



วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศในประเทศไทย

ชื่อผู้แต่ง: มาตาลักษณ์ เสรมธากุล

การอ้างอิงที่แนะนำ: มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, “ความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศในประเทศไทย,” (2564) 3 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 450.

### ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON  
& PARTNERS**  
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

*Seri Manop & Doyle*

**Baker  
McKenzie.**



SAIJO DENKI

ร่วมกับ



บริษัท ซัยโจ เด็นกิ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด สมาคมนิติศาสตร์ มธ.



### ผู้สนับสนุนร่วม



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง  
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล [tu.lawjournal@tu.ac.th](mailto:tu.lawjournal@tu.ac.th)

## ปกิณกะกฎหมาย

### ความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วย การรับรองเพศในประเทศไทย\*

### The Necessity of a Law on Gender Recognition in Thailand

มาตาลักษณ์ เสรมเมธากุล

รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Matalak Seramethakul

Associate Professor, Faculty of Law, Thammasat University

แม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยจะปราศจากการเคลื่อนไหวหรือการต่อต้านที่รุนแรงจากสังคมในประเด็นของความหลากหลายทางเพศ หากแต่เมื่อพิจารณาในเชิงลึกซึ่งกลับพบว่า “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก”<sup>1</sup> ซึ่งแสดงอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดยังต้องประสบกับปัญหาพื้นฐานที่สำคัญหลายประการ เช่น

\* คัดย่อมาจาก มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์และคณะ, ‘โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเพื่อจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ’ (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว 2559).

<sup>1</sup> ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” เพื่อให้สอดคล้องกับการจำแนกกลุ่มประชากรศึกษา โดยอาศัยแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ โครงการวิจัยนี้มีความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของประชากรทุกกลุ่มให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยมุ่งเน้นไปที่การบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็น “ทางเลือก” ให้แก่ประชากรกลุ่มน้อยของประเทศ เพื่อส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ ด้วยเหตุนี้จึงจะจงที่จะใช้คำว่า “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” แทนคำอื่นที่ปรากฏในงานวิชาการสาขาที่แตกต่างกัน เพื่อเน้นย้ำให้เห็นถึงสิทธิในการเลือกของประชากรกลุ่มนี้ซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิอย่างแท้จริง ทั้งนี้ การจำแนกประชากรออกเป็น 2 กลุ่มคือ “ประชากรกลุ่มหลัก” และ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” ผู้เขียนไม่ได้มีเจตนาที่จะบ่งชี้ถึงการแปลกแยกของผู้คนในสังคม หากแต่ต้องการชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมให้กับประชากรซึ่งเป็นกลุ่มน้อยในสังคมให้ได้มีพื้นที่ยืนในประเทศไทยอย่างสง่างามเฉกเช่น “ประชากรกลุ่มหลัก” เป็นสำคัญ.

- ความไม่ชัดเจนในการจำแนกกลุ่มประชากรที่มีความหลากหลายทางเพศจนทำให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องตรงกันตามหลักวิชาการ<sup>2</sup>

- ความสับสนต่อสถานะทางสังคมและสถานะทางกฎหมายของ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก”

- ความซับซ้อนในการพิจารณาเพศสภาพของ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” เนื่องจากบางคนอาจเลือกที่จะปกปิดสถานะทางเพศที่ตนเองพึงประสงค์ไว้ ในขณะที่บางคนเลือกที่จะแสดงอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตนเองอย่างชัดเจนตั้งแต่อายุยังน้อย

ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” ได้รับผลกระทบในการดำเนินชีวิตประจำวัน ด้วยเหตุนี้ ในมุมมองของนักกฎหมายจึงมีความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเลือกที่จะดำรงเพศสภาพแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดให้กับ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแปลงเพศในประเทศไทยกลับกำหนดเงื่อนไขในการแปลงเพศไว้อย่างเคร่งครัด โดยข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่อง เกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552<sup>3</sup> และประกาศแพทยสภาที่ 58/2552 เรื่อง แนวทางการปฏิบัติต่อผู้ที่มีพฤติกรรมสับสนในเพศตนเอง หรือต้องการรักษาเพื่อการแปลงเพศ<sup>4</sup> ได้กำหนดกรอบในการให้การรักษาด้วยวิธีแปลงเพศไว้อย่าง “จำกัด” กล่าวคือ การผ่าตัดแปลงเพศจะกระทำได้ในรายที่ผู้ป่วยนั้นเป็นโรคที่มีข้อบ่งชี้ว่าสมควรรักษาด้วยการแปลงเพศ และมีความสามารถในการปรับตัวกับเพศใหม่ได้เท่านั้น ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความยากลำบากของประชากรกลุ่มนี้ในการเข้าถึงการแปลงเพศในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ ผู้เขียนพบว่า การเข้าถึงสิทธิในการแปลงเพศยังมีข้อจำกัดในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างทางด้านร่างกาย สังคม เศรษฐกิจ การเมือง ความเชื่อทางศาสนาอีกด้วย ซึ่งข้อจำกัดเหล่านี้อาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรูปแบบอื่นได้ด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า ในปัจจุบันหลายประเทศได้มีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะทางเพศให้แก่บุคคลที่ผ่านการผ่าตัดทางเพศ โดยอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวสามารถเปลี่ยนไปใช้คำสรรพนามนำหน้าชื่อให้ตรงกับ “เพศทางเลือก” ที่ตนเองพึงประสงค์ได้ ไม่ว่าจะเป็นประเทศในทวีปยุโรปเกือบทุกประเทศ ยกเว้นประเทศแอลเบเนีย (Albania) และ อันดอร์รา (Andorra) ทวีปอเมริกา เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา

<sup>2</sup> ผลจากการศึกษาเพื่อทบทวนวรรณกรรมพบว่า อุปสรรคสำคัญของโครงการวิจัยนี้ คือ ความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันเกี่ยวกับ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” โดยเฉพาะความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการจำแนกประชากรในกลุ่มนี้ ซึ่งงานวิจัยในอดีตจนถึงปัจจุบันมีการจำแนก “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยความต่างนี้มาจากการอาศัยพื้นฐานความรู้ทางวิชาการที่ไม่เหมือนกันจึงส่งผลให้การจำแนกประชากรในกลุ่มนี้ขาดความเป็นเอกภาพในทางวิชาการไปด้วย นอกจากนี้ การเลือกใช้คำที่บ่งชี้ถึง “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” ในงานวิจัยซึ่งต่างสาขาวิชาที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งทำให้เกิดความสับสนแก่สังคม และก่อให้เกิดความยากลำบากในการทำงานร่วมกันระหว่างสาขาวิชาต่าง ๆ ในประเด็นเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ.

<sup>3</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126 ตอนพิเศษ 77 ง (29 พฤษภาคม 2552).

<sup>4</sup> ราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทย, แนวทางปฏิบัติสำหรับจิตแพทย์ในการช่วยเหลือผู้ที่มีปัญหาเอกลักษณ์ทางเพศ 2552 (18 กันยายน 2552).

บราซิล ทวีปออสเตรเลีย เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ทวีปเอเชีย เช่น ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ รัสเซีย จีน เวียดนาม ลาว ฟิลิปปินส์ และทวีปแอฟริกา เช่น นามิเบีย อียิปต์ แอฟริกาใต้ ปานามา<sup>5</sup> เป็นต้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาความเคลื่อนไหวของประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองประชากรกลุ่มเพศทางเลือกแล้ว ผู้เขียนพบว่า นอกจากประเทศไทยจะมีความเคร่งครัดของเงื่อนไขในการแปลงเพศแล้ว ประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองสถานะทางเพศที่สอดคล้องกับ “เพศทางเลือก” ของผู้ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศไว้ในกฎหมายฉบับใด ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งแสดงถึงการปฏิเสธความมีตัวตนของ “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” ในมุมมองของนักนิติศาสตร์ได้อย่างชัดเจน อันถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้แปลงเพศที่ส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของประเทศไทยในมุมมองของประชาคมอาเซียน และในมุมมองของสังคมโลก ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ<sup>6</sup> ที่ล้วนเกี่ยวข้องกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยสาเหตุทางเพศทั้งสิ้น

ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยต้องตระหนักถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด โดยเฉพาะบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการรับรองสถานะทางกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน แม้ว่า ในปัจจุบันสังคมไทยจะไม่ได้กีดกัน “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก” ที่เป็น Lesbian Gay Bisexual Transgender Queer Intersexual (LGBTQI+) อย่างชัดเจนเหมือนในอดีต แต่ประชากรส่วนใหญ่ก็ยังไม่ยอมรับสถานะทางของกฎหมายของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกเหล่านี้ เนื่องจากประชาชนส่วนหนึ่งในสังคมยังคงมีทัศนคติในทางลบต่อกลุ่ม LGBTQI+ เพราะตกอยู่ภายใต้กรอบความคิด ความเชื่อและทัศนคติในทางลบบางประการของสังคมไทย<sup>7</sup> เช่น เชื่อว่าเป็นอาการเจ็บป่วยที่เกิดจากผิดปกติทางจิต (โรคทางจิตเวช) หรือมองว่าเป็นผลกรรมตามความเชื่อในทางศาสนา เป็นต้น ซึ่งปัญหาของทัศนคติทางลบดังที่กล่าวมานี้มีที่มาจากการที่สังคมไทยยังขาดความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับ LGBTQI+ จนนำไปสู่การปฏิเสธหรือการไม่ยอมรับในตัวตนของประชากรกลุ่มนี้ ทั้งจากคนในครอบครัวและจากคนในสังคมแวดล้อม ยิ่งไปกว่านั้น LGBTQI+ ในประเทศไทยต้องเผชิญกับการตีตราและการเลือกปฏิบัติในหลายรูปแบบ<sup>8</sup> โดยเฉพาะการถูกปฏิเสธการจ้างงาน การเลื่อนตำแหน่ง การถูกไล่ออกจากงานหลังจากที่เปิดเผยวิถีทางเพศของตน หรือถูกจำกัดให้ทำงานอยู่เพียงไม่กี่ประเภท เช่น งานบริการต้อนรับแขก งานบันเทิง และธุรกิจบริการทางเพศ เป็นต้น ซึ่งสถานการณ์

<sup>5</sup> วัชรินทร์ สังข์แก้ว, ‘สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ’ (สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).

<sup>6</sup> เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : CEDAW) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child : CRC) เป็นต้น.

<sup>7</sup> บุชกร สุริยสาร, *อัตลักษณ์และวิถีทางเพศในประเทศไทย*; องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ประจำประเทศไทย กัมพูชา และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว; โครงการส่งเสริมสิทธิ ความหลากหลาย และความเท่าเทียมในโลกของการทำงาน (PRIDE) (องค์การแรงงานระหว่างประเทศ 2557).

<sup>8</sup> เพิ่งอ้าง.

ที่บ่งชี้ถึงสภาพปัญหาในปัจจุบันของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ล้วนตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งผู้เขียนพบว่า การศึกษาองค์ความรู้เกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศและวิวัฒนาการของแนวคิดสิทธิมนุษยชนในสังคมโลกจะช่วยให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกันทางเพศได้ตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นอันเร่งด่วนในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองเพศให้แก่ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก ซึ่งจะส่งผลให้ประชากรกลุ่มนี้ได้มีที่ยืนในสังคมและได้รับการยอมรับในตัวตนเฉกเช่นมนุษย์ทุกคนต่อไป

ทั้งนี้ สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ล่วงละเมิดไม่ได้และเป็นสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากความต้องการของมนุษยชาติ ด้วยเหตุนี้ หากแปลความตามตัวอักษรคำว่า “สิทธิของมนุษย์” ซึ่งนักสิทธิมนุษยชนกล่าวถึงนั้นจึงไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ หากแต่เป็นอำนาจหรือประโยชน์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและมีอยู่ในมนุษย์ทุกคน โดยไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติ และศาสนา<sup>9</sup> โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพรวมถึงความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้ใน มาตรา 27 โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า บุคคลย่อมเสมอภาคในทางกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังมีการเลือกปฏิบัติบางประการกับประชากรกลุ่มเพศทางเลือกในประเด็นสำคัญ ดังนี้

