

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

วันที่รับบทความ: 16 เมษายน 2567

วันแก้ไขบทความ: 23 เมษายน 2567

วันตอบรับบทความ: 26 เมษายน 2567

ณัฐพัชร วัชรสกาวงศ์¹

วรรณวิภา เมืองถ้ำ²

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวม (2) ศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายอื่นของไทย เปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นของต่างประเทศ (3) วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (4) เสนอแนะแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวม

บทความนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งใช้วิธีศึกษาวิจัยเอกสารด้วยวิธีการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมเอกสาร ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร บทบัญญัติของกฎหมาย บทความ คำพิพากษาของศาลฎีกา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ เอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

ผลการศึกษาพบว่า มีปัญหาทางกฎหมาย 4 ประการ คือ (1) ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ครอบคลุมถึงเพศสภาพ (2) ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีเพศก้ำกวม (3) ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลที่มีภาวะเพศก้ำกวม และ (4) ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศก้ำกวม ในการศึกษาครั้งนี้จึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

คำสำคัญ: บุคคลเพศก้ำกวม, สถานะทางกฎหมายของบุคคลเพศก้ำกวม, สิทธิของบุคคลเพศก้ำกวม

ประเภทบทความ: บทความวิจัย

¹ นิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ผู้รับผิดชอบบทความ อีเมล: sakaowan.yuu@gmail.com



และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในประเด็นต่อไปนี้ (1) แก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อวางหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศให้ครอบคลุมถึงบุคคลเพศกำกวม (2) เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการชะลอการระบุเพศของบุคคลที่เกิดมามีภาวะเพศกำกวม (3) เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปลี่ยนคำนำหน้านามของบุคคลเพศกำกวมโดยไม่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดร่วมด้วย (4) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศกำกวม

The problem of protection of the rights of intersex persons According to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560

Received: 16 April 2024

Revised: 23 April 2024

Accepted: 26 April 2024

Natthapat Watcharasakaowong¹

Wanwipa Muangtham²

ABSTRACT

This study aims to (1) explore the historical background, concepts, and theories related to the protection of the rights of intersex persons. (2) examine legal measures concerning the protection of the rights of intersex persons according to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 and other Thai laws. Compare these with the protection of the rights of intersex persons under the constitutions and laws of foreign countries. (3) analyze legal problems and various obstacles related to the protection of the rights of intersex persons according to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (4) suggest guidelines for amending the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 and other laws related to protecting the rights of intersex persons.

Keywords: Intersex persons, Legal status of intersex persons, Rights of intersex persons

Type of Article: Research Article

¹ Master of Laws, Major in Public Law Legal studies Sukhothai Thammathirat Open University

² Assistant Professor, Lecturer in the Department of Law Sukhothai Thammathirat Open University

Corresponding author Email: sakaowan.yuu@gmail.com

This independent study employs qualitative research methods, specifically utilizing a document research approach. The research involves collection of a wide range of documents, including those in both Thai and foreign languages such as books, theses, journals, legal texts, articles, Supreme Court judgments, Constitutional Court decisions, and international court rulings. Various related documents from foreign countries are also included in the study, along with information gathered from both domestic and international sources on the internet.

The results of the study revealed four legal problems: (1) The issue of establishing the principle prohibiting unfair discrimination based on gender according to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, gender is not covered. (2) Problems of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 and related laws for not having provisions for the state to have a duty to recognize and protect the rights of intersex persons. (3) The issues that the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 and related laws are absent of provisions mandating the state to recognize and protect the rights of intersex persons. (4) The problem lies in the absence of provisions in the Constitution B.E. 2560 and related laws guaranteeing the right to start a family for intersex persons. This study, therefore, recommends to amend the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 and related laws on the following issues: (1) Amending the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560, to lay down the principle of prohibiting unfair discrimination on the basis of gender to cover people of ambiguous gender. (2) Adding provisions to the Civil Registration Act, B.E. 2534 to establish criteria for delaying gender identification for individuals born with gender dysphoria. (3) Adding the provisions to the Female Titles Act, B.E. 2551, to set criteria for changing titles for persons of ambiguous gender without the need for surgery. (4) Amending provisions in the Civil and Commercial Code, Section. 1448 to guarantee and protect the right to form a family for intersex persons.

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลเพศกำกวม หรืออินเตอร์เซ็กส์ (Intersex) คือ บุคคลที่มีอวัยวะเพศและ/หรือโครงสร้างทางกายภาพที่เกี่ยวข้องกับการสืบพันธุ์แตกต่างไปจากทั้งเพศชายและเพศหญิง บุคคลเพศกำกวมจึงเป็นบุคคลที่เกิดมาพร้อมกับลักษณะทางร่างกายที่ผสมผสานกันระหว่างเพศชายและหญิง ทั้งในแง่ของโครโมโซม อวัยวะเพศ หรือฮอร์โมน โดยเด็กที่มีภาวะเพศกำกวมนี้มักถูกพ่อแม่เลือกเพศให้ตั้งแต่เด็กโดยการให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะเพศให้เหลือเพียงเพศเดียว เพื่อประโยชน์ในการระบุเพศเด็กในสูติบัตร ทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัว



ประชาชน หนังสือเดินทาง อันเป็นเอกสารมหาชนซึ่งแบ่งแยกเพศบุคคลตามแบบเพศภาครัฐ กล่าวคือ แบ่งประชากรของรัฐออกเป็น 2 เพศ คือ เพศชายและเพศหญิงเท่านั้น

