอม รักษาพยาบาลได้ ได้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรส ชาย หญิง สอดคล้องกับหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อทางศาสนาหรือทางการเมือง หลักข้อห้าม มิให้เลือกปฏิบัติ แสดง ให้เห็นว่า บุคคลไม่อาจจะได้รับการปฏิบัติอย่างได้เปรียบ เสียเปรียบ อันเนื่องจากเหตุดังกล่าว

9) สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด คือ สิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเหตุแห่ง การละเมิด โดยคู่รักของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศถูกบุคคลภายนอกทำละเมิดแก่ร่างกาย เสรีภาพ จิตใจ และส่งผลให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหายจริง ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศควร จะได้รับสิทธิในการเรียกค่าเสียหายโดยเหตุแห่งการละเมิด เช่นเดียวกับคู่สมรสเพศชาย หญิง สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่าบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

จากคำตอบในเรื่องสิทธิของคู่สมรสที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าวนี้ หากจะให้มีการรับรองสิทธิเหล่านั้นก็ต้องมีกฎหมายรองรับดังนั้นการวิจัยจึงได้จัดทำเป็นกฎหมาย ต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่ง มีข้อสรุปของโครงสร้างกฎหมาย ดังนี้

1.2 โครงสร้างของกฎหมาย

การจัดทำร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับเพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถแสดงถึงการให้การคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังเช่นคนไทยทั่วไป โดยมีโครงสร้างกฎหมาย มี 9 หมวด 48 มาตรา

หมวด 1 ทั่วไป มี 4 มาตรา ว่าด้วยเรื่องคำจำกัดความเพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างประชาชน และเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย

หมวด 2 การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 7 มาตรา ว่าด้วยเรื่องแบบของการจดทะเบียนสมรส วิธีการจดทะเบียนสมรสของกลุ่มสมรสที่มีความหลากหลายทางเพศ

หมวด 3 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส มี 5 มาตรา ว่าด้วยเรื่องสถานะ สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบของกลุ่มสมรสที่มีความหลากหลายทางเพศ กรณีที่คู่สมรสไม่สามารถอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขได้ กรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือน ไร้ความสามารถ

หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส มี 13 มาตรา ว่าด้วยเรื่องสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทรัพย์สินส่วนตัว ทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสที่มีความหลากหลายทางเพศ

หมวด 5 ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 4 มาตรา ว่าด้วยเรื่องการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นโมฆะ การที่ศาลพิพากษาว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ

หมวด 6 การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มี 10 มาตรา ว่าด้วยเรื่องการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นโมฆะ การที่คู่สมรสสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมัครใจเลิกกันจากการเป็นคู่สมรส เหตุฟ้องเลิกการเป็นคู่สมรส

หมวด 7 การรับบุตรบุญธรรม มี 1 มาตรา ว่าด้วยเรื่องการใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับบุตรบุญธรรมของกลุ่มสมรส

หมวด 8 มรดก มี 3 มาตรา ว่าด้วยเรื่องมรดก สิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของกลุ่มสมรส

หมวด 9 อายุความ มี 1 มาตรา ว่าด้วยเรื่องกำหนดอายุในการเรียกร้องระหว่างคู่สมรส

จากภาพรวมของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ... นี้ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะปรากฏในร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศฉบับนี้

ข้อสรุปของผลการวิจัยนี้เมื่อนำไปสู่การพิสูจน์สมมติฐานการวิจัย ที่กำหนดว่าปัญหาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเรียกร้องสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองเฉกเช่นเพศชายและเพศหญิงโดยอ้างถึงสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่พึงจะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับเพศชายและเพศหญิงตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะอยู่กินกันฉันท์สามีภรรยาเหมือนชายหญิงทั่วไป ดังนั้นหากจะให้การคุ้มครองสิทธิในการสมรสแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องนำเอาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการรวมทั้งแนวทางกฎหมายจากต่างประเทศเพื่อนำไปสู่การจัดทำเป็นกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิการสมรสแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สรุปผลการพิสูจน์สมมติฐานการวิจัย ที่กำหนดว่า “หลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีและความเสมอภาคของความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ และเพศ แต่ปรากฏว่ากฎหมายไทยกลับมีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองสิทธิในการสมรสของ เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ในขณะที่ปัจจุบันมี กลุ่มคนจำนวนหนึ่งที่มีจิตใจที่ไม่สัมพันธ์กับเพศสภาพเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเรียกร้องสิทธิการสมรส ดังเช่นชายและหญิงทั่วไปเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยมีกฎหมายรับรองโดยกฎหมายต้นแบบที่ให้การรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีโครงสร้างประกอบด้วย ประเภสิทธิที่คุ้มครอง และหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ วิธีการคุ้มครอง และความรับผิดชอบทางแพ่ง และการดำเนินคดีอาญา ซึ่งจะเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” คำตอบที่ได้มาเป็นไปตามสมมติฐานที่กำหนดไว้คือการมีกฎหมายต้นแบบเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองมีจำนวน 9 ข้อ ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการประกันสังคม สิทธิในทางทรัพย์สิน สิทธิในการให้และรับมรดก สิทธิหักค่าลดหย่อนภาษี ตามประมวลรัษฎากร สิทธิในการลงนามยินยอมรักษาพยาบาล และสิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด

การสรุปคำตอบที่ได้มาตามวัตถุประสงค์การวิจัยได้ว่า มีคำตอบตามวัตถุประสงค์การวิจัยครบทุกข้อ คือ

1) เพื่อศึกษาและวิจัย แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน และการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีคำตอบอยู่ในบทที่ 2

2) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์สถานการณ์ของปัญหาสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทย มีคำตอบอยู่ในบทที่ 4

3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีคำตอบอยู่ในบทที่ 4

4) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายไทยในการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีคำตอบอยู่ในบทที่ 4

5) เพื่อจัดทำกฎหมายต้นแบบเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีคำตอบอยู่ในบทที่ 5

จากผลการศึกษาจึงได้รูปแบบของกฎหมายต้นแบบเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้เป็นกฎหมายที่สามารถแสดงถึงการให้การคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังเช่นคนไทยทั่วไป

2. ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนำไปสู่การใช้ได้จริง ๆ จึงมีข้อเสนอแนะของการวิจัย ดังนี้

1. กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ควรเสนอเพื่อให้มีการพิจารณาการในการออกกฎหมายในการรับรองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมี 3 ช่องทาง คือ 1. นำไปเสนอต่อฝ่ายรัฐบาลผ่านคณะกรรมการกรรมการกฤษฎีกาเพื่ออนุมัติหลักการ และตรวจพิจารณากฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังกระทรวงยุติธรรม เพื่อให้ยื่นขึ้นหลักการและเสนอร่างพระราชบัญญัติไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาในการร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อไป 2. นำไปเสนอต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพิจารณาและผลักดันเพื่อให้มีการพิจารณาร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่เริ่มต้น ไปจนถึงมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย 3. ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากในรัฐธรรมนูญมีบัญญัติในมาตรา 27 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการ

รับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีอยู่ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนี้จึงเสนอแนะให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการเป็นการตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

2. เผยแพร่กฎหมายต้นแบบต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ผ่านองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่ มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ มูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทยเพื่อสิทธิมนุษยชน สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย เพื่อนำเข้าสู่การพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ

3. นำเสนอกฎหมายต้นแบบต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีภารกิจหลักในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยยึดถือหลักการสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นฐานในการปฏิบัติงานเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเพื่อสร้างความเข้าใจให้บุคลากรภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคประชาสังคม และประชาทั่วไปได้รับทราบถึงสถานการณ์สิทธิมนุษยชน มีความตระหนักและเห็นคุณค่าของการเคารพสิทธิซึ่งกันและกัน และทำการผลักดันกฎหมายต้นแบบเพื่อให้เกิดกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น

3. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยต่อไป

เนื่องจากเรื่องเกี่ยวกับของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีหลายเรื่อง คือ สิทธิทั่วไปและสิทธิในการสมรส โดยงานวิจัยครั้งนี้ทำการศึกษาเฉพาะสิทธิการสมรส ดังนั้นในการวิจัยครั้งต่อไปควรจะทำศึกษาในเรื่องสิทธิทั่วไป เช่น สิทธิในการใช้คำนำหน้านามของบุคคลข้ามเพศ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บุคคลไม่ว่าจะมีแหล่งกำเนิด เพศ ภาษา หรือศาสนาใด ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนี้โดยเสมอภาคกัน ปัญหาการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลโดยเฉพาะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเรื่องการใช้คำนำหน้านามส่งผลให้เกิดอุปสรรคและความยุ่งยากในการดำรงชีวิต เช่น บัตรประจำตัวประชาชน หนังสือเดินทางที่ต้องมีการบ่งชี้เพศโดยกำเนิด แต่จากการที่บุคคลกลุ่มดังกล่าวมักมีเพศสภาพภายนอกที่ไม่ตรงกับเพศโดยกำเนิดของตน จึงทำให้ในการเข้ารับบริการที่มีความจำเป็นต้องแสดงเอกสารทางราชการนั้นประสบปัญหาในการเข้าถึงบริการและถูกเลือกปฏิบัติ เนื่องจากสถานะทางเพศและคำนำหน้านามในเอกสารซึ่งทางราชการออกให้ไม่ตรงกับเพศสภาพของบุคคลนั้น เป็นผลทำให้เกิดปัญหาในด้าน

