ความเข้าใจของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศ: การวิเคราะห์วาทกรรมในการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

โดย

ธนรัตน์ มังคุด

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
(สตรี เพศสถานะ และเพศวิถีศึกษา)
วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2564

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Ref. code: 25645924030033WEF

UNDERSTANDING OF THE THAI LAWS OF TRANSGENDERISM: A DISCOURSE ANALYSIS OF THE LEGAL DEVELOPMENT IN THE PERIOD OF 2007-2019

BY

TANARAT MANGKUD

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF
MASTER OF ARTS (WOMEN, GENDER AND SEXUALITY STUDIES)
COLLEGE OF INTERDISCIPLINARY STUDIES
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2021

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

Ref. code: 25645924030033WEF

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
วิทยาลัยสหวิทยาการ

วิทยานิพนธ์

ของ

ธนรัตน์ มังคุด

เรื่อง

ความเข้าใจของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศ: การวิเคราะห์วาทกรรม
ในการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (สตรี เพศสถานะ และเพศวิถีศึกษา)

เมื่อ วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2565

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุกฤตยา จักรปิง)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ _____
(รองศาสตราจารย์ สมชาย ปรีชาศิลปกุล)

คณบดี _____
(รองศาสตราจารย์ ดร.สายฝน สุเอียนทรเมธี)

Ref. code: 25645924030033WEF

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความเข้าใจของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศ: การวิเคราะห์วาทกรรมในการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562
ชื่อผู้เขียน	ธนรัตน์ มังคุด
ชื่อปริญญา	ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สตรี เพศสถานะ และเพศวิถีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุกฤตยา จักรปิง
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มุ่งทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทยผ่านกฎหมายและบริบทแวดล้อม ผ่านการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งได้จัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 จนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2562 รวมทั้งสิ้นเป็นระยะเวลา 13 ปี อันเป็นห้วงเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีในระบบกฎหมายไทยค่อนข้างมาก โดยประกอบด้วย 1) กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่คนข้ามเพศ) 2) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558) และ 3) กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเปลี่ยนไปในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และนิยามของการกระทำชำเรา) การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์กฎหมายข้างต้นเพื่อค้นพบความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ปี พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งจะทำให้เข้าใจลักษณะการปะทะประสานของวาทกรรมซึ่งก่อให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในบรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) และนำไปสู่การเข้าใจสภาวะความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี ซึ่งส่งผลต่อการให้ความหมายแก่ภาวะข้ามเพศโดยกฎหมายและวาทกรรมทางกฎหมายไทย ทั้งนี้ ด้วยการใช้ระเบียบวิธีวิจัยญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology) นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ และกรอบคิดอื่นๆ ทางด้านเพศสถานะและเพศวิถี ในการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสามกลุ่มที่มุ่งศึกษา

Ref. code: 25645924030033WEF

ผลการศึกษากฎหมายแต่ละกลุ่มอย่างแยกขาดจากกันแสดงให้เห็นว่า 1) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แม้เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศจะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมไปในทางบวกในปี พ.ศ. 2555 แต่มุมมองโดยรวมในเชิงเพศสถานะและเพศวิถีของกฎหมายยังคงอยู่ภายใต้กรอบคิดแบบทวิเพศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ทัศนคติของกฎหมายยังคงไม่ยอมรับภาวะข้ามเพศในเชิงทางการอย่างเต็มที่ โดยเห็นได้จากปรากฏการณ์ อาทิ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวที่อิงอย่างมั่นคงอยู่กับวาทกรรมทางการแพทย์ และคำพิพากษาของศาลในประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศที่เน้นความเหมือนกันของมนุษย์มากกว่าการเพิ่มเติมการใช้เหตุผลที่อิงอยู่กับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี เป็นต้น 2) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ แม้จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเท่าเทียมทางเพศ แต่กลับไม่ปรากฏการอภิปรายที่ลุ่มลึกในประเด็นเกี่ยวกับเพศ เพศสถานะและเพศวิถี ในกระบวนการจัดทำกฎหมาย อีกทั้ง หลักการสำคัญ (ความเสมอภาค/การไม่เลือกปฏิบัติ) ของกฎหมายมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้มีการยอมรับว่าคนข้ามเพศเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับมนุษย์คนอื่น แต่ไม่ได้สร้างการเปลี่ยนแปลงในเชิงรากฐานความคิดเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศในลักษณะที่มากกว่านั้น และ 3) ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศของกฎหมายเดิมที่ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมก่อนหน้านั้นในปี พ.ศ. 2550 (โดยการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองครั้งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับก่อนหน้าในเชิงรากฐานความคิดทั้งสิ้น) นอกจากเหตุผลในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญาและในเชิงภาษาศาสตร์แล้ว การกระทำชำเราที่ถูกแก้ไขให้ “สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ” มีแนวโน้มจะเป็นผลมาจากปัจจัยเชิงทัศนคติเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถีของกฎหมาย/รัฐไทยด้วย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายและรากฐานความคิดภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 จึงมีแนวโน้มที่จะถูกประกอบสร้างภายใต้กระบวนทัศน์ที่ยึดติดกับชีวภาพ

การศึกษาเห็นลักษณะร่วมกันที่มีในการเปลี่ยนแปลงเชิงบวก (แต่ยังคงมีข้อจำกัด) ของกฎหมายทั้งสามกลุ่ม ได้แก่ 1) ด้วยเหตุที่ทัศนคติของกฎหมาย/รัฐอยู่ภายใต้อุดมการณ์ปิตาธิปไตย (หรืออย่างน้อยที่สุด ภายใต้อุดมการณ์ที่ไม่มีความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งไม่ตระหนักรู้ความสัมพันธ์เชิงเพศสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันในวาทกรรมทางกฎหมาย) วิธีการคิดของกฎหมายและในกระบวนการจัดทำ/แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจึงสร้างขั้วตรงข้ามระหว่าง “ความถูกต้องตามธรรมชาติ” และ “ความไม่ถูกต้องตามธรรมชาติ” ขึ้น ซึ่งเห็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารและกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ 2) กระบวนการปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายทั้งสามกลุ่มปราศจากบทบาทอย่างมีความหมายขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีทั้งที่สาระสำคัญของกฎหมายเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในผลการทบทวนและวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศและกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำ

ความผิดเกี่ยวกับเพศ และ 3) ในกระบวนการปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ/ความหลากหลายทางเพศ ในทางตรงกันข้ามกับวาทกรรมองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีซึ่งมีพลังอำนาจต่ำ วาทกรรมทางกฎหมายและการแพทย์เป็นกลุ่มวาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ชี้นำการกำหนดคำนิยาม คำอธิบาย และกรอบคิดทางกฎหมาย ทั้งนี้ โดยเห็นได้จากกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งสามกลุ่ม

คำสำคัญ: กฎหมาย การข้ามเพศ เพศ เพศสถานะ เพศวิถี

Thesis Title	UNDERSTANDING OF THE THAI LAWS OF TRANSGENDERISM: A DISCOURSE ANALYSIS OF THE LEGAL DEVELOPMENT IN THE PERIOD OF 2007-2019
Author	Tanarat Mangkud
Degree	Master of Arts
Department/Faculty/University	Women, Gender and Sexuality Studies College of Interdisciplinary Studies Thammasat University
Thesis Advisor	Asst. Prof. Sukrittaya Jukping, Ph.D.
Academic Year	2021

Abstract

The study attempts to comprehend the perspective of the Thai state through the laws and contexts around the positive changes in the Thai laws relating to diversity both on the grounds of gender and sexuality which were legislated or amended during the period from 2007 to the end of 2019 for the total amount of 13 years. This period was a period with a relatively high number of progressive changes in Thai laws relating to diversity on the grounds of gender and sexuality. The laws focused in this study are 1) the law on exemption from military conscription (Military Service Act B.E. 2497 (1954) in the part of transgender exemption); 2) the law on gender equality (Gender Equality Act B.E. 2558 (2015)); and 3) the criminal law on sexual offences (the Penal Code, particularly on changes in the provisions on offender and victim and on the definition of *kratham-cham-rau* which is a part of the offence of rape). The objective of the study is to analyse the aforementioned laws above to fully comprehend the understanding and attitude of the Thai laws on transgenderism during a certain period (2007-2019). The study also aims at comprehending the interaction of discourses which has caused or maintained conditions, factors, or ideologies that confine the understandings and perspectives of the Thai laws on transgenderism in the cisgender norm and

Ref. code: 25645924030033WEF

comprehending the state of abstract and complexity of the Thai laws on sex, gender, and sexuality which results in the way in which Thai laws and legal discourses define transgenderism. In this regard, the study incorporates feminist epistemic framework, transgender jurisprudential overview, and other concepts on gender and sexuality into the discourse analysis of the relevant processes relating to these three sets of laws.

The analysis of each group of the laws found that: 1) In case of the law on military conscription: even though the ground of exemption from military conscription of transgender persons was positively amended in 2012, the general perspective of the law remains under the crux of a binary notion of gender and sexuality. In other words, the legal view on transgenderism on this part of the law continued not to accept transgenderism fully and officially. This can be seen, for example, from the amendment of the law which was deeply rooted in medical terms and discourses and the court decision on illegitimacy of the ground of exempting transgender persons from military conscription before the amendment which emphasised on similarity of human beings rather than supplementing more reasoning based on notion of gender and sexuality; 2) In case of the law on gender equality: even though the law is aimed to uphold gender equality, there, however, was no profound debates relating to sex-gender-sexuality during the legislation process, and the legal ground of this equality/non-discrimination law was likely to provide an acceptance of a transgender person as "a human being" on the same par as other Thai citizens. In this regard, the law is unlikely to generate any comprehensive changes in its fundamental ground on transgenderism and gender-sexual diversity; and 3) In case of the criminal law on sexual offences: the amendment of the law in 2019 rearranged the system of sexual offences which was earlier arranged in 2007. (Both the 2007 and 2019 amendments arranged the earlier laws on the conceptual level.) It can be observed that the 2019 amendment of *kra-tham-cham-rau* (an act being a part of the sexual offence of rape) was not carried out merely on legal and linguistic grounds, but also by the influence of the perspective of the Thai law / Thai state on gender and sexuality as can be seen from the official reason for the 2019 amendment that the amendment was done for the act of *kra-tham-cham-rau* to be "in conformity with nature". As a result, the law and its theoretical ground under the 2019 amendment is likely to be narrowly defined under the biological paradigm.

The study observes that several similar aspects can be seen from these positive (but with some limitations) changes of the three groups of laws as follows: 1) From the idea that the legal perspectives of the laws/state is under the patriarchal domination (or at least, the gender insensitive view which is not susceptible to unequal gender relation within the legal discourse), the mode of thought in the law and law-making process has created a binary framework on "natural correctness" and "natural incorrectness" which can be seen, in particular, in the law on exempting transgender persons from military conscription and the criminal law on sexual offences; 2) There has been no meaningful attempt to make or amend the laws to imbue and uphold the core value of gender sensitivity/equality as part of the progressive move of legislature in erecting the laws catered specifically to the issues of gender and sexuality, notably seen in the review and analysis of the law on gender equality and the criminal law on sexual offences; and 3) In the amending or law-making processes of the laws relating to transgenderism / gender-sexual diversity, the legal and medical discourses, rather than gender-sexuality ones, are ones of the most powerful forces used in directing the legal terms, narratives, and frameworks on these three sets of laws catered specifically to make change on the issues of gender and sexuality in Thai legal platform.

Keywords: Law, Transgender, Sex, Gender, Sexuality

กิตติกรรมประกาศ

ผมเคยคิดว่าหากทำวิทยานิพนธ์เสร็จสักเล่ม หน้ากิตติกรรมประกาศจะเป็นพื้นที่สำคัญที่ผมจะใช้เวลาอย่างยาวนานด้วยความละเมียดละไม ปรุงแต่งถ้อยคำเพื่อขอบคุณผู้คนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาชิ้นนี้

เอาเข้าจริง เมื่อถึงเวลาเขียน ผมก็ไม่รู้จะเขียนอะไร อาจเป็นเพราะมีถ้อยคำและความรู้สึกมากมายที่ยากจะบรรยาย หรืออาจเป็นลักษณะเฉพาะของการใช้เวลาอย่างยาวนานเพื่อทำวิทยานิพนธ์ 1 เรื่อง ผ่านการเติบโตของเราไปตามกาลเวลา จนความรู้สึกร้อนรุ่มที่จะบรรจุถ้อยคำลงบน (ไฟล์) กระดาษเป็นสิ่งที่ไร้ความสำคัญอีกต่อไป เพราะความรู้สึกของเราได้ส่งผ่านไปยังคนรอบข้างแล้วตลอดเวลา 5-6 ปีที่คลุกคลีอยู่กับหลักสูตรฯ และวิทยานิพนธ์

อย่างไรก็ดี มีบุคคลจำนวนหนึ่งที่คงเป็นการไม่สมควรหากไม่กล่าวถึง อย่างน้อยที่สุดผู้ที่ผ่านไปผ่านมาก็จะได้ทราบความพิเศษของบุคคลเหล่านี้ที่เป็นส่วนสำคัญยิ่งที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีตัวตนขึ้นมาได้ โดยผมขอเรียงการกล่าวถึงตามลำดับเวลาของการศึกษาปริญญาใบนี้

ขอขอบคุณครอบครัวและเพื่อนที่ให้การสนับสนุน (ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยไม่รู้ตัว) ทั้งตอนที่ตัดสินใจสมัครเรียน ขณะเรียน และตลอดเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณผู้บริหารหลักสูตรสตรี เพศสถานะ และเพศวิถีศึกษา ที่กรุณารับผมเข้าเป็นนักศึกษา แม้ว่าผมจะเคยจบปริญญาโทมาก่อนและปริญญาใบนี้ไม่ใช่ “ความจำเป็น” ในชีวิต (เช่น เรียนเพื่อให้มีคุณสมบัติครบในการสมัครงานหรือศึกษาต่อ หรือทำให้การงานก้าวหน้ายิ่งขึ้น) ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยถึง “ความเอาจริงเอาจัง” ในการเรียนและการพยายามศึกษาค้นคว้าให้จบหลักสูตรฯ

ขอขอบคุณอาจารย์ประจำหลักสูตรฯ อาจารย์พิเศษ และวิทยากร ที่ได้สอนและให้โอกาสแลกเปลี่ยนในเรื่องเพศสถานะและเพศวิถี หลายเรื่องทำให้ผมได้ “เปิดหูเปิดตา” และหลายเรื่องทำให้ “ภาพในหัวชัดเจนยิ่งขึ้น”

ขอขอบคุณเพื่อนร่วมรุ่นซึ่งแม้มีเพียง 5 คน และแต่ละคนก็มีความแตกต่างหลากหลาย แต่ตลอดเวลาประมาณ 1 ปี ที่ได้เรียน coursework ด้วยกันนั้นเป็นช่วงเวลาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากช่วงเวลาอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับคนที่คลุกคลีกับวงการกฎหมายเป็นหลักมาตลอดช่วงปริญญาตรีและถัดจากนั้น

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรฯ ทุกคนที่ช่วยเหลือในเรื่องที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่

ขอขอบคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ไม่ใช่อาจารย์ที่ปรึกษาทั้งสองท่าน อาจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล ในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก ที่กล่าวได้ว่า ได้ช่วยให้คำแนะนำด้วยเหตุผล

Ref. code: 25645924030033WEF

ทางวิชาการอย่างแท้จริง เนื่องจากผมไม่รู้จักอาจารย์เป็นการส่วนตัวมาก่อน แต่อาจารย์ก็ตอบรับเป็นกรรมการทันทีเมื่อเห็นร่างเค้าโครงเบื้องต้นของวิทยานิพนธ์ และอาจารย์รณกรณ์ บุญมี ในฐานะประธานสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ช่วยให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยกฎหมายอาญาซึ่งเป็นหนึ่งในกฎหมายสำคัญในการศึกษาฉบับนี้

สำหรับบุคคลสุดท้ายที่สำคัญและขาดไม่ได้ในการต่อสู้ทางวิชาการในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ อาจารย์ที่ปรึกษา - อาจารย์สุกฤตยา จักรปิง (อ.บอล) ที่อดทนอยู่กับงานชิ้นนี้มาอย่างยาวนาน และได้ช่วยวางรากฐานกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถีและวิธีการศึกษาค้นคว้าให้ผมจนสามารถทำงานชิ้นนี้สำเร็จได้ นอกจากนี้ ผมขอบันทึกลงไปในหน้ากระดาษนี้เพื่อขอบคุณอาจารย์ที่ให้อิสระในการศึกษาค้นคว้าและการวางแผนการทำงาน รวมถึงการตั้งคำถามอย่างตรงไปตรงมาในเรื่องการตัดสินใจว่าจะเดินหน้าต่อไปหรือไม่ ในช่วงกลางๆ ของการทำวิทยานิพนธ์ (ราวปี 2562) ซึ่งในครั้งนั้น ผมได้สัญญากับอาจารย์ไว้ว่าจะทำให้เสร็จ และคำสัญญานั้นก็เป็นแรงผลักดันให้ผมสามารถทำได้จริง (แม้จะล่าช้าไปบ้าง ตามข้อจำกัดที่เป็นผลมาจากจังหวะชีวิตและหน้าที่การงาน)

สุดท้ายนี้ แม้เวลา 6 ปี ออกจะยาวนานเกินไปสำหรับการเรียนและทำวิทยานิพนธ์เพื่อปริญญาโท 1 ใบ แต่เวลา 6 ปีนี้ก็มิได้สูญเปล่าในเชิง “ความรู้สึก” ที่เกี่ยวข้องกับปรากฏการณ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี ช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องเหล่านี้ ได้แก่ การย้อนกลับไปศึกษาการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถีในช่วงเวลาหนึ่ง (ปี 2550-2562) การเรียนวิชาว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี (ปี 2559-2560) และการทำวิทยานิพนธ์ (ปี 2560-2565) ช่วงเวลาเหล่านี้มีเหตุการณ์หลากหลายเกิดขึ้นและเป็นช่วงเวลาที่มีเอกลักษณ์ในตัวของมันเอง ซึ่งส่งผลให้เกิดความรู้สึกมากมายที่ผสมปนเปกัน เพราะช่วงเวลาเหล่านี้มีความก้ำกึ่งว่าจะ “ไกล” หรือ “ไม่ไกล” ยกตัวอย่างเช่น ปี 2550 ดูราวกับจะทอดยาวไปในอดีตอันไกลโพ้น แต่ปี 2562 เหมือนเพิ่งผ่านไปไม่นานนัก โดยเฉพาะเมื่อพินิจความเข้าใจและการพูดคุยถกเถียงเรื่องเพศในปัจจุบันที่เป็นไปในทางก้าวหน้าขึ้นมากเมื่อเทียบกับต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 ขณะเดียวกัน หากมองไปที่ปรากฏการณ์ทางการเมือง การย้อนกลับไปมองช่วงเวลาตั้งแต่ปี 2549 ก็อาจเป็นเรื่องที่ยังไม่โบราณจนเกินไป ผมขบคิดเรื่องความรู้สึกที่ผสมผสานกันนี้พักหนึ่งก็ได้คำตอบว่า ช่วงเวลากว่า 10 ปีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาชิ้นนี้ช่วยทำให้เห็น “การเปลี่ยนแปลงอย่างฉับพลัน” ในทางการเมืองและสังคมวัฒนธรรม (รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี) ที่เกิดขึ้นในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมานี้ได้อย่างชัดเจนขึ้น และทำให้ได้สัมผัส “ความหวังสดใหม่” ของการอยู่ในประเทศนี้ต่อไป สุดท้าย ผมจึงขอขอบคุณ “เวลา” ที่นำพาผู้คนและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมายแบบใหม่มาด้วย . . . และยังคงอยู่ข้างเรา

ธนรัตน์ มังคุด

Ref. code: 25645924030033WEF

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญตาราง	(15)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญ	1
1.2 คำถามวิจัย	9
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	9
1.4 ขอบเขตการวิจัย	9
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย	10
1.5.1 ระเบียบวิธีวิจัย (methodology)	10
1.5.1.1 ญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology)	11
1.5.1.2 การวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis)	15
1.5.2 วิธีการศึกษา (method of study)	22
1.6 นิยามศัพท์	23
1.7 ผลที่คาดว่าจะได้รับ	24
บทที่ 2 กรอบคิดทฤษฎีและบททบทวนวรรณกรรม	25
2.1 กรอบคิดทฤษฎี	25
2.1.1 กรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี	26
2.1.2 ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย	33
2.1.2.1 ปิตาธิปไตย (patriarchy)	33
2.1.2.2 กรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย (กรอบคิดสตรีนิยม)	36

Ref. code: 25645924030033WEF

2.1.3 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี 43
2.1.3.1 นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) 43
2.1.3.2 นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) 50
2.1.4 กรอบคิดทฤษฎีอื่นสำหรับการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม 59
2.2 บททบทวนวรรณกรรม 60
2.2.1 การศึกษาทางนิติศาสตร์ 61
2.2.1.1 เอกสารที่ทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศโดยการวิเคราะห์มิใช่สาระสำคัญของวัตถุประสงค์ของเอกสาร (grey paper) 61
2.2.1.2 งานที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศโดยตรง 62
2.2.1.3 งานที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับเพศที่ไม่ใช่ภาวะข้ามเพศโดยตรงแต่เป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นแนวโน้ม (trend) ของการศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเด็นความหลากหลายทางเพศ 68
2.2.2 การศึกษาทางศาสตร์อื่นในทางสังศาสตร์ หรือการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มีการศึกษาข้ามสาขาวิชากับศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์ 71

บทที่ 3 ความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของกฎหมายไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศและภาวะข้ามเพศ 80

3.1 ความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของรัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศ 80
3.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของความเข้าใจและทัศนคติเกี่ยวกับเพศของระบบกฎหมายไทยนับแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา 86
3.3 ข้อจำกัดและข้อวิพากษ์ต่อความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของระบบกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ 90

บทที่ 4 การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 98

4.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร 98
4.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง 99

Ref. code: 25645924030033WEF

4.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย 102
4.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ 102
4.1.2.2 การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ 103
(1) การอภิปรายเพื่อแสวงหาถ้อยคำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศแทนการเป็นโรคจิตถาวร 104
(2) คำพิพากษาของศาลที่มีความเห็นว่าการระบุเหตุแห่งความเป็นโรคจิตให้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศขัดต่อหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง 110
(3) การที่ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” เกี่ยวข้องกับการจัดระบบโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) 117
4.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร 121
4.2.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 123
4.2.2 ทัศนคติของรัฐไทยที่มีต่อการเกณฑ์ทหาร 134
4.2.3 รัฐไทย ร่างกายที่แปลกประหลาด และการใช้บทบาทของวาทกรรมทางการแพทย์ในการสร้างเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ 136
4.2.4 บทวิเคราะห์ 146
4.2.4.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการยอมรับภาวะข้ามเพศ 147
4.2.4.2 การยอมรับบุคคลข้ามเพศบนฐานวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย 147

บทที่ 5 การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 153

5.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ 153
5.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง 153

Ref. code: 25645924030033WEF

5.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย 156
5.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมระหว่างเพศ 156
5.1.2.2 การจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 161
(1) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 1 (การรับหลักการ) 161
(2) การอภิปรายในคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 166
(3) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 2 และ 3 (การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติและการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย) 178
5.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ 180
5.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination): กรอบคิดเชิงทฤษฎีและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย 181
5.2.1.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ 182
5.2.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย 191
5.2.2 บทวิเคราะห์ 196
5.2.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติและข้อจำกัดในเชิงทฤษฎี 196
5.2.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และข้อจำกัดในกฎหมายไทยโดยทั่วไปและในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 197

บทที่ 6 การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 206

6.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ 206
6.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง 207
6.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย 213
6.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ 213

6.1.2.2 การปรับปรุงกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 216
(1) มูลเหตุของพัฒนาการ 216
(2) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2550 216
(3) ปฏิกิริยาหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2550 223
(4) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2562 228
6.1.2.3 ข้ออภิปรายในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายที่เป็นประเด็นสำคัญในการวิเคราะห์ของการศึกษาฉบับนี้ 234
(1) สาเหตุ/ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมระบบความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2550 235
(2) สาเหตุ/ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมระบบความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2562 236
(3) ส่วนของการอภิปรายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ซึ่งจะนำไปใช้วิเคราะห์ต่อไป 237
6.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ 239
6.2.1 กฎหมายอาญาไทยและทัศนคติในภาพรวมต่อประเด็นเพศสถานะและเพศวิถี 240
6.2.2 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: การวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายอาญา 241
6.2.2.1 กรอบคิดในเชิงหลักการทางอาญา: หลักการ Fair Labelling 242
6.2.2.2 การวิเคราะห์บทบาทของหลักการ Fair Labelling และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2562 245
(1) กรณีหน้าที่ “การอธิบาย (description)” (ความผิดฐานนั้นๆ) 245
(2) กรณีหน้าที่ “การจำแนก (differentiation)” (ความผิดแต่ละฐาน) 247
6.2.3 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: กรอบคิดในเชิงเพศสถานะและเพศวิถี 249
6.2.3.1 การกระทำชำเรา “ตามธรรมชาติ”: การทบทวนในเชิงภาษาศาสตร์และการปรากฏตัวในกฎหมายอาญา 250
6.2.3.2 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: การวิเคราะห์ในเชิงเพศสถานะและเพศวิถี 255

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 7 บทสรุป 262

7.1 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายทั้งสามกลุ่ม 262

7.1.1 ผลการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละกลุ่ม 262

7.1.1.1 กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร 264

7.1.1.2 กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ 269

7.1.1.3 กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ 272

7.1.2 ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ปี พ.ศ. 2550-2562): การทำความเข้าใจผ่านกฎหมายทั้งสามกลุ่มร่วมกัน 277

7.1.2.1 ภาวะข้ามเพศ (transgenderism) เพศ/เพศสถานะ/เพศวิถี (sex/gender/sexuality) และความเป็นธรรมชาติ (nature) 280

7.1.2.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับเพศที่ปราศจากบทบาทอย่างมีความหมายขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี 283

7.1.2.3 วาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจ (กฎหมาย/การแพทย์) และวาทกรรมที่ไม่ทรงพลังอำนาจ (องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี) 284

7.2 บทสรุป 286

รายการอ้างอิง 290

ประวัติผู้เขียน 302

Ref. code: 25645924030033WEF

สารบัญตาราง

ตารางที่ หน้า

6.1 “การกระทำชำเรา” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 209

6.2 “การกระทำชำเรา” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 210

6.3 “การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 211

6.4 การเปรียบเทียบการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลักในรัฐไทยในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 213

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญ

แม้จะมีการตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศแล้วเมื่อปี พ.ศ. 2558 แต่ระบบกฎหมายของรัฐไทยไม่เคยยอมรับภาวะข้ามเพศ (transgenderism) และอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ (identity of transgender people)[1] อย่างชัดแจ้ง โดยเห็นได้จากปรากฏการณ์ต่างๆ ในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการที่กฎหมายกำหนดให้การระบุเพศของบุคคลทำได้เฉพาะตามอวัยวะเพศเมื่อถือกำเนิด การที่กฎหมายไม่อนุญาตให้บุคคลมีสิทธิเปลี่ยนเพศในทางกฎหมายได้ ทั้งในกรณีที่ไม่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ (pre-operative) และได้รับการศัลยกรรมแปลงเพศและฮอร์โมนที่จำเป็นแล้ว (post-operative) ปริมาณอันจำกัดของคำนำหน้านามบุคคลและความจำเป็นในการใช้คำนำหน้านามเหล่านั้นซึ่งไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศ การที่กฎหมายหลายฉบับระบุเพศไว้เพียงสองเพศ (ซึ่งหมายเฉพาะเพศกำเนิด) ในกรณีที่จำเป็นจะต้องกล่าวถึงเพศ รวมถึงการที่กฎหมายจำกัดการสมรสไว้เฉพาะระหว่างคู่หญิงชายตามเพศกำเนิด เป็นต้น

ภาวะการไม่ยอมรับอย่างชัดแจ้งนี้ยังคงดำเนินเรื่อยมา แม้ว่าในช่วงประมาณหนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา (นับแต่ปี พ.ศ. 2550) ระบบกฎหมายไทยได้ขยับขยายการตระหนักรู้ความหลากหลายทางเพศไม่ว่าจะเป็นบนฐานเพศสถานะ (gender) หรือเพศวิถี (sexuality) ให้กว้างขวางยิ่งขึ้นด้วยการตรากฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม ทั้งการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยความรุนแรงทางเพศ

---

[1] ในการศึกษานี้ บุคคลข้ามเพศ (transgender) และ ภาวะข้ามเพศ (transgenderism) หมายถึง บุคคลหรือภาวะที่บุคคลมีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามการเกิดที่ถูกกำหนดโดยสังคม (และรัฐ) บุคคล/ภาวะข้ามเพศเป็นคำที่เป็นร่มใหญ่ ซึ่งรวมถึงผู้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (transsexual) และผู้ไม่ประสงค์เปลี่ยนเพศแต่เห็นว่าอัตลักษณ์ของตนไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางเพศตามความคาดหวังของสังคม ดังนั้น ภาวะข้ามเพศจึงไม่ได้หมายเฉพาะผู้ประสงค์ที่จะทำการศัลยกรรมแปลงเพศจากชายเป็นหญิงหรือหญิงเป็นชายเท่านั้น โดยรวมถึง ยกตัวอย่างเช่น ผู้มิได้มีสำนึกทางเพศแบบสองเพศได้แก่ชายหญิง (non-binary) ผู้มีเพศเลื่อนไหลไปมา (gender-fluid) ฯลฯ ด้วย รวมถึงไม่เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าบุคคลนั้นมีรสนิยมทางเพศแบบใดและประสงค์มีเพศสัมพันธ์กับเพศใดด้วย ทั้งนี้ คำตรงข้ามของภาวะข้ามเพศ คือ ภาวะที่เชื่อว่าการข้ามเพศไม่สอดคล้องกับธรรมชาติและเพศของทุกคนเป็นไปตามเพศที่กำหนดตามอวัยวะเพศเมื่อถือกำเนิด (cisgenderism) ตามกรอบคิดบน "บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm)" นอกจากนี้ แม้จะไม่ตรงข้ามเสียทีเดียว แต่ก็ไม่สอดคล้องกับการจัดระบบภายใต้กรอบคิด "เพศวิถีแบบต่างเพศ (heterosexuality)" และ "บรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity)" (โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของการนิยามศัพท์ดังกล่าว ในบทที่ 2 ส่วนที่ 2.1.1 ว่าด้วยกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี ประกอบด้วย)