ลักษณะของอวัยวะเพศกำกวมแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแท้และประเภทเทียม ประเภทแท้หมายถึง เด็กหรือบุคคลคนนั้นมีอวัยวะทั้ง 2 ประเภท หรือมีต่อมอวัยวะทั้ง 2 เพศ โดยมีทั้งรังไข่และลูกอัณฑะในคน ๆ เดียวกัน ส่วนประเภทเทียมจะมีอวัยวะหรือต่อมอวัยวะใดประเภทหนึ่ง เช่น ประเภทหญิงก็มีอวัยวะหรือต่อมอวัยวะเพศหญิง ประเภทชายก็มีอวัยวะหรือต่อมอวัยวะเพศชายอย่างเดียว แต่ลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏนั้นไม่สามารถระบุให้ชัดเจนได้ว่าเป็นเพศใด อย่างไรก็ตามการที่มีอวัยวะเพศกำกวมนี้ไม่ส่งผลต่อสุขภาพของเด็ก สุขภาพโดยทั่วไปและการเจริญเติบโตของเด็กที่มีเพศกำกวมจะไม่ต่างจากเด็กคนอื่น แต่จะมีผลทางด้านสุขภาพจิตทั้งตัวเด็กและพ่อแม่ โดยพ่อแม่มักเป็นกังวลอย่างมากตั้งแต่การดูแลการแต่งตัวหรือปฏิบัติตัวตามขนบธรรมเนียมประเพณีว่าจะเลี้ยงลูกที่มีเพศกำกวมให้เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย ส่วนตัวเด็กเองก็มีปัญหาในเรื่องของการเข้ากับเพื่อนและกลุ่มสังคมได้ยาก จึงนำไปสู่การที่พ่อแม่ตัดสินใจให้ลูกที่มีเพศกำกวมเข้ารับการผ่าตัดแก้ไขให้มีเพียงเพศเดียว ซึ่งเป็นการที่พ่อแม่เลือกเพศให้ลูก ไม่ใช่การที่บุคคลเพศกำกวมเลือกเพศของตนเอง โดยแพทย์มักทำการรักษาภาวะอวัยวะเพศกำกวม โดยการวินิจฉัยว่าเด็กเพศกำกวมเป็นเพศกำกวมประเภทแท้หรือประเภทเทียมก่อน หากเป็นประเภทแท้จะแบ่งการรักษาเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก รักษาด้วยการให้ฮอร์โมน ประเภทสอง คือ ผ่าตัดดูว่าเด็กเข้าข่ายลักษณะไหน ถ้าเป็นผู้หญิงก็ผ่าตัดให้เป็นอวัยวะหญิง เช่น ไม่มีช่องคลอดก็ทำช่องคลอด ส่วนอวัยวะเพศกำกวมประเภทเทียมต้องดูตามลักษณะของเด็กและอวัยวะของเด็ก ถ้าเด็กมีรังไข่ก็จะพยายามผ่าตัดเด็กคนนั้นให้เป็นผู้หญิง ถ้ามีลูกอัณฑะก็ผ่าตัดเป็นเพศชาย บ่อยครั้งที่พ่อแม่ของเด็กต้องการระบุเพศของเด็กตามที่ตนต้องการ เช่น ลักษณะของเด็กเป็นผู้ชายมีอวัยวะเพศชาย แต่ต้องการผ่าตัดเป็นเพศหญิง เพื่อที่จะได้ระบุเพศของเด็กเป็นเพศหญิง ทำให้อาจเกิดปัญหาเมื่อเด็กเพศกำกวมโตเป็นผู้ใหญ่และต้องการเป็นเพศที่ตรงกันข้ามกับเพศที่พ่อแม่เลือกให้อันนำไปสู่ปัญหาว่าการผ่าตัดเลือกเพศให้เด็กเพศกำกวมเพื่อประโยชน์ในการระบุเพศลงในเอกสารมหาชนเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือไม่ และการผ่าตัดเลือกเพศให้เด็กเพศกำกวมในขณะที่เด็กนั้นยังไม่อาจให้ความยินยอมหรือโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเด็กนั้นเป็นการละเมิดสิทธิในชีวิตและร่างกายของเด็กเพศกำกวม

จะเห็นได้ว่าบุคคลเพศกำกวมประสบปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินชีวิตนับตั้งแต่เกิด รวมถึงเสี่ยงต่อการถูกกลั่นแกล้งหรือสิทธิเสรีภาพและละเมิดสิทธิมนุษยชนหลายประการ แต่หากพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บทในการสร้างหลักประกันเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกฎหมายอื่น ๆ ประกอบแล้ว กลับพบว่า ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวมไว้อย่างใด ทำให้บุคคลเพศกำกวมประสบปัญหาจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจากสังคมและระบบกฎหมายหลายประการ ซึ่งอาจสรุปเป็นประเด็นปัญหาได้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ครอบคลุมถึงเพศสภาพ ทำให้สิทธิของบุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

แม้มาตรา 27 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” แต่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ (Sex) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับดังกล่าว ก็ไม่อาจตีความขยายถึง “เพศสภาพ” (Gender) หรือ “เพศวิถี” (Sexual Orientation) ได้ ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 เกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ซึ่งอนุญาตให้เฉพาะชาย กับหญิงเท่านั้นสมรสกันได้ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 และเผยแพร่คำวินิจฉัยฉบับเต็มเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2564) โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในตอนหนึ่งว่า “...คำว่า ‘เพศ’ (Sex) หมายถึง ลักษณะทางชีวภาพที่ใช้ในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ออกเป็นผู้ชายและผู้หญิง ส่วน ‘เพศสภาพ’ หรือ ‘สถานะเพศ’ (Gender) หมายถึง ลักษณะในเชิงสังคมและจิตวิทยาสังคมที่ใช้เป็น พื้นฐานในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ว่า ‘เป็นหญิง’ (Feminine) ‘เป็นชาย’ (Masculine) การที่บุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศอ้างว่าตนมีเสรีภาพในการที่จะอยู่กินกับบุคคลใดย่อมสามารถขอจดทะเบียนสมรสได้นั้น เป็นเพียงความรู้สึกและความพึงพอใจทางเพศที่วัดจากการแสดงออกหรือบทบาททางเพศที่แสดงออกใน ลักษณะของความชอบ โดยอาจเรียกกลุ่มคนที่มีความพึงพอใจทางเพศแบบนี้ว่า บุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศ หรือความเชื่อมโยงทางเพศ หรือบุคคลที่เกิดมามีภาวะทางร่างกายหรือจิตใจไม่ตรงกับเพศที่อาจมีมา ตั้งแต่กำเนิดหรือในภายหลัง เช่น คนที่ชอบเพศเดียวกัน หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) คนที่ชอบ ทั้งสองเพศ (Bisexual) และกลุ่มข้ามเพศ (Transgender) ตลอดจนคนที่รักได้ทุกเพศ หรืออาจไม่สนใจเรื่อง เพศก็ได้ (Queer) และขยายไปถึงผู้ที่มีอวัยวะทั้งสองเพศ (Intersex) เป็นต้น ข้อสังเกตในการจำแนกเหล่านี้ ล้วนเปรียบเทียบจากหลักในเรื่องเพศชายและหญิงทั้งสิ้น..” และอีกตอนหนึ่งว่า “...การปฏิบัติให้ถูกต้อง สอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติจะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่ถือเอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มา รวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจน การยอมรับสิ่งที่แตกต่างให้กลายเป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างจึงไม่ อาจกระทำได้...” ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า คำว่า “เพศ” ในมาตรา 27 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญตีความเป็นบรรทัดฐานว่า หมายความว่าถึง ลักษณะ ทางชีวภาพที่ใช้ในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ออกเป็นผู้ชายและผู้หญิง เท่านั้น ไม่อาจตีความขยายถึงลักษณะใน เชิงสังคมและจิตวิทยาสังคมที่ใช้เป็นพื้นฐานในการแบ่งแยกกลุ่มมนุษย์ว่า ‘เป็นหญิง’ (Feminine) ‘เป็นชาย’ (Masculine) หรือที่เรียกว่า “เพศสภาพ” ได้เลย และการถือเอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มารวมกับความเป็นหญิง



ชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจนเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ ซึ่งการตีความดังกล่าวทำให้สิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวมไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวม ทำให้บุคคลเพศกำกวมไม่อาจเรียกร้องสิทธิจากรัฐ และไม่อาจใช้สิทธิของตนยันกับรัฐหรือเอกชนได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดหมวด “หน้าที่ของรัฐ” เพิ่มเติมเอาไว้ โดยมีเนื้อหาหลายประการที่เคยเป็น “สิทธิ” ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และได้ถูกเปลี่ยนเป็น “หน้าที่ของรัฐ” เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2560 กลับเปลี่ยนให้เป็น “หน้าที่ของรัฐ” ต้องจัดมาตรการหรือกลไกคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิผู้บริโภคในการรับรู้ข้อมูลที่เป็นจริง ด้านการศึกษาที่ถูกกำหนดในรัฐธรรมนูญทั้ง พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 ให้บุคคลมีสิทธิเสมอกันด้านการศึกษาขั้นพื้นฐาน ก็ได้เปลี่ยนเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการให้ ด้านสาธารณสุขการเข้าถึงบริการสาธารณสุขจากรัฐซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพที่เดิมในรัฐธรรมนูญทั้ง พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้เป็น “สิทธิ” ของประชาชน ก็ได้เปลี่ยนไปเป็นหน้าที่ของรัฐ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ที่สะดวก รวดเร็ว และสิทธิในการมีทนายความ ถูกจัดตำแหน่งแห่งที่ใหม่ในรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ไม่เขียนให้เป็นสิทธิของประชาชน แต่เปลี่ยนแปลงเป็น “หน้าที่ของรัฐ” ที่ต้องจัดการให้ทั้งสิ้น ซึ่งการกำหนดเป็นสิทธิ จะส่งผลให้บุคคลมีสถานะเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ที่จะสามารถเรียกร้องสิทธินั้นต่อรัฐ ใช้สิทธินั้นยันกับประชาชนคนอื่น ยันกับรัฐ ยันกับเอกชน หรือนิติบุคคล รวมทั้งรัฐต่างประเทศ หรือองค์กรระหว่างประเทศ ไม่ให้มาละเมิดต่อสิทธิของตัวเองได้ และรัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองไม่ให้ถูกละเมิดและสนับสนุนให้ประชาชนใช้สิทธิได้ในขณะที่การบัญญัติเป็นหน้าที่ของรัฐ รัฐจะเป็นผู้จัดการให้ ส่วนประชาชนเป็นผู้รอรับสิทธิ นั้น ผลเสียที่เกิดขึ้น คือ ประชาชนไม่อาจเรียกร้องจากผู้อื่นได้นอกจากรัฐ และการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 วางหลักให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่ใช่สิทธิของประชาชนอีกต่อไป หากแต่เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องกำหนดกลไกในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวม ทำให้บุคคลเพศกำกวมไม่อาจเรียกร้องสิทธิจากรัฐ และไม่อาจใช้สิทธิของตนยันกับรัฐหรือเอกชนในทางใด ๆ ได้เลย

3. ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม

ปัญหาหลักในการดำรงชีวิตและการอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมของบุคคลเพศกำกวม ได้แก่ ปัญหาการที่ภาครัฐไม่ให้สิทธิการเปลี่ยนคำนำหน้านามของบุคคลเพศกำกวมให้ตรงกับเพศสภาพโดยไม่ต้องทำการผ่าตัด เปลี่ยนแปลงร่างกายให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งก่อน ปัญหาการที่บุคคลเพศกำกวมมักอับอายและหลบซ่อนตัวตนจากการรับรู้ของสังคมถึงความผิดปกติของร่างกายของตนด้วยการปลอมแปลงเอกสารระบุตัวบุคคลของตนเอง จนกระทั่งนำไปสู่ปัญหาการถูกตรวจค้น จับกุม คุมขัง และจำคุกในเวลาต่อมา ซึ่งก็พบว่าบุคคลที่มีภาวะเพศ

คำถามยังประสบปัญหาการถูกละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจากการถูกตรวจค้น จับกุม คุมขัง และจำคุกพร้อมด้วย เนื่องจากการในการตรวจค้น และจับกุมผู้ต้องหา พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจดังกล่าว ต้องกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาทิ การตรวจค้นบุคคลที่เป็น เพศหญิงต้องให้เจ้าหน้าที่หญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ค้น ซึ่งการประเมินเพศของผู้ต้องหาจากเพศสภาพที่ปรากฏ ภายนอกหรือจากเอกสารระบุตัวบุคคลเท่านั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่ทราบถึงภาวะการมีสองเพศ ของผู้ต้องหา อันส่งผลให้การตรวจค้นหรือจับกุมนั้นอาจเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ต้องหาที่เป็นบุคคลเพศ ก้ำกวม และเมื่อผู้ต้องหาถูกคุมขังหรือกระทั่งถูกจำคุก ก็ปรากฏปัญหาในการจัดสถานที่ควบคุมตัวหรือการ แยกแดนภายในเรือนจำหรือทัณฑสถานอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 วาง หลักเกณฑ์การแยกแดนของผู้ต้องขังด้วยการจำแนกตามเพศ ซึ่งไม่รวมถึงเพศสภาพด้วย ทำให้ผู้ต้องขังที่เป็น บุคคลเพศก้ำกวมมีความเสี่ยงที่จะถูกทำร้ายร่างกาย หรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ กระทั่งความเสี่ยงในการติด โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ภายในเรือนจำหรือทัณฑสถานด้วย

4. ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของ บุคคลที่มีภาวะเพศก้ำกวม

