



การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมาย แก่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประชาคมอาเซียน*

ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ**

๑. บทนำ

ประเทศสมาชิกอาเซียนในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้นั้นมีความหลากหลายทั้งทางชาติพันธุ์ ภาษา สังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนถึงเรื่องแนวคิดในการยอมรับความหลากหลายทางเพศอีกด้วย กล่าวคือ ในบรรดาประเทศสมาชิกทั้ง ๑๐ ประเทศนั้น มีทั้งประเทศที่ยอมรับ และไม่ยอมรับเพศทางเลือก แต่สำหรับแนวคิดที่ไม่ยอมรับ หรือปฏิเสธกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นก็ได้อำนาจให้เห็นจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่สะท้อนถึงนโยบายและมาตรการต่าง ๆ ของรัฐที่ลดทอนสิทธิเสรีภาพของกลุ่มบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่กระทรวงสาธารณสุขของประเทศอินโดนีเซียได้ประกาศให้ลักษณะอาการรักเพศเดียวกันเป็นความผิดปกติทางจิตชนิดหนึ่ง (Mental Disorder)^๑ กรณีรัฐบาลประเทศมาเลเซียสนับสนุนให้เยาวชนสร้างสรรค์คลิปวิดีโอที่มีเนื้อหา “กีดกันการรักเพศเดียวกัน” เพื่อแข่งขันชิงรางวัล^๒ หรือ กรณีประเทศสิงคโปร์ ที่ยังคงกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายเป็นความผิดอาญาและต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 2 ปี^๓

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหลายต่างก็ลงนามเป็นภาคีปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration: AHRD) ซึ่งได้มีบทบัญญัติรับรองว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ^๔ และมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงโดยปราศจากการแบ่งแยกเพศ^๕ ซึ่งแม้จะเป็นเพียงเอกสารทางการเมืองที่ไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมาย แต่ก็แสดงถึงเจตนารมณ์ของอาเซียนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาตรฐานสิทธิมนุษยชนตามหลักสากล เพิ่มเติมจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

* บทความนี้เผยแพร่เมื่อวันที่ มีนาคม พ.ศ.๒๕๖๒

** นักวิเคราะห์และจัดทำข้อมูลกฎหมาย ฝายอาเซียนและกิจการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ ณรงค์กร มโนจันทร์เพ็ญ, “อินโดนีเซียประกาศให้การรักเพศเดียวกันเป็นความผิดปกติทางจิตชนิดหนึ่ง” สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๒ จาก <https://thestandard.co/indonesia-declares-homosexuality-mental/>

^๒ The Guardian, “Malaysia offers cash prizes for best 'gay prevention' videos” retrieved on 27 February 2019 from <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/04/malaysia-cash-best-gay-prevention-videos-gender-confusion>

^๓ Singapore Penal Code

Section 377A Any male person who, in public or private, commits, or abets the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years.

^๔ ASEAN Human Rights Declaration

Article 3 Every person has the right of recognition everywhere as a person before the law. Every person is equal before the law. Every person is entitled without discrimination to equal protection of the law.

^๕ ASEAN Human Rights Declaration

Article 2 Every person is entitled to the rights and freedoms set forth herein, without distinction of any kind, such as race, gender, age, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, disability or other status.



(Universal Declaration of Human Rights: UDHR)^๖ ด้วยเหตุนี้กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันระหว่างนโยบายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ปฏิเสธเพศทางเลือก และปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งอาจก่อให้เกิดประเด็นความขัดแย้งระหว่างประเทศอาเซียนด้วยกันเองในอนาคตจากความแตกต่างของนโยบายของรัฐในเรื่องนี้

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงแนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศของบุคคล หลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลโดยคำนึงถึงความหลากหลายทางเพศ กฎหมายระหว่างประเทศ และจากนั้นจึงจะได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขต่อไป

๒. แนวคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศของบุคคล

ปัจจุบัน ประเด็นเรื่องความหลากหลายทางเพศ (sexual diversity) ได้กลายเป็นเรื่องที่ได้รับการสนใจไปทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การสหประชาชาติซึ่งมีบทบาทสำคัญในการวางแนวทางคุ้มครองเพศวิถีทางเลือกที่มีการเปลี่ยนแปลงไปท่ามกลางความหลากหลายทางเพศของบุคคลภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือที่เรียกว่า “เพศวิถีของคนส่วนน้อย (sexual minorities)” หรือบางครั้งมีการใช้คำเรียกโดยรวมว่า “เพศที่สาม”^๗ โดยสามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภท คือ ภาวะรักเพศเดียวกัน และภาวะเอกลักษณ์เพศ