อื่น ๆ ด้วย เช่น การทำธุรกรรมทางการเงินเมื่อมีการเปิดบัญชีเงินฝากกับทางธนาคาร ผู้เปิดบัญชีต้องมีการระบุค่าน้ำเชื้อตามเพศในบัตรประชาชน ทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือในการทำนิติกรรมหรือขอยื่นทำธุรกรรมสินเชื่อจากธนาคาร เนื่องจากสถานะทางเพศที่ระบุในเอกสารที่ยื่นเพื่อขอทำธุรกรรมนั้นไม่สอดคล้องกับเพศสภาพภายนอก จึงเป็นความจำเป็นที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะแก่บุคคลเพื่อเป็นการพัฒนาทางกฎหมายเพื่อเป็นการคืนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็เป็นประชาชนคนหนึ่งในประเทศไทย

บรรณานุกรม

หนังสือ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายอาญา

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

พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 44) พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติค่าน้ำน่านามหญิง พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 (ฉบับชั่วคราว)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หนังสือ

กฤษฎา สุภวรรธนะกุล. (2560). *แผ่นดินจึงดาล : การเปลี่ยนผ่านในสภาพบังคับ*. กรุงเทพฯ :
ประชาไท มูลนิธิสื่อเพื่อการศึกษาของชุมชน.

กุลพล พลวัน. (2548). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จันจิรา บุญประเสริฐ. (2554). *ชีวิตที่ถูกละเมิด : เรื่องเล่า กะเทย ทอม ดี หญิงรักหญิง ชายรักชาย
และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิธีรนาถ กาญจนอักษร
สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย และกองทุนโลกา.

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วีระ โลจายะ. (2525). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์.

ศรีทัตติม พานิชพันธ์. (2527). *สัมพันธภาพที่ดีในครอบครัว*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมยศ เชื้อไทย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุพัตรา สุภาพ. (2528). *สังคมและวัฒนธรรมไทย : ค่านิยม : ครอบครัวยุค : ศาสนา : ประเพณี*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2554). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. (2553). *สิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วิทยานิพนธ์

จอมญาดา ขึ้นประจักษ์กุล. (2548). *การถ่ายทอดอุดมการณ์ความเป็นหญิงผ่านระบบการศึกษาในโรงเรียนสตรี*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐวุฒิ ชัยสาธิต. (2558). *กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

ณนุช คำทอง. (2546). *การสมรสของพวกรักร่วมเพศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บุญมา หลีสิน. (2535). *บทบาทของครอบครัวในการดูแลผู้ป่วยโรคหัวใจในภาวะวิกฤต : ศึกษาเฉพาะกรณีครอบครัวของผู้ป่วยโรคหัวใจโรงพยาบาลราชวิถี*. วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พรศรี วรรณะวรวิชัย. (2541). *ปัจจัยทางด้านครอบครัวกับการสูบบุหรี่ของนักเรียนชายระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย สังกัดกรมสามัญศึกษาในกรุงเทพมหานคร*. วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ไพลิน คำไพรินทร์. (2538). *สัมพันธภาพในครอบครัวกับการปรับตัวทางสังคมของบุคคลปัญญาอ่อนหลังการจำหน่ายออกจากโรงพยาบาลราชานุกูล*. วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

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

ศจีพร พงษ์พล. (2546). **การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างทวิมาตรฐานทางเพศกับแนวโน้มการมีพฤติกรรมเสี่ยงเอดส์ของนักเรียนชาย ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 3 สังกัดกรมสามัญศึกษา กรุงเทพมหานคร.** วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อริป จันทรโรจน์. (2549). **การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการ กับกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อัญญาภักดิ์ รักษ์จิตธรรม. (2550). **พันธกรณีทางกฎหมายของประเทศไทย ต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในการทำงาน: กรณีศึกษาในสำนักงานอัยการสูงสุด.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อารยา สุขสม. (2559). **สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อารยา อินทรวรานนท์. (2547). **ภาพลักษณ์ตัวตนของ “พยาบาล” ในโรงพยาบาลของรัฐ.** วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วารสาร บทความ

ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2543). ท้อง/แท้ง/สุขภาวะผู้หญิง : กฎหมาย วัฒนธรรม การต่อรอง และการขจัดขึ้น. **วารสาร: อุดยีน: วารสารสตรีนิยมไทย.** 4: 67-96.