จากแนวคิดเรื่องเพศภาวะรัฐหรือการที่รัฐแบ่งแยกประชาชนออกเป็นสองเพศ (Binary Sexes) คือ เพศหญิงและเพศชาย ทำให้บทบัญญัติเรื่องการสมรสระหว่างบุคคลซึ่งระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 1448 มีลักษณะที่รับรองการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศกำเนิดแตกต่างกันเท่านั้น เมื่อนำมา พิจารณาประกอบกับแนวคิดทางศาสนาในประเด็นความศักดิ์สิทธิ์แห่งการสมรสที่ว่า ศาสนายอมให้บุคคลมี เพศสัมพันธ์กันโดยไม่ผิดบาป ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องมีเพศสัมพันธ์นั้นจะต้องเป็นไปเพื่อการสืบเผ่าพันธุ์เท่านั้น รวมถึงแนวคิดเรื่องการให้สิทธิสวัสดิการของรัฐแก่ประชาชนต้องยึดโยงกับความสามารถในการเพิ่มจำนวน ประชากรรุ่นต่อไปให้แก่รัฐนั้น ส่งผลให้บุคคลที่มีภาวะเพศก้ำกวมถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการก่อตั้ง ครอบครัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ควรปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญที่ 20/2564 เกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเป็นเอกฉันท์ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ซึ่งอนุญาตให้เฉพาะชายกับหญิงเท่านั้นสมรสกันได้ไม่ขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในคำวินิจฉัยดังกล่าวตอนหนึ่งว่า “...โดยความหมายของการ สมรส หมายถึง การที่ชายและหญิงตกลงที่จะใช้ชีวิตร่วมกันด้วยความสมัครใจ มีความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยา เพื่อการสืบเผ่าพันธุ์ มีความผูกพันช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ภายใต้ศีลธรรม จารีตประเพณี หลัก ศาสนา และกฎหมายของแต่ละสังคม เป็นจุดเริ่มต้นของการก่อตั้งสถาบันครอบครัว ที่ถือเป็นสถาบันพื้นฐาน ของสังคม เพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมและเป็นจุดเริ่มต้นในการสร้างบทบาทที่เชื่อมโยงกับสถาบันอื่น ๆ ของสังคม การสมรสจึงสงวนไว้เฉพาะชายและหญิงตามเพศที่กำหนด ให้สามารถเป็นคู่สมรส เป็นสามีภรรยาที่ ชอบด้วยกฎหมายได้...” และอีกตอนหนึ่งที่ว่า “...วิถีสังคมไทย ตลอดจนแนวทางปฏิบัติและการตีความ กฎหมายของประเทศไทยมีความเชื่อถือสืบต่อกันมาว่า การสมรสสามารถกระทำได้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีต



ประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรส คือ การที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยา เพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตร ดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา ซึ่งการสมรสในระหว่างบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่สามารถสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้...” ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงบุคคลที่มีเพศกำเนิดแตกต่างกันหลายคู่ที่สมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย ตามหลักศาสนา และตามจารีตประเพณี แต่เลือกที่จะไม่มีบุตรหรือไม่สามารถมีบุตรได้ ทว่ารัฐก็ยังคงให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลดังกล่าวโดยไม่มีเงื่อนไขของการมีทายาทสืบสกุลมากำหนดกีดกันการสมรสหรือสิทธิเนื่องมาจากการสมรสไว้ การสมรสของบุคคลที่มีเพศกำเนิดกับบุคคลที่มีเพศเดียวกันจึงไม่ควรจะถูกกีดกันเช่นเดียวกัน ในทางตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญควรมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศกำเนิดไว้อย่างชัดเจนด้วย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิด
- 2) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิดตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐมอลตา และสาธารณรัฐอินเดีย
- 3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิด

ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหาของแนวคิดหลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศ และศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดในการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำเนิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับรัฐธรรมนูญเครือรัฐออสเตรเลีย และรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของหลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่มีเพศกำเนิด และแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

- 1) ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวม
- 2) ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐมอลตา และสาธารณรัฐอินเดีย
- 3) ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560
- 4) ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวม

แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

การคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวม

สิทธิมนุษยชน อันประกอบไปด้วย บรรดาสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงมีมาพร้อมกับการเกิดมาเป็นมนุษย์ และเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือจะเป็นบุคคลที่มีเพศกำกวม ย่อมได้รับการคุ้มครองและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของตนตามหลักสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายทั้งหลายภายในรัฐนั้นจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง หรือที่เรียกว่าต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว เป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่า ดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีเพศกำกวมก็ตาม ทุกคนมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐได้กระทำการใดไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่สามารถกระทำได้

ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งใช้วิธีศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยวิธีการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมเอกสาร ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร บทบัญญัติของกฎหมาย บทความ คำพิพากษาของศาลฎีกา



คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) และเสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมต่อไป

ผลการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นของต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศก้ำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ เครือรัฐออสเตรีย สาธารณรัฐมอลตา และสาธารณรัฐอินเดีย ทำให้ทราบว่าบุคคลที่มีเพศก้ำกวมประสบปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตเป็นอย่างมาก ทั้งปัญหาการที่ภาครัฐไม่ให้สิทธิการเปลี่ยนคำนำหน้านามของบุคคลเพศก้ำกวมให้ตรงกับเพศสภาพโดยไม่ต้องทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงร่างกายให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งก่อน และปัญหาการไม่ให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญทั่วโลก ในขณะที่ตามกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนี (Personenstandsgesetz (PStG) 2013) § 22 (3) บัญญัติให้ “ในกรณีที่ไม่สามารถระบุว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชายเพศใดเพศหนึ่งได้ ให้บันทึกสถานะทางแพ่งในทะเบียนของเกิดโดยไม่มีการระบุเพศ” ทำให้การระบุเพศของเด็กเพศก้ำกวมมีสถานะเป็น “X” ทั้งนี้ พบว่าในหนังสือเดินทาง และบัตรประจำตัวประชาชนชาวเยอรมันนั้นไม่มีการระบุเพศของบุคคลไว้อยู่แล้ว และกรณีที่มิได้ระบุเพศขณะจดทะเบียนเกิด บิดามารดาผู้ปกครองสามารถส่งข้อมูลนี้ให้ภาครัฐในภายหลังโดยการยื่นคำขอระบุเพศไปยังสำนักทะเบียน ตามมาตรา § 27(3) No.4 แห่งกฎหมาย PStG ที่กำหนดให้บิดามารดาสามารถระบุเพศบุตรภายหลังการจดทะเบียนการเกิดได้ (Folgebeurkundung) โดยในเงื่อนไขการขอระบุเพศเพิ่มเติม นั้น ไม่จำเป็นต้องมีใบรับรองแพทย์หรือคำสั่งของศาลมาประกอบแต่อย่างใด และมาตรา § 27(3) No.4 แห่ง PStG นี้ ยังสามารถใช้ได้กับกรณีที่เด็กเพศก้ำกวมที่โตเป็นผู้ใหญ่แล้วและมีความประสงค์ที่จะระบุเพศที่ยังไม่ได้กำหนดไว้ก่อนหน้านี้ต่อสำนักทะเบียน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของทั้งสองสถานการณ์ข้างต้นไว้อย่างชัดเจน สำหรับสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศก้ำกวมในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ปัจจุบันมีกฎหมายการจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิต (Eingetragene Lebenspartnerschaft) มาตรา § 1353(1) B ü rgerliches Gesetzbuch (BGB) ที่แก้ไขใหม่นั้นระบุว่า การสมรสสามารถทำได้ทั้งกรณีที่คนสองคนมีเพศต่างกันหรือเพศเดียวกัน ในขณะที่บุคคลที่มีเพศก้ำกวมไม่ได้ถูกระบุเพศ ดังนั้น หากตีความตามกฎหมายฉบับนี้บุคคลเพศก้ำกวมที่ไม่ได้ระบุเพศไว้ย่อมไม่สามารถสมรสกับบุคคลอื่นได้ บุคคลเพศก้ำกวมจึงจะต้องดำเนินการแจ้งระบุเพศก่อนการสมรสตามกฎหมาย