1. **สิทธิในร่างกาย** เนื่องจากประชากรกลุ่มหลักบางส่วนยังมองประชากรกลุ่มเพศทางเลือกว่าแตกต่างจากตนและเป็นความแปลกแยกไปจากสังคมโดยรวม จึงนำไปสู่การกลั่นแกล้ง (Bully) การทำร้ายร่างกาย รวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศด้วย

2. **สิทธิในการทำงาน** ประชากรกลุ่มเพศทางเลือกมักถูกกีดกันหรือถูกห้ามไม่ให้ทำงานบางประเภทหรือได้รับเงินค่าจ้างน้อยกว่าคนอื่น รวมถึงถูกปฏิเสธในการรับเข้าทำงาน แม้ว่าจะมีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับงานดังกล่าวก็ตาม

3. **สิทธิในการสมรส** สำหรับประเทศไทย แม้จะไม่ได้กำหนดให้เพศวิถีของบุคคลเพศหลากหลายเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ระบบกฎหมายไทยยังคงจำแนกเพศของบุคคลเป็น 2 เพศ โดยอาศัยเกณฑ์การจำแนกตามเพศโดยกำเนิดอย่างเคร่งครัด และไม่เปิดช่องทางให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศได้ ไม่ว่าในกรณีใด ยิ่งไปกว่านั้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิตคู่ การสมรสก็ยังคงรับรองสถานะทางกฎหมายเฉพาะการสมรสระหว่างคู่รักต่างเพศเท่านั้น โดยการสมรสจะนำมาซึ่งสิทธิของคู่สมรสตามกฎหมายทั้งในแง่ทรัพย์สิน การดูแล การทำนิติกรรมสัญญา ความเป็นครอบครัว เป็นต้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีคู่รักเพศเดียวกันแล้วย่อมเห็นถึงความแตกต่างในสิทธิหน้าที่ทาง

<sup>9</sup> จักรพันธ์ สอนสุภาพ, ‘ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2533) 32-33.



กฎหมายของคู่ชีวิตในกรณีเหล่านี้ได้อย่างชัดเจน ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันของสิทธิในการสร้างครอบครัว เช่นนี้ส่งผลให้ประชากรกลุ่มเพศทางเลือกต้องเผชิญกับความยุ่งยาก ทั้งในการใช้ชีวิตประจำวันและการใช้ชีวิตคู่เป็นอย่างมาก<sup>10</sup>

อนึ่ง การต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมระหว่างเพศในประเทศไทยเริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนที่สุดในการต่อสู้และเรียกร้องเพื่อให้มีการยกร่าง พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จนนำไปสู่การบังคับใช้เป็นกฎหมาย ซึ่งผลของพระราชบัญญัติฉบับนี้ทำให้เกิดการห้ามการเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุทางเพศในทุกรูปแบบในที่สุด<sup>11</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยปัญหาของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกมีลักษณะเฉพาะ ดังนั้น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จึงไม่อาจแก้ไขปัญหาที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนได้จึงนำไปสู่ความพยายามในการยกร่างกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงเพื่อให้ความคุ้มครองในประเด็นอื่น เช่น สิทธิในการสมรส ซึ่งปัจจุบันสังคมไทยมีคู่รักเพศเดียวกันที่ใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะครอบครัวเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศ แต่กฎหมายกลับไม่ได้รับรองสถานภาพในการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน ซึ่งส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันไม่อาจทำการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ จึงนำไปสู่การรณรงค์และผลักดันให้มีการเสนอ “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เพื่อรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันเพื่อให้สามารถทำการสมรสกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กลับพบว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะรับรองความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันในรูปแบบ “คู่ชีวิต” (Civil Partnership) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ คู่รักเพศเดียวกันจึงไม่อาจถือว่าเป็น “คู่สมรส” ตามกฎหมายและไม่ใช่ “การสมรสระหว่างคนเพศเดียวกัน” (Same-Sex Marriage) แต่อย่างใด<sup>12</sup> อันส่งผลให้ไม่สามารถเข้าถึงการรับรองสิทธิในฐานะ “คู่สมรส” ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องได้<sup>13</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงมีการจัดทำโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเพื่อจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ” เพื่อนำเสนอกรอบความคิดและแนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติรับรองเพศ พ.ศ. .... ขึ้นมาแทนร่าง พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เพื่อให้มีความครอบคลุมการรับรองสถานะทางกฎหมายของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกในทุกด้าน โดยมุ่งเน้นไปที่การบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็น “ทางเลือก” ในการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ ซึ่งโครงการวิจัยนี้ได้เจาะจงใช้คำว่า “ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก”<sup>14</sup> แทนคำอื่นที่ปรากฏในงาน

<sup>10</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, *บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย* (มูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ 2556).