Ref. code: 25645924030033WEF

(sexual violence) ให้อยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ (gender neutrality) การปรับปรุงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศจากเหตุความเป็น “โรคจิต” เป็น “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” การตรากฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศเมื่อปี พ.ศ. 2558 จนถึงการขับเคลื่อนให้เกิดกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียน “คู่ชีวิต” สำหรับบุคคลเพศกำเนิดเดียวกัน ซึ่งมุ่งให้คู่เพศกำเนิดเดียวกันมีสิทธิจดทะเบียนการอยู่ร่วมกันที่มีลักษณะใกล้เคียงหรือเหมือนกับ (ในแง่ผลทางกฎหมาย) การจดทะเบียนสมรสของคู่ต่างเพศ ตลอดจนข้อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ทุกเพศสามารถจดทะเบียนสมรสได้ ตั้งแต่ร่างฉบับแรกในปี พ.ศ. 2555 ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน (มกราคม 2565) นอกจากนี้ ศาลเคยมีคำพิพากษาให้คู่เพศกำเนิดเดียวกันมีสิทธิในตัวบุตรที่เกิดจากการปฏิสนธิด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (assisted reproductive technology) ด้วย อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของการศึกษาฉบับนี้ การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้เป็นการปรับปรุงกฎหมายหรือการปฏิบัติในลักษณะแยกส่วนไม่สอดคล้องกันทั้งระบบ และยังเป็นการเปลี่ยนแปลงทางบวกภายในกรอบที่รัฐยอมรับได้บนฐานอุดมคติบางประการ จึงมิอาจถือได้ว่าภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศตามความเข้าใจบนฐานเพศสถานะได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งในกฎหมายไทย

ปรากฏการณ์ต่างๆ ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ดังกล่าว แสดงเสมือนว่าที่สุดแล้วรัฐไทยกำลังมุ่งหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปสู่ระบบกฎหมายและสังคมแบบพหุเพศ (gender/sex pluralism) อย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม การศึกษานี้เห็นว่า รัฐและกฎหมายไทยยังคงรักษาตำแหน่งของตนเองในเชิงเพศสถานะไว้ในกรอบคิด “บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm)” ซึ่งไม่ยอมรับการข้ามเพศที่นอกเหนือจากเพศกำเนิดที่ถือว่าเป็น “ธรรมชาติ (nature)” หรือการแสดงออกทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศที่ถูกระบุเมื่อถือกำเนิด รวมถึงยังคงรักษาตำแหน่งของตนเองในแง่เพศวิถีไว้ในกรอบคิดแบบ “ทวิเพศ (sex dualism)”[2] ปรากฏการณ์ของการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายเหล่านี้จึงแสดงให้เห็นถึงความย้อนแย้งและคลุมเครือของกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ภาวะที่กฎหมายแสดงตนเสมือนยอมรับความหลากหลายทางเพศด้วยการตระหนักรู้การดำรงอยู่ของความหลากหลายทางเพศในระดับหนึ่ง ในขณะที่กฎหมายและวิธีปฏิบัติในเชิงทางการยังดำเนินไปตามฐานคิดแบบตรงเพศและทวิเพศ นำไปสู่คำถามที่น่าสนใจว่า ปัจจัยใดทำให้ภาวะเสมือนเปิดกว้างทางความหลากหลายทางเพศนี้

---

[2] ระบบทวิเพศ (sex dualism) คือ ระบบที่เห็นว่าเพศมีเพียงสองเพศและวิถีทางเพศหรือเพศวิถี (sexuality) (เช่น การมีเพศสัมพันธ์) ต้องดำเนินไปบนฐานต่างเพศ (ตามเพศกำเนิด) เท่านั้น ทั้งนี้ ปัจจุบัน รัฐไทยไม่มีกฎหมายห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศกำเนิดเดียวกันเหมือนบางประเทศในปัจจุบัน (เช่น ประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลาม) หรือในอดีต (เช่น ประเทศตะวันตกเมื่อครั้งที่คริสตจักรมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายเป็นอย่างสูง) อย่างไรก็ตาม ในรัฐไทย กรอบคิดแบบทวิเพศสะท้อนให้เห็นในกฎหมายบางกลุ่ม เช่น ระบบกฎหมายครอบครัว ซึ่งยังคงกำหนดให้การสมรสกระทำได้โดยคู่ชายหญิงเท่านั้น

Ref. code: 25645924030033WEF

เกิดขึ้นและมีอุดมคติใดที่ยังฉุดรั้งกฎหมายมิให้หลุดออกไปจากกรอบคิดเดิมที่อยู่บนบรรทัดฐานแบบตรงเพศ แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกดังที่กล่าวมาข้างต้น ความเข้าใจปัจจัยที่ยึดโยงกันเหล่านี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำความเข้าใจปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่ผ่านมา และในการประเมินทิศทางในอนาคตของทัศนคติของรัฐไทยในมิติกฎหมายเกี่ยวกับเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศ (ตามความมุ่งหมายของการศึกษานี้) รวมถึงเพศวิถีของบุคคล (ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นเพศสถานะ อันเป็นผลพลอยได้จากการศึกษา) และจะเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญสำหรับใช้ในการปรับเปลี่ยนกรอบคิดเชิงกฎหมายของรัฐไทยได้ในระดับฐานราก มิใช่เพียงแต่ระดับพื้นผิวหรือ “เชิงทางการ” ดังที่ปรากฏในรูปลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ก่อนมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับเพศที่เริ่มต้นเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2550 ตามที่ได้กล่าวถึงในช่วงต้น การศึกษานี้เห็นว่า กฎหมายของรัฐไทยยึดบรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) และระบบทวิเพศ (sex dualism) อย่างเคร่งครัด ตัวอย่างเหตุการณ์สำคัญซึ่งแสดงให้เห็นถึงปรากฏการณ์นี้ เช่น จนถึงปัจจุบัน (มกราคม 2565) กฎหมายไทยยึดถือเพศตามการเกิดโดยพิจารณาจากอวัยวะเพศเท่านั้น ดังที่เคยมีเหตุการณ์ที่บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงท้าทายบรรทัดฐานแบบตรงเพศโดยยื่นคำร้องขอเปลี่ยนเพศต่อศาลในปี พ.ศ. 2524 ซึ่งต่อมาคำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลที่ว่าการระบุเพศต้องยึดถือตามการเกิดและผู้หญิงต้องสามารถ “ออกลูกได้”[3] กฎหมายบังคับให้บุคคลต้องระบุ “เพศที่ถูกต้อง” เพียงเพศเดียวในกรณีผู้เกิดมามีอวัยวะเพศทั้งสองประเภท (intersex)[4] ในกรณีที่กฎหมายจำเป็นต้องกล่าวถึงเพศแบบแยกย่อย กฎหมายก็ระบุเพียง “ชาย” และ “หญิง” (ซึ่งหมายถึงเพศกำเนิด) เสมอ อาทิ ในกรณีรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ รวมถึงฉบับล่าสุดที่มีผลใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2560 มีหลักการว่าด้วยความเท่าเทียม (equality) ของบุคคล แต่ก็ระบุให้ “ชายและหญิง” เท่านั้นที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน[5] การคงไว้ซึ่งระบบทวิเพศในปริมณฑลชีวิตส่วนตัว ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

---

[3] “เพศของบุคคลธรรมดานั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความถึงคนที่ออกลูกได้”. *นายชุมพล ศิลประจำพงษ์ (ผู้ร้อง)*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 (ศาลฎีกา 2524).

[4] หนังสือสำนักงานทะเบียนกลาง ที่ มท 0322/9185 เรื่อง การแก้ไขเพศในเอกสารการทะเบียนราษฎร ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2535; หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0310.1/25058 เรื่อง หารือการขอแก้ไขเพศและคำนำหน้านามในทะเบียนบ้าน ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2544; วัชรินทร์ สังสีแก้ว, “คำสั่งทางปกครองกับผู้แปลงเพศ,” *วารสารกฎหมาย สุโขทัยธรรมาธิราช* 18, ฉ. 2 (ธันวาคม 2549): 103-104.

[5] มาตรา 27 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

ในประเด็นการสมรสที่ยังคงกำหนดให้การสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นการกระทำระหว่างชายและหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น[6]

การเปลี่ยนแปลงทางบวกเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีในยุคทศวรรษ พ.ศ. 2550 กล่าวได้ว่ามีจุดเริ่มต้นเมื่อรัฐไทยมี "รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน" เมื่อปี พ.ศ. 2540 ซึ่งแนวคิดว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการจำกัดอำนาจรัฐได้รับการวางกรอบไว้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งนี้ การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเพศเริ่มเห็นเค้ารางได้ตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติชื่อบุคคลเมื่อปี พ.ศ. 2548 ซึ่งอนุญาตให้คู่สมรสเลือกใช้ชื่อสกุลตนเองหรือของอีกฝ่ายก็ได้ตามแต่จะตกลงกัน ส่งผลให้ภรรยาไม่จำต้องเปลี่ยนไปใช้ชื่อสกุลของสามีในทุกกรณีอีกต่อไป ในแง่การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ การศึกษานี้วางหมุดหมายไว้ที่ปี พ.ศ. 2550 ที่รัฐไทยได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ[7] แม้โดยหลักการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแง่เพศวิถี แต่ขณะเดียวกันก็ทำให้เกิดผลในแง่เพศสถานะด้วย คือ ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นการกระทำชำเราเป็นเพศใดก็ได้ ส่งผลให้ผู้ชายเป็นผู้ถูกกระทำชำเราได้ อันเป็นการทำลายมายาคติ (myth) เชิงเพศสถานะของสังคมที่สร้างขึ้นโดยวาทกรรมกฎหมาย (legal discourse) ที่วางบนบรรทัดฐานแบบตรงเพศ ในแง่เพศวิถี กฎหมายได้กำหนดนิยามของ "การกระทำชำเรา" ขึ้นใหม่ให้มีความหมายกว้างกว่าการสอดใส่ ทำให้วิธีการร่วมเพศมีความหมาย

---

[6] มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ ". นอกจากนี้ สามารถเห็นได้จากการริเริ่มและความคืบหน้าในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือแก้ไขเพิ่มกฎหมายว่าด้วยการสมรส และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของหลักการสมรสตามกฎหมายที่ทำได้เฉพาะระหว่างเพศชายและหญิงเท่านั้น โดยศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ว่าด้วยการสมรสดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และได้แสดงเหตุผลของคำวินิจฉัยซึ่งแสดงวิธีการคิดเกี่ยวกับเพศขององค์กรตุลาการองค์กรหนึ่งไว้อย่างน่าสนใจสำหรับการศึกษา

[7] การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเกิดขึ้นหลังมีการเคลื่อนไหวของเครือข่ายสตรีนิยมและเพศสถานะต่อเนื่องมาราว 20 ปี โดยเป็นการเคลื่อนไหวอย่างเข้มข้นในช่วง 10 ปี นับแต่ปี พ.ศ. 2540 ทั้งนี้ นอกจากประเด็นเพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำและวิธีการกระทำชำเราแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังทำให้กฎหมายอาญาตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นครั้งแรกด้วย. ดู ปรีชญาภรณ์ จันทร์รักษ์, "กระบวนการขับเคลื่อนของสังคมต่อการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 กับการสร้างวาทกรรมเรื่องสิทธิเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

Ref. code: 25645924030033WEF

กว้างขวางกว่าเดิม ซึ่งเป็นการแสดงนัยของภาวะที่รัฐตระหนักรู้ความหลากหลายของวิถีทางเพศมากขึ้น[8] ทั้งนี้ ในกรณีของนิยามของการกระทำชำเรา ในปี พ.ศ. 2562 กฎหมายอาญาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้ง ให้วิธีการกระทำชำเราแคบลงเป็นเพียง "การล่วงล้ำ"[9] การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่สำคัญอีกประการ คือ ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร แต่เดิมกระทรวงกลาโหมใช้เหตุผลในทำนองการเป็น "โรคจิต" มาเป็นฐานยกเว้นหน้าที่เข้ารับการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง (male-to-female transgender) จึงส่งผลให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นดังกล่าว รวมถึงการยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง กระทั่งในปี พ.ศ. 2555 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องจึงเสร็จสิ้น โดยเปลี่ยนเหตุของการยกเว้นให้สอดคล้องกับบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) เป็น "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" กฎหมายฉบับล่าสุดที่มีการตราขึ้นมาใช้บังคับซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐไทยเปิดกว้างในเรื่องภาวะข้ามเพศมากขึ้น คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีสาระสำคัญห้ามมิให้ทั้งรัฐและเอกชนทำการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ "เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด"[10] การเปลี่ยนแปลงทางบวกเหล่านี้ได้รับการหนุนเสริมด้วยปรากฏการณ์ที่ท้าทายระบบทวิเพศและบรรทัดฐานต่างเพศ เช่น คำพิพากษากรณีคู่เพศสรีระเดียวกันชาวต่างชาติที่ศาลตัดสินให้ได้สิทธิในบุตรที่กำเนิดจาก "หญิงอุ้มบุญ" ชาวไทย ในกรณีนี้ แม้จะชัดเจนว่าบทบัญญัติอนุญาตเฉพาะคู่สมรสตามกฎหมายไทย (ซึ่งหมายถึงคู่ชายและหญิงเท่านั้น อันเป็นการดำเนินไปบนฐานต่างเพศอย่างเคร่งครัด) มีสิทธิในทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ศาลในคดีนี้มีอำนาจพิพากษานอกบทบัญญัติทั่วไปได้เนื่องจากเป็นเหตุที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายว่าด้วยเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีผลใช้บังคับ อาจกล่าวได้ว่า การเปลี่ยนแปลงทางบวกในกรณีนี้แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่องค์กรผู้ใช้กฎหมายเริ่มใช้ดุลพินิจในประเด็นเกี่ยวกับเพศในความหมายที่กว้างมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีแนวโน้มทางบวกตามที่แสดงมาข้างต้น แต่ภาวะที่กฎหมายยังไม่ยอมรับภาวะข้ามเพศอย่างชัดแจ้งตามที่กล่าวไว้ในส่วนต้นแสดงให้เห็นว่า กฎหมายต่างๆ

---

[8] การศึกษานี้ตระหนักดีว่า การข่มขืนกระทำชำเรามิได้เกี่ยวข้องกับรสนิยมทางเพศซึ่งอยู่ในร่มของเพศวิถี (sexuality) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างบุคคลและความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศในสังคมด้วย และการศึกษานี้ก็มิได้มีความเห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์และการกระทำความรุนแรงทางเพศเป็นเรื่องเดียวกัน

[9] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ใช้ข้อความว่า "โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า 'กระทำชำเรา' ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ . . ."

[10] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

Ref. code: 25645924030033WEF

ดังกล่าวมีลักษณะร่วมกัน คือ การบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะประเด็นเป็นเรื่องๆ ไป เป็นการเปลี่ยนแปลงทางบวกภายในกรอบที่รัฐยอมรับได้บนฐานอุดมคติเดิมบางประการ และไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยที่มีเนื้อหามุ่งโดยตรงไปที่ประเด็นภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล[11] คำถามที่วางไว้ในส่วนต้นที่ว่า ปัจจัยใดที่ทำให้ภาวะเสมือนเปิดกว้างทางความหลากหลายทางเพศสถานะนี้เกิดขึ้นและมีอุดมคติใดที่ยังฉุดรั้งกฎหมายมิให้หลุดออกไปจากกรอบคิดเดิมที่อยู่บนบรรทัดฐานแบบตรงเพศ แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงยังคงมีคุณค่าในการศึกษาแสวงหาคำตอบเพื่อใช้สนับสนุนความพยายามในการปรับเปลี่ยนความเข้าใจของกฎหมายในระดับฐานราก บนฐานคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเครื่องมืออันทรงพลังของรัฐเครื่องมือหนึ่งในการกำหนดรูปแบบและวิถีของสังคม

ในการทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทย การศึกษานี้นำกฎหมายในสามกลุ่มเนื้อหาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในเรื่องเพศสถานะและเพศวิถีในระยะเวลา 13 ปีที่การศึกษานี้มุ่งสนใจมาใช้เป็นวัตถุในการวิเคราะห์ทำความเข้าใจ ทั้งนี้ ในเนื้อหากฎหมายสามกลุ่มนั้น แม้ว่าการศึกษาฉบับนี้จะมุ่งศึกษาไปที่ประเด็นเชิงเพศสถานะ แต่เนื้อหาของกฎหมายที่ศึกษานั้นคาบเกี่ยวอยู่กับทั้งพรมแดนของเพศสถานะและเพศวิถี เนื่องจากกรอบคิดทฤษฎีและประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันมีความซ้อนเหลื่อมและไม่สามารถแยกจากกันได้อย่างเด็ดขาด[12] ปรากฏการณ์นี้ส่งผลให้การศึกษาต้องทำผ่านทั้งสองพรมแดนด้วย อย่างไรก็ดี การศึกษานี้ตระหนักดีว่าผลของการศึกษาจะต้องมุ่งเน้นไปที่ความเข้าใจของรัฐในเชิงเพศสถานะเป็นสำคัญ

1) กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารที่ยอมให้บุคคลข้ามเพศได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหารในฐานะของบุคคลข้ามเพศมิใช่ด้วยเหตุแห่งการเป็นโรค ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่กฎหมายเริ่มแยกแยะเพศสถานะของบุคคลโดยหลุดออกไปจากฐานคิดแบบชายหญิงแบบตรงเพศ (กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศด้วยการตระหนักถึง “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (gender identity disorder)”)

---

[11] เช่นเดียวกับใน United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review* (Bangkok: United Nations Development Programme Thailand, 2018), 40.

[12] Nicola Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* (Oxford, UK: Hart Publishing, 1998), 2.

Ref. code: 25645924030033WEF

2) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558) ซึ่งมิได้ตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศในทางบวก แต่เป็นการพยายามลดผลไม่พึงประสงค์ของความแตกต่างระหว่างเพศผ่านหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)

3) กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศ (การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ) โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้เกี่ยวข้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและนิยามของวิธีการกระทำชำเรา (มาตรา 276 และ 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2550[13] และมาตรา 1 (18) ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2562) โดยการศึกษานี้เห็นว่า ผลจากการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 นอกเหนือจากการขยายความหมายของ “การร่วมเพศ” ผ่านคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 แล้ว[14] ข้อสำคัญอีกประการ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนให้กฎหมายอยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ (gender neutrality) ซึ่งทำให้ทุกเพศเป็นได้ทั้งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในความผิดฐานดังกล่าวจากเดิมที่หมายถึงการกระทำโดยชายต่อหญิงเท่านั้น[15] เป็นการที่กฎหมายได้เปลี่ยนตำแหน่งตนเองครั้งใหญ่อันเป็นการท้าทายบรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) ที่วางรากฐานอย่างมั่นคงในกฎหมายไทย นอกจากนี้ การที่นิยามของการกระทำชำเราได้ถูกปรับปรุงให้มีความหมายที่แคบลงอีกครั้งด้วยผลของการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ก็เป็นปรากฏการณ์ที่ต้องนำมาพิจารณา (โดยแม้จะยังยอมรับว่าผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมได้เปลี่ยนการกระทำจาก “กระทำกับ” เป็น “ล่วงล้ำ” ก็ทำให้บทบาทของ

---

[13] การแก้ไขเพิ่มเติมนี้ส่งผลให้การตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงทางเพศฉบับต่อๆ มาอยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองลูกจ้างในกรณีถูกนายจ้างคุกคามทางเพศในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน (มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550) การคุ้มครองเจ้าหน้าที่รัฐที่ถูกเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกันเองคุกคามหรือล่วงละเมิดทางเพศ (กฎคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนฯ 2555) การคุ้มครองผู้ต้องขังที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานเรือนจำ (มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560) เป็นอาทิ

[14] ในปี พ.ศ. 2562 ความหมายของคำว่ากระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้ง และบทนิยามได้ถูกย้ายไปไว้ในมาตรา 1 (18) แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว จากเดิมที่เคยอยู่ในบทบัญญัติของฐานความผิด โดยความหมายของการกระทำชำเราถูกจำกัดให้แคบลงกว่าเมื่อครั้งการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 แต่ก็ยังกว้างกว่าความหมายก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550; มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

[15] มาตรา 276 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550) บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”.

Ref. code: 25645924030033WEF

ผู้เกี่ยวข้องถูกจำกัดลงอีกครั้ง ซึ่งอาจสะท้อนวิธีการคิดบางประการในเรื่องเพศสถานะและเพศวิถีในภาพรวมของกฎหมายไทยได้)[16]

เพื่อแสวงหาคำตอบของคำถามข้างต้น การศึกษานี้จึงทำการศึกษากฎหมายในฐานะสิ่งที่ถูกประกอบสร้างโดยสังคม (social construct) และใช้ระเบียบวิจัยหลัก คือ การวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) โดยเน้นไปที่การวิเคราะห์การประกอบสร้างกฎหมายไทยสามกลุ่มดังกล่าวที่มีแนวโน้มจะยังคงอยู่ในสภาวะที่ไม่ตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศหรือองค์ความรู้ที่สลับซับซ้อนในด้านเพศสถานะและเพศวิถีในระดับรากฐานความคิด แม้กรอบคิดว่าด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศจะได้รับการปรับเปลี่ยนอย่างมีนัยสำคัญมากว่าทศวรรษแล้วก็ตาม การวิเคราะห์วาทกรรมในการศึกษานี้จะเป็นการวิเคราะห์วาทกรรมที่เบียดแทรกอยู่ในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการปรากฏอย่างเด่นชัดหรือแฝงตัวอยู่ในข้อความระหว่างบรรทัด เพื่อแสวงหาการปะทะประสานของวาทกรรมต่างๆ ที่โลดแล่นอยู่ในบริบทของพื้นที่และเวลาของการเปลี่ยนแปลงทางบวกเหล่านี้ เนื่องจากการศึกษานี้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงทางบวกที่กำลังกล่าวถึงมิได้มีพัฒนาการเป็นเส้นตรงตามลำดับ แต่ประกอบไปด้วยบทบาทของเหตุการณ์และความสัมพันธ์ของวาทกรรมที่มีความเฉพาะเจาะจงของห้วงเวลา นอกจากนี้ การศึกษานี้ยังต้องอาศัยกรอบคิดทฤษฎีที่มุ่งวิเคราะห์วิพากษ์กฎหมายโดยใช้มุมมองเกี่ยวกับเพศ โดยหนึ่งในกรอบคิดทฤษฎีหลักที่ใช้ ได้แก่ นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) ซึ่งอยู่ภายใต้ร่มของนิติศาสตร์แนววิพากษ์ (critical jurisprudence) ด้วย[17] การศึกษานี้มีความเห็นว่า กรอบคิดทฤษฎีเหล่านี้จะช่วยเปิดเผยให้เห็นกฎหมาย (โดยเฉพาะในประเด็นเพศสถานะ) ในฐานะผลผลิตของการประกอบสร้างทางสังคมอันเกิดจากอำนาจหลากหลายที่ถือครองอำนาจนำ (hegemony) ในสังคมไทย หรืออย่างน้อยที่สุด ในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเหล่านี้

---

[16] มาตรา 1 (18) แห่งประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

[17] ทั้งนี้ ในกรณีของนิติทฤษฎีสตรีนิยมนั้น แม้นิติทฤษฎีสตรีนิยมจะเริ่มต้นด้วยการท้าทายบรรทัดฐานต่างๆ ทางสังคมที่อ้างว่าถูกประกอบสร้างโดยปิตาธิปไตยหรือภาวะชายเป็นใหญ่ (patriarchy) เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมของผู้หญิง อย่างไรก็ตาม การศึกษานี้ใช้กรอบคิดนี้เป็นหนึ่งในกรอบคิดหลักในการศึกษา เนื่องจากกรอบคิดนี้เป็นกรอบคิดสำคัญกรอบคิดแรกที่ท้าทายบรรทัดฐานของกฎหมายแบบเสรีนิยม (legal liberalism) ด้วยมุมมองเชิงเพศสถานะ และแท้จริงแล้วกรอบคิดนี้ในปัจจุบันก็มิได้จำกัดตนเองอยู่เฉพาะในการเคลื่อนไหวในนามของผู้หญิงด้วย. ดู Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 13-14.

Ref. code: 25645924030033WEF

1.2 คำถามวิจัย

1) ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 กฎหมายไทยมีความเข้าใจและทัศนคติต่อภาวะข้ามเพศ (transgenderism) อย่างไร โดยศึกษาจากการปะทะประสานของวาทกรรมในความย้อนแย้งและรอยปริแตกในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีที่แบ่งเป็นสามกลุ่มข้างต้น

2) ลักษณะของการปะทะประสานของวาทกรรมซึ่งก่อให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในกรอบคิดแบบตรงเพศ (cisgenderism) เป็นอย่างไร

3) ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศมีผลอย่างไรต่อความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1) เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ซึ่งเป็นห้วงเวลาที่เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีในกฎหมายไทย

2) เพื่อทำความเข้าใจลักษณะของการปะทะประสานของวาทกรรมซึ่งก่อให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในกรอบคิดแบบตรงเพศ (cisgenderism)

3) เพื่อทำความเข้าใจว่าความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศมีผลอย่างไรต่อความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษานี้มุ่งทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทยผ่านกฎหมายและบริบทแวดล้อมผ่านการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งได้ถูกจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 จนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2562 รวมทั้งสิ้นเป็นระยะเวลา 13 ปี

ขอบเขตของกฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงทางบวกดังกล่าวที่ศึกษาเป็นหลัก ได้แก่

1) พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (ได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497)

Ref. code: 25645924030033WEF

2) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

3) บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและนิยามของการกระทำชำเรา)

ทั้งนี้ การศึกษานี้มุ่งศึกษาเฉพาะปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในระดับรัฐ (เช่น ในการประชุมของผู้ยกร่างกฎหมายและการอภิปรายในรัฐสภา/สภานิติบัญญัติ) โดยในบางกรณีเกี่ยวข้องกับประชาชนหรือภาคส่วนอื่นด้วย (เช่น การยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้กระทรวงกลาโหมเปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ จากเหตุผล “โรคจิตถาวร” ไปเป็นเหตุผลอื่น และการที่กระทรวงกลาโหมปรึกษาหารือกับภาคส่วนอื่นๆ และผู้มีส่วนได้เสียเพื่อที่จะแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารในกรณีนี้)

การศึกษาจะวิเคราะห์กฎหมายแต่ละเนื้อหาในสามด้าน (โดยมิได้แยกเป็นหัวข้อย่อยอย่างชัดเจนและมิได้เน้นหนักในระดับเดียวกันเมื่อวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม) ได้แก่

ด้านที่หนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละฉบับ (ได้แก่ การวิเคราะห์การประกอบสร้างถ้อยคำในบทบัญญัติและการให้คุณค่าแก่ถ้อยคำเหล่านั้น)

ด้านที่สอง มูลเหตุของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละฉบับ (เช่น การเคลื่อนไหวทางสังคมที่เกี่ยวข้อง การเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่สำคัญ)

ด้านที่สาม การอภิปรายที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละฉบับ (เช่น ลักษณะของข้ออภิปรายในคณะผู้ยกร่างและในรัฐสภา)

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

1.5.1 ระเบียบวิธีวิจัย (methodology)

การศึกษานี้มุ่งแสวงหาความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยในประเด็นภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ ซึ่งคาบเกี่ยวทั้งด้านเพศสถานะและเพศวิถี ในช่วงที่ถือได้ว่ากฎหมายไทยมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในประเด็นดังกล่าว โดยความเข้าใจและทัศนคติที่มุ่งศึกษามิได้อยู่ในระดับพื้นผิวของกฎหมาย เช่น กฎหมายลายลักษณ์อักษร เท่านั้น จึงมีความจำเป็นที่การศึกษาจะต้องพิจารณาการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายข้างต้นด้วยมุมมองแบบสตรีนิยมและมุมมองอื่นในทางเพศสถานะ รวมถึงต้องพยายามทำความเข้าใจลักษณะการปะทะประสานของวาทกรรมย่อยๆ ที่แฝงอยู่ในการเปลี่ยนแปลงนี้ การศึกษานี้จึงใช้ญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology) เป็นระเบียบวิธีวิจัยหลัก โดยมีกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยนิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) รวมถึงนิติทฤษฎีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศสถานะ เป็นสำคัญ และอาศัย

Ref. code: 25645924030033WEF

ระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) เป็นวิธีการหลักในการศึกษา ทั้งนี้เนื่องจากนิติทฤษฎีสตรีนิยมและนิติทฤษฎีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศสถานะเป็นทั้งระเบียบวิธีวิจัยและกรอบคิดทฤษฎี การศึกษาจึงกล่าวเรื่องนี้ไว้ในส่วนนี้โดยสังเขปเท่านั้นโดยจะอธิบายอย่างละเอียดในบทที่ 2 ส่วนกรอบคิดทฤษฎีต่อไป

1.5.1.1 ญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology)

เนื่องจากระเบียบวิธีวิจัยแบบสตรีนิยมและกรอบคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์ที่ได้รับอิทธิพลจากกรอบคิดสตรีนิยมและกรอบคิดอื่นๆ ทางเพศสถานะ ใกล้เคียงและหนุนเสริมซึ่งกันและกัน การศึกษาในส่วนนี้จึงอธิบายระเบียบวิธีวิจัยในลักษณะนี้ไว้พอสังเขปและจะอธิบายอย่างละเอียดต่อไปในบทที่ 2 กล่าวโดยย่อ ระเบียบวิธีวิจัยนิติทฤษฎีสตรีนิยมมุ่งใช้เพื่อศึกษากฎหมายบนฐานที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกประกอบสร้างทางสังคม (social construct) โดยเพศ/เพศสถานะ/เพศวิถีมีบทบาทในการประกอบสร้างดังกล่าว ระเบียบวิธีวิจัยนิติทฤษฎีสตรีนิยมมีลักษณะค่อนไปในแนวทางตีความ (interpretative method) ซึ่งมุ่งไปที่การทำความเข้าใจ และแนวทางวิพากษ์ (critical approach) ซึ่งมุ่งไปที่การปลดปล่อย คือ การขุดคุ้ยค้นหาปัจจัยและอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังการคงไว้ซึ่งสถานะดั้งเดิม (status quo) ของกลุ่มคนบางกลุ่มในการเข้าถึงความรู้[18] เมื่อกฎหมายและวิธีการแบบกฎหมายอ้างตนว่าเป็นระบบที่เป็นเหตุเป็นผลและภาวะวิสัย ระเบียบวิธีวิจัยนิติทฤษฎีสตรีนิยมจึงมุ่งถอดรื้อคำกล่าวอ้างนี้เพื่อแสดงให้ถึงการดำรงอยู่ของลำดับศักดิ์ในทางเพศ รวมถึงปัจจัยอื่นๆ ที่ถูกกดทับไว้ อาทิ ชนชั้น ศาสนา ชาติพันธุ์ เป็นต้น[19]

ในการทำความเข้าใจระเบียบวิธีวิจัยแบบสตรีนิยม การศึกษานำเสนอผ่านกรอบคิด “ปิตาธิปไตย” หรือ “ชายเป็นใหญ่” (patriarchy) ซึ่งเป็นสภาวะที่สตรีนิยมไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดมุ่งวิพากษ์และมีเป้าหมายที่จะเปลี่ยนเปลงหรือรื้อถอน ปิตาธิปไตยเป็นกรอบคิดและระบบเชิงโครงสร้าง-สถาบันที่มีอำนาจในการประกอบสร้างองค์ความรู้และสังคม (โดยเฉพาะในโลกตะวันตก) ซึ่งเป็นศูนย์กลางของการวิพากษ์โดยทฤษฎีต่างๆ ว่าด้วยเพศ ซึ่งรวมถึงสตรีนิยมอันเป็นแขนงหนึ่งของทฤษฎีเชิงวิพากษ์ (critical theory) เพื่อบ่อนเซาะและรื้อสร้างองค์ความรู้และสังคมให้ไปสู่ทิศทางที่เกิดความเท่าเทียมทางเพศ โดยเริ่มจากความมุ่งหมายให้เพศหญิงเท่าเทียมกับเพศชายในช่วงเริ่มต้น และให้เกิดความเท่าเทียมทางเพศในภาพกว้างในเวลาต่อมา ในบริบทนิติศาสตร์สตรีนิยมเป็นกรอบคิดแรกที่วิพากษ์ว่ากฎหมายมีแนวโน้มไม่เป็นกลางทางเพศตามที่กฎหมาย

---

[18] Michael Freeman, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 9th ed. (London, UK: Sweet & Maxwell, 2014), 1091.