สำหรับภาวะรักเพศเดียวกัน (homosexuality) หมายถึง ภาวะที่บุคคลมีความพึงพอใจกับบุคคลเพศเดียวกัน (same sex) เป็นพฤติกรรมที่แสดงออกในลักษณะที่เป็นแบบแผนระยะยาวของการมีความพึงพอใจทางเพศ ที่ไม่สามารถถูกกระตุ้นเร้าได้โดยเพศตรงข้าม หากแต่สามารถถูกกระตุ้นได้โดยบุคคลเพศเดียวกัน^๘ ซึ่งอาจเป็นกรณีชายกับชาย (gay) หรือ หญิงกับหญิง (lesbianism) หรือรักร่วมสองเพศ (bisexualism) ส่วนบทบาททางเพศมีได้ ๓ แบบ คือเป็นผู้กระทำ (คิง) ผู้ถูกกระทำ (ควีน) หรือแบบผสม (แฉ็ค) โดยพฤติกรรมการรักเพศเดียวในชายมักเป็นแบบผสม ขึ้นอยู่กับว่าคู่อีกฝ่ายหนึ่งเด่นหรือด้อยกว่าตน ส่วนในกรณีของการรักเพศเดียวกันในหญิง มักเป็นแบบใดแบบหนึ่งชัดเจนตลอดไป^๙ ส่วนภาวะเอกลักษณ์เพศ (Gender Identity Disorder) หมายถึง ภาวะที่บุคคลยืนยันกรานว่าตนเป็นสมาชิกของเพศตรงข้าม และปรารถนาที่จะใช้ชีวิตแบบเพศตรงข้ามเต็มรูปแบบ โดยเชื่อว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะทำให้พวกเขาเปลี่ยนลักษณะทางกายภาพของตนให้เหมือนกับเพศตรงข้ามได้อย่างสมบูรณ์^{๑๐}

ทั้งนี้ เนื่องจากกลุ่มบุคคลดังกล่าวเป็นเพศวิถีส่วนน้อยและขัดกับธรรมชาติในสังคมโลกยุคสมัยก่อนจึงไม่อาจให้การยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความเท่าเทียมกับบุคคลเพศชายและหญิงอย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไปสังคมได้มีความก้าวหน้ามากขึ้นการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนนั้นก็มีการขยายขอบเขตมากขึ้นและครอบคลุมไปถึงกลุ่มบุคคลเพศทางเลือกอีกด้วย ซึ่งอธิบายได้จาก

^๖ กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, “ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๖๒ จาก http://aichr.org/?dl_name=AHRD_Booklet_FIN_13June.pdf

^๗ กฤตยา อาชวนิจกุล, “เพศวิถีที่กำลังเปลี่ยนแปลงไปในสังคมไทย (Sexuality Transition in Thai Society),” ใน ประชากรและสังคม, บรรณาธิการโดย กฤตยา อาชวนิจกุล และกาญจนา ตั้งชลทิพย์ (นครปฐม : สำนักพิมพ์ประชากรและสังคม, ๒๕๕๔), น. ๔๘.; อ้างใน อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙), น.๓๓.

^๘ สุภาพร ประดับสมุทร, “พฤติกรรมทางเพศและเจตคติของนักเรียนวัยรุ่น : กรณีศึกษาพฤติกรรมรักร่วมเพศ เขตการศึกษา 12,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาจิตวิทยาคลินิก มหาวิทยาลัยมหิดล, ๒๕๓๒), น.๙.

^๙ วราภรณ์ อินทนนท์, “การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกชนบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒), น.๒๙.

^{๑๐} เห่งอึ้ง., น.๓๐.