<sup>11</sup> ดู พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

<sup>12</sup> โปรดดูรายละเอียดใน ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... <<https://krisdika.go.th>> สืบค้นเมื่อ 7 มิถุนายน 2564.

<sup>13</sup> เช่น สิทธิในเงินบำเหน็จบำนาญของคู่ชีวิต สิทธิในกองมรดกของคู่ชีวิต หรือสิทธิในการได้รับการลดหย่อนภาษีในฐานะคู่สมรส เป็นต้น.

<sup>14</sup> ซึ่งในงานวิจัยชิ้นนี้มุ่งเน้นไปที่กลุ่มประชากร 3 กลุ่ม คือ 1. กลุ่มที่มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน 2. กลุ่มที่ประสงค์จะแปลงเพศแต่ไม่สามารถกระทำได้ด้วยข้อจำกัดทางด้านสุขภาพ ความเชื่อ ศาสนาและเศรษฐกิจ 3. กลุ่มที่แม้ยังไม่มีการผ่าตัดแปลงเพศแต่ได้ดำเนินชีวิตในเพศสภาพที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดจนเป็นที่ประจักษ์ทางสังคมเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี.

วิชาการสาขาที่แตกต่างกัน เพื่อเน้นย้ำให้เห็นถึงสิทธิในการเลือกของประชากรกลุ่มนี้ซึ่งเป็นเจ้าของสิทธินี้อย่างแท้จริง โดยงานวิจัยฉบับนี้<sup>15</sup> ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองประชากรกลุ่มเพศทางเลือก โดยเริ่มจากการรับรองสิทธิให้กับบุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด โดยเฉพาะบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ให้ได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นแนวทางของสหรัฐอเมริกา แคนาดา ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น มาเลเซีย ฮองกง และออสเตรเลีย ทั้งนี้ เหตุผลประการสำคัญที่กำหนดขอบเขตของการคุ้มครองประชากรกลุ่มเพศทางเลือกไว้ที่บุคคลซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วเป็นกลุ่มแรกก็เนื่องมาจากการเริ่มต้นให้ความคุ้มครองแก่ประชากรกลุ่มเพศทางเลือก ในขณะที่สังคมยังขาดความชัดเจนและขาดความเป็นเอกภาพในการจำแนกประชากรกลุ่มนี้ การบัญญัติกรอบความคุ้มครองทางกฎหมายจึงควรต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์เป็นตัวชี้วัด เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้ง การจำกัดขอบเขตของผู้ที่จะสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอรับรองเพศไว้ที่บุคคลซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะช่วยให้ประชากรกลุ่มหลักในสังคมไทยคลายความวิตกกังวลและพร้อมที่จะแบ่งปันพื้นที่ในสังคมให้กับประชากรกลุ่มนี้ได้ง่ายขึ้นด้วย นอกจากนี้ การสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิของประชากรกลุ่มเพศทางเลือกกับการอยู่ร่วมกันในสังคมด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ถือเป็นเรื่องที่ต้องจำเป็นและต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ดังนั้น การรับรองเพศและการกำหนดขอบเขตในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนรับรองเพศตามร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศจึงต้องตั้งอยู่บนหลักของความได้สัดส่วนและความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับประชากรกลุ่มอื่นในสังคมให้มากที่สุดด้วย

ทั้งนี้ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองเพศฉบับนี้<sup>16</sup> มุ่งประสงค์ให้เกิดประโยชน์ในการคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานให้สอดคล้องกับเพศสภาพที่บุคคลดังกล่าวได้เลือกที่จะดำรงอยู่ในปัจจุบันให้มากที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการมีเพศสภาพของบุคคลอีกต่อไป