[19] Ibid., 1091-1092.

Ref. code: 25645924030033WEF

อ้างและมอบข้อได้เปรียบให้แก่เพศชายเหนือกว่าเพศหญิง (และเพศอันหลากหลาย) กรอบคิดสตรีนิยมจึงเป็นกรอบคิดตั้งต้นที่สำคัญในการทำความเข้าใจการประกอบสร้างเพศของบุคคลโดยกฎหมาย

ลักษณะสำคัญของปิตาธิปไตย คือ การจัดลำดับชั้นในเรื่องเพศในสังคม หรือที่เรียกว่า "ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศ (gender power relations)" ซึ่งส่งผลให้เกิดการจัดสรรอำนาจในสังคมอย่างไม่เท่าเทียม และนำไปสู่การครอบงำ กดขี่ และเลือกปฏิบัติ ตั้งแต่ในระดับโครงสร้าง-สถาบัน และส่งผลไปยังระดับปัจเจกด้วย[20] ทั้งนี้ ผลผลิตของอุดมคติแบบปิตาธิปไตยยังรวมถึงความไม่เท่าเทียมอันเป็นผลมาจากการเก็บกักกดทับสิ่งอื่นๆ และทำให้กลายเป็นอื่น (เช่น ปัจจัยที่อยู่บนฐานชนชั้น ศาสนา ชาติพันธุ์) อีกทั้ง การจัดลำดับชั้นบนฐานเพศมิใช่การจัดลำดับชั้นระหว่างเพศชายและเพศหญิง/เพศอันหลากหลายเท่านั้น แต่ยังมีการจัดลำดับชั้นภายในเพศชายเองอีกด้วย (เช่น ข้อความคิดว่าด้วย "ความเป็นชายอำนาจนำ (hegemonic masculinity)")[21] นอกจากนี้ ปิตาธิปไตยมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ แต่เป็นผลผลิตของการประกอบสร้าง (วัฒนธรรม) ซึ่งทำให้ปิตาธิปไตยมีลักษณะที่แตกต่างไปในแต่ละสังคมและเวลา (ยกตัวอย่างเช่น ในสยาม ชนชั้นสูงสืบสกุลผ่านสายบิดา ส่วนชนชั้นล่างนับถือสายบิดาและมารดาพอๆ กัน)[22] ดังนั้น ปิตาธิปไตยจึงสามารถถูกรื้อถอนไปได้โดยการเปลี่ยนแปลงหรือขจัดอุดมคติและวิธีการคิดแบบปิตาธิปไตยออกไปจากสังคมและสถาบันต่างๆ ทางสังคม

สำหรับอุดมคติที่ยึดโยงกับปิตาธิปไตย พอจะเห็นได้ดังนี้ ปิตาธิปไตยสร้างสังคมด้วยมุมมองแบบผู้ชาย (male perspective) ซึ่งเป็นเพศที่ถือครองอำนาจในสังคมผ่านความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ (ดังนั้น จึงเป็นผลผลิตของวัฒนธรรม มิได้หมายถึง ความเป็นธรรมชาติของผู้ชายในฐานะปัจเจกที่จะต้องกดขี่เพศอื่นๆ) และสร้างความเป็นอื่น (the other) ให้แก่เพศหญิง เพศอื่นๆ และสิ่งอื่นๆ ที่ปิตาธิปไตยไม่ยอมรับ ด้วยเหตุนี้ มาตรวัด/บรรทัดฐาน (norm) ต่างๆ จึงวางอยู่บนพื้นฐานแบบผู้ชายและถูกทำให้ดูเสมือนว่าเป็นมาตรฐานที่กำหนดอย่างเป็นกลางและเป็นภาวะวิสัย ลักษณะสำคัญประการอื่นๆ อาทิ การแบ่งโลกออกเป็นสองส่วนในลักษณะขั้วตรงข้าม (binary opposition) โดยเชื่อมโยงคุณค่าที่เหนือกว่าเข้ากับเพศชาย เช่น การสร้างขั้วตรงข้ามขึ้นมาระหว่างชาย (male)

---

[20] Linda Napikoski, "Patriarchal Society According to Feminism," ThoughtCo, last modified January 24, 2020, https://www.thoughtco.com/patriarchal-society-feminism-definition-3528978.

[21] ข้อความคิดที่ว่าความเป็นชาย (masculinity) มีหลากหลาย และมีความเป็นชายบางรูปแบบเท่านั้นที่ถือครองอำนาจนำ (ได้รับการยอมรับว่าเป็น "ชายที่แท้จริง") โดยลักษณะของอำนาจนำแตกต่างไปในแต่ละพื้นที่และเวลา. ดู ยกตัวอย่างเช่น R. W. Connell and James W. Messerschmidt, "Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept," *Gender and Society* 19, no. 6 (2009): 829-859.

[22] ธนัย เจริญกุล, "การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณ์ความเป็นชาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

Ref. code: 25645924030033WEF

และหญิง (female) และวัฒนธรรมและธรรมชาติ (culture-nature) และการที่ปิตาธิปไตยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกรอบคิดเสรีนิยม (liberalism) โดยบางส่วนของวิธีการคิดแบบเสรีนิยมเมื่อได้รับการตีความผ่านมุมมองในลักษณะดังกล่าวจึงถูกวิพากษ์ว่าหนุนเสริมปิตาธิปไตย เช่น การแบ่งพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว (distinction of public and private sphere) โดยพื้นที่สาธารณะเป็นพื้นที่ของผู้ชาย ส่วนพื้นที่ส่วนตัวเป็นพื้นที่ของผู้หญิง ซึ่งเป็นการจัดแบ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ด้วยการให้เหตุผลอันหลากหลายในแบบปิตาธิปไตย และทำให้เกิดผลไม่พึงประสงค์จำนวนมากตามมา (เช่น ผู้หญิงได้รับการศึกษาและมีส่วนร่วมทางการเมืองไม่เท่าเทียมกับผู้ชาย พื้นที่ส่วนตัวถูกมองว่าเป็นพื้นที่ปลอดภัยและปลอดการเมือง ทำให้รัฐเลือกที่จะไม่เข้าไปแทรกแซง หรือลังเลที่จะเข้าไปแทรกแซง และทำให้พื้นที่ส่วนตัวเป็นพื้นที่ที่อำนาจถูกปลดปล่อยโดยไม่มีสิ่งใดควบคุม เป็นต้น)[23]

ลักษณะสำคัญดังกล่าวประกอบสร้างมุมมองทางเพศของปิตาธิปไตยจนทำให้เกิดผลหลายประการ มุมมองสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษานี้ ตั้งต้นจากความเข้าใจของปิตาธิปไตยที่ว่าเพศกำหนดโดยธรรมชาติ เพศ (sex) จึงมีเพียงสองตามปัจจัยทางชีวภาพเท่านั้น ได้แก่ ชาย (male) และหญิง (female) โดยชายและหญิงสมควรมีคุณลักษณะทางเพศสถานะ (gender) บางประการที่สร้างขึ้นจากมุมมองปิตาธิปไตย โดยเป็นคุณลักษณะที่คงที่ตายตัว ได้แก่ ความเป็นชาย (masculinity) (เช่น มีความกล้าหาญ เข้มแข็ง ตัดสินใจเด็ดขาด แข็งแรง ชอบสีฟ้า) และความเป็นหญิง (femininity) (เช่น มีความเอาใจใส่ อ่อนไหว ตัดสินใจไม่เด็ดขาด อ่อนแอ ชอบสีชมพู) และถูกกำหนดบทบาททางเพศ (gender role) ให้สอดคล้องกับปัจจัยทางชีวภาพดังกล่าว (เช่น การทำงานนอกบ้านกับการเข้าสังคมสำหรับผู้ชาย และการดูแลเอาใจใส่ครอบครัวสำหรับผู้หญิง) ซึ่งเรียกระบบการคิดแบบนี้ว่าระบบตรงเพศ (cisgenderism) ด้วยเหตุดังกล่าว เพศวิถี (sexuality) ของชายและหญิงจึงต้องสอดคล้องกับคุณลักษณะของแต่ละเพศและบทบาททางเพศด้วย คือ ผู้ชายต้องถูกดึงดูดด้วยผู้หญิงและผู้หญิงต้องถูกดึงดูดด้วยผู้ชาย การสมรส (รวมไปถึงการมีเพศสัมพันธ์ในบางสังคม) ที่ชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับ “ความเป็นจริงตามธรรมชาติ” จึงต้องเป็นการกระทำระหว่างชายหญิงเท่านั้น อันเป็นการวางอยู่บนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) ซึ่งเรียกระบบการคิดแบบนี้ว่าระบบทวิเพศ (sex dualism)

เมื่อมุ่งสนใจไปที่นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) แม้กรอบคิดสตรีนิยมจะมีหลายรูปแบบ แต่จุดร่วมที่พอจะเห็นได้ คือ การมุ่งวิพากษ์ความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศซึ่งถูกสร้างโดยกรอบคิดปิตาธิปไตยข้างต้น นอกจากนี้ นิติทฤษฎีสตรีนิยม

---

[23] Vanessa Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory* (Oxford, UK: Hart Publishing, 2007), 12-13.

Ref. code: 25645924030033WEF

ยังมุ่งท้าทายบางส่วนของวิธีการคิดแบบเสรีนิยมที่เห็นว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปิตาธิปไตยตามที่อธิบายไปแล้วด้วย ข้อความคิดสำคัญที่ถูกวิพากษ์ ได้แก่ การแบ่งพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว ซึ่งกรอบคิดเสรีนิยมมองว่าพื้นที่สาธารณะเป็นพื้นที่ของผู้ชาย ส่วนพื้นที่ส่วนตัวนั้นเป็นพื้นที่ของผู้หญิง และจำกัดพื้นที่ส่วนตัวไว้สำหรับผู้หญิง ซึ่งเป็นพื้นที่สำหรับให้ผู้หญิงทำหน้าที่ของผู้หญิงตามการแบ่งบทบาททางเพศแบบดั้งเดิม และเป็นพื้นที่ที่ถือว่าปลอดภัยและปลอดจากความเป็นการเมืองอันส่งผลให้การปลดปล่อยอำนาจ (ที่ไม่เท่าเทียม) เป็นไปได้อย่างอิสระ ในภาพรวม นิติทฤษฎีสตรีนิยมเห็นว่าเพศ/เพศสถานะเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่สร้างให้กฎหมายเป็นกฎหมาย วิธีที่เพศ/เพศสถานะปรากฏในกฎหมายมิได้ทำให้เกิดเพียง “ความแตกต่าง” เท่านั้น แต่ยังเป็นการทำให้เกิด “การเลือกปฏิบัติ” และ “การครอบงำ/การกดขี่” ด้วย โดยการปรับปรุงความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศสมควรกระทำผ่านสถาบันที่ทรงพลังในสังคม เช่น กฎหมาย บนฐานที่ว่า เพศ/เพศสถานะเป็นผลผลิตของวัฒนธรรมมากกว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ[24]

ในกรณีของนิติทฤษฎีอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศสถานะ ในส่วนนี้ การศึกษายกตัวอย่างให้เห็นพอสังเขปหนึ่งนิติทฤษฎี ได้แก่ นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ผ่านการศึกษาของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในงาน *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law* (2002) [25] ในงานชิ้นนี้ ชาร์ปทำการวิเคราะห์ระบบกฎหมายในออสเตรเลียในประเด็นที่เกี่ยวกับอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ โดยมีการศึกษาเปรียบเทียบกับความเห็นทางกฎหมายในประเทศอื่นด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา และยุโรป (ศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) กล่าวโดยย่อ ชาร์ปวิพากษ์ระบบกฎหมายตามแนวทางเดียวกับระเบียบวิธีวิจัยและกรอบคิดทฤษฎีในการศึกษานี้ โดยมีหัวข้อ อาทิ กฎหมายในฐานะที่เป็นบ่อเกิดแห่งวัฒนธรรม (law as a site of cultural production) ภาวะรังเกียจและหวาดกลัวของกฎหมายต่อการรักเพศเดียวกัน (homophobia of law) การคำนึงถึงตรรกะทางชีวภาพ ((bio)logical concern) และวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย (medico-legal discourse) โดยถือเป็น “งานเกี่ยวกับนิติทฤษฎีว่าด้วยภาวะข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ฉบับแรกที่ศึกษาอย่างมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน” ในบริบททางกฎหมายของทวีปอเมริกาเหนือ ยุโรป และออสเตรเลีย[26]

---

[24] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 3.

[25] Andrew N. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law* (London, UK: Cavendish Publishing Limited, 2002).

[26] “However, in interrogating legal reasoning, within primarily North American, United Kingdom and Australasian legal contexts, this book offers, for the first time, a sustained, integrated and comparative critique of transgender/law relations across common law jurisdictions and legal

Ref. code: 25645924030033WEF

1.5.1.2 การวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis)

ส่วนนี้เน้นไปที่การอธิบายระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ ความคิดว่าภาษา/ตัวบทมีศักยภาพในการผลิตสร้างความรู้ (knowledge) หรือความจริง/ความปกติธรรมดา (truth/norm) และมีความสัมพันธ์กับอำนาจ (power) อย่างไรก็ตาม การทำความเข้าใจระเบียบวิธีวิจัยนี้อย่างสมบูรณ์สมควรทบทวนเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องในเบื้องต้นด้วย ได้แก่ 1) กรอบคิดรากฐานที่มีอิทธิพลต่อระเบียบวิธีวิจัย ได้แก่ สกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม (poststructuralism) และหลังสมัยใหม่นิยม (postmodernism)[27] ซึ่งจะกล่าวถึงก่อนทบทวนเรื่องการวิเคราะห์วาทกรรม และ 2) กรอบคิดวงศาวิทยา (genealogy) ซึ่งแม้การศึกษาฉบับนี้จะไม่ได้นำมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ แต่ก็มีประโยชน์ในการทำความเข้าใจระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรม อีกทั้ง การศึกษาก็จะนำมาประยุกต์ใช้ในระดับหนึ่งด้วย เนื่องจากวงศาวิทยาเป็นวิธีการศึกษาประวัติศาสตร์และความรู้ด้วยการเปิดเผยให้เห็นบทบาทของวาทกรรมและสิ่งที่ไม่ใช่วาทกรรมที่ประกอบสร้าง “ความรู้” หรือ “ความจริง” ในบริบทของพื้นที่และเวลาหนึ่ง โดยจะกล่าวถึงในช่วงท้ายหลังจากทบทวนสาระสำคัญว่าด้วยการวิเคราะห์วาทกรรมแล้ว

หลังโครงสร้างนิยม (poststructuralism) (ซึ่งการศึกษานี้ใช้ในลักษณะที่สลับกันได้กับหลังสมัยใหม่นิยม (postmodernism))[28] เป็นสกุลความคิดสายฝรั่งเศสสกุลหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการเป็นปฏิกิริยาต่อสกุลความคิดโครงสร้างนิยม (structuralism) โครงสร้างนิยมเป็นความคิดที่เห็นว่าสรรพสิ่งในโลกมีโครงสร้างบางอย่างเป็นแกนหลัก โดยวิธีการสำคัญเพื่อทำความเข้าใจโลกคือการทำความเข้าใจระบบและการถอดรหัสเพื่อเข้าถึงโครงสร้างเหล่านั้น ในขณะที่หลังโครงสร้างนิยมไม่เชื่อในความมีอยู่เป็นอยู่ (being) ซึ่งเป็นแก่นแกนของอภิปรัชญา (meta-physics) แบบตะวันตกแบบโครงสร้างนิยม แต่เชื่อว่า “สรรพสิ่งหมุนเวียนเปลี่ยนไป ดังนั้นจึงไม่มีสิ่งที่เป็นอยู่ จะมีก็แต่สิ่งที่กำลังจะเกิด/กำลังจะเป็น (becoming)”[29] เท่านั้น สำหรับจารีตของวิธีการแบบหลังโครงสร้างนิยม ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร กล่าวว่า คือการอ่านตัวบท (text) และการตีความ (ที่มีความซับซ้อนกว่า

---

subject matters and situates those relations within contexts of law’s relationship with medicine. It aims, through taking legal doctrine seriously, to tease out, map and make (non)sense of the multiple themes and subtexts that comprise this nascent jurisprudence.”. Ibid., 2-3.

[27] ในส่วนข้อความทั่วไปว่าด้วยสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม การศึกษานี้ศึกษาและสรุปจากงานของไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร เป็นสำคัญ. ดู ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร, *บทแนะนำสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม (Introducing Poststructuralism)*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สมมติ, 2560).

[28] สกุลความคิดหลังสมัยใหม่นิยมถูกให้ความหมายไว้อย่างน้อยสามความหมาย โดยหนึ่งในความหมายเหล่านี้สามารถใช้สลับกันกับหลังโครงสร้างนิยมได้. ดู เรื่องเดียวกัน, 168-169.

[29] เรื่องเดียวกัน, 22.

Ref. code: 25645924030033WEF

หรือ “การตีความจากการตีความ”) อาทิ งานของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault) ที่ทำการศึกษาโดยการอ่านยุคสมัยของประวัติศาสตร์ เป็นต้น[30]

กล่าวโดยย่อ สาระสำคัญของหลักคิดแบบหลังโครงสร้างนิยมและหลังสมัยใหม่นิยมที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ ตามการทบทวนและสรุปของไชยรัตน์ เป็นดังนี้[31]

1) การท้าทายข้อความคิดที่เป็นกรอบคิดใหญ่ อาทิ เหตุผล ความเป็นเอกภาพ ความจริง ซึ่งกดทับกรอบคิดอื่นๆ ไว้

2) การเป็นตัวแทนให้กับ “ความเป็นอื่น (the other)” ซึ่งถูกประกอบสร้างขึ้นตามแต่ละบริบทและเวลา

3) ความพยายามที่จะชี้ให้เห็นว่า ภายใน “เหตุผล” ก็มี “ความไม่เป็นเหตุผล” แฝงอยู่ (ซึ่งความไม่เป็นเหตุผลนี้เป็นลักษณะที่ทั้งสองกรอบคิดถูกกล่าวหาว่าเป็น) ทั้งนี้ เพื่อที่จะทำให้สิ่งที่ “มีเหตุผล” กลายเป็นสิ่งที่ “มีเหตุผล” ขึ้นมาได้ด้วยการเปรียบเทียบ อาทิ การกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางเพศแบบเพศเดียวกันเป็น “ความผิดปกติ” เพื่อทำให้ความสัมพันธ์ทางเพศแบบต่างเพศกลายเป็น “ความปกติ”

4) ทฤษฎีในความหมายของทั้งสองกรอบคิดเป็นลักษณะของ “กล่องเครื่องมือ” ที่ผู้ใช้สามารถหยิบมาใช้ได้ตามสถานการณ์ที่แตกต่าง มิใช่การไร้ซึ่งทฤษฎีตามที่ถูกกล่าวหา ทั้งนี้ เนื่องจากนิยามของคำว่า “ทฤษฎี” ของสองกรอบคิดนี้กับของวิทยาศาสตร์ธรรมชาติมีความหมายไม่เหมือนกัน

5) การให้ความสำคัญอย่างยิ่งต่อภาษา เนื่องจากภาษาเป็นแหล่งก่อกำเนิดอำนาจ ผลิตความรู้ และมีพลังในการกดทับความเป็นอื่นไว้ เช่น การที่ภาษาประกอบสร้างให้คำที่โดยปกติแล้วไม่มีความหมายกลายเป็นมีความหมายขึ้นมาได้ หรือการกำหนดสถานะของบุคคลและปรับเปลี่ยนทัศนคติของผู้อื่นต่อบุคคลดังกล่าว ดังเช่นคำพิพากษาของศาลที่เปลี่ยนให้คนที่เป็น “จำเลย” ก่อนมีคำพิพากษา กลายเป็น “ผู้ต้องขัง/นักโทษเด็ดขาด”[32]

6) การไม่เชื่อในความเป็นองค์ประธาน/เจตจำนงเสรีของมนุษย์ แต่เห็นว่ามนุษย์เป็น “รูปสัญญะที่ว่างเปล่า (an empty signifier)” หรือ “รูปสัญญะที่ล่องลอย (a floating signifier)” และพร้อมจะถูกวาทกรรมต่างๆ กำหนดบทบาทหรือให้ความหมาย อัตลักษณ์ตัวตนของมนุษย์จึงเลื่อนไหลไปมาตามแต่บริบทและเวลา[33]

---

[30] เรื่องเดียวกัน, 170-171.

[31] เรื่องเดียวกัน, 183-194.

[32] เรื่องเดียวกัน, 186.

[33] เรื่องเดียวกัน, 188-189.

Ref. code: 25645924030033WEF

การวิเคราะห์วาทกรรมเป็นระเบียบวิธีวิจัยที่ถือกำเนิดขึ้นในพื้นที่ของภาษาศาสตร์ (linguistics) แต่ต่อมาได้ถูกประยุกต์ใช้ในพื้นที่ของสังคมศาสตร์ เช่น รัฐศาสตร์ วัฒนธรรมศึกษา การวิจารณ์วรรณคดี สังคมวิทยา และในหลากหลายวิธีการศึกษา/การเคลื่อนไหวทางสังคม (เช่น การวิพากษ์การพัฒนา สตรีนิยม) ด้วยเหตุนี้ วาทกรรมและการวิเคราะห์วาทกรรมจึงถูกให้คำจำกัดความที่แตกต่างหลากหลาย ทั้งความแตกต่างระหว่างความหมายที่ใช้ในการสื่อสารทั่วไป (เช่น การหลอกลวง คำชวนเชื่อ ถ้อยคำสวยหรู การพูดใหม่ ซึ่งมิได้สะท้อนความหมายที่แท้จริงของวาทกรรม) กับความหมายที่ใช้ในการศึกษาทางวิชาการ และความแตกต่างระหว่างการใช้ในทางวิชาการเองในแต่ละศาสตร์ การศึกษานี้จะวางกรอบคิดไว้เพียงเท่าที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเท่านั้น

วาทกรรม (discourse) คือ การพูดคุย (talk) และตัวบท (text) โดยการพูดคุยมิได้จำกัดเพียงการใช้เสียงเท่านั้น แต่รวมถึงการสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ ซึ่งสามารถส่งสารได้ (เช่น รวมถึงภาษาใบ้และการแสดงท่าทางด้วย) ส่วนตัวบท หมายถึง การสื่อสารผ่านการเขียน รูปภาพ และวิธีการอื่นในทำนองเดียวกัน ซึ่งสามารถสื่อความหมายได้ การนำข้อความคิดว่าด้วยวาทกรรมมาใช้ในบริบทของสังคมศาสตร์มิใช่การวิเคราะห์ภาษาที่ปราศจากบริบท แต่เป็นภาษาที่ประกอบไปด้วยบริบทและการผลิตในทางปฏิบัติ (practice) ที่เรียกว่า ปฏิบัติการทางวาทกรรม (discursive practice)[34] กล่าวโดยสรุป วาทกรรมคือทุกสิ่งที่สื่อความหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นการพูด การเขียน รูปภาพ ท่าทาง และบริบทแวดล้อมขององค์ประกอบของการสื่อความหมายเหล่านั้น

การวิเคราะห์วาทกรรมในบริบทของการศึกษานี้ คือ ความเชื่อว่าภาษา/ตัวบทมีศักยภาพในการผลิตสร้างความรู้ (knowledge) หรือความจริง/ความปกติธรรมดา (truth/norm) และมีความสัมพันธ์กับอำนาจ (power) โดยการนำมาประยุกต์ใช้กับมนุษย์ศาสตร์และสังคมศาสตร์เป็นผลมาจากสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยมและหลังสมัยใหม่นิยมข้างต้น ทั้งนี้ การศึกษานี้ใช้แนวทางการวิเคราะห์วาทกรรมในลักษณะของมิเชล ฟูโกต์ เป็นสำคัญ

ข้อความคิดของฟูโกต์ได้รับการจัดให้เป็นทั้งความคิดแบบโครงสร้างนิยมและหลังโครงสร้างนิยม โดยแตกต่างไปตามเนื้อหาและเวลาของงาน (แม้ว่าฟูโกต์เองจะไม่ยอมรับการจัดประเภทในทำนองนี้ก็ตาม) เฉพาะข้อความคิดของฟูโกต์ในช่วงครึ่งหลังเท่านั้นที่เป็นแนวทางในการศึกษานี้และถือเป็นความคิดในสกุลหลังโครงสร้างนิยม/หลังสมัยใหม่นิยม กล่าวอย่างรวบรัดได้ว่า ฟูโกต์แย้งการศึกษาประวัติศาสตร์แบบดั้งเดิมภายใต้กรอบคิดว่าประวัติศาสตร์เป็นการศึกษาการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปเป็นเส้นตรงภายใต้ความเชื่อที่ว่ามนุษย์กำลังพัฒนาไปสู่จุดสูงสุดบางอย่าง ฟูโกต์เปรียบการศึกษาประวัติศาสตร์ว่าควรเป็นการศึกษาในเชิงพื้นที่ด้วยการเปรียบเทียบกับการขุดหน้าดินโดยดินแต่ละชั้นไม่จำเป็นต้องกลมกลืนเป็นเอกภาพ มีขนาดเท่ากัน และมีลักษณะ

---

[34] สามชาย ศรีสันต์, *ว่าด้วยการวิเคราะห์วาทกรรมแนววิพากษ์* (กรุงเทพฯ: สมมติ, 2561), 19-20.

Ref. code: 25645924030033WEF

เหมือนกัน และหน้าดินแต่ะชั้นอาจแยกขาดจากกันด้วยซ้ำ (เนื่องจากมีองค์ประกอบ เงื่อนไข และลักษณะการปะทะประสานที่แตกต่างกันไปตามแต่ละบริบทของชั้นดินนั้นๆ) แต่ยังยึดโยงกันเนื่องจากมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กัน และการศึกษาประวัติศาสตร์ควรเป็นการศึกษาเพื่อขุดคุ้ยเปิดหน้าดินและลงลึกไปในชั้นดินดังกล่าว ต่อมา ฟูโกต์ได้มีงานที่เหมือนเป็นคำแถลงว่าด้วยการศึกษาแบบวงศาวิทยา (genealogy) อันเป็นจุดเริ่มต้นในการคิดหาลักษณะความสัมพันธ์ของวาทกรรมต่างๆ เพิ่มเติมจากการขุดคุ้ยเงื่อนไขที่แตกต่างกันของหน้าดินแต่ละชั้น ในการทำความเข้าใจการวิเคราะห์วาทกรรมแบบฟูโกต์จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจประกอบการศึกษาแบบวงศาวิทยาหรือวิธีการศึกษาประวัติศาสตร์แบบสาแหรก (genealogy)[35] ด้านล่างประกอบด้วย แม้ว่าการศึกษานี้จะไม่ได้ใช้วิธีการดังกล่าวอย่างเต็มรูปแบบก็ตาม

วงศาวิทยาเป็นการศึกษาองค์ความรู้ที่ฟูโกต์พัฒนาในผลงานช่วงหลังของเขา[36] โดยมิได้มุ่งแสวงหาความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของเหตุการณ์ในอดีต แต่เน้นไปที่การแตกตัวและการกระจัดกระจายของวาทกรรม งานที่สำคัญได้ ได้แก่ *นิทเช วงศาวิทยา และประวัติศาสตร์ (Nietzsche, Genealogy, History)* (1977) *ประวัติศาสตร์ว่าด้วยเพศวิถี (History of Sexuality)* (ฉบับแรกตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1975) และ*วินัยและการลงทัณฑ์ (Discipline and Punish)* (1976)

ในช่วงแรกเริ่ม หลังจากผลิตงานที่ถูกวิพากษ์ว่าเป็นงานในแบบโครงสร้างนิยม[37] ฟูโกต์ได้เขียนงาน *โบราณคดีแห่งความรู้ (Archaeology of Knowledge)* (1969) ขึ้น เพื่อวิพากษ์การศึกษาประวัติศาสตร์ที่ครอบงำวงวิชาการในสมัยนั้นที่เห็นว่าผู้ศึกษาประวัติศาสตร์เป็นเพียงผู้ที่ค้นคว้าหาความจริงและนำมาต่อร้อยเรียงภายใต้ความเชื่อที่ว่าประวัติศาสตร์มีความต่อเนื่องเป็นเส้นตรงประกอบแนวคิดแบบเฮเกลที่ว่ามนุษยชาติพัฒนาอย่างต่อเนื่องและสุดท้ายจะพบกับจุดสิ้นสุดที่เป็นความจริง (อาจเรียกว่า “ประวัติศาสตร์แบบจารีต (traditional history)”) ในแง่วิธีการศึกษา ฟูโกต์โต้แย้งว่านักประวัติศาสตร์มิใช่ผู้ค้นคว้า “ความจริง” แต่เป็นเพียง “การแต่ง” หรือ “การประกอบสร้าง” ประวัติศาสตร์ขึ้นมา อันหมายถึง การศึกษาประวัติศาสตร์ไม่มีความเป็นภาวะวิสัยดังที่มักได้รับการกล่าวอ้าง

---

[35] การศึกษานี้ยึดคำว่า วงศาวิทยา ตามการวิจัยในปี พ.ศ. 2534 ของธงชัย วินิจจะกูล เป็นสำคัญ. ดู ธงชัย วินิจจะกูล, *รายงานโครงการวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง วิธีการศึกษาประวัติศาสตร์แบบวงศาวิทยา (Genealogy)* (กรุงเทพฯ: คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534).

[36] สรุปสาระสำคัญจาก เรื่องเดียวกัน และ ธงชัย วินิจจะกูล, *ออกนอกขนบประวัติศาสตร์ไทย* (นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2562). รวมถึง ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร, *บทแนะนำสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม (Introducing Poststructuralism)*.