แนวคิดเกี่ยวกับหลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลโดยคำนึงถึงความหลากหลายทางเพศ และกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้อธิบายในลำดับต่อไป

๓. หลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลโดยคำนึงถึงความหลากหลายทางเพศ

ในส่วนนี้จะได้ทำการอธิบายหลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่บุคคลโดยคำนึงถึงความหลากหลายทางเพศที่สำคัญคือ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และหลักนิติรัฐ

๓.๑ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวเองของผู้คนนั้นเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะถูกลดทอนหรือพรากเสียได้ และมีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเพศ สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา อาจกล่าวได้ว่าเงื่อนไขเพียงแต่ความเป็นมนุษย์อย่างเดียวเท่านั้นก็สามารถได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยสมบูรณ์^{๑๑} ซึ่งเหตุผลของการที่ต้องมีการให้ความคุ้มครองแก่คุณค่าดังกล่าวนี้ ก็เนื่องมาจากว่า การดำรงชีวิตของมนุษย์แต่ละคนมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพึ่งพาอาศัยกัน การมีชีวิตอยู่โดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยผู้อื่นนั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ความเป็นปัจเจกบุคคลจึงมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างแยกไม่ออก ซึ่งที่กล่าวมานั้นก็คือธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมนั่นเอง ดังนั้น ธรรมชาติในการพึ่งพาอาศัยกันของมนุษย์นี้จึงเป็นบ่อเกิดของการให้ความเคารพต่อความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกัน^{๑๒}

๓.๒ หลักความเสมอภาค

เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ว่าประชาชนพลเมืองทุกคนของรัฐจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน^{๑๓} การที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ทำให้หลักความเสมอภาคมีสภาพบังคับถึงแม้ว่าหลักดังกล่าวจะมีได้มีการบัญญัติที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นเจตจำนงของกฎหมายหรือเหตุผลเบื้องหลังกฎหมาย ซึ่งจะนำหลักกฎหมายดังกล่าวไปใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วยเหตุนี้หลักความเสมอภาคจึงมีลักษณะสำคัญที่สุดคือการควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ^{๑๔} ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่ถือว่าในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน และในสถานการณ์ที่ต่างกันก็ต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์ที่ต่างกัน โดยทั้งนี้ความเสมอภาคในทางกฎหมายคือการมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลอื่น แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นความเสมอภาคแบบสุดขั้วดังเช่นคณิตศาสตร์ หากแต่เป็นความเสมอภาคแบบสัดส่วน ที่คำนึงถึงความสามารถของแต่ละบุคคล ทั้งนี้ เพราะโดยธรรมชาติมนุษย์แต่ละคนนั้นย่อมมีความแตกต่างกันกันอยู่ภายในตัว^{๑๕} การตรากฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน

^{๑๑} บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ ๘, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๗), น.๕๒๒.

^{๑๒} เพิ่งอ้าง., น.๕๒๖.

^{๑๓} บุญผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” รวมบทความทางวิชาการ เล่ม ๑ : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๘), น.๑๐.

^{๑๔} บรรเจิด สิงคนะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๗), น. ๑๐๗-๑๑๐.

^{๑๕} สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐, (นครปฐม : มิสเตอร์ ก๊อปปี้, ๒๕๕๗), น.๗๖.



ในสถานการณ์ที่แตกต่างกันจึงสามารถกระทำได้ แต่ในการกระทำดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลอธิบาย และในบางกรณีที่เข้าลักษณะของการเลือกปฏิบัติก็จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และกระทบต่อสิทธิของบุคคลนั้นน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้^{๑๖}

๓.๓ หลักนิติรัฐ

เป็นหลักการจำกัดอำนาจรัฐด้วยกฎหมาย^{๑๗} โดยหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐ ย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat)^{๑๘}

๔. กฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อเวลาผ่านไปพัฒนาการทางสังคมนั้นก็ก้าวไปพร้อม ๆ กับนิติศาสตร์ จากแนวคิดทฤษฎีที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นนามธรรมก็เริ่มก่อตัวขึ้นเป็นรูปธรรมที่จับต้องได้ โดยทั้งนี้ได้ปรากฏตัวในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ^{๑๙}ที่สำคัญ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

๔.๑ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ถือเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก กฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับในปัจจุบันล้วนมีพื้นฐาน และได้รับการพัฒนาและมาจากปฏิญญาสากลฉบับนี้ทั้งสิ้น และกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ก็ได้กลายเป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศของตน ทั้งนี้ โดยที่ประชาคมโลกตระหนักถึงความสำคัญของปฏิญญาสากลฯ ในฐานะแม่บทของสิทธิมนุษยชน^{๒๐} อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาดังกล่าวนั้นเป็นเพียงการวางแนวทางการปฏิบัติเพียงเท่านั้น หากได้ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศให้รัฐภาคีจำต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องไม่^{๒๑}

^{๑๖} วราภรณ์ อินทนนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙*, น.๖๔.