นฤพนธ์ ค้วงวิเศษ. 2556. เพศหลากหลายในสังคมไทยกับการเมืองของอัตลักษณ์. **สังคมศาสตร์ : วารสารทางวิชาการ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.** 25, 2: 137-168.

ริญญาภัทร์ ณ สงขลา. (2561). **ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย.** การประชุมวิชาการสาขานิติศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 1.

ศิริโรตม์ คล้ามไพบูลย์. (2542). ชีวิตและการต่อสู้ของถวิล ฤทธิเดช: เมื่อแรงงานคิดหาญเปลี่ยนแปลงโลก. **วารสารธรรมศาสตร์.** 25, 2: 26-53.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2542). หลักความเสมอภาค. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 30, 2: 161-162.

สุธาริน ฤณผล. (2541). บทสำรวจพื้นที่สาธารณะ. **รัฐศาสตรสาร.** 20, 3: 167-214.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

- Albert Venn Dicey. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Reprint Originally published* (8th ed). London: Macmillan.
- Anne Fausto-Sterling. (1998). *The Five Sexes Why Male and Female Are Not Enough*. New York: The New York Academy of Sciences.
- Barry D. Adam. (2002). "From Liberation to Transgression and Beyond : Gay, Lesbian and Queer Studies at the Turn of the Twenty-first Century." in *Handbook of Lesbian and Gay Studies*. Great Britain: Cromwell Press.
- Council of Europe Publishing. (2011). *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe* (2nd edition). Paris: Jouve.
- David Feldman. (2002). *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2nd edition, New York: Oxford University Press.
- Diane Richardson and Steven Seidman. (2002). *Handbook of Lesbian and Gay Studies*. Great Britain: Cromwell Press.
- Edward Stein. (2002). "Law, Sexual Orientation, and Gender". in *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press.
- Health Policy Project, Asia Pacific Transgender Network. (2015). *United Nations Development Programme, Blueprint for the Provision of Comprehensive Care for Trans People and Trans. Communities*. Washington, DC: Future Group, Health Policy Project.
- Jeffrey M. Shaman. (2008). *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- Joan Wallach Scott. (1998). *Gender and the Politics of History*. New York: Columbia University Press.
- Johanna Westeson. (2012). *Sexual Health and Human Rights in The European Region*. Geneva: The International Council of Human Rights Policy (ICHRP).
- Lotta Samelius and Erik Wågberg. (2005). *A Study of Policy and Administration: Sexual Orientation and Gender Identity Issues in Development*. Sweden: Sida.

Office of the High Commissioner for Human Rights. (2012). *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law*. New York and Geneva: United Nation.

Olivier De Schutter. (2009). *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis*. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights.

Sandra Fredman. (2008). *Discrimination Law*. New York: Oxford University Press.

William Simon. (2003). “The Postmodernization of Sex.” in *Sexualities and Society*. Cambridge: Polity Press.

Thomas Cooley. (1888). *A Treatise on the law of Torts* (2nd edition). Chicago: Callaghan and Co.

ฐานข้อมูลออนไลน์

กรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ. (ม.ป.ป.). *แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2566)*.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_16/plan/plan4.pdf

ชั้นยพร บัวทอง. (2560). *ครอบครัวหลากหลายทางเพศ ความหวังถึง กม.แต่งงานเพศเดียวกันในไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-40465985>

นฤพนธ์ ดัวงวิเศษ. (2561). *แนวคิดทฤษฎีเรื่อง “ความหลากหลายทางเพศ”*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.sac.or.th/th/article>

_____. (2561). *มานุษยวิทยากับการศึกษาพฤติกรรมข้ามเพศและรักเพศเดียวกัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.sac.or.th>.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2561). *หลักการว่าด้วย สถานะและหน้าที่ของสถาบันแห่งชาติเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Paris Principles)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/ParisPrinciples/ParisPrinciples_th.aspx

อนุชิต ไกรวิจิตร. (2562). *กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพชี้แจง ร่าง พ.ร.บ. คู่ชีวิตอยู่ระหว่างการพิจารณา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thestandard.co/civil-partnership-bill-draft/>

Taiwan Today. (2019). *Taiwan’s Cabinet passes same-sex marriage bill*. (Online). Available: <https://www.taiwantoday.tw/news.php?unit=2,6,10,15,18&post=150370>

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก.