[37] เช่น *ประวัติศาสตร์ว่าด้วยความบ้า (Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason)* (1961) ซึ่งฟูโกต์ปฏิเสธว่าไม่ใช่งานที่เขียนโดยมีพื้นฐานจากกรอบคิดแบบโครงสร้างนิยม และทำให้ต่อมาฟูโกต์ได้เขียนงานเพื่อโต้แย้งกระแสวิพากษ์ดังกล่าว

Ref. code: 25645924030033WEF

แต่เกิดจากการเลือกหยิบความจริงเพียงบางชุดมาร้อยเรียงและนำเสนอในลักษณะของ “ความจริง” เท่านั้น ในแง่ลักษณะของการศึกษา ฟูโกต์โต้แย้งว่า ประวัติศาสตร์ไม่มีความต่อเนื่องในลักษณะที่กล่าวอ้างโดยความรู้และ “ความจริง” ในช่วงเวลาหนึ่ง เกิดจากการปะทะประสานของวาทกรรม (รวมถึงสิ่งที่ไม่ใช่วาทกรรม) ภายใต้เงื่อนไขและบริบทของพื้นที่และเวลาหนึ่ง และไม่จำเป็นต้องมีการพัฒนาเป็นขั้นตอนเป็นลำดับอย่างต่อเนื่อง ใน *โบราณคดีแห่งความรู้* ฟูโกต์เปรียบเทียบให้เห็นการศึกษาประวัติศาสตร์ ซึ่งคาบเกี่ยวกับทั้งประวัติศาสตร์ ปรัชญา และการเมือง โดยเปรียบเทียบกับกรอบคิดเรื่อง “พื้นที่” คือ การศึกษาประวัติศาสตร์เปรียบเทียบได้กับการขุดค้นทางโบราณคดีที่เมื่อขุดลึกเข้าไป ผู้ขุดจะพบกับชั้นดินหลากหลายชั้นซึ่งมีขนาดไม่เท่ากัน ชั้นดินแต่ละชั้นกักเก็บคุณค่าหลากหลายไว้ ชั้นดินเหล่านี้อาจมีความสัมพันธ์กัน แต่ไม่จำเป็นต้องมีความเป็นเอกภาพ และคุณค่าเหล่านี้คือสิ่งที่นักประวัติศาสตร์ต้องศึกษาโดยการแยกแยะวินิจฉัยอย่างละเอียด เพื่อให้เห็นสิ่งที่ประกอบสร้างให้เกิดสภาวะที่กำลังศึกษาขึ้น

ในเวลาต่อมา ฟูโกต์ได้เขียนงาน *นิทเช วงศาวิทยา และประวัติศาสตร์* อันเป็นงานชิ้นแรกที่ฟูโกต์แสดงวิธีการแบบวงศาวิทยา ซึ่งอาจเรียกว่า “ประวัติศาสตร์ที่เน้นผลสัมฤทธิ์ (effective history)” หรือ “การศึกษาประวัติศาสตร์ของเหตุการณ์” โดยการศึกษามิได้มุ่งกลับไปสู่ “จุดกำเนิด” เนื่องจากไม่เชื่อว่าจุดกำเนิดมีอยู่จริง การศึกษาจุดกำเนิดจึงเป็นไปไม่ได้ แต่เป็นการกลับไปแสวงหา “การปรากฏตัวของสรรพสิ่ง (emergence)” หรือ “จุดเริ่มต้น (beginning)” ซึ่งหมายถึง รายละเอียดความเป็นมาของสรรพสิ่ง รอยปริแตก ความไม่สอดคล้อง และวาทกรรมต่างๆ ที่มีบทบาทในการประกอบสร้าง “ความเป็นประวัติศาสตร์/ความจริง” ขึ้น โดย “ความรู้ไม่ใช่เรื่องของข้อเท็จจริงและไม่ใช่เรื่องของการเข้าใจ แต่ความรู้เป็นเรื่องของการตัดออกเป็นส่วนๆ (cutting not understanding)”[38] เนื่องจากเป็นเรื่องของการปิดกั้นครอบงำ แตกตัว สลายสั่นคลอน และการปะทะกันของพลังอำนาจต่างๆ เพื่อช่วงชิงให้ได้อยู่ในสถานะอำนาจนำ

งานชิ้นสำคัญอื่นๆ ที่เขียนต่อมา ได้แก่ *ประวัติศาสตร์ว่าด้วยเพศวิถี* และ*วินัยและการลงทัณฑ์* ฟูโกต์ได้ใช้การศึกษาแบบวงศาวิทยาที่ขัดแย้งกับขนบแบบดั้งเดิมข้างต้นขุดคุ้ยและศึกษาการปะทะประสานของวาทกรรมในประเด็นดังกล่าว โดยพัฒนาเนื้อหาของความสัมพันธ์ระหว่างความรู้ (knowledge) กับอำนาจ (power) ในการประกอบสร้างบรรทัดฐาน/ความจริง (norm/truth) ทั้งนี้ แม้ฟูโกต์เห็นว่าความรู้กับความจริงไม่ใช่สิ่งเดียวกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างแนบแน่น เช่น เมื่อมีความรู้ ผู้นั้นก็มีแนวโน้มจะใช้ความรู้เพื่อสร้างเป็นอำนาจในการกดทับความรู้ชุดอื่น และหากว่ามีอำนาจแต่ไม่มีความรู้ ก็ยากที่จะใช้อำนาจนั้นครอบงำบุคคลอื่นหรือถือครอง

---

[38] ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร, *บทแนะนำสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม (Introducing Poststructuralism)*, 84.

Ref. code: 25645924030033WEF

อำนาจนำได้[39] ตัวอย่างเช่น ใน*วินัยและการลงทัณฑ์* ฟูโกต์อธิบายว่าประวัติศาสตร์ของการลงโทษที่มุ่งไปสู่ความมีมนุษยธรรมมากขึ้น (เช่น การเปลี่ยนจากการประหารกลางลานประหารที่เปิดให้สาธารณชนเข้าชมได้ไปเป็นการบังคับการลงโทษในพื้นที่ปิดและเน้นวิธีการแก้ไขฟื้นฟู) มิได้เป็นผลมาจากการพัฒนาความคิดว่าด้วยการปฏิบัติที่เหมาะสมเท่านั้น แต่การบังคับโทษรูปแบบต่างๆ ในประวัติศาสตร์เกิดจากการปะทะประสานของวาทกรรมต่างๆ ที่แตกต่างกันไปในแต่ละบริบทแห่งเวลาและพื้นที่ เช่น การแก้ไขฟื้นฟูเป็นหนึ่งในตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าอำนาจในแบบดั้งเดิมไม่ถูกใช้โดยรัฐอีกต่อไป แต่เป็นอำนาจเชิงวินัย (disciplinary power) ที่มุ่งกระทำต่อปัจเจกภาพ (individuality) และบริหารจัดการชีวิตของผู้ต้องขังโดยไม่รู้ตัวต่างหาก ที่มีบทบาทสำคัญของอำนาจที่รัฐใช้กับผู้อยู่ใต้การปกครอง[40] ดังนั้น อำนาจ (ของสถาบันที่มีอำนาจ) ในที่นี้จึงมิใช่อำนาจที่แสดงออกมาอย่างรุนแรงและคาดเดาไม่ได้เหมือนในสมัยโบราณ แต่เป็นอำนาจเชิงวินัยที่ควบคุมคนด้วยวิธีการต่างๆ แบบสมัยใหม่โดยคนไม่รู้ตัว กรอบคิดทำนองนี้เห็นได้จากข้อความคิดของฟูโกต์ที่สำคัญ อาทิ การบริหารจัดการชีวิต (governmentality) ชีวอำนาจ (biopower) วาทกรรม (discourse) เป็นต้น เมื่อนำกรอบคิดนี้มาใช้ในการศึกษานี้ จะเห็นได้ว่าสถาบันทางนิติศาสตร์เป็นสถาบันที่มีอำนาจเชิงวินัยในการควบคุมและสร้างความปกติธรรมดาให้แก่สังคมผ่านกฎหมาย และการดำเนินการต่างๆ ในทางกฎหมาย รวมถึงบริบทที่รายล้อมความเป็นกฎหมาย เช่น การให้ความเห็นทางกฎหมายโดยผู้มีตำแหน่ง อำนาจหรือความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย

จากคำอธิบายข้างต้น การวิเคราะห์วาทกรรม (โดยการมีบทบาทในระดับหนึ่งของวงศาวิทยา) จะเป็นเครื่องมือสำคัญในการขุดคุ้ยหน้าดินเพื่อลงลึกสู่ดินแต่ละชั้นที่กักเก็บคุณค่าคนละชุดไว้ในช่วงเวลา 13 ปี ของการเปลี่ยนแปลงทางบวกในทางเพศสถานะและเพศวิถีของกฎหมายไทยที่กำหนดไว้ในการศึกษานี้ และวิเคราะห์ให้เห็นบทบาทและความสัมพันธ์ของวาทกรรมและสิ่งที่ไม่ใช่วาทกรรมในช่วงเวลานี้ ภายใต้กรอบคิดนี้ การศึกษาเห็นว่า แม้การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในแต่ละอาณาบริเวณอาจไม่มีความเป็นเอกภาพ (ตรงข้ามกับลักษณะที่การศึกษาประวัติศาสตร์แบบจารีตอาจเสนอ) แต่การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้น่าจะมีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กันในทางหนึ่งทางใด และความสัมพันธ์เหล่านี้จำเป็นต้องได้รับการนำมาเปิดเผย จัดประเภท แยกแยะและร้อยเรียง เพื่อให้เห็นเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้กฎหมายไทยอยู่ในภาวะที่ไม่ยอมรับภาวะข้ามเพศอย่างชัดแจ้งในปัจจุบัน

---

[39] เรื่องเดียวกัน, 80.

[40] David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1991), 104-105.

Ref. code: 25645924030033WEF

จากการวางระเบียบวิธีวิจัยทั้งหมด เมื่อปรับใช้การวิพากษ์วาทกรรมผ่านมุมมองและข้อความคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี สตรีนิยม นิติทฤษฎีสตรีนิยม และนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศเข้ากับการศึกษานี้ อาจเห็นตัวอย่างในเบื้องต้นได้ ดังนี้

ในกรณีของการศึกษาในด้านที่หนึ่ง (บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละฉบับ) การศึกษานี้เชื่อว่าการปรากฏหรือไม่ปรากฏของถ้อยคำในตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใดเกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจลักษณะของการปะทะประสานของวาทกรรมทั้งสิ้น อาทิ ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ มีการแก้ไขเนื้อหาของข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศและมีการย้ายข้อยกเว้นดังกล่าวจากมาตราที่เป็นบทนิยามไปยังมาตราว่าด้วยการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญา ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 ไม่มีการกำหนดบทนิยามของ “การกระทำชำเรา” ไว้ (ความหมายถูกพัฒนาโดยศาล) บทนิยามนี้ปรากฏขึ้นหลังกฎหมายได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 (ในมาตราที่เป็นฐานความผิดเอง คือ มาตรา 276 และ 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา) แต่หลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งในปี พ.ศ. 2562 บทนิยามนี้ได้ถูกแก้ไขเนื้อหาไปอย่างสำคัญ (และได้ถูกย้ายไปไว้ในมาตรา 1 อันเป็นมาตราที่รวบรวมบทนิยามที่สำคัญทั้งหมดของทั้งประมวลกฎหมายไว้) เป็นต้น

ในกรณีของการศึกษาในด้านที่หนึ่ง (บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละฉบับ) และด้านที่สาม (การอภิปรายที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละฉบับ) ในการวิพากษ์ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การศึกษานี้จะวิเคราะห์การประกอบสร้างคำว่า “การกระทำชำเรา” โดยพิจารณาตั้งแต่ความหมายของการกระทำชำเราที่ถูกตีความโดยศาลก่อนปี พ.ศ. 2550 (เนื่องจากไม่มีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายลายลักษณ์อักษร) ให้หมายเฉพาะการกระทำโดยชายต่อหญิงและส่งผลให้เป็นได้เพียงการล่วงล้ำ/สอดใส่เท่านั้น พิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมคำนี้ในปี พ.ศ. 2550 และระหว่างที่มีผลใช้บังคับ จนถึงประมาณกลางปี พ.ศ. 2562 โดยมีปรากฏการณ์ที่น่าสนใจ คือ แม้การกระทำชำเราจะได้รับการกำหนดนิยามให้มีความหมายกว้างขวางขึ้นแล้ว (โดยใช้คำว่า “กระทำกับ”) แต่ศาลก็ยังตีความว่า “การกระทำกับ” หมายเฉพาะ “การล่วงล้ำ” เช่นเดิม และพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรวมถึงการเคลื่อนไหวให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในช่วงกลางปี พ.ศ. 2562 ที่ปรับถ้อยคำเป็น “การล่วงล้ำ” เท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับการตีความของศาลและ “การกระทำชำเราตามธรรมชาติ”[41] การวิเคราะห์ในการศึกษานี้เป็นไปตามวิธีการวิเคราะห์วาทกรรมโดยมุ่งพิจารณาการปะทะประสานของวาทกรรมย่อยๆ ซึ่งได้แก่การความคิดเห็นต่างๆ และการเคลื่อนไหวที่มีบทบาทให้เกิดการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำนี้ในกฎหมาย

---

[41] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

Ref. code: 25645924030033WEF

การปะทะประสานของวาทกรรมเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงบทบาทของอำนาจที่ทำให้รัฐสร้างความหมายของ “การมีเพศสัมพันธ์แบบธรรมชาติ” ขึ้นผ่านถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย เพื่อชี้ให้เห็นบทบาทดังกล่าว การศึกษานี้จึงต้องใช้กรอบคิดที่วิพากษ์กฎหมายในด้านเพศสถานะและเพศวิถีมาทำความเข้าใจว่า กฎหมายมิใช่สิ่งที่เป็นกลาง แต่เป็นผลิตผลหนึ่งของอำนาจ และในกรณีนี้ ความผันผวนของความหมายที่แสดงถึงการมีเพศสัมพันธ์เป็นผลโดยตรงมาจากอำนาจที่ยึดถือระบบทวิเพศอย่างเคร่งครัดและพยายามสร้างความเป็นหรือไม่เป็นธรรมชาติของเพศวิถีขึ้นมา

ในกรณีของการศึกษาในด้านที่หนึ่งและด้านที่สามเช่นเดียวกับตัวอย่างด้านบน ในการวิพากษ์การปรับปรุงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ จากเดิมบนฐาน “โรคจิตถาวร” เป็น “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (gender identity disorder)” การศึกษานี้ใช้การวิเคราะห์วาทกรรมเพื่อมุ่งแสวงหาบทบาทของอำนาจที่ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวในลักษณะเดียวกับกรณีด้านบน การศึกษานี้จะพิจารณาปฏิกิริยากระบวนการก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นดังกล่าวทั้งส่วนที่ดำเนินการโดยกระทรวงกลาโหมด้วยการปรึกษาหารือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องและในส่วนที่มีผู้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ประเด็นที่น่าสนใจ คือ แม้ว่าหลายความเห็น (โดยเฉพาะความเห็นของภาคเอกชน) จะมองว่า “gender identity disorder” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก เป็นคำที่ยังคงตีตราบุคคลข้ามเพศ เนื่องจากยังแสดงให้เห็นถึงการเป็นโรคชนิดหนึ่ง แต่ท้ายที่สุดแล้ว กระทรวงกลาโหมก็เลือกใช้คำในภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่แตกต่างกันอย่าง “gender identity disorder” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งควรแปลตรงตัวได้ว่า “ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ” และใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ในภาษาไทย ปรากฏการณ์นี้จึงมีความน่าสนใจว่า ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างวาทกรรมทางการแพทย์ (medical discourse) และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเป็นอย่างไร

1.5.2 วิธีการศึกษา (method of study)

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) จากเอกสาร (documentary research) โดยใช้ข้อมูลจากเอกสารเป็นตัวบท (text) ในการวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายสี่ฉบับในเนื้อหาสามด้านในห้วงเวลา 13 ปี ดังที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อขอบเขตการวิจัย ตัวบทที่ใช้จึงได้แก่ วาทกรรมที่เกิดขึ้นด้วยผลของการการปะทะประสานของอำนาจต่างๆ ด้วยเหตุนี้ ตัวบทที่ศึกษาจึงมีทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อมูลรายล้อม (อาทิ คำพิพากษาของศาล) ที่น่าจะมีบทบาทในการประกอบสร้างกฎหมายและความเข้าใจของกฎหมายต่อภาวะข้ามเพศ ทั้งนี้โดยไม่มีการเก็บข้อมูลจากมนุษย์ กล่าวโดยสรุป เอกสารที่ใช้มีดังนี้

เอกสารเชิงปฐมภูมิ อาทิ บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร (เช่น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง) คำสั่ง หนังสือเวียน และคู่มือแนวปฏิบัติของหน่วยงานราชการ

Ref. code: 25645924030033WEF

บันทึกการประชุมในกระบวนการนิติบัญญัติ คำพิพากษาของศาล เอกสารเผยแพร่ของศาลว่าด้วยผลและรายละเอียดของการพิจารณาคดี เป็นต้น

เอกสารเชิงทุติยภูมิ อาทิ บทวิเคราะห์และงานเขียนเชิงวิชาการ จากแหล่งที่มาทั้งในและต่างประเทศ

1.6 นิยามศัพท์

กฎหมายไทยมีการบัญญัติศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับเพศอย่างจำกัดและมีการใช้ที่ไม่สอดคล้องกันทั้งระบบ อีกทั้ง ศัพท์ที่ใช้ก็อยู่ในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับคำศัพท์เกี่ยวกับเพศในทางวิชาการด้านเพศสถานะ (gender studies) และในตราสารระหว่างประเทศ[42] การศึกษานี้จึงนิยามศัพท์ โดยเรียงตามความใกล้เคียงกันของความหมายและเนื้อหา ดังนี้ (สำหรับคำอธิบายเพิ่มเติม โปรดดูในบทที่ 2 ต่อไป)

เพศ (sex) เพศสถานะ (gender) และเพศวิถี (sexuality) หมายถึง เพศที่กำหนดตามลักษณะของสภาพร่างกาย (biological characteristics) เพศที่ถูกประกอบสร้างโดยสังคม (socially constructed) และเพศในแง่ความรู้สึก ความคิด การดึงดูด และพฤติกรรมต่างๆ ของบุคคลในเรื่องในทางเพศ ตามลำดับ

บุคคลข้ามเพศ (transgender) และ ภาวะข้ามเพศ (transgenderism) หมายถึง บุคคลหรือภาวะที่บุคคลมีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามการเกิดที่ถูกกำหนดโดยสังคม (และรัฐ) บุคคล/ภาวะข้ามเพศเป็นคำที่เป็นร่มใหญ่ ซึ่งรวมถึงผู้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (transsexual) และผู้ไม่ประสงค์เปลี่ยนเพศแต่เห็นว่าอัตลักษณ์ของตนไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางเพศตามความคาดหวังของสังคม ดังนั้น ภาวะข้ามเพศจึงไม่ได้หมายเฉพาะผู้ประสงค์ที่จะทำการศัลยกรรมแปลงเพศจากชายเป็นหญิงหรือหญิงเป็นชายเท่านั้น โดยรวมถึง ยกตัวอย่างเช่น ผู้มิได้มีสำนึกทางเพศแบบสองเพศได้แก่ชายหญิง (non-binary) ผู้มีเพศเลื่อนไหลไปมา (gender-fluid) ฯลฯ ด้วย รวมถึงไม่เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าบุคคลนั้นมีรสนิยมทางเพศแบบใดและประสงค์มีเพศสัมพันธ์กับเพศใดด้วย ทั้งนี้ คำตรงข้ามของภาวะข้ามเพศ คือ ภาวะที่เชื่อว่าการข้ามเพศไม่สอดคล้องกับธรรมชาติและเพศของทุกคนเป็นไปตามเพศที่กำหนดตามอวัยวะเพศเมื่อถือกำเนิด (cisgenderism) ตามกรอบคิดบน “บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm)” นอกจากนี้ แม้จะไม่ตรงข้ามเสียทีเดียว แต่ก็ไม่สอดคล้องกับการจัดระบบภายใต้กรอบคิด “เพศวิถีแบบต่างเพศ (heterosexuality)” และ “บรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity)” (โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของการนิยามศัพท์ดังกล่าว ในบทที่ 2 ส่วนที่ 2.1.1 ว่าด้วยกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี ประกอบด้วย)

---

[42] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 10.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศ (gender power relations) หมายถึง ลักษณะและรูปแบบของอิทธิพลที่เพศสถานะ (รวมถึงเพศและเพศวิถี) มีต่อการแบ่งสันปันส่วนอำนาจในสังคม

วาทกรรม (discourse) เนื่องจากวาทกรรมหมายถึงภาษาหรือการสื่อความหมายในทางใดๆ ดังนั้น ในการศึกษานี้ วาทกรรมซึ่งเป็นวัตถุในการวิเคราะห์จึงหมายถึง ภาษาหรือการสื่อความหมายทั้งที่ผ่านลายลักษณ์อักษร (เช่น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย) และการสื่อสารในรูปแบบอื่นๆ (เช่น การอภิปรายเกี่ยวกับการจัดทำหรือการปรับปรุงกฎหมาย) นอกจากนี้ เมื่อการนำข้อความคิดว่าด้วยวาทกรรมมาใช้ในบริบทของสังคมศาสตร์มิใช่การวิเคราะห์ภาษาที่ปราศจากบริบท ภาษาหรือการสื่อความหมายที่วิเคราะห์จึงเป็นภาษาที่ประกอบไปด้วยบริบทและการผลิตในทางปฏิบัติ (practice) ที่เรียกว่าปฏิบัติการทางวาทกรรม (discursive practice) ด้วย[43]

1.7 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1) รับรู้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในห้วงเวลาที่เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี (ช่วงปี พ.ศ. 2550-2562)

2) เข้าใจเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในกรอบคิดแบบตรงเพศ (cisgenderism) และเข้าใจลักษณะของการเชื่อมโยงอย่างเป็นระบบของเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติเหล่านั้น

3) เข้าใจบทบาทของความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศที่ส่งผลต่อความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี

4) สามารถประเมินทิศทางในอนาคตของทรรศนะของรัฐไทยในมิติกฎหมายเกี่ยวกับเพศสถานะและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศ (ตามความมุ่งหมายของการศึกษานี้) รวมถึงเพศวิถีของบุคคล (ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นเพศสถานะ อันเป็นผลพลอยได้จากการศึกษา) และจะเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญสำหรับใช้ในการปรับเปลี่ยนกรอบคิดเชิงกฎหมายของรัฐไทย เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในอนาคต

---

[43] สามชาย ศรีสันต์, *ว่าด้วยการวิเคราะห์วาทกรรมแนววิพากษ์*, 19-20.

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 2
กรอบคิดทฤษฎีและบททบทวนวรรณกรรม

เพื่อตอบคำถามว่าการศึกษานี้ใช้กรอบคิดทฤษฎีใดในการวิเคราะห์กฎหมายอันจะนำไปสู่การได้รับคำตอบตามคำถามวิจัยที่ตั้งไว้และการศึกษานี้จะมีบทบาทในการเพิ่มเติมความรู้ทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์และภาวะข้ามเพศ รวมถึงความหลากหลายทางเพศ อย่างไรการศึกษานี้จึงวางกรอบคิดทฤษฎีและบททบทวนวรรณกรรมไว้ในบทนี้

บทที่ 2 แบ่งออกเป็นสองส่วนใหญ่ ได้แก่ ส่วนที่ 2.1 กรอบคิดทฤษฎีที่ใช้ในการศึกษา ซึ่งประกอบไปด้วยสี่ส่วนย่อย คือ ส่วนที่ 2.1.1 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี ส่วนที่ 2.1.2 ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย ส่วนที่ 2.1.3 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี และส่วนที่ 2.1.4 กรอบคิดทฤษฎีอื่นสำหรับการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม และส่วนที่ 2.2 บททบทวนวรรณกรรม ซึ่งประกอบด้วยสองกลุ่มหลัก คือ ส่วนที่ 2.2.1 การศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ และส่วนที่ 2.2.2 การศึกษาทางศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์หรือการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มีการศึกษาข้ามสาขาวิชากับศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์ ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเพศและมีการใช้ระเบียบวิธีวิจัยและกรอบคิดทฤษฎีในลักษณะเดียวกับการศึกษานี้

2.1 กรอบคิดทฤษฎี

ส่วนกรอบคิดทฤษฎีแบ่งออกเป็นสี่ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 2.1.1 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเข้าใจเกี่ยวกับเพศสถานะเพื่อนำไปสู่การทำให้เห็นว่าเพศมิได้มีเพียงสองเพศ (ชายและหญิง) ตามกรอบคิดในระบบทวิเพศ (sex dualism) และตรงเพศ (cisgenderism) ส่วนที่ 2.1.2 ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย โดยมุ่งไปที่การอธิบายบทบาทของปิตาธิปไตยที่ประกอบสร้างสังคม กฎหมาย และนิติศาสตร์ ผ่านการทบทวนกรอบคิดสตรีนิยม ซึ่งเป็นกรอบคิดแรกที่ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศในสังคมและเป็นฐานให้ศาสตร์อื่นๆ นำไปประยุกต์ใช้ในประเด็นที่เกี่ยวกับเพศในเวลาต่อมา ส่วนที่ 2.1.3 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งหมายถึง กรอบคิดนิติศาสตร์แนววิพากษ์ (critical jurisprudence) ที่สำคัญที่ใช้เป็นหลักในการศึกษาในการศึกษานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) และนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) และส่วนที่ 2.1.4 กรอบคิดทฤษฎีอื่นสำหรับการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม โดยส่วนนี้เป็นเพียงการระบุกรอบคิดทฤษฎีเท่านั้น สำหรับเนื้อหาโดยละเอียดและการวิเคราะห์ จะอยู่ในบทที่ 4-6 ในส่วนของกฎหมายแต่ละกลุ่ม

Ref. code: 25645924030033WEF

2.1.1 กรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี

ในส่วนนี้ การศึกษาวางกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถีแบบทั่วไป เพื่อเป็นฐานสำหรับการวางกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถีในลักษณะเฉพาะต่อไป โดยนำเพศสถานะเป็นจุดศูนย์กลางในการนำเสนอและให้ความหมายแก่คำว่าเพศและเพศวิถี เนื่องจากเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นที่ศึกษาในการศึกษาฉบับนี้ โดยมิได้อธิบายคำว่าเพศและเพศวิถีอย่างละเอียดแยกไปต่างหาก ในส่วนนี้ การศึกษาเริ่มต้นด้วยการให้ความหมายแก่คำแต่ละคำที่เกี่ยวข้อง โดยเป็นไปในทางเดียวกับการให้ความหมายใน *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review* (2018)[1] ซึ่งเป็นเอกสารที่ทบทวนกฎหมายและนโยบายของรัฐไทยด้านการยอมรับความหลากหลายทางเพศ จัดทำโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program: UNDP) และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ จากนั้นจึงอธิบายกรอบคิดเหล่านี้ในเชิงวิชาการพอสังเขปต่อไป ทั้งนี้ ในส่วนการให้ความหมายโดยเฉพาะความหมายของคำว่าบุคคลข้ามเพศและภาวะข้ามเพศ โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมด้านล่างหลังจากการศึกษาได้ให้ความหมายคำที่เกี่ยวข้องแล้วประกอบด้วย

เพศ (sex) หมายถึง เพศที่กำหนดตามลักษณะของสภาพร่างกาย (biological characteristics)

เพศสถานะ (gender) หมายถึง เพศที่ถูกกำหนดตามความคาดหวังของสังคม หรือ “การประกอบสร้างทางสังคม (social construction)” และมักถูกเชื่อมโยงกับบทบาททางเพศ (gender role) พฤติกรรม (behaviour) และอัตลักษณ์ (identity) ที่กำหนดโดยสังคม ในภาษาไทยมีการใช้คำแทนคำว่า gender หลายคำ อาทิ เพศสภาพ เพศภาวะ เพศสภาวะ เพศทางสังคม เป็นต้น แต่การศึกษานี้ใช้คำว่า เพศสถานะ เป็นสำคัญ

เพศวิถีหรือวิถีทางเพศ (sexuality) หมายถึง ความรู้สึก ความคิด การดึงดูด และพฤติกรรมต่างๆ ของบุคคลในเรื่องในทางเพศ อาทิ มีรสนิยมทางเพศอย่างไร ถูกดึงดูดจากคนเพศใด เป็นต้น โดยหนึ่งในคำศัพท์ย่อยของเพศวิถีคือ รสนิยมทางเพศ (sexual orientation) รูปแบบของเพศวิถีของบุคคลมีหลากหลาย เช่น เพศวิถีแบบต่างเพศ (heterosexuality) ได้แก่ คนที่มี “เพศชาย” มีความรู้สึกในทางเพศกับ “เพศหญิง” เพศวิถีแบบเพศเดียวกัน (homosexuality) (อาทิ เกย์ เลสเบียน) ผู้ไม่มีความรู้สึกทางเพศกับเพศใดเลย (asexual) ทั้งนี้ แม้เพศวิถีมิได้มีบทบาทกับประเด็นที่การศึกษานี้มุ่งสนใจโดยตรง (เนื่องจากบุคคลข้ามเพศไม่จำเป็นต้องมีความรู้สึกและทัศนคติในทางเพศกับคนเพศกำเนิดเดียวกันเสมอไป) แต่ก็มีความเกี่ยวเนื่องกัน จึงต้องบัญญัติศัพท์ไว้ด้วย โดยการศึกษานี้ใช้คำว่า เพศวิถี เป็นสำคัญ

---

[1] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*.