ด้วยเหตุนี้ เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในหลายประเทศแล้ว<sup>17</sup> เห็นควรกำหนดเงื่อนไขเบื้องต้นเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิยื่นคำร้องไว้ โดยวางหลักไว้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้จะให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้ที่แปลงเพศแล้วเป็นสำคัญ เว้นแต่มีเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเศรษฐกิจ สุขภาพ ความเชื่อทางศาสนา หรือมีการแสดงเจตจำนงที่จะไม่แปลงเพศด้วยเหตุผลเฉพาะตัวเป็นการพิเศษ ทั้งนี้ ผู้ยื่นขอใช้สิทธิตามร่างพระราชบัญญัติ พ.ศ. ....<sup>18</sup> ต้องผ่านเงื่อนไขบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น

<sup>15</sup> โปรดดูรายละเอียดใน มาดาลักษณ์ ออรุงโรจน์และคณะ, 'โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเพื่อจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศ' (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว 2559).

<sup>16</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>17</sup> เพิ่งอ้าง ภาคผนวก ข.

<sup>18</sup> ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... (เชิงอรรถ 12).



(1) ผู้ร้องต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์หรือบรรลุนิติภาวะโดยการสมรส  
 (2) ไม่มีคู่สมรส หรือในกรณีที่มิใช่คู่สมรสต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสหรือศาล (เหตุที่ต้องขอความยินยอมเนื่องจากจะทำให้เป็นคดีที่ไม่มีข้อพิพาท แต่ถ้าใช้วิธีอนุญาตให้คัดค้าน จะทำให้เกิดคดีรกราคาลได้)

(3) ไม่มีบุตร หรือในกรณีที่มิบุตรจะยื่นคำร้องขอแปลงเพศได้ต่อเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะทุกคนแล้วเท่านั้น (เพื่อความเข้าใจและไม่สับสนของผู้เป็นบุตร)

(4) ไม่สามารถใช้ชีวิตโดยปกติสุขได้ตามเพศที่กำหนด

(5) ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

(6) มีคุณสมบัติอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>19</sup>

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ใน 4 กรณีหากผู้ร้องไม่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาก่อนอันเนื่องมาจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ มีข้อจำกัดเกี่ยวกับฐานะทางเศรษฐกิจ มีอุปสรรคเกี่ยวกับสุขภาพและความพร้อมของร่างกายและจิตใจ มีความเชื่อทางศาสนา เกี่ยวกับการห้ามการผ่าตัดแปลงเพศ และแสดงเจตนาจำนงที่จะยื่นคำร้องขอรับรองเพศโดยไม่ประสงค์จะดำเนินการแปลงเพศเป็นกรณีพิเศษ (Self-Determination) ซึ่งต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบ ดังนี้

1. ต้องผ่านการตรวจประเมินจากจิตแพทย์และแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเกี่ยวกับลักษณะทางกายภาพของความเป็นชายและหญิง เพื่อยืนยันถึงความชัดเจนและความสอดคล้องของเจตนาในการดำรงสถานะทางเพศเดิมแต่ประสงค์จะดำเนินชีวิตตามเพศวิถีที่ตนเลือก

2. ต้องมีการแถลงหรือยื่นเอกสารประกอบคำร้องเกี่ยวกับเจตนารมณ์ที่ไม่ต้องการกลับไปเป็นเพศโดยกำเนิดของตนอีก (State Declaration)

3. มีระยะเวลาในการดำรงเพศที่ประสงค์ติดต่อกัน (Minimum Requirement) ไม่น้อยกว่าสองปี

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับผู้อ่านาจวินิจฉัยนั้น เห็นว่าการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อคัดกรองคำร้องและดำเนินวินิจฉัยในเบื้องต้น น่าจะเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับสังคมไทยในปัจจุบันที่นิยมความสะดวกรวดเร็ว และไม่ประสงค์จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นควรให้มีคณะกรรมการจำนวน 2 ชุดที่จะทำหน้าที่ต่าง ๆ ที่จำเป็นในการดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการในการยื่นคำร้อง โดยเทียบเคียงกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมตามที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า ประเทศไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักรก็ได้กำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งหรือมีคำวินิจฉัยเพื่อรับรองเพศเช่นกัน

<sup>19</sup> กรณีนี้ คณะผู้วิจัยประสงค์จะรับฟังความคิดเห็นของประชากรกลุ่มต่าง ๆ ในการวิพากษ์ร่างกฎหมายที่จะมีขึ้นในอนาคต เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ร้องในกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศในประเทศไทย.