ต้นแบบว่าด้วยการรับรองละคุ้มครองสิทธิในการสมรส
ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...

ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการรับรองละคุ้มครองสิทธิในการสมรส ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ. ...

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลาย
ทางเพศ

หมวด ๑ ทั่วไป

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคล
ที่มีความหลากหลายทางเพศ พ.ศ.”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันถัด
จากวันประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้ (๑) “การจดทะเบียน” หมายความว่า การจดทะเบียน
ในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ในการสมรส ตามพระราชบัญญัตินี้ (๒) “คู่สมรส” หมายความว่า
บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนสมรส ตามพระราชบัญญัตินี้ (๓) “บุคคลที่มี
ความหลากหลายทางเพศ” หมายความว่า บุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ตรงเพศสภาพหรือที่มีการ
แสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (๔) “นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรี
แต่งตั้งเพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ (๕) “แบบการจดทะเบียน” หมายถึง แบบในการจด
ทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ (๖) “ศาล” หมายถึง ศาลเยาวชนและครอบครัว (๗) “รัฐมนตรี”
หมายถึง รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย
รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ
ต่างประเทศ รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ หรือ
ประกาศ เพื่อปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตน
กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๒

การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๕ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้จะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองบรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมาย และมีสัญชาติไทยหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย หลักเกณฑ์ และวิธีการการจดทะเบียนให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งออกโดย กระทรวงมหาดไทย

มาตรา ๖ การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

(๑) จะทำที่หน่วยงานใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงก็ได้

(๒) เมื่อมีการร้องขอให้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นั้น จะขอให้นายทะเบียนไปดำเนินการนอกสำนักงานทะเบียนรับจดทะเบียนคู่สมรสก็ได้ แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายยื่นคำร้องขอตามแบบที่ กระทรวงมหาดไทยกำหนด และให้แสดงความยินยอมปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียน บันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียน ผู้ร้องต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญในทะเบียนต่อหน้านายทะเบียน และต่อหน้าพยานสองคน ซึ่งต้องลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนในขณะนั้นด้วย แต่ถ้าผู้ร้องไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ โดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน

มาตรา ๘ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะกระทำมิได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

(๒) ถ้าบุคคลทั้งสองฝ่ายเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วม บิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่า จะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(๓) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่ก่อนแล้ว

(๔) บุคคลทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม

มาตรา ๕ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ในต่างประเทศให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ในกรณีที่บุคคลทั้งสองฝ่ายประสงค์จะจดทะเบียนการครองคู่แบบครอบครัวตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูต หรือกงสุลไทยเป็นนายทะเบียน

มาตรา ๑๐ บุคคลที่จะเป็นพยานตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ คือ

- (๑) บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ
- (๒) บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๓) บุคคลที่หุนหวก เป็นใบ้ หรือจกษบอดทั้งสองข้าง

มาตรา ๑๑ ให้ทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด ๓

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส

มาตรา ๑๒ ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะ สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ หรือการอื่นใดของคู่สมรสหรือสามีภรรยา ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับกับคู่สมรสด้วยโดยอนุโลมเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีโดยสภาพจะพึงมีเฉพาะแก่ชายและหญิงเท่านั้น

มาตรา ๑๓ คู่สมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถ และฐานะของตน

มาตรา ๑๔ ในกรณีที่คู่สมรสไม่สามารถอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตราย แก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก คู่สมรสฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่ร่วมกันโดยปกติ สุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหาก ในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

มาตรา ๑๕ ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือน ไร้ความสามารถ คู่สมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้

มาตรา ๑๖ คู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจจัดการจัดการแทนผู้เสียหายเช่นเดียวกับสามีหรือภรรยาตามมาตรา ๑ และมาตรา ๕(๒) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หมวด ๔ ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส

มาตรา ๑๗ ถ้าคู่สมรสมิได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในเรื่องทรัพย์สินนั้นให้บังคับตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา ๒๕ ถ้าข้อความใดในสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือระบุให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่นบังคับเรื่องทรัพย์สินนั้น ข้อความนั้น ๆ เป็นโมฆะ

มาตรา ๑๘ สัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ ถ้ามิได้จัดแจ้งข้อตกลงกันเป็นสัญญาก่อนจดทะเบียนคู่สมรสนั้นไว้ในทะเบียนคู่สมรสพร้อมกับการจดทะเบียนคู่สมรสหรือมิได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อ คู่สมรสและพยานอย่างน้อยสองคนแนบท้ายทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และได้จัดไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพร้อมกับการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าได้มีสัญญานั้นแนบไว้