Ref. code: 25645924030033WEF

บุคคลข้ามเพศ (transgender) และ ภาวะข้ามเพศ (transgenderism) หมายถึง บุคคลหรือภาวะที่บุคคลมีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามการเกิดที่ถูกกำหนดโดยสังคม (และรัฐ) บุคคล/ภาวะข้ามเพศเป็นคำที่เป็นร่มใหญ่ ซึ่งรวมถึงผู้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (transsexual) และผู้ไม่ประสงค์เปลี่ยนเพศแต่เห็นว่าอัตลักษณ์ของตนไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางเพศตามความคาดหวังของสังคม ดังนั้น ภาวะข้ามเพศจึงไม่ได้หมายเฉพาะผู้ประสงค์ที่จะทำการศัลยกรรมแปลงเพศจากชายเป็นหญิงหรือหญิงเป็นชายเท่านั้น โดยรวมถึง ยกตัวอย่างเช่น ผู้มิได้มีสำนึกทางเพศแบบสองเพศได้แก่ชายหญิง (non-binary) ผู้มีเพศเลื่อนไหลไปมา (gender-fluid) ฯลฯ ด้วย รวมถึงไม่เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าบุคคลนั้นมีรสนิยมทางเพศแบบใดและประสงค์มีเพศสัมพันธ์กับเพศใดด้วย ทั้งนี้ คำตรงข้ามของภาวะข้ามเพศ คือ ภาวะที่เชื่อว่าการข้ามเพศไม่สอดคล้องกับธรรมชาติและเพศของทุกคนเป็นไปตามเพศที่กำหนดตามอวัยวะเพศเมื่อถือกำเนิด (cisgenderism) ตามกรอบคิดบน “บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm)” นอกจากนี้ แม้จะไม่ตรงข้ามเสียทีเดียว แต่ก็ไม่สอดคล้องกับการจัดระบบภายใต้กรอบคิด “เพศวิถีแบบต่างเพศ (heterosexuality)” และ “บรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity)” อนึ่ง กฎหมายไทยไม่มีการกล่าวถึงคำว่า “ภาวะข้ามเพศ” และ/หรือ transgender, transgenderism ไว้ที่ใดเลย แต่ใช้คำซึ่งยึดโยงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์อย่าง “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” โดยคำดังกล่าวเป็นคำที่ถอดความมาจาก “gender identity disorder” ซึ่งปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร การศึกษานี้ใช้คำนี้เพื่อแทนถ้อยคำทางกฎหมาย “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ที่หมายถึงภาวะข้ามเพศดังกล่าว (โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมด้านล่างหลังจากการศึกษาได้ให้ความหมายคำที่เกี่ยวข้องแล้วประกอบด้วย)

บุคคลตรงเพศ (cisgender) และภาวะตรงเพศ (cisgenderism) หมายถึง คนหรือภาวะที่บุคคลมีการแสดงออกทางเพศที่สอดคล้องกับเพศตามการเกิดที่ถูกกำหนดโดยสังคม (และรัฐ)

บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) หมายถึง บรรทัดฐานที่ยึดถือว่าการแสดงออกทางเพศที่สอดคล้องกับเพศตามการเกิดที่ถูกกำหนดโดยสังคม (และรัฐ) เป็นความจริงตามธรรมชาติและเป็นวิธีการคิดเชิงเพศสถานะที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียว

บรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) บรรทัดฐานที่ยึดถือว่าอุดมคติแบบต่างเพศเป็นความจริงและเป็นสิ่งที่สมควรในการดำเนินชีวิต โดยสิ่งหลักที่ยึดถือ อาทิ ความสัมพันธ์ทางเพศและครอบครัวแบบเพศตรงข้าม (บนฐานที่เพศมีเพียงสองเพศคือชายและหญิง) อุดมคติที่ยึดถือว่าการสร้างครอบครัว (รวมถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศ) เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการมีบุตร ความยึดมั่นในการแบ่งบทบาททางเพศแบบดั้งเดิม เป็นต้น

Ref. code: 25645924030033WEF

เนื่องจากการกำหนดคำนิยามสำหรับคำว่าบุคคล/ภาวะข้ามเพศในการศึกษาฉบับนี้ค่อนข้างกว้างและเป็นร่มใหญ่ที่ครอบคลุมหลายกรอบคิดย่อยๆ การศึกษาจึงมีคำอธิบายเพิ่มเติมดังนี้

ในเบื้องต้น เอกสารจากหลากหลายแหล่งระบุตรงกันว่า transgender เป็นคำที่เป็นร่มใหญ่ (umbrella term) ที่ครอบคลุมคำศัพท์เกี่ยวกับเพศหลายคำ และความเห็นในเรื่องคำจำกัดความก็มีอยู่อย่างหลากหลาย ในสภาวะที่ไร้ความเห็นพ้องต้องกันนี้ การศึกษาจึงกำหนดคำนิยามอย่างกว้างตามที่กล่าวไปด้านบน ทั้งนี้ การกำหนดคำนิยามในลักษณะนี้สอดคล้องกับแหล่งข้อมูลต่างๆ โดยการศึกษาได้เพิ่มเติมให้ชัดเจนขึ้นเพื่อประโยชน์ของการศึกษาวิจัยในงานฉบับนี้ ตัวอย่างการให้ความหมายอย่างกว้างไปในทิศทางดังกล่าว ได้แก่

การให้คำนิยามข้างต้นสอดคล้องกับการให้ความหมายโดยองค์กรขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) ยกตัวอย่างเช่น ผู้เชี่ยวชาญอิสระแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันการใช้ความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (United Nations Independent Expert on Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity: IE SOGI) กล่าวถึงคำนี้ว่า “รายงานฉบับนี้ใช้คำว่า ‘trans’ ซึ่งก่อตัวอย่างมั่นคงในเอกสารขององค์การสหประชาชาติและเอกสารด้านสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคในการอ้างถึงบุคคลที่ระบุว่าตนเองมีเพศสถานะที่แตกต่างจากเพศที่ถูกกำหนดขณะเกิด (This report uses the term “trans”, well-established in United Nations and regional human rights documents to refer to persons who identify with a different gender to the one assigned at birth.)”[2] เช่นเดียวกับการศึกษาในประเทศไทยภายใต้ความร่วมมือระหว่างโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme) และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ที่กำหนดนิยามศัพท์ว่า “**Transgender (บุคคลข้ามเพศ)**: คำที่ใช้อธิบายบุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างไปกับเพศที่ถูกกำหนด ณ แรกเกิด (**Transgender**: A term used to describe a person whose gender identity is different from their assigned sex at birth.)”[3]

---

[2] United Nations, *Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity: Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity*, (General Assembly, 2018), para 5.

[3] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 10; คำแปลในภาษาไทยแปลโดยรายงานฉบับเดียวกันที่จัดทำเป็นภาษาไทย. โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) และเครือข่ายบุคคลข้ามเพศแห่งเอเชียแปซิฟิก (APTN), *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย* (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ สำนักงานประเทศไทย, 2561), 10.

Ref. code: 25645924030033WEF

United Nations Free & Equal ซึ่งเป็นการรณรงค์ต่อต้านการเกลียดกลัวการรักเพศเดียวกันและภาวะข้ามเพศที่ดำเนินการในระดับโลกซึ่งถูกตั้งขึ้นโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) ในปี พ.ศ. 2013 (พ.ศ. 2556) ให้ความหมายว่า[4]

การข้ามเพศ / การข้าม (TRANSGENDER / TRANS)

การข้ามเพศ (transgender) (บางครั้งย่อว่า "การข้าม (trans)") เป็นคำศัพท์ที่เป็นร่มใหญ่ใช้ในการอธิบายอัตลักษณ์จำนวนมากซึ่งลักษณะภายนอกและลักษณะภายในถูกรับรู้ว่าเป็นเพศสถานะที่ไม่ปกติ -ซึ่งรวมถึงผู้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (transsexual people) ผู้แต่งกายข้ามเพศ (cross-dressers) (บางครั้งถูกเรียกว่า "transvestites") และคนที่ระบุตนเองว่าเป็นเพศที่สาม (third gender) หญิงข้ามเพศระบุตนเองเป็นหญิงแต่ถูกจำแนกให้เป็นชายในขณะเกิด ชายข้ามเพศระบุตนเองเป็นชายแต่ถูกจำแนกให้เป็นหญิงในขณะเกิด ในขณะที่บุคคลข้ามเพศอื่นๆ ไม่ได้ระบุตนเองในระบบทวิเพศ (gender-binary) แต่อย่างใด บุคคลข้ามเพศบางคนประสงค์รับการผ่าตัดหรือรับฮอร์โมนเพื่อให้ร่างกายของตนเองสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity) แต่คนอื่นๆ ก็ไม่ได้ทำเช่นนั้น

TRANSGENDER / TRANS

Transgender (sometimes shortened to "trans") is an umbrella term used to describe a wide range of identities whose appearance and characteristics are perceived as gender atypical -including transsexual people, cross-dressers (sometimes referred to as "transvestites"), and people who identify as third gender. Transwomen identify as women but were classified as males when they were born, transmen identify as men but were classified female when they were born, while other trans people don't identify with the gender-binary at all. Some transgender people seek surgery or take hormones to bring their body into alignment with their gender identity; others do not.

---

[4] "Definitions," United Nations Free & Equal, accessed January 31, 2022, https://www.unfe.org/definitions/.

Ref. code: 25645924030033WEF

นอกจากนี้ ยังมีการให้ข้อมูลจากแหล่งข้อมูลอื่นๆ ที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อาทิ ศูนย์แห่งชาติเพื่อความเท่าเทียมของบุคคลข้ามเพศ (National Center for Transgender Equality) ตั้งอยู่ที่วอชิงตันดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ให้คำจำกัดความส่วนหนึ่งว่า[5]

> **การข้ามเพศ**: คำที่เป็นร่มใหญ่สำหรับบุคคลที่อัตลักษณ์ การแสดงออก หรือพฤติกรรมทางเพศแตกต่างจากสิ่งเหล่านั้นที่มักจะสอดคล้องกับเพศในขณะเกิด รวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง ผู้ประสงค์ที่จะเปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (transsexuals) ผู้แต่งกายข้ามเพศ (cross-dressers) บุคคลที่มีสองเพศ (androgynous people) ผู้ระบุตนเองเป็นเควียร์ (genderqueers) และบุคคลที่มีเพศสถานะไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนดขณะเกิด (gender non-conforming people) . . .
>
> **Transgender**: An umbrella term for people whose gender identity, expression or behavior is different from those typically associated with their assigned sex at birth, including but not limited to transsexuals, cross-dressers, androgynous people, genderqueers, and gender non-conforming people . . .

ถัดจากนี้ การศึกษาจะทบทวนกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี

คำว่าเพศ (sex) และเพศสถานะ (gender) เพิ่งถูกแยกและให้ความหมายที่แตกต่างกันในทศวรรษ ค.ศ. 1950 โดยนักวิชาการสตรีนิยม[6] แต่เดิมคำว่าเพศถูกให้ความหมายบนฐานนิยัตินิยมเชิงชีวภาพ (biological determinism) ซึ่งหมายถึงลักษณะของบุคคลถูกกำหนดไว้แล้วโดยปัจจัยทางชีวภาพ เพศและเพศสถานะจึงมีความสอดคล้องกัน คือ เมื่อมนุษย์เป็นเพศใด (human male หรือ human female) ก็ย่อมมีลักษณะแบบเพศนั้นๆ อาทิ การที่ผู้หญิงมีลักษณะนิสัยในเชิงรับ เฉื่อยชา นิ่งสงบ และไม่สนใจการเมือง เป็นผลมาจากปัจจัยทางร่างกายของผู้หญิง ผู้หญิงจึงไม่สมควรมีส่วนร่วมในสังคมการเมือง เป็นต้น ต่อมา เพื่อสร้างความเท่าเทียมให้แก่เพศหญิงในมุมมองสตรีนิยมจึงมีความพยายามในการแยกคำว่าเพศและเพศสถานะออกจากกันเพื่อชี้ให้เห็นว่าเรื่องเพศมิใช่เรื่องของความเป็นธรรมชาติเสมอไปแม้ความแตกต่างในเชิงสรีระจะดำรงอยู่จริง เพศจึงถูกใช้แทนการกล่าวถึงเพศทางกายภาพ (โดยเฉพาะตามการเกิด) และเพศสถานะถูกใช้แทนเพศที่ถูกประกอบสร้างโดยสังคม (จึงยึดโยงกับปัจจัยอื่น เช่น บทบาททางเพศ (gender role) พฤติกรรม (behaviour) และอัตลักษณ์

---

[5] "TRANSGENDER TERMINOLOGY," National Center for Transgender Equality, May 2019, https://www.courts.ca.gov/documents/Transgender_Terminology.pdf.

[6] การศึกษานี้สรุปข้อความคิดว่าด้วยกรอบคิดเพศสถนะและเพศวิถีจาก Mari Mikkol, "Feminist Perspectives on Sex and Gender," The Stanford Encyclopedia of Philosophy, accessed September 27, 2019, https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/feminism-gender/.

Ref. code: 25645924030033WEF

(identity)) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ลักษณะของความเห็นอกเห็นใจและเอาใจใส่ของผู้หญิงอาจมิได้ติดตัวมาตามธรรมชาติพร้อมกับร่างกายที่เป็นหญิง แต่ลักษณะเหล่านี้อาจเป็นสิ่งที่สังคมหล่อหลอมให้ผู้ที่มีร่างกายเป็นหญิงเป็น ดังคำกล่าวที่มีชื่อเสียงของซีโมน เดอ โบวัวร์ (Simone de Beauvoir) "คนเรามิได้เกิดมาเป็นผู้หญิง แต่ถูกทำให้เป็นผู้หญิง (One is not born, but rather becomes, a woman)"[7] ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ คือ ข้ออภิปรายว่าเพศ เพศสถานะ รวมถึงเพศวิถีเป็นสิ่งที่ถูกประกอบสร้างโดยสังคมหรือไม่ และหากเป็นเช่นนั้น สิ่งเหล่านี้ถูกประกอบสร้างเพียงใดและในลักษณะใด ซึ่งนักสตรีนิยมมิได้มีความเห็นเหมือนกันและสอดคล้องกันอย่างเป็นเอกภาพ

ในความพยายามแยกเพศสถานะออกจากเพศ มีข้อเสนอย่อยๆ จำนวนมากเกี่ยวกับลักษณะของการประกอบสร้างดังกล่าว (โดยเฉพาะเพื่อที่จะปลดปล่อยผู้หญิงออกจากการกดขี่โดยปิตาธิปไตย) อาทิ ข้อความคิดที่ว่าเพศสถานะถูกประกอบสร้างในกระบวนการเรียนรู้ระหว่างการเติบโตของเด็กโดยเฉพาะโดยบิดามารดาซึ่งมีมโนทัศน์การแบ่งแยกเพศแต่เดิมอยู่แล้ว (ตัวอย่างเช่น การแบ่งแยกสีของเครื่องใช้ต่างๆ ของเด็กให้ "สอดคล้อง" กับเพศ การใช้ถ้อยคำที่ "เหมาะสม" กับเพศของเด็กเมื่อกล่าวถึงเด็กแต่ละคน เช่น ทารกผู้ชายคนนั้นแข็งแรง ทารกผู้หญิงคนนั้นน่าทะนุถนอม) รวมถึงการที่เด็กเรียนรู้ด้วยตนเองผ่านเครื่องมือเครื่องใช้และสื่อการเรียนรู้ที่วางอยู่บนฐาน "เพศที่ถูกต้อง" ข้อความคิดซึ่งมีรากฐานมาจากวิธีคิดแบบซิกมุนด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ที่ว่า การประกอบสร้างทางเพศสถานะเกิดขึ้นตั้งแต่ในขั้นแรกเริ่มของชีวิตมนุษย์ มิได้เกิดขึ้นจากกระบวนการเรียนรู้อย่างต่อเนื่องเมื่อรู้ความแล้ว เมื่อเพศหญิงมักเป็นผู้เลี้ยงดูลูก โดยไม่รู้ตัว ลูกผู้ชายจึงถูกสนับสนุนให้แยกตัวออกห่างจากแม่และสร้างบุคลิกแบบปัจเจก ส่วนเด็กผู้หญิงถูกสนับสนุนในทางตรงกันข้าม จึงสร้างบุคลิกแบบยืดหยุ่นและลื่นไหลมากกว่า เป็นต้น นักสตรีนิยมบางคนนำกรอบคิดว่าด้วยเพศวิถีเข้ามามีบทบาทในเรื่องการประกอบสร้างเพศสถานะด้วย เช่น แคทเธอรีน แมคคินนอน (Catherine MacKinnon) เห็นว่า เพศวิถีเป็นตัวกำหนดเพศสถานะ ภายใต้สังคมแบบปิตาธิปไตย ความเข้าใจเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเพศ รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ (ที่ถูกต้องและเป็นธรรมชาติ) ถูกสร้างขึ้นตามมุมมองแบบชายเป็นใหญ่โดยชายเป็นฝ่ายครอบงำ (dominance) และหญิงเป็นฝ่ายรับ (submissive) ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเข้าใจ (ที่แท้จริงของผู้หญิง) เพศวิถีภายใต้กรอบคิดนี้จึงอยู่ในลักษณะมีลำดับชั้น (hierarchal) ดังนั้น คนที่มีลักษณะทางชีวภาพเป็นผู้หญิงและผู้ชายจึงถูกทำให้เข้าใจว่าตนเองมีเพศวิถีแบบนี้และถูกเลี้ยงดูแตกต่างกันในสังคมที่อยู่ภายใต้ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศที่ไม่เท่าเทียม ลักษณะเหล่านี้จึงเป็นตัวกำหนดความเป็นหญิงและความเป็นชาย

---

[7] Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, trans. H. M. Parshley (London, UK: Jonathan Cape, 1953).

Ref. code: 25645924030033WEF

กรอบคิดเรื่องเพศและเพศสถานะได้รับการประเมินและตีความอย่างต่อเนื่องโดยนักสตรีนิยมและเพศสถานะ แม้แต่คำว่าเพศเองยังถูกตั้งคำถามว่าเป็นธรรมชาติจริงหรือไม่ โดยเห็นได้จากข้ออภิปรายที่วางอยู่บนฐานการประกอบสร้างวัตถุ (object-construction) และบนฐานการประกอบสร้างความคิด (idea-construction) ข้อเสนอบนฐานการประกอบสร้างวัตถุมีว่า ลักษณะทางกายภาพที่บ่งชี้เพศลำดับรอง (secondary sex characteristics) มีลักษณะของความเป็นชายหรือหญิงที่แตกต่างกันไปตามปัจจัยทางสังคมด้วย มิใช่การกำหนดโดยธรรมชาติเท่านั้น (เช่น ผู้ชายบางคนอาจมีความแข็งแรงทางกายภาพน้อยหากไม่ได้รับประทานอาหารที่พอเพียงและถูกสุขลักษณะ) ข้อเสนอบนฐานการประกอบสร้างความคิดมีว่า การแบ่งเพศเป็นสองเพศเป็นข้อความคิดที่เพิ่งได้รับการประกอบสร้างขึ้นตั้งแต่เมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา โดยก่อนหน้านั้นหลายสังคมอยู่ภายใต้ความคิด “เพศเดียว” เช่น ในสมัยกรีก ผู้หญิงและผู้ชายต่างเป็นมนุษย์เพศเดียวกัน โดยอวัยวะเพศหญิงคืออวัยวะเพศชายที่เข้าไปในร่างกาย ข้อเสนอที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจทัศนคติของรัฐไทยในเรื่องภาวะข้ามเพศ คือ ข้อเสนอของจูดิธ บัตเลอร์ (Judith Butler) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ทั้งเพศและเพศสถานะ (รวมถึงเพศวิถี) ล้วนแล้วแต่ถูกประกอบสร้างขึ้นมาทั้งสิ้น

กล่าวโดยสังเขป ในแง่ความแตกต่างและความสัมพันธ์ระหว่างเพศและเพศสถานะ บัตเลอร์ยอมรับในความแตกต่างทางกายภาพบางประการของบุคคลเพศที่มีเพศทางชีวภาพต่างกัน แต่บัตเลอร์เห็นว่า เพศและเพศสถานะ (รวมถึงเพศวิถี) แยกขาดจากกันไม่ได้และได้รับการประกอบสร้างทางสังคมเช่นเดียวกัน เพศทางชีวภาพมิใช่ตัวกำหนดว่าเพศสถานะควรเป็นเช่นไรตามที่เข้าใจ แต่เป็นไปในทางกลับกัน คือ เพศสถานะ (ที่ถูกประกอบสร้าง) เป็นตัวกำหนดเพศ (และเพศวิถี) กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากสมมติว่ามนุษย์อยู่ในโลกที่ไม่มีการใส่ชุดคุณค่าใดไปในคำว่า “เพศสถานะ” เพศในทางชีวภาพก็จะไม่ถูกผูกติดกับคุณค่าชุดใดและก็จะไม่มีความหมายใด ในความหมายนี้ เพศทางชีวภาพจึงได้รับการประกอบสร้างเช่นกัน ในแง่ลักษณะของการประกอบสร้างเพศสถานะ บัตเลอร์เสนอความคิดที่เรียกว่า “การสวมบทบาท (performity)” ซึ่งคือ “ผลของการกระทำที่ถูกผลิตซ้ำไปซ้ำมา มีลักษณะเฉพาะผันแปรตามสังคมนั้นๆ เมื่อขยายความให้เข้าใจขึ้น กล่าวได้ว่า เป็นการให้คำนิยามคำว่า เพศ เพศสถานะ เพศวิถี ของแต่ละสังคมผ่านสถาบันทางสังคม”[8] เพศสถานะจึงมิใช่ชุดคุณค่าที่กำหนดว่ามนุษย์จะมีพฤติกรรมอย่างไร (และมิได้ถูกกำหนดตั้งต้นโดยเพศทางชีวภาพ) แต่เป็นการกระทำต่างหากที่กำหนดเพศสถานะของบุคคลนั้น ด้วยเหตุนี้ สตรีนิยมจึงไม่ควรพยายามแบ่งแยกเพศกับ

---

[8] ผกามาศ เลียงธนะฤกษ์, “‘การเมืองเรื่อง Performativity’: คำประกาศจาก Judith Butler ใน Gender Trouble จเร สิงหโกวินท์,” ประชาไท, 18 พฤศจิกายน 2554, https://prachatai.com/journal/2014/11/56551.

Ref. code: 25645924030033WEF

เพศสถานะให้ขาดจากกัน แต่ควรจะทำลายกรอบคิดแบบสองเพศเสียเพื่อที่จะได้ขจัดความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศและกำหนดอัตลักษณ์ของตนเองได้อย่างแท้จริง ข้ออภิปรายในทำนองนี้ของบัตเลอร์มีอิทธิพลต่อวงวิชาการข้ามเพศ (trans-) และเควียร์ (queer) ในเวลาต่อมา

จากการทบทวนพอสังเขปนี้ การศึกษานี้เห็นว่าการทบทวนได้แสดงให้เห็นชุดคุณค่าที่มีบทบาทในกรอบคิดดั้งเดิมที่เกี่ยวกับเพศที่เชื่อในความสอดคล้องของเพศทางชีวภาพกับเพศสถานะ/เพศวิถี (ไม่ว่าจะเป็นแบบสุดโต่งบนฐานนิยัตินิยมเชิงชีวภาพหรือแบบร่วมสมัยที่แพร่หลายมิใช่เพียงในหมู่ผู้วิพากษ์ในประเด็นเพศอย่างการแบ่งโดยปัจจัยทางชีวภาพและการประกอบสร้างทางสังคม) เป็นที่น่าสงสัยว่า วิธีการคิดในทำนองนี้ปรากฏอยู่ในความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับเพศมากน้อยเพียงใด จึงทำให้การเปลี่ยนแปลงทางบวกในปี พ.ศ. 2550-2562 ยังอยู่ในลักษณะจำกัด การศึกษานี้เห็นว่าข้อความคิดในส่วนหลังโดยเฉพาะความพยายามของบัตเลอร์ในการขุดค้นฐานคิดในระดับฐานรากของความเข้าใจทั่วไปว่าด้วยเพศและการประกอบสร้างเพศเมื่อประกอบกับกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยสตรีนิยมและนิติทฤษฎีสตรีนิยม/แบบข้ามเพศที่จะกล่าวถึงในส่วนถัดๆ ไป จะเป็นส่วนสำคัญที่นำไปสู่การเปิดเผยวิธีคิดของกฎหมายไทยตามความมุ่งหมายของการศึกษานี้ได้

2.1.2 ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย

"ปิตาธิปไตย" หรือ "ชายเป็นใหญ่" เป็นกรอบคิดและระบบเชิงโครงสร้าง-สถาบันที่มีอำนาจในการประกอบสร้างองค์ความรู้และสังคม (โดยเฉพาะในโลกตะวันตก) ซึ่งเป็นศูนย์กลางของการวิพากษ์โดยทฤษฎีต่างๆ ว่าด้วยเพศ ซึ่งรวมถึงสตรีนิยมอันเป็นแขนงหนึ่งของทฤษฎีเชิงวิพากษ์ (critical theory) เพื่อบ่อนเซาะและรื้อสร้างองค์ความรู้และสังคมให้ไปสู่ทิศทางที่เกิดความเท่าเทียมทางเพศ โดยเริ่มจากความมุ่งหมายให้เพศหญิงเท่าเทียมกับเพศชายในช่วงเริ่มต้น และให้เกิดความเท่าเทียมทางเพศในภาพกว้างในเวลาต่อมา ในบริบทนิติศาสตร์ สตรีนิยมเป็นกรอบคิดแรกที่วิพากษ์ว่ากฎหมายมีแนวโน้มไม่เป็นกลางทางเพศตามที่กฎหมายอ้างและมอบข้อได้เปรียบให้แก่เพศชายเหนือกว่าเพศหญิง (และเพศอันหลากหลาย) กรอบคิดสตรีนิยมจึงเป็นกรอบคิดตั้งต้นที่สำคัญในการทำความเข้าใจการประกอบสร้างเพศของบุคคลโดยกฎหมาย ในส่วนนี้ การศึกษาจึงมุ่งเสนอข้อความเบื้องต้นว่าด้วยปิตาธิปไตยผ่านมุมมองของกรอบคิดสตรีนิยม และแสดงให้เห็นในเบื้องต้นว่ากรอบคิดสตรีนิยมจะเป็นส่วนสำคัญในการวิเคราะห์วาทกรรมที่อยู่ภายในการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 อย่างไร

2.1.2.1 ปิตาธิปไตย (patriarchy)

ข้อความคิดว่าด้วยปิตาธิปไตยมิได้ถูกสร้างขึ้นภายใต้กรอบคิดสตรีนิยม แต่เกิดขึ้นตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 ในวงวิชาการที่ศึกษาสังคมยุคโบราณที่ให้สิทธิพิเศษและอำนาจแก่ผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิง กรอบคิดสตรีนิยมนำข้อความคิดนี้มาปรับปรุงและขยายความ โดยเสนอว่า

Ref. code: 25645924030033WEF

ลักษณะดังกล่าวยังคงสืบทอดมาอย่างต่อเนื่องในปัจจุบัน[9] ลักษณะสำคัญของปิตาธิปไตย คือ การจัดลำดับชั้นในเรื่องเพศในสังคม หรือที่เรียกว่า "ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศ (gender power relations)" ซึ่งส่งผลให้เกิดการจัดสรรอำนาจในสังคมอย่างไม่เท่าเทียม และนำไปสู่การครอบงำ กดขี่ และเลือกปฏิบัติ ตั้งแต่ในระดับโครงสร้าง-สถาบัน และส่งผลไปยังระดับปัจเจกด้วย[10] ทั้งนี้ ผลผลิตของอุดมคติแบบปิตาธิปไตยยังรวมถึงความไม่เท่าเทียมอันเป็นผลมาจากการเก็บกักกดทับสิ่งอื่นๆ และทำให้กลายเป็นอื่น (เช่น ปัจจัยที่อยู่บนฐานชนชั้น ศาสนา ชาติพันธุ์) อีกทั้ง การจัดลำดับชั้นบนฐานเพศมิใช่การจัดลำดับชั้นระหว่างเพศชายและเพศหญิง/เพศอันหลากหลายเท่านั้น แต่ยังมีการจัดลำดับชั้นภายในเพศชายเองอีกด้วย (เช่น ข้อความคิดว่าด้วย "ความเป็นชายอำนาจนำ (hegemonic masculinity)")[11] นอกจากนี้ ปิตาธิปไตยมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ แต่เป็นผลผลิตของการประกอบสร้าง (วัฒนธรรม) ซึ่งทำให้ปิตาธิปไตยมีลักษณะที่แตกต่างไปในแต่ละสังคมและเวลา (ยกตัวอย่างเช่นในสยาม ชนชั้นสูงสืบสกุลผ่านสายบิดา ส่วนชนชั้นล่างนับถือสายบิดาและมารดาพอๆ กัน)[12] ดังนั้น ปิตาธิปไตยจึงสามารถถูกรื้อถอนไปได้โดยการเปลี่ยนแปลงหรือขจัดอุดมคติและวิธีการคิดแบบปิตาธิปไตยออกไปจากสังคมและสถาบันต่างๆ ทางสังคม

อุดมคติที่ยึดโยงกับปิตาธิปไตย พอเห็นได้ดังนี้

ปิตาธิปไตยสร้างสังคมด้วยมุมมองแบบผู้ชาย (male perspective) ซึ่งเป็นเพศที่ถือครองอำนาจในสังคมผ่านความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ (ดังนั้น จึงเป็นผลผลิตของวัฒนธรรม มิได้หมายถึง ความเป็นธรรมชาติของผู้ชายในฐานะปัจเจกที่จะต้องกดขี่เพศอื่นๆ) และสร้างความเป็นอื่น (the other) ให้แก่เพศหญิง เพศอื่นๆ และสิ่งอื่นๆ ที่ปิตาธิปไตยไม่ยอมรับ ด้วยเหตุนี้ มาตรวัด/บรรทัดฐาน (norm) ต่างๆ จึงวางอยู่บนพื้นฐานแบบผู้ชายและถูกทำให้ดูเสมือนว่าเป็นมาตรฐานที่กำหนดอย่างเป็นกลางและเป็นภาวะวิสัย

ลักษณะสำคัญอีกประการของปิตาธิปไตย คือ อุดมคติของการแบ่งโลกออกเป็นสองส่วนในลักษณะขั้วตรงข้าม (binary opposition) โดยเชื่อมโยงคุณค่าที่เหนือกว่าเข้ากับ

---

[9] Michael Solis, *What is Patriarchy?*, trans. Alda Facio, " What is Patriarchy?," Women's Human Rights Institute, 2013, http://www.learnwhr.org/wp-content/uploads/D-Facio-What-is-Patriarchy.pdf.

[10] Napikoski, "Patriarchal Society According to Feminism,".

[11] ข้อความคิดที่ว่าความเป็นชาย (masculinity) มีหลากหลาย และมีความเป็นชายบางรูปแบบเท่านั้นที่ถือครองอำนาจนำ (ได้รับการยอมรับว่าเป็น "ชายที่แท้จริง") โดยลักษณะของอำนาจนำแตกต่างไปในแต่ละพื้นที่และเวลา. ดู ยกตัวอย่างเช่น Connell and Messerschmidt, "Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept," 829-859.

[12] ธนัย เจริญกุล, "การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณ์ความเป็นชาย".