จากการศึกษาประเด็นเกี่ยวกับบุคคลเพศก้ำกวมตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบันพบว่า กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์คำนึงถึงความเป็นไปได้ของความแปรผันทางเพศตั้งแต่แรกเกิดของบุคคล มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เมื่อมีการนำประมวลกฎหมายใหม่เกี่ยวกับสถานะส่วนบุคคลและกฎหมายครอบครัวมาใช้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีข้อกำหนดที่ทำให้บิดามารดาสามารถระบุเพศของบุคคลตาม

กฎหมายว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง (M หรือ F) แก่บุตรในภายหลังได้ โดยบิดามารดาสามารถเลือกกระบวนไม่ทราบเพศของเด็กได้ โดยมักเป็นกรณีที่กฎหมายและหลักปฏิบัติแยกออกจากกัน ซึ่งบิดามารดายังคงไม่ค่อยได้ใช้การเลือกไม่ระบุเพศของบุตรในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2018 ศาลชั้นต้นของ Limburg ใช้บทบัญญัตินี้ในลักษณะที่ไม่คาดคิด โดยใช้เพื่อตีความในทางกลับกัน นั่นคือ ตามคำร้องขอของอัยการ (เจ้าหน้าที่ van Justitie) ศาลได้มีคำสั่งให้นายทะเบียนเทศบาลโรเออร์มอนด์เปลี่ยนการระบุเพศของบุคคลในสูติบัตรจากเพศหญิงเป็น “ไม่สามารถระบุเพศได้” (not possible to establish) ทว่าในส่วนของการสมรสนั้น มาตรา 1:30(1) แห่ง Burgerlijk Wetboek (BW) หรือ ประมวลกฎหมายแพ่งดัตช์ ระบุว่า การสมรสเปิดให้กระทำระหว่างบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกันหรือเพศเดียวกัน ทว่าความเป็นไปได้ของการสมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศอื่นหรือไม่มีเพศนั้นไม่ได้อยู่ความรับรู้ของผู้บัญญัติกฎหมายเลย แนวคิดเรื่องเพศแบบทวิภาคหรือระบบสองเพศนี้ ยังสามารถเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายอนุญาตเพียงเพื่อแก้ไขหรือเปลี่ยนเพศตามกฎหมายเป็นเพศชายหรือเพศหญิงเท่านั้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลเพศกำกวมในออสเตรเลียมีรากฐานมาจากแนวคิดในการเปลี่ยนแปลงการระบุเพศของบุคคลข้ามเพศมากกว่าแนวคิดที่มีที่มาจากบุคคลที่กำเนิดมา มีเพศกำกวมโดยแท้ และแม้ว่าจะมีรัฐและดินแดนที่นำร่องในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเพศลงในเอกสารราชการ เช่น ดินแดนออสเตรเลียแคปิตอลเทร์ริทอรี (Australian Capital Territory (ACT)) และรัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) แต่ในหลายรัฐก็ยังไม่มีการรับรองทางกฎหมายหรือการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมที่เฉพาะเจาะจงและเหมาะสม มีเพียงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลข้ามเพศโดยทั่วไปซึ่งมักจะถูกตรวจสอบเพื่อพิจารณาให้ความคุ้มครอง (ที่ไม่สมบูรณ์) แก่บุคคลข้ามเพศได้ สำหรับการจดทะเบียนการเกิดของรัฐและดินแดนอื่น ๆ นอกจากดินแดนออสเตรเลียแคปิตอลเทร์ริทอรี และรัฐเซาท์ออสเตรเลีย นั้นพบว่า พ่อแม่ต้องระบุเพศของเด็กต้องโดยแจ้งต่อนายทะเบียนเมื่อมีการจดทะเบียนการเกิดทันที ไม่อาจจะล่อการระบุเพศไว้ได้ และการระบุเพศมักจะขึ้นอยู่กับผลการตรวจร่างกาย การตรวจอวัยวะเพศเด็ก และสามารถจดทะเบียนการเกิดโดยระบุเพศได้เฉพาะชายหรือหญิงเท่านั้น ในขณะที่ในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย เพศของเด็กจะได้รับการจดทะเบียนก็ต่อเมื่อสามารถระบุเพศอย่างชัดเจนได้เท่านั้น โดยไม่จำต้องระบุเฉพาะเพศชายหรือเพศหญิง เท่านั้น สำหรับการอนุญาตให้ระบุเพศอื่น ๆ เพิ่มเติมนั้น พบว่า ดินแดนออสเตรเลียแคปิตอลเทร์ริทอรี กำหนดให้ระบุเพศของเด็กในกรณีที่สามารระบุได้ชัดเจนเท่านั้น หากมีการระบุเพศเด็กสามารถเลือกระบุในทะเบียนว่าเป็น “เพศชาย” “เพศหญิง” “เพศกำกวม” “เพศยังไม่แน่ชัด” หรือกระทั่ง “ควรได้รับคำแนะนำ” ลงในสูติบัตรได้ และการจดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศของเด็กยังสามารถกระทำได้ในเวลาหกเดือนอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดแรงกดดันของพ่อแม่ที่จะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับเพศของเด็ก อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีเพียงดินแดนออสเตรเลียแคปิตอลเทร์ริทอรีเท่านั้นที่อนุญาตให้ระบุเพศของเด็กลงในทะเบียนการเกิดเป็นอื่นนอกจากชายหรือหญิงได้ แต่สำหรับในรัฐอื่นบุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงการระบุเพศทางทะเบียนในภายหลังเพื่อระบุสถานะทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงเพศที่ระบุทางทะเบียนเหล่านี้ส่วนใหญ่สร้างขึ้น