มาตรา ๑๙ เมื่อจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้วจะเปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาล เมื่อได้มีคำสั่งของศาลถึงที่สุด ให้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนสัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจัดแจ้งไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ข้อความในสัญญาก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยสุจริต ไม่ว่าจะได้เปลี่ยนแปลงเพิกถอนโดยคำสั่งของศาลหรือไม่ก็ตาม

มาตรา ๒๐ สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินใดที่คู่สมรสได้ทำไว้ต่อกัน ในระหว่างเป็นคู่สมรสกันนั้น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกล้างเสียในเวลาใดที่เป็นคู่สมรสกันอยู่หรือภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ขาดจากการเป็นคู่สมรส กันก็ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้กระทำการโดยสุจริต

มาตรา ๒๑ ทรัพย์สินคู่สมรส นอกจากที่ได้แยกไว้เป็นสินส่วนตัวย่อมเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส สินส่วนตัวได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(๒) ที่เป็นเงินเดือน เครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกาย ตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพของกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(๓) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสน่หา สิ้นส่วนตัวตามวรรคก่อนหน้านี้ ถ้าได้แลกเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินอื่นที่ดี ชื่อทรัพย์สินอื่นมาที่ดี หรือขายได้มาเป็นเงินมาที่ดี ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นส่วนตัว สิ้นส่วนตัวที่ถูกทำลายไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่ได้ทรัพย์สินอื่นหรือเงินมาทดแทน ทรัพย์สินอื่นหรือเงินที่ได้มานั้นเป็นส่วนตัว สิ้นส่วนตัวของกลุ่มสมรสฝ่ายใด ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ

มาตรา ๒๒ ทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่กลุ่มสมรสได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาภายหลังจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือ เมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าทรัพย์สินกลุ่มสมรส

(๓) ที่เป็นดอกผลของส่วนตัว ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรส ทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๕๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือที่มีเอกสารเป็นสำคัญ กลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของร่วมกันในเอกสารนั้นก็ได้

มาตรา ๒๓ กลุ่มสมรสต้องจัดการทรัพย์สินร่วมกันของกลุ่มสมรสตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้นำมาตรา 1476 มาตรา 1476/1 มาตรา 1478 มาตรา 1479 มาตรา 1480 มาตรา 1481 มาตรา 1482 มาตรา 1483 มาตรา 1484 มาตรา 1485 มาตรา 1486 และมาตรา 1487 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๒๔ ถ้ากลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบส่วนตัวเพื่อชำระหนี้ที่ก่อไว้ก่อนหรือภายหลัง จดทะเบียนกลุ่มสมรส ให้นำความในมาตรา 1488 มาตรา 1489 และมาตรา 1490 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๒๕ ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย ทรัพย์สินคู่สมรสย่อมแยกจากกัน โดยอำนาจกฎหมายนับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ล้มละลายนั้น

มาตรา ๒๖ คู่สมรสซึ่งเป็นผู้อนุบาลของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ มีอำนาจจัดการสินส่วนตัวของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและมีอำนาจจัดการทรัพย์สินร่วมกันระหว่างคู่สมรส แต่ผู้เดียว แต่การจัดการสินส่วนตัวและทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง คู่สมรสนั้นจะจัดการไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ในกรณีที่ศาลสั่งให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นคนไร้ความสามารถและศาลเห็นไม่สมควรให้คู่สมรส อีกฝ่ายเป็นผู้อนุบาล และตั้งบิดาหรือมารดาหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้อนุบาล ในกรณีเช่นนี้ ให้ผู้อนุบาลเป็นผู้จัดการทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสรวมกันกับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ถ้ามีเหตุสำคัญอันจะเกิดความเสียหาย แก่คนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่นก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีกรณีดังกล่าวตามวรรคสอง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้สั่ง แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสได้

มาตรา ๒๗ เมื่อได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสตามมาตรา ๒๓ หรือมาตรา ๒๔ ให้ส่วนที่แยกออกตกเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และบรรดาทรัพย์สินที่ฝ่ายใดได้มาในภายหลัง ไม่ให้ถือเป็นทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแต่ให้เป็นสินส่วนตัวของฝ่ายนั้น และทรัพย์สินร่วมกัน ของคู่สมรสที่คู่สมรสได้มาโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือตามมาตรา ๒๑ (๒) ในภายหลัง ให้ตกเป็นสินส่วนตัว ของคู่สมรสแต่ละฝ่าย ฝ่ายละครึ่ง ดอกผลของสินส่วนตัวที่ได้มาหลังจากที่ได้แยกทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้วให้เป็นสินส่วนตัว