Ref. code: 25645924030033WEF

เพศชาย การวางระบบแบบนี้ทำให้สิ่งที่ถูกแบ่งเป็นสองอยู่ในตำแหน่งปลายสุดของขั้วตรงข้ามและทำให้ความเป็นไปได้ในการมีพื้นที่ตรงกลางน้อยลง (ดังจะเห็นได้จากลักษณะอีกสองประการที่จะกล่าวต่อไป) ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดของการแบ่งขั้วตรงข้ามตามจารีตปิตาธิปไตย เช่น การสร้างขั้วตรงข้ามขึ้นมาระหว่างชาย (male) และหญิง (female) และวัฒนธรรมและธรรมชาติ (culture-nature) โดยเชื่อมผู้ชายเข้ากับวัฒนธรรมและเชื่อมผู้หญิงเข้ากับธรรมชาติด้วยกรอบคิดที่สร้างจากมุมมองแบบปิตาธิปไตย ผู้ชายจึงได้รับการสนับสนุนให้ดำเนินกิจกรรมในพื้นที่สาธารณะ ผู้หญิงจึงถูกผลักให้อยู่ในพื้นที่ส่วนตัวเพื่อปฏิบัติภารกิจที่กำหนดโดยธรรมชาติ เช่น การผลิตประชากรและเลี้ยงดูบุตร

นอกจากนี้ ปิตาธิปไตยยังมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกรอบคิดเสรีนิยม (liberalism) (ซึ่งเป็นสกุลความคิดที่นักสตรีนิยมวิพากษ์) บางส่วนของวิธีการคิดแบบเสรีนิยมเมื่อได้รับการตีความผ่านมุมมองในลักษณะดังกล่าวจึงถูกวิพากษ์ว่าหนุนเสริมปิตาธิปไตยและเป็นสิ่งที่สตรีนิยมมุ่งท้าทายเพื่อสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศ ข้อความคิดที่สำคัญ ได้แก่ การแบ่งพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว (distinction of public and private sphere) โดยกรอบคิดเสรีนิยมมองว่าพื้นที่สาธารณะเป็นพื้นที่ของผู้ชาย ส่วนพื้นที่ส่วนตัวเป็นพื้นที่ของผู้หญิง ซึ่งเป็นการจัดแบ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ด้วยเหตุผลที่หลากหลาย (อาทิ ผู้หญิงมีหน้าที่โดยธรรมชาติในการผลิตประชากรและดูแลครอบครัว ผู้หญิงมีคุณสมบัติในการให้ความเอาใจใส่และให้คุณค่าแก่ความสัมพันธ์ จึงมีหน้าที่ในการดูแลครอบครัวในพื้นที่ส่วนตัว ผู้หญิงมีศักยภาพเชิงการเมืองไม่ทัดเทียมผู้ชาย เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นผลมาจากการเชื่อมโยงคุณค่าบนฐานขั้วตรงข้ามภายใต้มุมมองแบบปิตาธิปไตย) และทำให้เกิดผลไม่พึงประสงค์จำนวนมากตามมา (เช่น ผู้หญิงได้รับการศึกษาและมีส่วนร่วมทางการเมืองไม่เท่าเทียมกับผู้ชาย พื้นที่ส่วนตัวถูกมองว่าเป็นพื้นที่ปลอดภัยและปลอดการเมือง ทำให้รัฐเลือกที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงหรือลังเลที่จะเข้าไปแทรกแซง และทำให้พื้นที่ส่วนตัวเป็นพื้นที่ที่อำนาจถูกปลดปล่อยโดยไม่มีสิ่งใดควบคุม เป็นต้น)[13]

ลักษณะสำคัญดังกล่าวประกอบสร้างมุมมองทางเพศของปิตาธิปไตยจนทำให้เกิดผลหลายประการ มุมมองสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษานี้ ตั้งต้นจากความเข้าใจของปิตาธิปไตยที่ว่าเพศกำหนดโดยธรรมชาติ เพศ (sex) จึงมีเพียงสองตามปัจจัยทางชีวภาพเท่านั้น ได้แก่ ชาย (male) และหญิง (female) โดยชายและหญิงสมควรมีคุณลักษณะทางเพศสถานะ (gender) บางประการที่สร้างขึ้นจากมุมมองปิตาธิปไตย โดยเป็นคุณลักษณะที่คงที่ตายตัว ได้แก่ ความเป็นชาย (masculinity) (เช่น มีความกล้าหาญ เข้มแข็ง ตัดสินใจเด็ดขาด แข็งแรง ชอบสีฟ้า) และความเป็นหญิง (femininity) (เช่น มีความเอาใจใส่ อ่อนไหว ตัดสินใจไม่เด็ดขาด อ่อนแอ ชอบสีชมพู)

---

[13] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 12-13.

Ref. code: 25645924030033WEF

และถูกกำหนดบทบาททางเพศ (gender role) ให้สอดคล้องกับปัจจัยทางชีวภาพดังกล่าว (เช่น การทำงานนอกบ้านกับการเข้าสังคมสำหรับผู้ชาย และการดูแลเอาใจใส่ครอบครัวสำหรับผู้หญิง) ซึ่งเรียกระบบการคิดแบบนี้ว่าระบบตรงเพศ (cisgenderism) ด้วยเหตุดังกล่าว เพศวิถี (sexuality) ของชายและหญิงจึงต้องสอดคล้องกับคุณลักษณะของแต่ละเพศและบทบาททางเพศด้วย คือ ผู้ชายต้องถูกดึงดูดด้วยผู้หญิงและผู้หญิงต้องถูกดึงดูดด้วยผู้ชาย การสมรส (รวมไปถึงการมีเพศสัมพันธ์ในบางสังคม) ที่ชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับ “ความเป็นจริงตามธรรมชาติ” จึงต้องเป็นการกระทำระหว่างชายหญิงเท่านั้น อันเป็นการวางอยู่บนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) ซึ่งเรียกระบบการคิดแบบนี้ว่าระบบทวิเพศ (sex dualism)

นอกจากลักษณะเบื้องต้นที่กล่าวไปแล้ว ปิตาธิปไตย เช่นเดียวกับระบบและวิธีการคิดอื่นๆ ที่ถูกวิพากษ์ว่าเป็นโครงสร้างของหลายๆ สังคม ยังมีความสัมพันธ์กับวาทกรรมอื่นๆ ที่ทรงพลังในสังคมด้วย เสรีนิยมเป็นหนึ่งในวาทกรรมกลุ่มนี้ซึ่งได้ยกตัวอย่างไปแล้ว ตัวอย่างวาทกรรมอื่นๆ ที่มีอำนาจซึ่งเกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ อาทิ วาทกรรมทางการแพทย์ (medical discourse) และวาทกรรมทางศาสนา (religious discourse) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างยิ่งในการกำหนดตำแหน่งแห่งที่ของเพศในปริมณฑลกฎหมาย

2.1.2.2 กรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย (กรอบคิดสตรีนิยม)

วิธีการหนึ่งที่จะทำความเข้าใจปิตาธิปไตยได้คือการศึกษาข้อวิพากษ์ต่อปิตาธิปไตย โดยการศึกษานี้เลือกใช้กรอบคิดสตรีนิยม เนื่องจากเป็นกรอบคิดแรกที่วิพากษ์ปิตาธิปไตยในสาระสำคัญและเป็นกรอบคิดที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการวิพากษ์กฎหมายที่วางอยู่บนฐานอุดมคติบางประการในทางเพศในการศึกษานี้

กรอบคิดสตรีนิยมมิได้มีกรอบคิดใหญ่ที่เป็นเอกภาพ แต่ภายในกรอบคิดสตรีนิยมมีกรอบคิดย่อยๆ ที่ทั้งแตกต่างและทับซ้อนกัน กรอบคิดเหล่านี้จึงไม่อาจแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดหรือมีการจัดกลุ่มเป็นสำนัก (school) อย่างชัดเจนอย่างเป็นทางการ อีกทั้ง ภายในสตรีนิยม “รูปแบบ (model)” ต่างๆ ที่จะกล่าวถึงนี้ ก็มีนักคิดหลากหลายที่มิได้มีความเห็นต้องตรงกันในทุกเรื่องและนักทฤษฎีแต่ละคนที่ถือว่าอยู่ในสตรีนิยมกลุ่มเดียวกันก็อาจมีความเห็นบางประเด็นไปในทางเดียวกับนักทฤษฎีที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มอื่นด้วย การแบ่งส่วนและอธิบายแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยสตรีนิยมในที่นี้เป็นเพียงความพยายามในการแยกแยะและชี้ให้เห็นข้อความคิดสำคัญและประเด็นอภิปรายในกลุ่มความคิดสตรีนิยมแต่ละเฉดเท่านั้น นอกจากนี้ การศึกษานี้อธิบายข้อความคิดผ่านมุมมองนิติทฤษฎีสตรีนิยมเป็นสำคัญ

การทบทวนในส่วนนี้เริ่มต้นด้วยประเด็นจุดร่วมของสตรีนิยมแต่ละรูปแบบก่อนจะอธิบายข้อความคิดสำคัญของสตรีนิยมแต่ละรูปแบบ โดยชี้ให้เห็นตัวอย่างของการประยุกต์ใช้ข้อความคิดเหล่านี้กับเนื้อหาของวัตถุที่การศึกษานี้มุ่งศึกษาด้วย การศึกษาแบ่งกรอบคิดสตรีนิยมจากข้อถกเถียงที่แตกต่างกันในเรื่องการให้คำนิยามแก่ผู้หญิง (how women is defined) โดยอำนาจ

Ref. code: 25645924030033WEF

ของปิตาธิปไตยและการสร้างความหมายใหม่ที่ควรจะเป็น[14] และแบ่งสตรีนิยมออกเป็นสี่รูปแบบ[15] ได้แก่ 1) สตรีนิยมรูปแบบทำให้เหมือนกัน (assimilation model) 2) สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง (difference model) 3) สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การถูกครอบงำ (dominance model) และ 4) สตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ (postmodern model)[16] ทั้งนี้ แม้กรอบคิดสตรีนิยมแต่ละรูปแบบต่างมีข้อจำกัดและถูกวิพากษ์โดยกรอบคิดสตรีนิยมรูปอื่น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรอบคิดสตรีนิยมมิใช่กรอบคิดที่จะนำไปใช้วิเคราะห์ในรายละเอียดโดยตรง การศึกษานี้จึงเน้นแสดงให้เห็นสาระสำคัญของเนื้อหาของแต่ละกรอบคิด และจะกล่าวถึงข้อจำกัดในภาพรวมไว้ในช่วงท้าย

จุดร่วมของกรอบคิดสตรีนิยมไม่ว่าจะมีความคิดในรายละเอียดในรูปแบบใด อาจสรุปโดยย่อได้ว่า กรอบคิดสตรีนิยมวิพากษ์ความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศ (โดยมุ่งเน้นไปที่ผู้หญิงในช่วงแรกของการพัฒนากรอบคิด) ซึ่งถูกสร้างโดยปิตาธิปไตย ปิตาธิปไตยมิได้หมายเฉพาะการกีดกันผู้หญิงออกจากการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในพื้นที่สาธารณะเท่านั้น แต่ยังหมายถึงภาวะที่สิ่งต่างๆ ในหลากหลายพรมแดนถูกสร้างจากมุมมองแบบผู้ชาย รวมถึงองค์ความรู้แบบตะวันตกด้วย อย่างไรก็ดี คงไม่ถูกนักหากจะกล่าวว่าผู้หญิงถูกกีดกันออกจากพื้นที่สาธารณะโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันที่ชีวิตและโอกาสในเชิงทางการของผู้หญิงและผู้ชายแทบจะไม่แตกต่างกัน คำกล่าวที่ถูกต้องกว่าน่าจะเป็นว่า ภาวะที่ความต้องการของผู้หญิง ซึ่งได้รับการแปรเปลี่ยนไปเป็นกฎหมายและนโยบายถูกตีความผ่านมุมมองแบบปิตาธิปไตย และมีแนวโน้มไม่สะท้อนความต้องการที่แท้จริงของผู้หญิง[17]

---

[14] Patricia Cain, “Feminism and the Limits of Equality,” *Georgia Law Review* 24 (1990): 806.

[15] แบ่งตามแนวทางของวาเนสสา มุนโร ใน Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*; ในประเทศไทย วิระดา สมสวัสดิ์ อธิบายกรอบคิดสตรีนิยม/นิติทฤษฎีสตรีนิยม โดยแบ่งเป็นหกรูปแบบ คือ สตรีนิยมแนวเสรีนิยม (liberal feminism) สตรีนิยมแนวลัทธิมาร์กซ์ (Marxist Feminism) สตรีนิยมแนวสังคมนิยม (socialist feminism) สตรีนิยมแนวสภาวะแวดล้อม (eco-feminism) สตรีนิยมแนวรากเหง้า (radical feminism) สตรีนิยมแนวหลังยุคสมัยใหม่ (postmodern feminism). ดู วิระดา สมสวัสดิ์, *นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม* (เชียงใหม่: วนิดาเพรส, 2549); สมชาย ปรีชาศิลปกุล แบ่งนิติทฤษฎีสตรีนิยมเป็นสามรูปแบบ คือ แนวความคิดที่สนับสนุนความเสมอภาค (equality approach) แนวความคิดที่สนับสนุนความแตกต่าง (difference approach) แนวคิดที่สนับสนุนความหลากหลาย (diversity approach). ดู สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), 111-124.

[16] ในส่วนข้อความเบื้องต้นว่าด้วยสตรีนิยม การศึกษานี้อ้างอิงเนื้อหาจาก Cain, “Feminism and the Limits of Equality,” 829-841 และ Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory* เป็นสำคัญ

[17] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 11-12.

Ref. code: 25645924030033WEF

เช่น การสร้างความเป็นชายและความเป็นหญิงที่คงที่ตายตัว การแบ่งบทบาททางเพศ การยึดโยงผู้หญิงกับความเป็นธรรมชาติและบรรจุคุณค่าที่ด้อยกว่าลงไป และการแบ่งพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัวอย่างเด็ดขาดซึ่งส่งผลให้เกิดผลอันไม่พึงประสงค์จำนวนมากตามมาดังที่กล่าวไปแล้ว

1) สตรีนิยมรูปแบบทำให้เหมือนกัน (assimilation model)[18] เป็นวิธีการคิดแบบสตรีนิยมที่พบมากในช่วงแรกเริ่มของการก่อตัวของสตรีนิยม โดยมีวิธีคิดแบบเสรีนิยม (liberalism) เป็นหลักการพื้นฐาน สตรีนิยมรูปแบบนี้มองว่าผู้หญิงและผู้ชายมีศักยภาพที่เท่าเทียมกันและมีคุณลักษณะของความมีเหตุมีผลเหมือนกัน แต่ภาวะที่ผู้หญิงด้อยกว่าผู้ชายเกิดจากการที่ผู้หญิงขาดโอกาสในพื้นที่สาธารณะ จึงมุ่งเรียกร้องให้เกิดความเท่าเทียมในโอกาส (equality of opportunity) โดยเรียกร้องให้ผู้หญิงมีโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาและการมีส่วนร่วมทางการเมือง เพื่อจะได้มีโอกาสในการพัฒนาตนเองเท่าเทียมกับผู้ชาย[19] ภายใต้สมมติฐานที่ว่าผู้ชายและผู้หญิงเหมือนกัน การเปิดพื้นที่สาธารณะให้ผู้หญิงได้มีส่วนร่วมจึงเป็นทั้งการสร้างเสริมศักยภาพภายใต้โอกาสที่เท่าเทียมกับผู้ชาย และเป็นการทำลายการจัดประเภท (categorisation) ผู้หญิงโดยผู้ชายที่กำหนดให้ผู้หญิงอยู่แต่ในพื้นที่ส่วนตัว การเปิดให้ผู้หญิงได้มีส่วนร่วมในพื้นที่สาธารณะนี้จะทำให้ประสบการณ์และมุมมองแบบผู้หญิงได้มีส่วนร่วมในการสร้างความเท่าเทียมในสังคม[20] ทั้งนี้ สตรีนิยมรูปแบบนี้มิได้มุ่งท้าทายบรรทัดฐานและโครงสร้างที่ถูกสร้างไว้แล้ว (pre-existing norm and structure) โดยความคิดแบบผู้ชาย วิธีการเคลื่อนไหวในทำนองนี้ประสบความสำเร็จเป็นอย่างยิ่งในยุคแรกเริ่มที่ความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศเห็นได้ชัดเจน เช่น การเรียกร้องสิทธิเลือกตั้งให้แก่ผู้หญิงเพื่อให้เท่าเทียมกับผู้ชาย การเรียกร้องสิทธิในการทำงานและการศึกษา ฯลฯ[21]

2) สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง (difference model)[22] เป็นรูปแบบสตรีนิยมที่เริ่มต้นความคิดบนฐานที่ว่าผู้หญิงและผู้ชายมีความแตกต่างกัน (โดยธรรมชาติและ/หรือจากการถูกประกอบสร้าง) โดยผู้หญิงมีคุณลักษณะของความเอาใจใส่ (care) ให้ค่าความสัมพันธ์ (relationship) และคิดเชิงสัมพันธ์ (relational approach) โดยคำนึงถึงบริบท (context) ในขณะที่ผู้ชายมีคุณสมบัติตรงข้าม คือ มีความเป็นอิสระเหนือตัวเอง (autonomy) มีความเป็นปัจเจก

---

[18] หรืออาจเรียกว่า “สตรีนิยมเสรีนิยม (liberal feminism)”

[19] นักนิติทฤษฎีสตรีนิยมในกลุ่มนี้ เช่น มารี โวลสโตนคราฟต์ (Mary Wollstonecraft) และเฮเรียต เทเลอร์ กับจอห์น สจ๊อต มิลล์ และ (Herriot Taylor and John Stuart Mill)

[20] Cain, “Feminism and the Limits of Equality,” 831.

[21] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 16.

[22] หรืออาจเรียกว่า “สตรีนิยมสายวัฒนธรรม (cultural feminism)”

Ref. code: 25645924030033WEF

(individuation) และใช้วิธีคิดเชิงสิทธิ (right) และเป็นนามธรรม (abstraction)[23] บรรทัดฐานต่างๆ ถูกสร้างโดยยึดโยงกับคุณลักษณะของผู้ชายซึ่งมีอำนาจทางสังคมสูงกว่า และผลักให้คุณลักษณะแบบผู้หญิงเป็นคุณลักษณะที่ด้อยกว่าและไม่เหมาะสมในพื้นที่สาธารณะ การทำให้ผู้หญิงเหมือนกับผู้ชายตามบรรทัดฐานดังกล่าวซึ่งถูกสร้างภายใต้กรอบคิดแบบปิตาธิปไตยจึงไม่ก่อให้เกิดความเท่าเทียมอย่างแท้จริง สตรีนิยมรูปแบบนี้ตระหนักรู้ความไม่เท่าเทียมเชิงโครงสร้างและความแตกต่างระหว่างเพศดังกล่าว จึงเรียกร้องให้มีการยกระดับคุณค่าของคุณลักษณะแบบผู้หญิง[24] ทั้งนี้ ไม่เพียงเพื่อให้ผู้หญิงมีส่วนร่วมในพื้นที่สาธารณะ (เช่น มีผู้ดำรงตำแหน่งการเมืองเป็นหญิงมากขึ้น) เท่านั้น แต่เพื่อให้บรรทัดฐานได้รับการสร้างขึ้นใหม่ภายใต้จุดมุ่งหมายเพื่อยกระดับคุณค่าคุณลักษณะแบบผู้หญิงให้เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่ควรเป็น และเพื่อให้ประสบการณ์ของผู้หญิงได้รับการตีความตามความหมายที่ควรเป็น[25]

3) สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำ (dominance model)[26] ตั้งต้นการวิพากษ์ว่าผู้ชายกับผู้หญิงมีความแตกต่างกันเช่นเดียวกับสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง อย่างไรก็ตาม ด้วยอิทธิพลของการวิเคราะห์ว่าด้วยอำนาจโดยทฤษฎีมาร์กซิสต์ (Marxism) การครอบงำ (dominance) และการถือครองอำนาจนำ (hegemony)[27] สตรีนิยมรูปแบบนี้ให้คำนิยามของผู้หญิง (รวมถึงผู้ชาย) และลักษณะของความแตกต่างไม่เหมือนกับสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง กล่าวโดยย่อ สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การถูกครอบงำมองผู้หญิงและผู้ชายในฐานะชนชั้น (class) มิใช่ผู้หญิงหรือผู้ชายในฐานะปัจเจก โดยชนชั้นผู้ชายมีสถานะเหนือกว่าชนชั้นผู้หญิง และครอบงำชนชั้นผู้หญิงอยู่เพื่อรักษาสถานะดั้งเดิม (status quo) และอำนาจเอาไว้ ภาวะที่ผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิงจึงมิใช่ความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ (ตามการตีความข้อเสนอของสตรีนิยมสองรูปแบบแรก) แต่เป็นการครอบงำที่มีความเป็นแบบแผน ดังนั้น บรรทัดฐานต่างๆ จึงถูกสร้างโดยชนชั้นผู้ชายและผู้หญิงก็ถูกประกอบสร้างโดยชนชั้นผู้ชายด้วย ในแง่นี้ การครอบงำระหว่างชนชั้นจึงเกิดขึ้นก่อนและความแตกต่างระหว่างเพศถูกประกอบสร้างขึ้นภายหลังเพื่อรักษาอำนาจไว้ ซึ่งแตกต่างจากแนวคิด

---

[23] ศึกษาเพิ่มเติมได้จากการวิจัยเชิงประจักษ์ด้านจิตวิทยาของคาโรล กิลลิแกน (Carol Gilligan) ในยุคทศวรรษ ค.ศ. 1970 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่วิธีการคิดของผู้ชายและผู้หญิงจะแตกต่างกัน. ดู Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. (London, UK: Harvard University Press, 1982). อย่างไรก็ตาม ในการศึกษางานดังกล่าว ต้องตระหนักด้วยว่าการวิจัยนี้มีข้อวิพากษ์ตามมาจำนวนหนึ่ง อาทิ กลุ่มตัวอย่างที่ใช้มีจำนวนน้อยเกินไปทำให้ไม่สามารถเป็นตัวแทนประชากรได้ และก่อให้เกิดข้อสงสัยต่อข้อเสนอของกิลลิแกนในเรื่องความแตกต่างระหว่างเพศข้างต้น.

[24] นักนิติทฤษฎีสตรีนิยมในกลุ่มนี้ เช่น โรบิน เวสต์ (Robin West)

[25] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 24-25.

[26] หรืออาจเรียกว่า “สตรีนิยมสายถอนรากถอนโคน (radical feminism)”

[27] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 28.

Ref. code: 25645924030033WEF

ของสตรีนิยมสองแบบแรกที่เห็นว่าความแตกต่างระหว่างเพศเกิดขึ้นก่อนแล้วปิตาธิปไตย จึงนำความแตกต่างนี้ไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของการครอบงำภายหลัง[28] สตรีนิยมรูปแบบนี้เห็นว่า วิธีการที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้จริง คือ การปฏิวัติบรรทัดฐานและโครงสร้างทางสังคมที่ถูกประกอบสร้างโดยปิตาธิปไตยอย่างถึงรากถึงโคน ทั้งนี้ สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำได้รับการสนับสนุนจากสตรีนิยมกลุ่มอื่นในแง่การชี้ให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ปรากฏตั้งแต่แรกในระดับโครงสร้างหรือกฎกติกา

4) สตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ (postmodern model) เกิดขึ้นจากอิทธิพลของสกุลความคิดหลังสมัยใหม่-หลังโครงสร้างนิยม และเป็นผลมาจากข้อวิพากษ์ต่อสตรีนิยมสองรูปแบบข้างต้นที่มีแนวโน้มเหมารวมผู้หญิงทั้งหมดว่ามีปัญหาเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรอบคิดแบบ “สารัตถนิยม (essentialism)” ที่เชื่อว่าสิ่งหนึ่งมีแก่นแกนที่ต้องเป็นโดยสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่างกำหนดคุณค่าของผู้หญิงตามมาตรฐานของหรือการประกอบสร้างโดยผู้ชาย และสตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำได้สร้างความเป็นเอกภาพของความจริงของอัตลักษณ์ของความเป็นหญิง (femininity) และในเรื่องภาวะของการถูกครอบงำของผู้หญิงทุกคน และละเลยไม่พิจารณาการกดทับที่เกิดขึ้นภายในกลุ่มผู้หญิงเอง สตรีนิยมหลังสมัยใหม่เชื่อในการไม่มีอยู่ตั้งแต่แรก (pre-given entity) ของผู้หญิง แต่อัตลักษณ์ของผู้หญิง (เช่น เดียวกับมนุษย์ ในความเห็นของฟูโกต์) เป็นอัตบุคคลที่ถูกปะทะประสานโดยความสัมพันธ์ของอำนาจต่างๆ และมีความเลื่อนไหลแปลงเปลี่ยนได้เสมอ จึงทำให้ “ผู้หญิง” ไม่สามารถถูกให้คำจำกัดความหรือพิจารณาว่ามีปัญหาเหมือนกันได้อย่างสิ้นเชิง และความจริงแล้วปัญหาของผู้หญิงแต่ละคนในแต่ละบริบท เวลา และสังคมมีความแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยหลากหลาย อาทิ อายุ สีผิว ชาติพันธุ์ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด ลักษณะทางกายภาพ เพศวิถี เป็นต้น หรือที่เรียกว่าปัญหาของ “ความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (intersectionalities)”[29] ตัวอย่างเช่น ปัญหาที่ผู้หญิงผิวขาวกับผู้หญิงผิวดำ ซึ่งในโลกตะวันตกสมัยก่อนถือว่ามักมีสถานะทางสังคมคนละระดับชั้น ต้องเผชิญมิได้เหมือนกันเสียทีเดียว โดยผู้หญิงผิวขาวอาจไม่มีความเสมอภาคกับผู้ชาย แต่ผู้หญิงผิวดำนอกจากจะต้องเผชิญกับความไม่เสมอภาคนั้นแล้วยังต้องเผชิญกับการครอบงำเชิงชาติพันธุ์ซึ่งด้วย ซึ่งในแง่นี้กลับไปมีจุดร่วมบางประการกับผู้ชายผิวดำ (ในขณะที่ในแง่ความสัมพันธ์เชิงเพศสถานะก็ยังอยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าผู้ชายผิวดำ)

กรอบคิดสตรีนิยมทุกรูปแบบมีข้อจำกัดและถูกวิพากษ์จากกรอบคิดสตรีนิยมรูปแบบอื่น ตัวอย่างเช่น สตรีนิยมรูปแบบทำให้เหมือนกันถูกวิพากษ์ว่า ไม่ท้าทายบรรทัดฐานที่ถูกสร้างขึ้นโดยมุมมองแบบเดียวที่มีอำนาจเหนือกว่า จึงทำให้ไม่สามารถสร้างความเท่าเทียมบนฐาน

---

[28] Ibid.

[29] Ibid., 33-36.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความแตกต่างระหว่างเพศได้อย่างแท้จริง[30] สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่างถูกวิพากษ์ว่าเสนอข้อความคิดที่ยังผูกติดอยู่กับคุณค่า "แบบผู้หญิง" ที่ปิตาธิปไตยประกอบสร้างมาให้ และเสี่ยงที่จะส่งผลให้ผู้หญิงถูกเก็บกักไว้หรือถูกผลักกลับไปยังพื้นที่ส่วนตัวเพื่อทำกิจกรรมที่สอดคล้องกับคุณลักษณะแบบนี้ เช่น การเลี้ยงบุตรและดูแลบ้าน[31] สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำถูกวิพากษ์ว่า มองปัญหาของผู้หญิงทั้งหมดที่อยู่ในชนชั้นผู้หญิงในลักษณะที่เหมือนกัน จึงเป็นการเหมารวมให้ผู้หญิงทุกคนเป็นแบบเดียวกัน ละเลยความแตกต่างหลากหลาย และปิดบังข้อเท็จจริงที่ภายในชนชั้นผู้หญิงเองก็มีการครอบงำอยู่ เช่น เสียงของผู้หญิงผิวขาวชนชั้นกลางเป็นเสียงที่พูดแทนผู้หญิงผิวดำชนชั้นแรงงาน อีกทั้ง การทำความเข้าใจปัญหาแบบสตรีนิยมในกลุ่มนี้มีแนวโน้มเป็นการเห็นว่า "อุดมคติแบบปิตาธิปไตยมีผลกระทบต่อผู้หญิงในรูปแบบที่สอดคล้องสม่ำเสมอในตัวเองและสามารถคาดเดาได้"[32] จึงเป็นการลดทอนความซับซ้อนของปัญหาเหล่านี้ให้เป็นเรื่องง่าย[33] และสตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ถูกวิพากษ์ในหลายประเด็น โดยเฉพาะในเรื่องที่สตรีนิยมรูปแบบนี้ก่อผลเชิงลบแก่ขบวนการเคลื่อนไหวสตรีนิยม เนื่องจากทำให้ผู้หญิงไร้ความเป็นกลุ่มก้อนและไม่สามารถขับเคลื่อนประเด็นใดได้ อีกทั้ง วิธีการคิดแบบสตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ดังกล่าวยังตั้งอยู่บนฐานที่ว่าผู้หญิงแต่ละคนในฐานะปัจเจกมีพลังอำนาจที่เท่าเทียมกันที่จะสามารถกระทำการตามข้อเสนอได้ด้วย[34] เป็นต้น

แม้ข้อถกเถียงของสตรีนิยมรูปแบบต่างๆ ที่กล่าวไปพอสังเขป จะมิได้มุ่งเน้นไปที่ประเด็นเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศโดยตรง และอาจกล่าวได้ด้วยว่าไม่มีพื้นที่ให้แก่บุคคลข้ามเพศในข้อถกเถียงเลย (เนื่องจากการจะพูดในฐานะ "ผู้หญิง" จำต้องยอมรับระบบสองเพศเสียก่อน)[35]

---

[30] Cain, "Feminism and the Limits of Equality," 830-831; Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 16-19.

[31] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 26.

[32] ". . . patriarchal ideology affects women's perspectives and decisions in consistent and predictable ways . . .". Ibid., 31.

[33] Ibid., 30-33.

[34] Ibid., 36-39.