เพื่อประโยชน์ของบุคคลข้ามเพศ หากแต่ว่าตัวกฎหมายเองก็ยังคงทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศได้อย่างไม่สมบูรณ์นัก อย่างไรก็ตาม กลุ่มบุคคลข้ามเพศก็ยังเป็นกลุ่มที่มีพลังขับเคลื่อนเดียวที่มีอยู่ในปัจจุบัน ภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางและรัฐอื่น ๆ รวมถึงดินแดนต่าง ๆ ของออสเตรเลีย ซึ่งในปัจจุบันสามารถเปลี่ยนสูติบัตรได้สองวิธี คือ 1) ผ่านการแก้ไขทางปกครอง หรือ 2) โดยการเปลี่ยนแปลงเพศที่จดทะเบียน

1. การแก้ไขทางปกครอง ในทุกรัฐสามารถแก้ไขสูติบัตรผ่านการแก้ไขทางปกครอง ซึ่งในประเด็นนี้กฎหมายทุกรัฐและทุกดินแดนของออสเตรเลียบัญญัติเหมือนกันทุกประการ กล่าวคือ ศาลที่มีเขตอำนาจสามารถอนุญาตให้นายทะเบียนจดทะเบียนแก้ไขทางทะเบียนเพื่อนำรายการเกี่ยวกับข้อมูลที่มีความเฉพาะเจาะจงเพื่อให้สอดคล้องกับความเป็นจริงและน่าเชื่อถือที่สุดได้ ยกตัวอย่างเช่น ในรัฐวิกตอเรีย มีการนำกฎหมายนี้มาใช้เพื่อให้บุคคลที่มีเพศกำกวมสามารถยกเลิกการระบุเพศของตนตามที่ปรากฏในสูติบัตรและเปลี่ยนเป็น “ไม่ระบุเพศ” ได้

นายทะเบียนของรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้ออกคำแนะนำแนวทางปฏิบัติในการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขทางทะเบียนบุคคลว่า สำหรับบุคคลที่มีเพศกำกวมที่ถูกระบุเพศเป็นชายหรือหญิง ซึ่งภายหลังเกิดการเปลี่ยนแปลงเป็นเพศอื่น ๆ สามารถดำเนินการเปลี่ยนแปลงเพศที่ระบุโดยการแก้ไขทางปกครองได้ หากพบว่าเพศที่ระบุไว้นั้นไม่ถูกต้อง อย่างไรก็ตาม คำแนะนำดังกล่าวก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะครอบคลุมสถานการณ์ซึ่งบุคคลนั้นไม่ต้องการเปลี่ยนเป็นชายหรือหญิง แต่ต้องการใช้ถ้อยคำแทนการรับรู้ตัวตนว่าพวกเขาเป็น “เพศกำกวม” เพื่อเปลี่ยนแปลงเพศที่ได้จดทะเบียนไว้ได้หรือไม่ โดยวิธีในการเปลี่ยนเพศที่ระบุในสูติบัตรคือการใช้กลไกในการเปลี่ยนเพศที่จดทะเบียนไว้เดิม ซึ่งดินแดนออสเตรเลียแคปิตอลเทร์ริทอรี และรัฐเซาท์ออสเตรเลีย เป็นเพียงสองรัฐที่มีบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงที่อนุญาตให้บุคคลเปลี่ยนเพศเป็น “เพศกำกวม” ในสูติบัตรได้

2. การเปลี่ยนแปลงเพศที่จดทะเบียน

ตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิด การตาย และการจดทะเบียนสมรส ค.ศ. 1997 มาตรา 24 (1) บัญญัติว่าบุคคลอาจยื่นคำร้องต่อนายทะเบียนทั่วไปเพื่อแก้ไขบันทึกของเพศบุคคลในทะเบียนการเกิดของบุคคลนั้นได้ ในกรณีต่อไปนี้

- (a) บุคคลนั้นมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และ
- (b) การเกิดของบุคคลนั้นได้รับการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (c) บุคคลนั้นเชื่อว่าเพศของตนเป็นเพศที่ได้รับระบุในคำร้อง (เพศที่เปลี่ยนแปลง)
 - (i) ได้รับการรักษาทางคลินิกที่เหมาะสมสำหรับการเปลี่ยนแปลงของเพศบุคคล หรือ
 - (ii) เป็นคนข้ามเพศ

หากบุคคลดังกล่าวเป็นเด็ก ผู้ปกครองหรือผู้รับผิดชอบเด็กแทนผู้ปกครองสามารถอาศัยเหตุเดียวกันในการยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศทางทะเบียนได้ แต่ต้องมีเหตุควรเชื่ออันสมควรว่าการเปลี่ยนแปลงบันทึกเรื่องเพศของเด็กเป็นไปโดยความยินยอมและดีที่สุดสำหรับตัวเด็กเอง

สำหรับสถานการณ์สมรสของบุคคลเพศกำกวมในออสเตรเลียนั้น ได้รับการแก้ไขเมื่อรัฐสภาออสเตรเลียมีมติผ่านพระราชบัญญัติแก้ไขการสมรส (คำจำกัดความและเสรีภาพทางศาสนา) ค.ศ. 2017 ซึ่งแก้ไขโดยใช้

คำว่า “บุคคลสองคน” แทนคำนิยามเดิมของการสมรสระหว่าง “ชายหญิง” ตามพระราชบัญญัติการสมรส ค.ศ. 1961 คำจำกัดความหรือนิยามที่กว้างขึ้นนี้เป็นจุดสำคัญที่แตกต่างจากการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในอังกฤษ (Same Sex Couples) ตามพระราชบัญญัติการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ค.ศ. 2013 ซึ่งระบุเพียงว่า การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนั้นชอบด้วยกฎหมาย โดยถ้อยคำว่าบุคคลสองคนนั้นมีความหมายครอบคลุมถึงบุคคลเพศกำกวมด้วย ทำให้บุคคลเพศกำกวมมีสิทธิสมรสกับบุคคลอื่นได้ทุกเพศ

กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมของมอลตานั้น นอกจากจะคุ้มครองการเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารมหาชนแล้ว ยังรวมถึงมาตรการในการปกป้องและเคารพความเป็นส่วนตัวของผู้ที่แก้ไขประวัติการเกิดของตนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย โดยมาตรา 11 ได้วางหลักกำหนดให้บุคคลที่เข้าถึงข้อมูลการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลอื่นเพื่อแสวงหาประโยชน์มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ใดถูกตัดสินว่ากระทำความผิดนี้จะต้องระวางโทษปรับระหว่าง 1,000 ยูโร ถึง 5,000 ยูโร และส่วนที่ 2 ของมาตรานี้ช่วยเพิ่มความคุ้มครองมีอยู่ภายใต้กฎหมายอาชญากรรมจากความเกลียดชังซึ่งรวมถึงการเกลียดชังทางเพศ โดยเฉพาะการแสดงออกและลักษณะทางเพศเป็นแรงจูงใจให้เกิดความเกลียดชังอันนำไปสู่อาชญากรรมที่เพิ่มมากขึ้น โดยมีบทลงโทษตามมาตรา 83B ของประมวลกฎหมายอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการเกลียดชังบุคคล โดยอาศัยเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ และมาตรา 12 ที่ให้การรับรองว่าเจ้าหน้าที่ที่ได้รับข้อมูลในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ห้ามมิให้มีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ทั้งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และพระราชบัญญัติการรักษาความลับทางวิชาชีพและการคุ้มครองข้อมูล จึงกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติอัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และลักษณะทางเพศ ของมอลตา ค.ศ. 2015 (The Maltese Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015 (the 2015 Act)) ได้ขยายการคุ้มครองการต่อต้านการเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจนและการส่งเสริมความเท่าเทียมด้านสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยนอกจากที่กล่าวมาแล้ว มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้มีการตีความและบังคับใช้บรรทัดฐานกฎระเบียบ และขั้นตอนต่าง ๆ ในลักษณะที่ส่งเสริมการเข้าถึงและใช้สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ ทั้งในหมวดย่อย 2 ของมาตรานี้ยังได้กำหนดภาระหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะ จัดการเลือกปฏิบัติและการคุกคามที่ผิดกฎหมายบนพื้นฐานของเพศ อัตลักษณ์ การแสดงออกทางเพศ และลักษณะทางเพศ พร้อมกันนั้นก็ได้รับมอบอำนาจความเท่าเทียมกันของโอกาสจะต้องได้รับการส่งเสริมโดยบริการสาธารณะโดยไม่คำนึงถึงรสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และลักษณะทางเพศของบุคคล รวมถึง มาตรา 13(3) ได้ขยายพันธกรณีเหล่านี้นอกเหนือจากการให้บริการสาธารณะไปเป็นรวมถึงหน่วยงานภาคเอกชน หน่วยงานและหน่วยงานผู้มีอำนาจทั้งหมดนั้นเก็บรักษานบันทึกส่วนตัวและ/หรือรวบรวมข้อมูลทางเพศ เอกสารให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นเวลาสามปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเพื่อแก้ไขแบบฟอร์ม บันทึกและข้อมูล เพื่อให้สะท้อนถึงมาตรฐานใหม่ในการปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

จากการศึกษาประเด็นสิทธิของบุคคลเพศกำกวมตามกฎหมายของอินเดีย พบว่า ศาลอินเดียได้มีคำพิพากษาว่าอิจเราะห์หรือบุคคลเพศกำกวมนั้นถือเป็นเพศที่สามและอนุญาตให้บุคคลเพศกำกวมและบุคคล



ข้ามเพศมีสิทธิในการระบุตัวตนไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงหรือเพศที่สาม โดยตามมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญอินเดีย อีจเราะห์และบุคคลข้ามเพศจะถูกจัดอยู่ในประเภททางสังคมและการศึกษาถึงภูมิหลังในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายรวมถึงประโยชน์ด้านการศึกษาและการสาธารณสุข ซึ่งศาลอินเดียได้ออกคำสั่งบังคับต่อส่วนกลาง รัฐบาลอินเดียและหน่วยงานของรัฐจะต้องจัดให้มีการรับรองทางกฎหมายสำหรับการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลเพศกำกวม ดำเนินการเฝ้าระวังการติดเชื้อ HIV จัดให้มีการรักษาพยาบาล จัดให้มีห้องสุขาสาธารณะและสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นแยกเป็นสัดส่วน และจัดสวัสดิการสังคมแผนงาน รัฐบาลอินเดียกลางและรัฐได้รับการร้องขอให้ยกระดับสร้างความตระหนักรู้ของสาธารณชนและใช้มาตรการเพื่อให้บุคคลกำกวมสามารถกลับคืนสู่การได้รับความเคารพและตำแหน่งในสังคมที่พวกเขาเคยได้รับในวัฒนธรรมและวิถีชีวิตทางสังคม ที่สำคัญศาลอินเดียยังได้ประกาศว่าการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อให้บุคคลได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการผ่านทางเอกสารประจำตัวนั้นถือว่าเป็นการผิดศีลธรรมและผิดกฎหมาย