มาตรา ๒๘ เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดตามความในมาตรา ๒๓ อันเป็นคุณแก่ผู้ร้องขอ หรือตามมาตรา ๒๔ หรือมาตรา ๒๖ หรือเมื่อคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลาย ให้ศาลแจ้งไปยังนายทะเบียนเพื่อจดแจ้งไว้ ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๒๙ ในกรณีไม่มีทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสแล้ว คู่สมรสแต่ละฝ่ายต้องช่วยกันออก ค่าใช้จ่ายสำหรับการบ้านการเรือนตามส่วนมากและน้อยแห่งสินส่วนตัวของตน

หมวด ๕

ความเป็นโมฆะของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๐ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะเป็น โมฆะก็แต่เฉพาะที่ตามพระราชบัญญัตินี้มาตรา ๕

มาตรา ๓๑ การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา ๓ และมาตรา ๘ (๑) (๒) (๓) ยกเว้น (๔) ให้เป็นโมฆะ

มาตรา ๓๒ คำพิพากษาของศาลเท่านั้นที่จะแสดงว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะ ที่ฝ่าฝืน มาตรา ๓ มาตรา ๘ (๑) (๒)

กรณีสมรสเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา ๘ (๓) บุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียคนใดคนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้น หรือจะร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นโมฆะก็ได้

ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใดเป็นโมฆะให้ศาลแจ้งไปยัง นายทะเบียน เพื่อบันทึกความเป็นโมฆะไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๓ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดมีหรือได้มาไม่ว่าก่อนหรือหลัง การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งดอกผลคงเป็นของฝ่ายนั้น ส่วนบรรดาทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันให้แบ่ง คนละครึ่ง เว้นแต่เงินเดือน

หมวด ๖

การสิ้นสุดการเป็นคู่สมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

มาตรา ๓๔ การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นโมฆะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตซึ่งได้มาก่อนมีการบันทึกความเป็นโมฆะไว้ในทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา ๓

มาตรา ๓๕ การเป็นคู่สมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย ตายโดยธรรมชาติ การสมัครใจเลิกการเป็นคู่สมรส ตามมาตรา ๓๖ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนเหตุโมฆะ ตามมาตรา ๓๒ เหตุโมฆะตามมาตรา ๓๓ หรือศาลพิพากษาเลิกการเป็นคู่สมรส ตามมาตรา ๓๔

มาตรา ๓๖ เมื่อได้จดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายนี้ การสมัครใจเลิกกันจากการเป็นคู่สมรส จะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสได้จดทะเบียนเลิกจากการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว โดยต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงชื่อ อย่างน้อยสองคนต่อหน้านายทะเบียน

มาตรา ๓๗ เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีดังต่อไปนี้

(๑) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้

(๒) การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๐๕ ถึง มาตรา ๑๕๐๘ และให้นำบทบัญญัติว่าด้วย ผลของการเพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามมาตรา ๑๕๑๑ ถึง ๑๕๑๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๓๘ เหตุฟ้องเลิกการเป็นคู่สมรสให้นำมาตรา ๑๕๑๖ มาตรา ๑๕๑๗ มาตรา ๑๕๑๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๓๙ ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตและมีเหตุเลิกการเป็นคู่สมรส เกิดขึ้น ไม่ว่าเหตุนั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังการเป็นคนวิกลจริต ให้บุคคลซึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ บุคคลวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถตาม มาตรา ๑๕ มีอำนาจฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ศาลพิพากษาให้ เลิกการเป็นคู่สมรสขาดจากกันและแบ่งทรัพย์สินได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้ายังมีได้มีคำสั่งของศาล แสดงว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ก็ให้บุคคลดังกล่าวร้องขอ ต่อศาลในคดีเดียวกันนั้น ให้ศาลมีคำสั่งว่าคู่สมรส ซึ่งวิกลจริตนั้นเป็นคนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นสมควรจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งตาม มาตรา ๖๐ หรือ ร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งชั่วคราวระหว่างการพิจารณาตาม มาตรา ๑๕๓๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่สมรสซึ่งถูกอ้างว่าเป็นคนวิกลจริต ยังไม่ได้ถูกสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหากศาล เห็นว่าคู่สมรสนั้นยังไม่ใช่คนที่ควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถก็ให้ยกฟ้องคดีนั้นเสีย ถ้าเห็นว่าเป็น บุคคลที่ควรสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ แต่ยังไม่สมควรจะให้มีการเลิกการเป็นคู่สมรส ก็ให้ศาลสั่งให้คู่สมรสนั้น เป็นคนไร้ความสามารถโดยจะไม่สั่งเรื่องผู้อนุบาลหรือจะตั้งผู้อนุบาลเป็นผู้อนุบาลตามมาตรา ๑๕ ก็ได้