ในประเด็นเกี่ยวกับผลของการรับรองเพศนั้น จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ<sup>20</sup> พบว่า ควรกำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการผู้มีอำนาจสามารถนำไปสู่การขึ้นทะเบียนรับรองเพศ อีกทั้งเห็นควรให้มีการกำหนดการคุ้มครองผลของการรับรองเพศในหลายประเด็นที่สำคัญ เช่น

- (1) ให้ถือว่าผู้ร้องมีเพศใหม่ตามที่ได้รับการขึ้นทะเบียนรับรองเพศ
- (2) ผู้ร้องที่ได้รับรองเพศแล้วมีสิทธิในการขอเปลี่ยนชื่อหรือคำนำหน้าชื่อในเอกสารราชการ โดยนายทะเบียนต้องดำเนินการให้ตามความประสงค์ของผู้ร้อง
- (3) ผู้ร้องที่ได้รับรองเพศแล้วมีสิทธิในการขอเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารราชการให้สอดคล้องกับเพศใหม่

(4) ผู้ร้องที่ได้รับรองเพศแล้วมีสถานะและสิทธิทางกฎหมายโดยถือตามเพศใหม่

ซึ่งผลจากการรับรองสถานะทางเพศตามร่างกฎหมายฉบับนี้จะส่งผลในทางปฏิบัติที่เป็น การคุ้มครองเพศสภาพใหม่ที่บุคคลดังกล่าวได้เลือกแล้ว ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- ผู้ที่เป็นชายโดยกำเนิดแต่ได้รับการรับรองเพศสภาพในฐานะที่เป็น “หญิง” ตามเงื่อนไขของ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ย่อมสามารถทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับผู้ที่เป็นชายโดยกำเนิดได้ เพราะตนมีเพศสภาพเป็นหญิงตามที่กฎหมายให้การรับรองไว้แล้ว

- ผู้ที่เป็นชายโดยกำเนิดแต่ได้รับการรับรองเพศสภาพในฐานะที่เป็น “หญิง” ตามเงื่อนไขของ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ต้องถูกเกณฑ์ทหารเนื่องจากมีเพศสภาพเป็นหญิงตามการรับรองเพศ ในร่างกฎหมายฉบับนี้

- ผู้ที่เป็นหญิงโดยกำเนิดแต่ได้รับการรับรองเพศสภาพในฐานะที่เป็น “ชาย” ตามเงื่อนไขของ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ย่อมสามารถทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับผู้ที่เป็นหญิงโดยกำเนิดได้ เพราะตนมีเพศสภาพเป็นชายตามที่กฎหมายให้การรับรองไว้แล้ว

- ผู้ที่เป็นหญิงโดยกำเนิดแต่ได้รับการรับรองเพศสภาพในฐานะที่เป็น “ชาย” ตามเงื่อนไขของ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ต้องถูกเกณฑ์ทหารเนื่องจากมีเพศสภาพเป็นชายตามการรับรองเพศในร่าง กฎหมายฉบับนี้ เป็นต้น

ทั้งนี้ แนวทางดังกล่าวนี้เป็นเพียงข้อเสนอแนะเบื้องต้นจากผลการวิเคราะห์เทียบเคียงแนวทาง ในกฎหมายต่างประเทศในหลายประเทศ เช่น แคนาดา อาร์เจนตินา ไอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส เยอรมนี ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับบริบทและวิถีชีวิต ของประชาชนชาวไทย ซึ่งแนวทางดังที่กล่าวมานี้ อาจได้รับการปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสภาพ สังคมไทยในโอกาสต่อไป

<sup>20</sup> มาตาลีักษณ์ ออรุงโรจน์และคณะ (เชิงอรรด 15).