[35] ความจริงแล้วกรอบคิดสตรีนิยมและกรอบคิดแบบข้ามเพศหรือเควียร์ (queer) อาจมิใช่กรอบคิดที่เป็นคู่ขัดแย้งกัน เช่น Adam P. Romero, "Methodological Descriptions: 'Feminist' and 'Queer' Legal Theories," in *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, ed. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson, and Adam P. Romero (Surrey, UK: Ashgate, 2009); และในข้อเสนอของจูดิธ บัตเลอร์ว่า การปฏิบัติการในทางสตรีนิยมควรมีการวิจัยวงศาวิทยาสตรีนิยม (การค้นคว้าว่า

Ref. code: 25645924030033WEF

อย่างไรก็ตาม กรอบคิดสตรีนิยมแต่ละรูปแบบทำให้เห็นปรากฏการณ์ของการท้าทายโครงสร้างและบรรทัดฐานภายใต้การครอบงำของอำนาจปิตาธิปไตยบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี เป็นต้นว่า

สตรีนิยมรูปแบบทำให้เหมือนกันแสดงให้เห็นว่า การจะทำให้เสียงและประสบการณ์ของกลุ่มที่ถูกทำให้เป็นชายขอบและมีอำนาจต่ำกว่าเป็นที่รับรู้ จำต้องมีการเปิดพื้นที่ให้กลุ่มเหล่านี้มีบทบาทในสังคม แต่ก็มียังคงอยู่ภายใต้ข้อวิพากษ์ว่าการที่สตรีนิยมกลุ่มนี้ไม่ท้าทายโครงสร้างและบรรทัดฐานเดิมอาจมิได้เป็นการสร้างความเท่าเทียมแท้จริง เฉกเช่นในกรณีกฎหมายเกี่ยวกับเพศในรัฐไทยที่มีการเปลี่ยนแปลงเชิงบวกอย่างมีนัยสำคัญในช่วงกว่าทศวรรษที่ผ่านมา แต่ก็ยังมีคำถามที่น่าขบคิดว่าฐานคิดของรัฐไทยในประเด็นนี้เปลี่ยนไปโดยสิ้นเชิงหรือไม่

สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่างและรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำแสดงให้เห็นความเป็นไปได้ที่กลุ่มคนในภาวะชายขอบและไร้ซึ่งอำนาจจะมีความแตกต่างจากกลุ่มคนที่อยู่ในอำนาจ และความแตกต่างเหล่านี้มิใช่ความเป็นอื่นหรือสถานะที่ด้อยกว่า ดังนั้น ลำพังการทำให้ผู้หญิงเหมือนผู้ชายตามข้อเสนอของสตรีนิยมกลุ่มแรกจึงก่อผลอันไม่พึงประสงค์ขึ้น สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่างชี้ว่า ความแตกต่างระหว่างเพศมีอยู่จริง แต่โครงสร้างและบรรทัดฐานทางสังคมซึ่งแต่เดิมไม่ให้ค่าแก่ความแตกต่างนี้จำเป็นต้องเปิดพื้นที่และให้คุณค่าแก่ความแตกต่างในระดับเดียวกับคุณค่าดั้งเดิม ในแง่ภาวะข้ามเพศก็เช่นกัน แม้กฎหมายจะมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกมาอย่างต่อเนื่อง แต่ความเข้าใจและทัศนคติว่าด้วยการกำหนดระดับคุณค่าในเชิงเพศสถานะที่แตกต่างเหล่านี้จำเป็นต้องได้รับการวิเคราะห์ ส่วนสตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำชี้ให้เห็นถึงบทบาทของอำนาจ การครอบงำ และการถือครองอำนาจนำในเชิงเพศสถานะที่แฝงเร้นอยู่ในโครงสร้างและบรรทัดฐานทางสังคม แม้ว่าวิธีการคิดแบบนี้จะถูกวิพากษ์โดยเฉพาะในแง่การเหมารวมความแตกต่างหลากหลายภายในกลุ่มคนชายขอบและไร้ซึ่งอำนาจ แต่วิธีการคิดนี้ก็มีประโยชน์ในการทำความเข้าใจอุดมคติเชิงเพศของรัฐไทยว่า ขณะนี้รัฐไทยยึดถืออุดมคติดังกล่าวแบบใดอยู่และมีโอกาสจะถูกปฏิวัติอย่างถึงรากถึงโคนได้หรือไม่

สุดท้ายแล้ว ด้วยอิทธิพลของสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยมและหลังสมัยใหม่นิยม สตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ตั้งคำถามต่อการกำหนดประเภทและการแสวงหาสารัตถะเชิงเพศสถานะของสรรพสิ่ง และชี้ให้เห็นความแตกต่างหลากหลายเชิงเพศสถานะของบุคคลซึ่งสอดคล้องอย่างยิ่งกับการศึกษาในการศึกษานี้ที่ต้องการทำความเข้าใจกรอบคิดดังกล่าวของรัฐไทย

ลักษณะของการทำให้เข้าใจว่าเรือนกายเป็นเพศใดเพศหนึ่งโดยธรรมชาติเป็นอย่างไร) เป็นฐาน. ดู Mikkol, “Feminist Perspectives on Sex and Gender,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

2.1.3 กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี

การศึกษานี้ตั้งต้นในส่วนครึ่งแรก (ส่วนที่ 2.1.3.1) ด้วยการทำความเข้าใจนิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) เพื่อแสดงให้เห็นข้อวิพากษ์ของวิธีคิดเชิงเพศสถานะที่ท้าทายกฎหมายและความเป็นนิติศาสตร์ในกระแสหลักซึ่งตั้งมั่นอยู่ภายใต้กรอบคิดเสรีนิยม (liberalism) เช่น ความเชื่อว่ากฎหมายเป็นสถาบันที่อยู่ได้อย่างเป็นเอกเทศ มีความเป็นกลาง และแยกขาดจากการเมือง จากนั้น ในส่วนครึ่งหลัง (ส่วนที่ 2.1.3.2) การศึกษานี้จะอธิบายโดยสังเขปเกี่ยวกับนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ประกอบการยกตัวอย่างการศึกษาของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในงาน *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law* (2002) ซึ่งเป็นงานชิ้นสำคัญที่กะเทาะและลอกเลาะรอยปริแตกที่อยู่ในระบบกฎหมายของออสเตรเลียในประเด็นที่เกี่ยวกับอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศด้วยวิธีการวิเคราะห์วาทกรรม ผ่านตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา และบริบทรายล้อมของการใช้และการพิพากษาในหลากหลายมิติ ทั้งนี้ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับความเห็นทางกฎหมายในประเทศอื่นด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา และยุโรป (ศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน)

2.1.3.1 นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory)

นิติทฤษฎีสตรีนิยมมุ่งท้าทายบรรทัดฐานกฎหมายและวิชานิติศาสตร์ที่ผู้สนับสนุนชี้ว่าถูกสร้างด้วย “มุมมองแบบผู้ชาย” หรือปิตาธิปไตย/ภาวะชายเป็นใหญ่ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างชายหญิง อย่างไรก็ตาม กรอบคิดนี้ก็มีความสำคัญอย่างยิ่งในการวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับเพศอื่นๆ ที่มิได้วางอยู่บนฐานทวิเพศ และการวิเคราะห์กฎหมายและวิชานิติศาสตร์ด้วยมุมมองทางเพศสถานะในภาพกว้าง เนื่องจากนิติทฤษฎีสตรีนิยมเป็นกรอบคิดแรกที่ท้าทายบรรทัดฐานดังกล่าวในกฎหมายและวิชานิติศาสตร์ โดยการท้าทายนี้มิได้หมายถึงการท้าทายต่อความลำเอียงทางเพศที่เบียดแทรกอยู่ในกฎหมายแต่ละฉบับ/เนื้อหาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงลักษณะดังกล่าวที่มีแนวโน้มปรากฏอยู่ในระดับฐานรากของกฎหมายและวิชานิติศาสตร์ด้วย[36]

เพื่อให้เห็นภาพรวมของการวิพากษ์กฎหมายและนิติศาสตร์กระแสหลักที่ถูกประกอบสร้างบนฐานคิดแบบเสรีนิยม การศึกษานี้ใช้งานของนิโคลา เลซีย์ (Nicola Lacey) และวาเนสสา มุนโร (Vanessa Munro) ที่สรุปข้อวิพากษ์ของนักสตรีนิยมต่อกฎหมายตามแนวคิดเสรีนิยมมาเป็นแนวทางในการทำความเข้าใจปรากฏการณ์ดังกล่าว[37] ในภาพรวม เลซีย์วางกรอบคิดหลักของนิติทฤษฎีสตรีนิยมไว้ว่า 1) นิติทฤษฎีสตรีนิยมเชื่อว่าเพศ/เพศสถานะเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่สร้าง

---

[36] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 2-4.

[37] Ibid.; Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*.

Ref. code: 25645924030033WEF

ให้กฎหมายเป็นกฎหมาย 2) วิธีที่เพศ/เพศสถานะปรากฏในกฎหมาย มิได้ทำให้เกิดเพียง "ความแตกต่าง" เท่านั้น แต่เป็นการทำให้เกิด "การเลือกปฏิบัติและการครอบงำหรือการกดขี่" ("discrimination, domination or oppression") ด้วย และ 3) เนื่องจากนิติทฤษฎีสตรีนิยมวางตัวบนฐานการประกอบสร้างทางสังคมที่เชื่อว่าความหมายของเพศ/เพศสถานะเป็นผลผลิตของวัฒนธรรมมากกว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ ("the power and meaning of sex/gender is a product not of nature but of culture") จึงเชื่อว่าความไม่น่าพึงพอใจเหล่านี้จะแก้ไขได้โดยกระทำผ่านสถาบันที่มีทรงพลังในสังคม เช่น กฎหมาย ("gender relations are open to revision through the modification of powerful social institutions such as law")[38] เมื่อแยกข้อวิพากษ์ต่อลักษณะกฎหมายในกระแสหลักที่ถูกสร้างขึ้นบนฐานเพศ/เพศสถานะดังกล่าว อาจแบ่งเป็นข้อย่อยๆ ได้ดังนี้

จากการกล่าวอ้างและเชื่อถือของเสรีนิยมในความเป็นเอกเทศของกฎหมายและความเป็นกลางของการให้เหตุผลทางกฎหมาย (individuality of law and neutral framework of legal reasoning) นิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์ว่า การแก้ปัญหาทางกฎหมายจึงมีแนวโน้มเห็นว่าคู่กรณีอยู่ในภาวะเสมอกันหรือเหมือนกัน โดยละเลยการพิจารณาประกอบบริบทและความสัมพันธ์ และมองข้ามข้อเท็จจริงของพลังอำนาจที่ไม่เท่ากัน[39] ทั้งนี้ แนวคิดของสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่างที่ได้อธิบายในส่วนย่อยที่แล้วน่าจะพอทำให้เห็นภาพความเป็นไปได้ของความแตกต่างและความไม่เสมอกันได้ ต่อประเด็นนี้ มุนโรยกตัวอย่างให้เห็นโดยใช้กรณีที่นักนิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์ว่า สภาวะใต้ "ผ้าคลุมแห่งความไม่รู้ (veil of ignorance)" ที่เป็นภาวะสมมติที่ใช้ในการพิจารณาการแบ่งสันปันส่วนทรัพยากรและความยุติธรรม ของจอน รอลส์ (John Rawls)[40] มีแต่จะหนุนเสริมอุดมคติของเสรีนิยมที่ทำให้คนแยกขาดจากกัน ละเลยความเห็นอกเห็นใจและการให้ค่าแก่ความสัมพันธ์ระหว่างเพื่อนมนุษย์ซึ่งมักเป็นคุณลักษณะของผู้หญิง และล้มเหลวในการทำความเข้าใจความไม่เท่าเทียมของอำนาจระหว่างคนในสังคม รวมถึงไม่ตระหนักรู้ปัจจัยที่แตกต่างกันที่แต่ละคนต้องการ[41]

---

[38] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 3.

[39] Ibid., 5.

[40] รอลส์เสนอว่า ภายใต้ภาวะที่ปัจเจกความสามารถและโชคที่แตกต่างกัน วิธีการแบ่งสันปันส่วนที่ยุติธรรมในสังคมนั้น ควรให้ปัจเจกแต่ละคนอยู่หลังภาวะสมมติที่เรียกว่า ผ้าคลุมแห่งความไม่รู้ เพื่อมิให้แต่ละคนรู้ว่าตนมีภูมิหลังและปัจจัยอย่างไร ซึ่งสางผลให้นิยามว่าสิ่งใดยุติธรรมหรือไม่ในทำนองเดียวกัน เมื่อปัจเจกอยู่ในภาวะดังกล่าวและเกิดความไม่แน่นอนขึ้น ปัจเจกย่อมแบ่งสันปันส่วนโดยคำนึงผู้ที่ทุกยากที่สุด เนื่องจากแจเจกแต่ละคนมีความกลัวในความไม่แน่นอนและคำนึงถึงประโยชน์ของตัวเองเป็นหลัก. ทั้งนี้ สรุปโดย Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 45-46.

[41] Ibid., 45-47.

Ref. code: 25645924030033WEF

หนึ่งในข้อวิพากษ์ที่เด่นชัดที่สุดต่อเนื้อหาของกฎหมาย คือ ความเป็นภาวะวิสัยของกฎหมาย (neutrality and objectivity of law)[42] ตัวอย่างเช่น ตามวิธีการคิดแบบสตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำ แคทเธอรีน แมคคินนอน (Catherine MacKinnon) ชี้ว่า "คนในภาวะมีเหตุผล (reasonable man)" (หรือ "วิญญูชน" ในภาษาไทย) ซึ่งเป็นมาตรฐานชี้วัดว่าการกระทำใดปกติหรือไม่ปกติในสายตากฎหมาย ปกปิดความลำเอียงและการประกอบสร้างทางเพศรวมถึงทางชนชั้น ชาติพันธุ์ สีผิว และปัจจัยอื่นๆ ไว้ภายใต้การกล่าวอ้างว่าตนเองมีความเป็นภาวะวิสัย[43]

นิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์ภาวะที่กฎหมายถูกออกแบบให้เป็นศูนย์กลางของการควบคุมสังคมและแก้ปัญหา (centrality of law) ว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์นัก ทั้งนี้โดยประกอบกับข้อวิพากษ์ว่า การแก้ไขปัญหาต่างๆ ด้วยกฎหมายจำเป็นต้องยอมรับกรอบคิดว่าว่าด้วยสิทธิ (right) ด้วย ในประเด็นนี้ การศึกษานี้จะยกตัวอย่างโดยละเอียดต่อไปในส่วนที่กล่าวถึงข้อวิพากษ์ของนิติทฤษฎีสตรีนิยมต่อลักษณะของสิทธิที่ทุกคนได้รับการรับรองว่ามี แต่สิทธิอาจไม่ช่วยแก้ปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานความเท่าเทียมอย่างแท้จริง กล่าวโดยย่อ ในกรณีของความรุนแรงในครอบครัว ฝ่ายผู้กระทำอาจมีสิทธิในทรัพย์สินของตน (การอยู่อาศัยในบ้านที่เกิดเหตุ) และฝ่ายผู้ถูกกระทำอาจมีสิทธิในความปลอดภัยของร่างกาย ภายใต้หลักการชั่งน้ำหนักของสิทธิเพื่อพิจารณาว่าสิทธิใดจะได้รับความคุ้มครองสูงกว่า การแก้ปัญหาด้วยการใช้กฎหมายเป็นศูนย์กลางในการแก้ปัญหาอาจทำให้ฝ่ายถูกกระทำเสียเปรียบกว่าเดิม[44]

ยิ่งกว่านั้น ความเป็นเหตุเป็นผล (rationality of law)[45] ที่เป็นภาพแทนของคุณลักษณะสำคัญที่สุดของกฎหมายก็ถูกวิพากษ์ว่ามีปัญหา โดยแท้จริงแล้ว หลักกฎหมายมีความย้อนแย้งและไม่แน่นอนในตัวเอง นอกจากนี้ เลซีย์เห็นว่า ภายใต้ภาพของสถาบันแห่งเหตุผลคำพิพากษาได้กักเก็บอารมณ์ความรู้สึก คุณค่า และเทคนิคต่างๆ ไว้อย่างเป็นระบบ การจะทำความเข้าใจและแสวงหาความไม่สม่ำเสมอและไม่สอดคล้องกับคำกล่าวอ้างของตนเองเหล่านี้ จำเป็นต้องศึกษาคำพิพากษา มิใช่ในฐานะเอกสารทางกฎหมาย แต่ในฐานะตัวบทที่มีการใช้ภาษาในเชิงถ้อยคำชักจูงโน้มน้าว (rhetoric) ซึ่งประกอบไปด้วยคุณค่าและเทคนิคต่างๆ ที่มิได้เป็นความหมายที่แสดงออกมาในเชิงทางการ[46]

---

[42] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 5-7.

[43] Ibid., 8.

[44] Carol Smart, *Feminism and the Power of Law* (London, UK: Routledge, 1989), 145; Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 8-9.

[45] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 11-12.

[46] Ibid., 12.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในกรณีของคำกล่าวอ้างของเสรีนิยมว่ากฎหมายเป็นระบบแห่งแบบแผนที่เป็นบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้ (law as a system of enacted norms or rule) นิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์ว่า ความจริงแล้วกฎหมายมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบการดำเนินชีวิตของคนในสังคม ตามประเด็นอภิปรายของคาโรล สมาร์ท (Carol Smart) ที่ได้พัฒนาจากทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจของฟูโกต์[47] ฟูโกต์แบ่งอำนาจเป็นสามประเภท คือ อำนาจอธิปไตย (sovereignty power) อำนาจเชิงวินัย (disciplinary power) และอำนาจเชิงตุลาการ (judiciary power) โดยอำนาจสองอำนาจหลังเลื่อนไหลไปมาในสังคมโดยพ้นไปจากความตระหนักรู้ของผู้คน สมาร์ทกล่าวว่าฟูโกต์มีแนวโน้มคิดว่ากฎหมาย (ซึ่งอยู่ในพื้นที่ของอำนาจตุลาการ) ค่อยๆ หมดความสำคัญลง สวนทางกับอำนาจเชิงวินัยที่จะมีบทบาทมากขึ้นในการควบคุมวิถีชีวิตคน อย่างไรก็ตาม สมาร์ทเห็นว่า ความจริงแล้วตัวกฎหมายเองนั่นแหละที่มีลักษณะของอำนาจเชิงวินัยในการกำหนดความจริงและบรรทัดฐานต่างๆ ในชีวิตคนโดยแฝงอยู่ในระดับสำนึก[48] อาทิ การกำหนดว่าการแต่งงานของคนเพศเดียวกันน่าจะเป็นเรื่องไม่ถูกต้องเนื่องจากกฎหมายครอบครัวของไทยบัญญัติชัดเจนว่าการสมรสต้องกระทำโดยชายและหญิงเท่านั้น การกำหนดให้บุคคลประเภทหนึ่งมีสิทธิได้รับสวัสดิการ แต่อีกประเภทไม่มีสิทธิ อันเป็นการกำหนดโดยนัยว่าคนประเภทหลังเป็นคนที่ “ไม่สมควร” ได้รับความคุ้มครองจากรัฐ เป็นต้น

เมื่อผนวกรวมกับคำกล่าวที่ว่ากฎหมายมีความเป็นเอกภาพและสอดประสานเป็นอย่างดี (unity and coherence of law) ซึ่งมิใช่ลักษณะของกฎหมายตามที่กล่าวอ้าง นิติทฤษฎีสตรีนิยมเห็นว่ายิ่งเป็นการทำให้เห็นความบกพร่องของการยึดถือกฎหมายเป็นเครื่องมือหลักในการกำกับสังคม[49] ตัวอย่างเช่น นิติทฤษฎีสตรีนิยมชี้ว่า พื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัวไม่สามารถแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดตามที่กฎหมายแบบเสรีนิยมกล่าวอ้าง โดยเห็นว่าความเป็นส่วนตัวและความเป็นสาธารณะมีความยืดหยุ่นกว่านั้น เช่น ในคดีหนึ่งในประเทศอังกฤษ ผู้ประท้วงคนหนึ่งร้องขอความเป็นธรรมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดไฟฟ้าให้เหมาะสม ผู้ประท้วงมิได้ก่อความรุนแรงใดและยืนยันว่าจะไม่ออกจากอาคารของหน่วยงานดังกล่าว ซึ่งเป็นอาคารที่รัฐเช่ามาจากเอกชนอีกต่อหนึ่ง จนกว่าจะได้รับบริการตามที่เรียกร้อง และต่อมาเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานได้เรียกตำรวจให้มานำตัวผู้ประท้วงออกไป หากตีความอย่างเคร่งครัด กรณีนี้ผู้ประท้วงจะมีความผิดฐานบุกรุกเนื่องจากอาคารดังกล่าวเป็นพื้นที่ของเอกชนและเจ้าของพื้นที่ได้ยืนยันให้ออกไปแล้ว แต่นิติทฤษฎีสตรีนิยมอาจชี้ว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่ประชาชนควรมีสิทธิกระทำได้ เนื่องจากเป็นการรักษาสิทธิที่ตนเองมีด้วยความสงบ และผลการตัดสิน (ให้การกระทำของผู้ประท้วงเป็นความผิดฐานบุกรุก) จึงไม่เป็นธรรม แม้แต่ในสายตาของผู้ยึดถือ

---

[47] Ibid., 9-10.

[48] Ibid., 9-10.

[49] Ibid., 10-11.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความเห็นแบบเสรีนิยมเอง ดังนั้น การแบ่งพื้นที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัวอย่างเด็ดขาดของกฎหมายแบบเสรีนิยมจึงก่อให้เกิดผลที่ไม่ยุติธรรมตามมา โดยพื้นที่ส่วนตัว (private sphere) ในกรณีนี้ควรถูกทำความเข้าใจในลักษณะของการเป็น "พื้นที่กึ่งสาธารณะ (quasi-public sphere)" มากกว่า กรณีตัวอย่างนี้ทำให้เห็นว่า การอ้างความเป็นเอกภาพและสอดประสานกันของกฎหมายมิได้เป็นข้อเท็จจริง โดยในความเป็นจริงแล้ว กฎหมายเลื่อนไหลไปมาตลอดเวลา[50]

นอกจากนี้ นิติทฤษฎีสตรีนิยมได้วิพากษ์ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิ (บนฐานเสรีนิยม) ด้วย เนื่องจากกรอบคิดว่าด้วยสิทธิเป็นแก่นแกนหลักของการดำรงอยู่ของกฎหมายและการคุ้มครองทางกฎหมาย กล่าวอย่างรวบรัด สิทธิที่ถูกสร้างขึ้นบนฐานเสรีนิยมถูกวิพากษ์ว่ามีลักษณะในแนวทางเดียวกับกฎหมายเสรีนิยม[51] ได้แก่ 1) สิทธิเป็นปัจเจกมากเกินไป (Rights are too individualistic.) 2) สิทธิลดทอนภาวะของความไร้สมดุลของพลังอำนาจให้มีลักษณะไม่ซับซ้อน (Rights oversimplify the imbalance of power.) 3) สิทธิมีลักษณะของการปะทะแข่งขัน (Rights have a competing feature.) เช่น ในกรณีที่สิทธิสองสิทธิขึ้นไปขัดแย้งกัน เมื่อจะตัดสินใจว่ากฎหมายจะให้ความคุ้มครองไปในแนวทางใด ต้องมีการประเมินว่าสิทธิใดมีคุณค่าเหนือกว่าและจะได้รับการคุ้มครองต่อไป 4) สิทธิมีความเป็นนามธรรมเกินไป (Rights are too abstract.) และ 5) สิทธิมีแนวโน้มถูกนำไปใช้เพื่อให้ประโยชน์แก่กลุ่มคนที่อยู่ในอำนาจ (Rights tend to be applied to benefit privileged classes.) ซึ่งในกรณีของโลกตะวันตกคือผู้ชายผิวขาวชนชั้นกลางขึ้นไป

ข้อวิพากษ์ต่อสิทธิดังกล่าว อาจเห็นภาพได้จากกรณีตัวอย่างต่อไปนี้ ในกรณีความรุนแรงในครอบครัว ผู้หญิงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากความรุนแรง ในขณะเดียวกันผู้ก่อความรุนแรงก็มีสิทธิอาศัยอยู่ในบ้านตัวเอง ในสถานการณ์นี้ จะเห็นได้ว่าสถาบันต่างๆ ของรัฐจะเข้ามามีบทบาท โดยมักเริ่มต้นที่ตำรวจและจบลงที่ศาลผ่านเส้นทางกฎหมาย ในการพิจารณาว่ารัฐจะดำเนินการอย่างไร จะเห็นได้ว่า สิทธิสองสิทธินี้เป็นคุณค่าที่ต้องมีการชั่งน้ำหนัก และมีแนวโน้มที่จะต้องมีสิทธิหนึ่งได้รับการพิจารณาว่ามีคุณค่าเหนือกว่าและได้รับความคุ้มครองสูงกว่า (แม้ว่าสาระสำคัญของสิทธิอีกสิทธิหนึ่งจะไม่ถูกทำให้เสียค่าไปก็ตาม)[52] การชั่งน้ำหนักสิทธิแบบนี้แสดง

---

[50] *Porter v. Commissioner of Police of the Metropolis*, All ER (D) 1129 (Court of Appeal of England and Wales 1990); Rosemary Hunter, Clare McGlynn, and Erika Rackley, *Feminist Judgments: From Theory to Practice* (Oxford, UK: Hart Publishing, 2010), chapter 10.

[51] ปัญหาของสิทธิในมุมมองสตรีนิยมและตัวอย่างรวบรวมและสรุปจาก Smart, *Feminism and the Power of Law*, chapter 7; Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, chapter 3.

[52] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), บทที่ 6.

Ref. code: 25645924030033WEF

ให้เห็นทั้งลักษณะการแข่งขันของสิทธิและการลดทอนความซับซ้อนของปัญหา ผ่านการโยนเรื่องซับซ้อนยุ่งยากไปไว้ในวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมาย และคาดหวังว่าปัญหาทางสังคมจะได้รับการแก้ไขอย่างราบรื่น[53] นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลึกลงไปจะพบว่า สิทธิในกรณีนี้มีความเป็นนามธรรมและเสี่ยงที่จะไม่สามารถแก้ปัญหาทางสังคมได้จริง เนื่องจากสิทธิอ้างว่ารับประกันทั้งเสรีภาพ (freedom) และความปลอดภัย (security) ซึ่งภายใต้หลักการแบ่งพื้นที่ส่วนตัวและสาธารณะอย่างเด็ดขาด ตำรวจอาจเลือกที่จะไม่เข้าไปยุติความรุนแรงในบ้านก็ได้ การนำแนวคิดที่เป็นนามธรรมในระดับสูงมาใช้ในการแก้ปัญหาในสังคมที่มักไม่มีความเท่าเทียม จึงไม่อาจสร้างความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นมาได้

ข้อวิพากษ์ของนิติทฤษฎีสตรีนิยมดังกล่าวเป็นเพียงกรอบคิดเบื้องต้นในภาพรวม โดยความคิดเห็นของนักนิติทฤษฎีสตรีนิยมแต่ละคนในแต่ละประเด็นอาจแตกต่างหรือซ้อนทับกันก็ได้ แม้ว่าจะถือว่ามีรูปแบบความคิดเห็นเชิงสตรีนิยมแบบเดียวกัน ยิ่งกว่านั้น ในระยะหลัง นักนิติทฤษฎีสตรีนิยมบางคนอาจนำกรอบคิดเชิงปรัชญาและกฎหมายกระแสหลักที่ถูกวิพากษ์มาประเมินค่าใหม่ (re-evaluation) ด้วย ตัวอย่างเช่น ในประเด็นที่ว่ากฎหมายมีแนวโน้มละเลยบริบทและความสัมพันธ์ เลซีย์เห็นว่าอาจไม่ใช่ข้อวิพากษ์ที่ถูกต้องนัก เนื่องจากบริบทและความสัมพันธ์เป็นสิ่งจำเป็นในการแก้ปัญหาทางกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายอาจ (เลือก) ให้ค่าความสัมพันธ์บางประเภทสูงกว่าประเภทอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นที่ไม่พึงประสงค์สำหรับนักสตรีนิยม สิ่งที่ต้องกระทำจึงไม่ควรเป็นไปในเชิงมุ่งเปลี่ยนแปลง (reform) แต่ควรเป็นการวิพากษ์ (critique) เพื่อเปิดเผยให้เห็นระบบเหตุผลและวิธีการสร้างสมมติฐานของกฎหมาย[54] มุนโรตั้งข้อสังเกตว่า การวิพากษ์ของนักสตรีนิยมในบางแง่มุ่งแต่จะท้าทายกรอบคิดเสรีนิยมเกินไป จนมองข้ามคุณลักษณะของเสรีนิยมที่มีประโยชน์ต่อผู้หญิงและผู้มีพลังอำนาจต่ำในสังคม[55] เช่น กรณีข้อวิพากษ์ของนักนิติทฤษฎีสตรีนิยมต่อสภาวะใต้ผ้าคลุมแห่งความไม่รู้ มุนโรได้สำรวจการตีความแบบใหม่ของนักสตรีนิยมจำนวนหนึ่ง และชี้ให้เห็นว่า หากการจำหน่ายจ่ายแจกทรัพยากรและความยุติธรรมอยู่ภายใต้ผ้าคลุมดังกล่าว ผู้รับผิดชอบก็จะไม่รู้ผลประโยชน์ (ที่จะส่งผลให้เกิดความลำเอียงในการจัดสรร) ของตน และทำให้การแบ่งสันปันส่วนมีความยุติธรรมต่อทุกคนมากขึ้น[56] ต่อประเด็นกรอบคิดว่าด้วยสิทธิ เจนนิเฟอร์ เนเดลสกี (Jennifer Nedelsky) ให้ความเห็นว่า อันที่จริง ความเป็นอิสระเหนือตัวเอง (autonomy) อันเป็นพื้นฐานของกรอบคิดว่าด้วยสิทธิเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้คนมากกว่าที่ถูกวิพากษ์ เนื่องจากการที่คนเราจะมีอิสระเหนือตัวเองได้จะต้องเกิดจากการร่วมมือร่วมใจของ

---

[53] Smart, *Feminism and the Power of Law*, 144-146.

[54] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 6-7.

[55] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 51-52.

[56] Ibid., 54-61.

Ref. code: 25645924030033WEF

สังคมในการบ่มเพาะสภาพชีวิตที่เหมาะสมให้แก่คนในสังคมนั้นๆ[57] อาทิ ในหน่วยเล็กที่สุดอย่างครอบครัว การที่ผู้ใหญ่ให้ความรักความเอาใจใส่และเลี้ยงดูให้เด็กเติบโตในสภาพแวดล้อมที่ดีเป็นส่วนสำคัญยิ่งในการหล่อเลี้ยงความเป็นอิสระเหนือตัวเองให้แข็งแกร่ง เป็นต้น ในประเด็นการนำกฎหมายมาใช้ในการเปลี่ยนแปลงทางสังคม นักนิติทฤษฎีสตรีนิยมบางคนยังคงใช้กฎหมายเพื่อผู้หญิงและผู้มีพลังอำนาจต่ำอย่างต่อเนื่อง เช่น แคทเธอรีน แมคคินนอน ในกรณีที่เห็นได้เด่นชัด คือ การใช้กฎหมายเป็นฐานในการต่อสู้เพื่อผู้ถูกกระทำในศาลอาญาระหว่างประเทศ (อาทิ คณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia))[58] อย่างไรก็ดี ปรากฏการณ์ของการประเมินค่าและตีความใหม่เหล่านี้มิได้หมายความว่านักนิติทฤษฎีสตรีนิยมเข้ากันอย่างสนิทแนบแน่นได้กับกฎหมายกระแสหลักที่ยังคงถูกวิพากษ์อย่างสม่ำเสมอ ดังเช่นที่มุนโรวิเคราะห์ว่า การที่แมคคินนอนยังข้องเกี่ยวกับกฎหมายอยู่นั้น เนื่องจากต้องคอยระวังไม่ให้กฎหมายถูกใช้ตามอำเภอใจภายใต้ฐานคิดปิตาธิปไตย เพื่อประโยชน์ในการเปลี่ยนแปลงทางสังคมต่อไปต่างหาก[59]

ในแง่เนื้อหาของกรอบคิดทฤษฎี คำอธิบายโดยสังเขปข้างต้นทำให้เห็นว่าข้ออภิปรายว่าด้วยการวิพากษ์กฎหมายด้วยมุมมองสตรีนิยม/เพศมิใช่สิ่งหยุดนิ่งตายตัว แต่มีวิวัฒนาการเรื่อยมาตามกาลเวลา การพัฒนาของสังคม และทิศทางของวงวิชาการ และนิติทฤษฎีสตรีนิยมต้องทำงานร่วมกับแนวคิดอื่นๆ ด้วย เช่น กลุ่มความคิดแบบหลังโครงสร้างนิยม-หลังสมัยใหม่ (poststructuralism-postmodernism) นิติศึกษาแนววิพากษ์ (Critical Legal Studies) นิติทฤษฎีเชิงชนชั้น (race legal theory) ฯลฯ ดังนั้น กฎหมายแบบเสรีนิยมที่ถูกนักนิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์จึงมิได้มีลักษณะบกพร่องโดยสิ้นเชิงตามที่บรรยายในส่วนต้น อย่างไรก็ตาม สิ่งหนึ่งที่นิติทฤษฎีสตรีนิยมวิพากษ์อย่างต่อเนื่องไม่ว่าจะเป็นในอดีตหรือปัจจุบัน คือ การดำรงอยู่ของลักษณะบางประการของอำนาจโดยเฉพาะความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศ ที่มีบทบาทในกฎหมายและระบบกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายจึงมิได้เป็นกลางปราศจากอคติตามที่กฎหมายกล่าวอ้าง และกฎหมายมิได้มีความสอดประสานอย่างเป็นเอกภาพกลมกลืนเป็นเนื้อเดียวกันโดยมีเหตุผลตามหลักวิชาเป็นฐานรองรับเสมอไป รวมถึงกระทั่งว่ากฎหมายอาจมิได้เป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดซึ่งสมควรที่จะเป็นศูนย์กลางในการจัดการปัญหาต่างๆ ในสังคม

---

[57] Jennifer Nedelsky, “Reconceiving Rights as Relationship,” *Review of Constitutional Studies* 1, no. 1 (1993): 7-12.