^{๑๗} เฟิงอ่าว.

^{๑๘} วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” สืบค้นเมื่อวันที่ ๔ มีนาคม ๒๕๖๒ จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

^{๑๙} ศรีลักษณ์ เปียงอุดร, “สิทธิมนุษยชนกับบุคคลเพศที่สาม” สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๖๒ จาก <http://www.humanrightscenter.go.th/HRK/บทความสิทธิมนุษยชนกับเพศที่สาม>

^{๒๐} “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - Universal Declaration of Human Rights” สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๖๒ จาก <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/>

^{๒๑} “What is the Universal Declaration of Human Rights?” retrieved on 5 March 2019 from <https://www.humanrights.gov.au/publications/what-universal-declaration-human-rights>



ในส่วนการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ปฏิญญาดังกล่าวก็ได้มีบทบัญญัติที่สะท้อนถึงความคุ้มครองดังกล่าวตามข้อ ๑ ที่บัญญัติว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิต่างมีเหตุผลและมีโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ”^{๒๒} และข้อ ๒(๑) ซึ่งบัญญัติว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นเผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”^{๒๓}

๔.๒ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันในด้านสิทธิของประชาชนที่จะมีชีวิตอยู่ได้โดยปราศจากการแบ่งแยก เลือปฏิบัติ การทรมานทารุณกรรมหรือการถูกล่วงละเมิดด้วยวิธีการใด ๆ ภายใต้รัฐบาลใด ๆ ซึ่งจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมือง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก^{๒๔} ทั้งนี้กติการะหว่างประเทศนี้ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศแก่รัฐภาคีที่ให้สัตยาบันจะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้อง^{๒๕}

ทั้งนี้ในประเด็นการให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอันเกี่ยวเนื่องกับกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ ได้ปรากฏว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก็ได้มีการให้ความเห็นในคดี *Nicholas Toonen v. Australia 1994* ว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียที่ได้มีการลงโทษการรักร่วมเพศระหว่างบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศแบบรักเพศเดียวกันและบรรลุนิติภาวะ ซึ่งการกระทำดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้น แม้จะเป็นความยินยอมของบุคคลทั้งสองที่เกิดขึ้นในที่โรฐานในขณะที่บุคคลทั้งสองบรรลุนิติภาวะ ก็ถือได้ว่าเป็นความผิดและต้องได้รับโทษ เป็นการขัดแย้งกับกติการะหว่างประเทศ ที่ว่าด้วยการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุของความแตกต่างในเรื่องรสนิยมทางเพศของบุคคล^{๒๖} ตาม ข้อ ๒ ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”^{๒๗} และ ๒๖ ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความ

^{๒๒} Universal Declaration of Human Rights

Article 1 All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

^{๒๓} Universal Declaration of Human Rights

Article 2(1) Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

^{๒๔} “สิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง” สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๒ จาก <https://prachatai.com/journal/2005/05/4120>

^{๒๕} Elizabeth Willmott-Harrop, “Human rights mechanisms and international law” retrieved on 5 March 5, 2019 from <https://libertyandhumanity.com/themes/international-human-rights-law/human-rights-mechanisms-and-international-law/>

^{๒๖} *Nicholas Toonen v. Australia*, Human Rights Committee, Communication no. 488/1992, UN Doc.CCPR /c/50/D/488/1992.

^{๒๗} International Covenant on Civil and Political Rights



คุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจิ่ง จากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”^{๒๘} ซึ่งส่งผลให้ออสเตรียยกเลิกความผิดอาญาดังกล่าวในเวลาต่อมา คดีดังกล่าวนี้จึงเป็นการวางหลักการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม

๕. บทวิเคราะห์

แม้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศภูมิภาคตะวันออกเฉียงใต้ยังสะท้อนถึงนโยบายของรัฐที่มีการปิดกั้น และไม่ยอมรับกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในประชาคมอาเซียนนั้นก็ได้มีพัฒนาการมาตามลำดับจนกระทั่งมีปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งแม้จะเป็นเพียงความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดแนวทางนิติบัญญัติของภูมิภาคก็ตาม แต่ก็แสดงถึงเจตนารมณ์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ดังนั้น แม้รัฐภาคีสมาชิกจะไม่มี ความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศจากการกำหนดนโยบายทางกฎหมายขัดแย้งกับปฏิญญาอาเซียนฉบับดังกล่าวก็ตาม แต่ถ้าหากปรากฏว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนถูกบังคับใช้ในการลิดรอนสิทธิของบุคคลเพศทางเลือกซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นที่ยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว เช่น แม้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศชายด้วยกันแม้จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทย (หากไม่ใช้การข่มขืนกระทำชำเรา หรือกรณีเยาวชน) แต่หากได้มีการกระทำความผิดดังกล่าวในประเทศสิงคโปร์ ชายรักร่วมเพศสัญชาติไทยถูกลงโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๗๗ a ของประเทศสิงคโปร์ กรณีดังกล่าวย่อมเกิดประเด็นปัญหาของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนกันเองในเวลาต่อมาได้ ดังนั้น การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในอาเซียนนั้นจึงควรค่าแก่การนำมาพิจารณาเพื่อปรับเปลี่ยนนิติบัญญัติของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกัน โดยพิจารณาจากหลักทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักทั่วไปในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลแล้ว สามารถอธิบายได้ว่า ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นก็เป็ นมนุษย์ผู้หนึ่งซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย การที่บุคคลดังกล่าวมีวิถีทางเพศที่แปลกแยกจากเพศชายและหญิงนั้น ไม่ได้ลดทอนความเป็นมนุษย์ของเขาลงแต่อย่างใดเพราะฉะนั้นแล้วศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจึงยังคงสถิตอยู่กับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่เสมอและได้รับความคุ้มครองตามหลัก “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วทั้งนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายของรัฐก็ต้องดำเนินไปอย่างไม่มีการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ตาม “หลักความเสมอภาค” กล่าวคือ บุคคลที่มี

Article 2 Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

^{๒๘} International Covenant on Civil and Political Rights

Article 26 All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.



ความหลากหลายทางเพศย่อมมีสิทธิและเสรีภาพทัดเทียมกับผู้ที่มีเพศชายและหญิง เพราะการมีเพศที่นอกเหนือจากชายและหญิงนั้นไม่ใช่สาระสำคัญหรือสถานการณ์ที่แตกต่างกัน จึงไม่มีเหตุอันใดที่งดเว้นการให้สิทธิแก่ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศให้ด้อยกว่าชายและหญิงแต่อย่างใด และ ยังเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องมีนิตินโยบายและการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามหลัก “นิติรัฐ” อีกด้วย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศแล้ว อธิบายได้ว่าปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นก็มียุทธศาสตร์ทางความคิดในการส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพราะฉะนั้น ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหลายจึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในของตนเองให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในปฏิญญาทั้งสองฉบับ

๖. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในสังคมโลกปัจจุบันนั้นได้ให้การยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้นกว่าครั้งอดีต โดยสะท้อนผ่านความตกลงและความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ประชาคมอาเซียนเองก็มีปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ส่งเสริมคุณค่าดังกล่าวเช่นกัน เพราะฉะนั้น มาตรการต่าง ๆ ทั้งในทางนโยบายและทางปฏิบัติของประเทศสมาชิกอาเซียนที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ อันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์บนฐานแห่งการเลือกปฏิบัติที่ผู้เขียนได้นำมาเสนอในข้างต้นจึงสมควรที่จะต้องถูกยกเลิกไปเพื่อให้สิทธิมนุษยชนในภูมิภาคอาเซียนได้รับการส่งเสริมให้สอดคล้องกับปฏิญญาฉบับดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นยังมีข้อจำกัดในเรื่องของสภาพบังคับ เนื่องจากเป็นเอกสารทางการเมืองที่ไม่ก่อให้เกิดรัฐภาคีประเทศสมาชิกอาเซียนมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการยกระดับสภาพบังคับของปฏิญญาฉบับดังกล่าวให้มีสภาพบังคับตามกฎหมายดังเช่นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็จะส่งผลให้การส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของอาเซียนมีความหนักแน่นมากขึ้น