อภิปรายผลการวิจัย

จากการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ทำให้ทราบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติใดหรือถ้อยคำใดในหลักการและเหตุผลที่กล่าวถึงหรือทำให้ทราบได้ว่า รัฐไทยรับรู้ถึงความมีอยู่และตระหนักถึงปัญหาและสิทธิของบุคคลเพศกำกวม ซึ่งเป็นบุคคลที่ต่างออกไปจากบุคคลกลุ่ม LGBTQ อย่างสิ้นเชิง และไม่สามารถจัดรวมอยู่ในกลุ่มดังกล่าวนี้ได้เลย เนื่องจากปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกับบุคคลเพศกำกวมเป็นปัญหาที่เกิดจากภาวะความผิดปกติของร่างกาย ความสมบูรณ์ของอวัยวะเพศ สรีระ และฮอร์โมนเพศ ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดปกติของคนพิการ ซึ่งรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของคนพิการเอาไว้อย่างชัดเจน และมีกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของคนพิการไว้อย่างมากมายและครอบคลุมแทบทุกความต้องการพิเศษของกลุ่มคนพิการ แต่ทว่ารัฐธรรมนูญกลับไม่กล่าวถึงและไม่รับรู้ถึงความต้องการพิเศษของบุคคลเพศกำกวม ในทางตรงกันข้ามผู้ใช้และตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญกลับมองว่าบุคคลเพศกำกวม หรือบุคคลที่มีอวัยวะเพศทั้งสองเพศนี้ เป็นเพียงประเภทของบุคคลที่ถูกขยายให้ดูเหมือนกับว่ากลุ่ม LGBTQ เป็นกลุ่มที่มีความหลากหลายมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งไม่ถูกต้อง ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง และไม่ยุติธรรมกับบุคคลเพศกำกวมด้วยประการทั้งปวง สถานการณ์การคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศกำกวมล้าหลังมากเมื่อเทียบกับสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ เครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐมอลตา และสาธารณรัฐอินเดีย เนื่องจากปัจจุบันทั้งห้าประเทศให้สิทธิพลเมืองของตนที่เป็นบุคคลเพศกำกวมในการชะลอการระบุเพศเมื่อแรกเกิด จัดเปลี่ยนแปลงรายการเกี่ยวกับเพศของตนในทะเบียนราษฎร หรือกระทั่งมีสิทธิเลือกที่จะไม่ระบุเพศไว้ในเอกสารของทางราชการที่สามารถนำไปใช้ยืนยันกับเอกชนได้ด้วย ตลอดจนมีการกำหนดให้สิทธิการสมรสและการรับบุตรบุญธรรมของบุคคลเพศกำกวม ซึ่งถือเป็นสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล เพศก้ำกวม ดังนี้

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27 วรรคสาม

จากบทบัญญัติเดิม

มาตรา 27 วรรคสาม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

แก้ไขเพิ่มเติมเป็น

มาตรา 27 วรรคสาม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 เพิ่มเติมบทบัญญัติ “ในกรณีที่บุตรเกิดมามีภาวะเพศก้ำกวม ให้บิดามารดาแจ้งข้อมูลโดยระบุชื่อบุตร และข้อมูลอื่นที่จำเป็นเพื่อการดำเนินงานทะเบียนต่าง ๆ ในพระราชบัญญัตินี้ โดยสามารถเลือกละเว้นข้อมูลระบุเพศของบุตรเอาไว้จนกระทั่งบุตรนั้น มีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ บิดามารดาหรือบุตรนั้นเองมีหน้าที่มาดำเนินการระบุเพศของบุตรหรือของตน ตามใบสำคัญความเห็นของแพทย์และความรับรู้ทางเพศของบุตรหรือของตนก่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่เด็กมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์”

พระราชบัญญัติค่านำนานามหญิง พ.ศ. 2551 เพิ่มเติมบทบัญญัติ “ในกรณีที่บุคคลมีภาวะเพศก้ำกวมโดยกำเนิด ให้บุคคลนั้นสามารถเปลี่ยนค่านำนานามเป็นเพศที่แพทย์ระบุในหนังสือรับรองหรือใบสำคัญความเห็นแพทย์ได้เมื่ออายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ โดยจะมีการผ่าตัดแก้ไขเพศของบุคคลนั้นให้มีเพียงเพศเดียวร่วมด้วยหรือไม่ก็ได้

การเปลี่ยนค่านำนานามของบุคคลเพศก้ำกวม ตามวรรคหนึ่งให้เปลี่ยนแปลงได้เพียงครั้งเดียว ตลอดชีวิตของบุคคลนั้น”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 แก้ไขข้อความจาก “การสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว...”

แก้ไขเป็น “การสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อบุคคลมีอายุครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว...”



องค์ความรู้ใหม่ที่ได้จากการศึกษา

ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ครอบคลุมถึงเพศสภาพ ทำให้สิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวมไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีเพศกำกวม ทำให้บุคคลเพศกำกวมไม่อาจเรียกร้องสิทธิจากรัฐ และไม่อาจใช้สิทธิของตนยันกับรัฐหรือเอกชนได้ ปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม และปัญหาเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีภาวะเพศกำกวม เป็นปัญหาสำคัญที่กระทบสิทธิของบุคคลเพศกำกวมเป็นอันมาก จึงสมควรที่จะต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบ และทำความเข้าใจ เพื่อหาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

เอกสารอ้างอิง

- กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย. *หลักสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : แนวความคิดและภาคปฏิบัติ*. https://gistda.or.th/ewtadmin//ewt/gistda_web/article_attach/articlefile_2021072215424920210.pdf สืบค้นเมื่อ 30 ธันวาคม 2565.
- คณะกรรมการศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2549). *แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของชนชาวไทย*. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- จันทร์จิรา หวังจิตร. *ความหมาย ความสำคัญ แนวคิด และหลักการของสิทธิมนุษยชน*. <https://sites.google.com/site/sakanza1234567/khwam-hmay-khwam-sakhay-naewkhid-laea-hlak-kar-khxng-siththi-mnusy-chn>.
- นัชชา ตันติวิทยาพิทักษ์. ‘นอน-ไบนารี’ สำนักทางเพศที่ไม่ใช่ชาย-หญิง หรือความเรียงมากของคนที่ไม่เข้าพวก?. <https://prachatai.com/journal/2018/01/74982>
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. วิญญูชน.
- พงษ์พิลัย วรรณราช. “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” แท้จริงแล้วเหมือนกันอย่างไร?. <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act83.htm>
- ภัทรชนน ศักดิ์ศิริสัมพันธ์. *เรื่องราวชาว Intersex กลุ่ม LGBTQ “I”A+ ที่ไม่ควรมองข้าม และการแสดงออกผ่านงานศิลปะ*. <https://www.gqthailand.com/culture/art-and-design/article/intersex-and-art>
- วศิน มีวัฒนา. *อวัยวะเพศกำกวมในเด็กทารกแรกเกิด*. <https://www.si.mahidol.ac.th/th/healthdetail.asp?aid=70>



ศุภรา ศรีปริวาทีน. แนวคิดและหลักการของสิทธิมนุษยชน. [http://www.thaipolitics government.org](http://www.thaipoliticsgovernment.org).

สถาบันพระปกเกล้า. สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. [http://www.thaipolitics government.org](http://www.thaipoliticsgovernment.org).

Jens M. S, Anatol D., & Tobias, H. (2018). *THE LEGAL STATUS OF INTERSEX PERSONS*. United Kingdom: Intersentia Ltd.

M. van den Brink & Tigchelaar, J. (2014). *M/V en verder. Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders [M/F and beyond. Sex registration by the government and the legal position of trans genders]* Boom Juridische Uitgevers: Den Haag.