มาตรา ๔๐ ในกรณีการจดทะเบียนคู่สมรสตามกฎหมายนั้น การเลิกการเป็นคู่สมรส โดยความยินยอม ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย มีผลนับแต่เวลาจดทะเบียนยุติการเป็นคู่สมรสเป็นต้นไป การเลิกการเป็นคู่สมรสโดยคำพิพากษา มีผลแต่เวลาที่คำพิพากษาลงถึงที่สุด แต่จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ เว้นแต่จะได้จดทะเบียนเลิกการเป็นคู่สมรสนั้นแล้ว

มาตรา ๔๑ การจดทะเบียนคู่สมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา ๕ มาตรา ๓ และ มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่สมรสโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่สมรสก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มี

ความหลากหลายทางเพศ แต่การจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ฝ่าฝืน มาตรา ๘ ไม่ทำให้คู่สมรส เกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๔๒ เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงตามพระราชบัญญัตินี้ให้แบ่งทรัพย์สินร่วมกันและแบ่งความรับผิดชอบในหนี้ที่จะต้องรับผิดชอบตาม มาตรา ๑๕๓๓ มาตรา ๑๕๓๔ มาตรา ๑๕๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๓ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส ผลการเพิกถอนการสมรส มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยอนุโลม

หมวด ๗

การรับบุตรบุญธรรม

มาตรา ๔๔ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ หมวด ๔ ว่าด้วยบุตรบุญธรรม มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

หมวด ๘

มรดก

มาตรา ๔๕ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่สมรสตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

มาตรา ๔๖ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมเสมือนคู่สมรสและอยู่ภายใต้บทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา ๑๖๓๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๔๗ เมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญา และตามสัญญา นั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับเงินปีในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกันและเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้อง ได้รับเงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้องชดใช้สินส่วนตัวของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทรัพย์สินร่วมกันของ คู่สมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่ว่าได้เอาเงินสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่ จะต้องชดใช้สินส่วนตัวหรือทรัพย์สินร่วมกันของ คู่สมรสดังนี้ ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียก ให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงินรายปีให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นต่อไป

หมวด ๕**อายุความ**

มาตรา ๔๘ หากมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัติฉบับนี้ อายุความสิทธิเรียกร้อง ระหว่างคู่สมรส ถ้าจะครบกำหนดก่อนหรือภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง อายุความนั้น ยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบหนึ่งปีนับแต่วันที่การเป็นคู่สมรสสิ้นสุดลง

ภาคผนวก ข.

ภาพกิจกรรมในกระบวนการวิจัย



ภาพที่ 1 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview) สัมภาษณ์นักกฎหมาย (อัยการ)



ภาพที่ 2 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview) สัมภาษณ์ ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ (นักวิชาการ)



ภาพที่ 3 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth interview) สัมภาษณ์ผู้มีความหลากหลายทางเพศ



ภาพที่ 4 การสัมภาษณ์ ณ มหาวิทยาลัยทักษิณ สงขลา



ภาพที่ 5 การมีส่วนร่วมออกแบบ (Participatory design, CO-design)



ภาพที่ 6 การมีส่วนร่วมออกแบบ (CO-design)



ภาพที่ 7 การรับฟังความคิดเห็น Hearing



ภาพที่ 8 การรับฟังความคิดเห็น Hearing



ภาพที่ 9 “ร่วมบันทึกประวัติศาสตร์ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีผู้รักหลากหลายทางเพศถูกปฏิบัติสิทธิในการสมรส” ณ ศาลรัฐธรรมนูญ

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธีรยุทธ ทองมูลธิ์
วันเดือนปีเกิด	9 พฤษภาคม 2524
สถานที่เกิด	จังหวัดสุราษฎร์ธานี
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	62/20 หมู่ที่ 9 ตำบลขุนทะเล อำเภอเมือง จังหวัดสุราษฎร์ธานี
ประวัติการศึกษา	
พ.ศ. 2546	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
พ.ศ. 2550	นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ประวัติการทำงาน	
พ.ศ. 2548 – 2550	นายความประจำสำนักงานนายความ ทรงยศ ยอดคนตรี
พ.ศ. 2551 – ปัจจุบัน	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏ สุราษฎร์ธานี