[58] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 8.

[59] Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 72.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในแง่การใช้นิติทฤษฎีสตรีนิยมในการศึกษานี้ อาจเห็นตัวอย่างของลักษณะที่ถูกวิพากษ์ข้างต้นได้ในตัวอย่างของปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความรุนแรงทางเพศในประเด็นการให้คำนิยามของ “การกระทำชำเรา” รัฐไทยปรับปรุงกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศให้ยอมรับวิธีการอื่นๆ นอกจากการล่วงล้ำ/สอดใส่เป็นการกระทำชำเรา เมื่อปี พ.ศ. 2550 โดยกำหนดให้องค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำใช้คำว่า “กระทำกับ” ซึ่งรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “กระทำกับ” ช่องปากของผู้อื่นด้วย แต่แม้จะมีการแก้ไขดังกล่าวแล้ว ศาลไทยยังมีแนวโน้มใช้มุมมองทางเพศแบบผู้ชายหรือแบบทวิเพศ/ต่างเพศด้วยการพิพากษาว่าการบังคับให้เลียอวัยวะเพศชายไม่เป็นการกระทำชำเราเนื่องจากอวัยวะเพศชายยังไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้เสียหาย[60] แม้คำว่า “ล่วงล้ำ” จะมิใช่ถ้อยคำในองค์ประกอบภายนอกก็ตาม[61] ต่อมาการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 แก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนองค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำดังกล่าวเป็น “การล่วงล้ำ” โดยใช้เหตุผลว่าเพื่อเป็นการปรับปรุงให้สอดคล้องกับ “การกระทำชำเราตามธรรมชาติ” เมื่อย้อนไปพิจารณาปรากฏการณ์นี้ ในเบื้องต้น การศึกษานี้พบว่าบริบทในทางสังคมและการเมืองมีส่วนให้ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองครั้งแตกต่างกัน โดยก่อนหน้าการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 มีการเคลื่อนไหวทางสังคมในเชิงสตรีนิยมเพื่อผลักดันประเด็นนี้อย่างกว้างขวาง ส่วนในการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2562 การพิจารณาส่วนใหญ่เป็นไปเพื่อปรับปรุงให้กฎหมายเกิดความเป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้จากการรวบรวมข้อขัดข้องรวมถึงการตีความของศาลตามคำพิพากษาศาลฎีกาในตัวอย่างดังกล่าว จากตัวอย่างที่แสดงให้เห็นเบื้องต้นนี้ การศึกษานี้เชื่อว่าลักษณะการวิพากษ์กฎหมายแบบนิติทฤษฎีสตรีนิยมได้ถูกแสดงตัวอย่างให้เห็นแล้ว ส่วนเนื้อหาของประเด็นข้างต้นจะถูกวิเคราะห์อย่างละเอียดในบทถัดๆ ไป

2.1.3.2 นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence)

การทำความเข้าใจนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศจำเป็นต้องเริ่มจากการสำรวจเนื้อหาของทฤษฎีแบบข้ามเพศในภาพกว้างเสียก่อน ในส่วนนี้ การศึกษาจึงเริ่มจากประเด็นดังกล่าวตามด้วยการนำเสนอกรอบคิดทั่วไปของนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ แล้วจึงยกตัวอย่างงาน *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law* (2002) ของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) เป็นลำดับสุดท้าย โดยกล่าวในเบื้องต้นได้ว่า ทฤษฎี/นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศดำรงอยู่ทั้งในลักษณะขัดแย้งและหนุนเสริมทฤษฎี/นิติทฤษฎีสตรีนิยม

---

[60] มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา; *พนักงานอัยการจังหวัดสมุทรสงคราม กับ นายชาญชัย บุญฤทธิ์*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15309/2553 (ศาลฎีกา 2553).

[61] อย่างไรก็ดี กรณีคำพิพากษานี้ ต้องพิจารณาการตีความคำว่า “ช่องปาก” ที่ไม่รวมริมฝีปากด้วย

Ref. code: 25645924030033WEF

ในช่วงเริ่มต้น ภาวะและบุคคลข้ามเพศเป็นอัตลักษณ์ที่ไม่ถูกเห็นและไม่มีที่ทางในทฤษฎี/การเคลื่อนไหวสตรีนิยม ซึ่งโดยหลักวางตัวอยู่ในระบบสองเพศสถานะ (gender binary) อีกทั้งยังถูกทำให้เป็นชายขอบโดยทฤษฎี/การเคลื่อนไหวเกย์/เลสเบียน ด้วยเหตุผลหลายประการ ซึ่งรวมถึงการท้าทายการจำแนกประเภทระหว่าง "เพศสถานะ" และ "เพศวิถี" เช่น ความเป็นชายและความเป็นหญิงสัมพันธ์กับรสนิยมแบบต่างเพศ (heterosexuality) ส่วนชายที่มีลักษณะเป็นหญิง (camp) หรือหญิงที่มีลักษณะเป็นชาย (butch) สัมพันธ์กับเกย์/เลสเบียน แต่ไม่ใช่กับในกรณีของภาวะข้ามเพศ[62] นอกจากนี้ ภายในกลุ่มคนข้ามเพศเองก็มีความไม่ลงรอยกัน อาทิ การดำรงอยู่ของการจัดลำดับชั้นภายในกลุ่มคนข้ามเพศเอง (บุคคลข้ามเพศหลังการผ่าตัดแปลงเพศ บุคคลข้ามเพศก่อนการผ่าตัดแปลงเพศ และผู้แต่งกายข้ามเพศ จากสูงไปต่ำ ตามลำดับ) และการไม่เห็นพ้องต้องกันในเรื่องการจัดวางให้กลุ่มคนข้ามเพศดำรงอยู่ในการเมืองแบบเฉพาะส่วน (particularist) ที่เน้นไปที่การให้ความสำคัญกับความแตกต่างบุคคลและอัตลักษณ์ หรือด้วยวิธีการอื่นที่ทำให้เกิดการนับรวม (inclusive) บุคคลที่แตกต่างหลากหลายในสังคมมากขึ้น[63]

ภาวะข้ามเพศในแง่การเมืองและแง่แขนงหนึ่งของการศึกษาในลักษณะที่ใกล้เคียงกับเควียร์และเกี่ยวพันกับสตรีนิยม ถือกำเนิดขึ้นในช่วงต้นทศวรรษ ค.ศ. 1990[64] ทั้งนี้ การเคลื่อนไหว/การศึกษาว่าด้วยภาวะข้ามเพศ หรือ "ทฤษฎีแบบพหุเพศสถานะ (gender pluralist theories)" ตามความหมายของภาวะข้ามเพศในการศึกษาฉบับนี้ที่วางไว้อย่างกว้างในฐานะคำที่เป็นร่มใหญ่ของภาวะที่ไม่ใช่ภาวะตรงเพศ พัฒนามาจากการเคลื่อนไหวแบบสตรีนิยมโดยเฉพาะแบบหลังสมัยใหม่/หลังโครงสร้างนิยม[65] อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างการเคลื่อนไหวแบบสตรีนิยม (บางกลุ่ม) และการเคลื่อนไหวแบบข้ามเพศมิได้ดำเนินไปอย่างราบรื่น (อย่างน้อยในช่วงเริ่มต้น) โดยข้อวิพากษ์ต่อการปรากฏตัวของหญิงข้ามเพศในการเคลื่อนไหวสตรีนิยมเริ่มขึ้นตั้งแต่ในช่วงทศวรรษ ค.ศ. 1970 โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยสตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำ (สตรีนิยมสายถอนรากถอนโคน)[66] ยกตัวอย่างเช่น สตรีนิยมยังคงแบ่งเพศบนฐานทวิเพศ (gender binarism) ซึ่งไม่มีที่ทางให้แก่ภาวะข้ามเพศที่อยู่นอกระบบนี้ สตรีนิยมบางกลุ่มกล่าวหาว่า

---

[62] Surya Monro, "Transgender: Destabilising Feminisms?," in *Sexuality and the Law: Feminist Engagements*, ed. Vanessa E. Munro and Carl F. Stych (Oxon, UK: Routledge-Cavendish, 2007), 142.

[63] Ibid.

[64] Talia Bettcher, "Feminist Perspectives on Trans Issues," The Stanford Encyclopedia of Philosophy, accessed March 4, 2018, https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/feminism-trans/.

[65] Monro, "Transgender: Destabilising Feminisms?," 126.

[66] Ibid., 132.

Ref. code: 25645924030033WEF

หญิงข้ามเพศ (male to female transgender) แท้จริงแล้วยังคงเป็นผู้ชาย ส่งผลให้เป็นการหนุนเสริมการเหมารวมทางเพศสถานะ รุกล้ำพื้นที่/เรือนกายของผู้หญิง ลดทอนผู้หญิงให้เป็นเพียง "สิ่งประดิษฐ์" และฉกฉวยประโยชน์จากการเคลื่อนไหวสตรีนิยมบนฐานความได้เปรียบของตนในฐานะผู้ชาย[67] สตรีนิยมบางกลุ่มกล่าวหาว่าหญิงเลสเบียนที่ยอมรับหญิงข้ามเพศได้สร้างอันตรายให้แก่สิ่งที่ตนเองกำลังเผชิญอยู่[68] เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ จึงไม่น่าแปลกใจที่เนื้อหาของทฤษฎีแบบข้ามเพศจะทำให้ทฤษฎีสตรีนิยมถูกสั่นคลอน โดยเห็นภาพกว้างๆ ได้ อาทิ ในแง่เพศสถานะซึ่งเป็นประเด็นหลักภาวะข้ามเพศ (ซึ่งตามคำจำกัดความของการศึกษาฉบับนี้ รวมถึงผู้มิได้มีสำนึกทางเพศแบบสองเพศได้แก่ ชายหญิงและผู้มีเพศเลื่อนไหลไปมา ฯลฯ ด้วย) ทำให้การจัดระบบเพศแบบทวิเพศไม่มั่นคงแน่นอนอีกต่อไป ยกตัวอย่างเช่น การศึกษาจำนวนหนึ่งของสุรยา มอนโร (Surya Monro) แสดงให้เห็นว่าบุคคลที่อยู่ในภาวะสองเพศ/เพศกำกวมดำรงอยู่อย่างไม่สอดคล้องกับระบบทวิเพศอย่างน้อยในลักษณะสองประการ ได้แก่ ในแง่กายภาพซึ่งมิใช่ชายหรือหญิงหรือเป็นส่วนผสมของทั้งสองเพศ และในแง่อัตลักษณ์ซึ่งบุคคลกลุ่มนี้จำนวนหนึ่งประสงค์ระบุตัวเองเป็นเพศอื่นที่มิใช่ชายหรือหญิง[69] บุคคลที่เปลี่ยนเพศไปเป็นเพศตรงข้าม (ในระบบทวิเพศ) (transsexuality) จำนวนหนึ่งอธิบายว่า ตนมีความรู้สึกทางเพศสถานะของตนเองหลายแบบ โดยทั้งรู้สึกว่าอยู่ตรงกลางระหว่างเพศชายและหญิง รู้สึกว่าไม่เป็นเพศใดเลยในสองเพศนี้ รู้สึกว่าเป็นทั้งสองเพศ หรือรู้สึกว่าเป็นเพศอื่นนอกเหนือจากนี้ เป็นต้น[70] ในแง่เพศวิถีที่เป็นประเด็นต่อเนื่อง หากพิจารณาการจัดระบบเพศวิถี (ในโลกวิชาการตะวันตก) สามารถพบหมวดหมู่รสนิยมทางเพศ (sexual orientation) แบบกว้างๆ ได้ คือ รสนิยมแบบต่างเพศ (heterosexuality) เกย์ เลสเบียน (ซึ่งหมายถึงการมีรสนิยมทางเพศแบบเพศเดียวกัน) และไบเซ็กชวล (bisexuality) โดยการจัดระบบเหล่านี้ต่างก็วางอยู่บนฐานทวิเพศทั้งสิ้น[71] ทั้งนี้ ในบางกรณี ลักษณะทางกายภาพของผู้ที่มีอัตลักษณ์แบบข้ามเพศทำลายความมั่นคงของระบบทวิเพศ ตัวอย่างเช่น ผู้ให้สัมภาษณ์คนหนึ่งที่เป็นชายข้ามเพศ (female to male transgender) ในการศึกษาของมอนโรได้แสดงความเห็นว่า ตนไม่เคยมีเพศสัมพันธ์ในฐานะผู้หญิง ไม่ได้มีเพศสัมพันธ์แบบผู้ชาย แต่อยู่ในลักษณะ "แบบอื่น" ขณะเดียวกันก็ไม่สามารถปฏิเสธอัตลักษณ์ของตนเองที่เป็นชายข้ามเพศได้[72]

---

[67] Ibid., 131.

[68] Ibid., 131.

[69] Ibid., 127-128.

[70] Ibid., 128.

[71] Ibid., 129.

[72] Ibid., 130.

Ref. code: 25645924030033WEF

นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศไม่ได้เป็นแขนงวิชาหรือกรอบคิดทฤษฎีที่แยกจากกรอบคิดทฤษฎีด้านเพศสถานะและเพศวิถีหรือกรอบคิดทฤษฎีทางนิติศาสตร์โดยเฉพาะเสียทีเดียว แต่เป็นวิธีการศึกษาที่มุ่งเน้นไปที่ประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศและเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถีในภาพกว้าง โดยอาจเห็นตัวอย่างได้จากงานจำนวนหนึ่งซึ่งจะกล่าวต่อไป อย่างไรก็ดี การทำความเข้าใจนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศอาจทำได้ดังนี้ เมื่อมองในภาพกว้าง นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศมีจุดร่วมกับนิติทฤษฎีสตรีนิยม คือ การมองกฎหมายในฐานะบ่อเกิดแห่งวัฒนธรรม (law as a site of cultural production) ซึ่งมิได้เข้าใจกฎหมายในฐานะวาทกรรมที่มีพลังอำนาจเชิงบังคับปราบปราม (ซึ่งเป็นลักษณะการศึกษาวิชานิติศาสตร์โดยทั่วไป) เท่านั้น แต่ยังเป็นแหล่งประกอบสร้าง “ความจริง” ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณานัยทางการเมืองที่เกิดขึ้นในกระบวนการการตัดสินใจทางกฎหมาย[73] ด้วยวิธีการแบบนี้ ตัวบทกฎหมายและคำพิพากษาจึงเป็นเพียงบางส่วนของวัตถุที่ศึกษา และจุดมุ่งหมายของการศึกษามิใช่เพียงเพื่อให้ภาวะข้ามเพศมีที่ทางในกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการ “ท้าทายและชี้ให้เห็นปัญหาในเงื่อนไขทางการแพทย์-กฎหมายที่บุคคลข้ามเพศได้รับอนุญาตให้ปรากฏอย่างจำกัดในกฎหมาย และพิจารณาผลกระทบในเชิงวาทกรรม (to contest and problematise the medico-legal conditions upon which transgender people have been granted a limited presence within law and to consider their discursive effects)”[74] นอกจากนี้ ในขณะที่กฎหมาย ซึ่งมองว่าตนเองเป็นเอกภาพ มั่นคงแน่นอน และสอดประสานกัน จัดวางให้ภาวะข้ามเพศเป็นสิ่งที่มาท้าทายความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและเป็นเรือนกายที่ไม่มั่นคงแน่นอน คลุมเครือกำกวม และยากที่จะคาดเดา แต่นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศวิพากษ์ในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ กฎหมายต่างหากที่ไม่เป็นเอกภาพ ไม่มั่นคงแน่นอน และไม่สอดประสานกัน ในแง่นี้ นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศจึงหนุนเสริมและเพิ่มมิติในการศึกษาให้แก่ทฤษฎีสตรีนิยม และทฤษฎีแบบเพศหลากหลายอื่นๆ (เช่น เกย์และเลสเบียน) ด้วย[75]

นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศพยายามศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างภาวะข้ามเพศและกฎหมาย โดยเป็นการศึกษาทั้งในเชิงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หลักการทางกฎหมาย และรากฐานความคิดของกฎหมาย ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ภาวะข้ามเพศมักถูกจัดการโดยองค์ความรู้ทางการแพทย์ นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศจึงมุ่งศึกษาความสัมพันธ์และการปะทะประสานของวาทกรรมทางการแพทย์ (และจิตวิทยา) ที่มีในกฎหมาย โดยเริ่มต้นขึ้น (ในวงวิชาการตะวันตก) จากแนวปฏิบัติและการทำให้การผ่าตัด

---

[73] Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 3-4.

[74] Ibid., 4.

[75] Ibid.

Ref. code: 25645924030033WEF

แปลงเพศถูกกฎหมาย[76] ทั้งนี้ แนวโน้มของการจัดวางภาวะข้ามเพศเริ่มจากการพิจารณาปัจจัยทางชีวภาพในเวลาเกิด (โครโมโซม อวัยวะสืบพันธุ์ และอวัยวะเพศ) และเปลี่ยนไปเป็นการพิจารณาความสอดคล้องกันของภาวะทางจิตใจและร่างกาย อย่างไรก็ตาม ร่างกายที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้วยังคงได้รับการให้ความสำคัญสูงสุด ซึ่งหนุนเสริมมุมมองของการศึกษาวิชานิติศาสตร์โดยทั่วไปที่มองว่าสภาวะของเรือนกายของบุคคลข้ามเพศที่เป็นที่เข้าใจได้ยาก[77] อีกทั้ง นิติทฤษฎีแบบข้ามเพศยังวิพากษ์ด้วยว่า กฎหมายเข้ามาจัดการกับเรือนกายของบุคคลข้ามเพศอย่างมีนัยสำคัญ และสร้างคู่จำนวนหนึ่งขึ้นมา อาทิ "ก่อน/หลังผ่าตัด (pre/post-operative) ผู้ข้ามเพศ/ผู้แต่งกายข้ามเพศ (transgender/crossdresser) ผู้ข้ามเพศ/ผู้รักเพศเดียวกัน (transgender/homosexual) ธรรมชาติ/ไม่ธรรมชาติ (natural/unnatural) ที่เกี่ยวกับเพศ/ที่ไม่เกี่ยวกับเพศ (sexual/non-sexual) และที่เป็นปกติทางเพศ/ที่ไม่เป็นปกติทางเพศ (sexually functional/dysfunctional)"[78] โดยการศึกษาวิชานิติศาสตร์ทั่วไปพยายามไม่แตะต้องต้องคู่ที่ถูกสร้างขึ้นมาเหล่านี้ เพื่อไม่ให้ "ความอันตราย" ของการท้าทายกฎหมายโดยภาวะข้ามเพศถูกปลุกขึ้นมา ซึ่งส่งผลให้มองไม่เห็นสภาวะที่วาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมายกระทำต่อบุคคลข้ามเพศในเชิงการปฏิบัติการทางเพศวิถี (sexual practice) และการกระทำทางเพศสถานะ (gender performance)[79]

ใน *Transgender Jurisprudence* (2002) แอนดรูว์ ชาร์ปวิเคราะห์ระบบกฎหมายในออสเตรเลียในประเด็นที่เกี่ยวกับอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับความเห็นทางกฎหมายในประเทศอื่นด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา และยุโรป (ศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) งานชิ้นนี้วิพากษ์ระบบกฎหมาย โดยมีหัวข้อ อาทิ กฎหมายในฐานะบ่อเกิดแห่งวัฒนธรรม (law as a site of cultural production) ภาวะรังเกียจและหวาดกลัวของกฎหมายต่อการรักเพศเดียวกัน (homophobia of law) การคำนึงถึงตรรกะทางชีวภาพ ((bio)logical concern) และวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย (medico-legal discourse) ชาร์ปกล่าวถึงงาน *Transgender Jurisprudence* ของตนเองชิ้นนี้ว่า ในบริบททางกฎหมายของทวีปอเมริกาเหนือ ยุโรป และออสเตรเลีย งานชิ้นนี้เป็น "งานเกี่ยวกับนิติทฤษฎีว่าด้วยภาวะข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ฉบับแรกที่ศึกษาอย่างมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน"[80]

---

[76] Ibid., 3.

[77] Ibid.

[78] Ibid., 4.

[79] Ibid.

[80] "However, in interrogating legal reasoning, within primarily North American, United Kingdom and Australasian legal contexts, this book offers, for the first time, a sustained, integrated

Ref. code: 25645924030033WEF

ในเบื้องต้นเพื่อให้เกิดความชัดเจน การศึกษาขอชี้แจงว่า การศึกษานี้และงานของชาร์ป ต่างวิเคราะห์รอยปริแตกของการกฎหมาย การใช้เหตุผลทางกฎหมาย และทัศนคติของกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่งานของชาร์ปเน้นไปที่การวิเคราะห์วิพากษ์คำพิพากษาของศาล ส่วนการศึกษานี้เน้นไปที่การศึกษาตัวบทกฎหมายและเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในระดับรัฐ โดยมีการศึกษาการใช้และการตีความกฎหมายของศาลเป็นส่วนเพิ่มเติม ทั้งนี้ เนื่องจาก *Transgender Jurisprudence* เป็นงานที่มุ่งวิเคราะห์ปรากฏการณ์ดังกล่าวในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) ซึ่งถือว่าศาลเป็นสถาบันหลักที่พัฒนาการใช้และการตีความกฎหมายผ่านคำพิพากษา ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (civil law) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายของรัฐไทยที่การศึกษานี้มุ่งศึกษา มีทัศนคติว่าบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดคือกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยคำพิพากษาไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลในคดีปัจจุบันไม่จำเป็นต้องตัดสินคดีตามศาลในคดีก่อนหน้า อย่างไรก็ตาม พึงเข้าใจว่า ความแตกต่างโดยหลักของกฎหมายสองระบบนี้เป็นประเด็นในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย โดยเฉพาะในอาณาบริเวณของกฎหมายเอกชน[81] (คอมมอนลอว์มีรากฐานมาจากอังกฤษ ส่วนซีวิลลอว์มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน) ซึ่งส่งผลต่อนิติวิธี เช่น ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย และกระบวนการใช้และการตีความกฎหมาย แต่ไม่ได้ส่งผลให้มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในแง่ทัศนคติและความเข้าใจของกฎหมาย (หรือผู้สร้างผู้พัฒนากฎหมาย) ต่อประเด็นทางสังคมต่างๆ ที่ถูกประกอบสร้างขึ้น ดังนั้น การศึกษา การวิเคราะห์ และการวิพากษ์ ในการศึกษานี้จึงสามารถใช้แนวทางการศึกษาของชาร์ปมาเป็นต้นแบบได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การวางหลักของศาลในการวินิจฉัยว่าเพศคืออะไรและปัจจัยใดมีบทบาทในการกำหนดเพศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (ซึ่งต่อมาในหลายประเทศได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อยอมรับการเปลี่ยนเพศที่แตกต่างไปจากเพศสรีระตามกำเนิด) จึงคล้ายคลึงกับการพิจารณาการยกร่างกฎหมายในรัฐสภาในกรณีการจัดทำพระราชบัญญัติหรือการพิจารณาภายในฝ่ายบริหารในกรณีการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศในกฎหมายไทย

---

and comparative critique of transgender/law relations across common law jurisdictions and legal subject matters and situates those relations within contexts of law's relationship with medicine. It aims, through taking legal doctrine seriously, to tease out, map and make (non)sense of the multiple themes and subtexts that comprise this nascent jurisprudence.". Ibid., 2-3.

[81] มุนินทร์ พงศาปาน, *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), 38-41.

Ref. code: 25645924030033WEF

สำหรับเนื้อหาของ *Transgender Jurisprudence* กล่าวโดยย่อ บนฐานคิดตั้งต้นที่ว่ากฎหมายเป็นแหล่งผลิตเชิงวัฒนธรรม และวัตถุประสงค์ของชาร์ปที่ไม่เพียงทำความเข้าใจว่า "วิธีการกำหนดเพศตามกฎหมายที่เป็นและใช้บังคับอยู่จริงเป็นอย่างไร" ซึ่งเป็นสิ่งที่นักกฎหมายมุ่งสนใจ ใจความสำคัญใน *Transgender Jurisprudence*[82] คือ การวิเคราะห์ทัศนคติของระบบกฎหมายที่มีต่อภาวะข้ามเพศในกฎหมายจากหลายหมวดหมู่ ซึ่งแม้จะมีความไม่เชื่อมโยงกันบ้าง แต่ก็แสดงให้เห็นจุดร่วมบางประการ ชาร์ปเน้นย้ำว่ากฎหมายเป็น "แหล่งผลิตและแหล่งไม่ผลิต ("... sites for the production and non-production ...")[83] ของอัตลักษณ์ทางเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี"[84] ซึ่งสิ่งที่ผลิตในอาณาบริเวณนี้ได้แก่ วาทกรรมทางกฎหมายและการแพทย์ของวิธีคิดแบบทวิเพศ ("medico-legal binary understandings of sex, gender and sexuality")[85] เช่น ในกรณีการใช้ตรรกะทางชีวภาพ ((bio)logical concern) เป็นฐานในการพิจารณาเพศของบุคคล ชาร์ปวิเคราะห์กฎหมายส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ (transgender body of law) ว่า สถาบันตุลาการมีความกระอักกระอ่วนในการจัดการกับสถานะของบุคคลข้ามเพศ แม้ภายหลังจากมีการปฏิรูปกรอบคิดว่าด้วยภาวะข้ามเพศในกฎหมายแล้ว ความกระอักกระอ่วนนี้ก็ยังคงอยู่ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงภาวะรังเกียจและหวาดกลัวของกฎหมายต่อการรักเพศเดียวกัน (homophobia of law)[86]

ในการศึกษานี้ของชาร์ป นอกจากกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศ เพศสถานะ เพศวิถี และภาวะข้ามเพศแล้ว กรอบคิดทฤษฎีอื่นที่เกี่ยวข้องก็มีความเกี่ยวพันกัน อาทิ การเมืองเชิงสตรีนิยม (feminist politics) ในกรณีการวิพากษ์ทัศนคติของกฎหมายต่อบุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง ซึ่งผูกติดอยู่กับการให้คุณค่าการมีเพศสัมพันธ์แบบต่างเพศ (heterosexual sex) และการให้ค่ากับอวัยวะเพศชาย (penis) เหนือกว่าอวัยวะเพศหญิง (vagina) เช่น ขั้วตรงข้ามของการกระทำเชิงบวกและเชิงลบ (active/passive dichotomy) การแบ่งแยกเรือนกายก่อนและหลังผ่าตัดแปลงเพศ ประโยชน์ที่มากกว่าของเรือนกายของผู้ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงอันเนื่องมาจากความสอดคล้องกับการมีเพศสัมพันธ์แบบต่างเพศ (heterosexual sex) ซึ่งมิได้เกิดกับภาวะข้ามเพศแบบอื่น เช่น บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงก่อนผ่าตัดแปลงเพศ และบุคคลข้ามเพศจากหญิงเป็นชาย (โดยเฉพาะเมื่ออวัยวะเพศชายหลังผ่าตัดไม่สามารถทำหน้าที่แบบชายโดยกำเนิดได้) [87] รวมถึงข้อวิพากษ์

---

[82] Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 4-9.

[83] Ibid., 5.

[84] Ibid.

[85] Ibid.

[86] Ibid.

[87] Ibid.

Ref. code: 25645924030033WEF

ของสตรีนิยมต่อกรอบคิดว่าสภาพร่างกายเป็นตัวกำหนดชะตาชีวิตในกรณีของการสืบพันธุ์ (reproduction)[88] นอกจากนี้ กรอบคิดสำคัญอีกกรอบคิดหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาของงานทั้งฉบับ คือ กรอบคิดว่าด้วยการกระทำและอัตลักษณ์ (act/identity) ซึ่งมิเชล ฟูโกต์เสนอว่า กฎหมายดำเนินบทบาทในเชิงตุลาการ (judiciary function) น้อยลง แต่ใช้บทบาทเชิงวินัย (disciplinary function) หรือการสร้างบรรทัดฐาน (norm) มากขึ้น (แม้ชาร์ปจะมองว่ากฎหมายยังทำหน้าที่นี้พอๆ กัน) โดยกรอบคิดนี้เป็นวิธีการสำคัญในการใช้วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ซึ่งเกี่ยวพันโดยตลอดกับการวินิจฉัย "ความจริงแท้ (authenticity)" ของภาวะข้ามเพศที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพยายามหา "ความจริงแท้ของอัตวิสัยเชิงข้ามเพศ (transgender subjectivity)" และ "การหมกมุ่นอยู่กับการศัลยกรรมแปลงเพศ รวมถึงการปฏิบัติทางเพศสถานะและเพศวิถีของเรือนกายก่อนและหลังการศัลยกรรมแปลงเพศ"[89] โดยลักษณะดังกล่าวยังคงเป็นรากฐานของวิธีคิดของกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศจะได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีขึ้นก็ตาม ยิ่งกว่านั้น นอกจากประเด็นในแง่ "หน้าที่ (function)" ของเรือนกายบุคคลข้ามเพศแล้ว ชาร์ปยังตั้งข้อสังเกตว่า "ความงาม (aesthetics)" ของเรือนกายก็เป็นรูปแบบของความคิดอีกชุดหนึ่งที่มีผลต่อการประกอบสร้างเรือนกายของบุคคลข้ามเพศผ่านกฎหมาย หรือตามถ้อยคำที่ชาร์ปใช้ กฎหมายมองว่า "เรือนกายของบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ผ่านกระบวนการแปลงเพศทางการแพทย์เหล่านี้เป็น 'อสูรกาย (monstrous)'" (. . . pre-operative or non-surgical transgender body emerges as 'monstrous'.)[90] ซึ่งเป็นการหนุนเสริมอาการหวาดกลัวภาวะข้ามเพศของกฎหมาย

ทั้งนี้ ส่วนสำคัญของการประกอบสร้าง "ความเป็นบุคคลข้ามเพศ" และการแสดงออกในลักษณะความหวาดกลัวภาวะข้ามเพศ ตามที่กล่าวมาโดยสังเขปนี้มาจากความสัมพันธ์ที่มีส่วนเสริมอำนาจของกันและกันระหว่างกฎหมายและวิทยาศาสตร์การแพทย์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศ[91] โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาวะข้ามเพศที่การศึกษานี้มุ่งสนใจ ดังที่ชาร์ปได้เน้นกล่าวว่า "ในบริบทของภาวะข้ามเพศ อำนาจพิเศษที่กฎหมายได้รับ และผลกระทบ

---

[88] Ibid., 6.

[89] Ibid., 6-7.

[90] Ibid., 7.

[91] อาทิ การที่ "ภาวะรักเพศเดียวกัน (homosexuality)" ถูกถอดออกจากบัญชีโรคทางจิตเวชโดยสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน (American Psychiatric Association) ตั้งแต่ทศวรรษ ค.ศ. 1970 และต่อมาก็ได้ถูกถอดออกจากบัญชีโรคทางจิตเวชขององค์การอนามัยโลกในทศวรรษ ค.ศ. 1990 แต่ "ภาวะข้ามเพศ (transsexualism)" เพิ่งได้อยู่ในกระบวนการถอดออกจากบัญชีในช่วงกลางทศวรรษ ค.ศ. 2010 และมีผลในช่วงต้นปี ค.ศ. 2021 เท่านั้น

Ref. code: 25645924030033WEF

จากอำนาจเชิงสถาบัน การเมือง และศีลธรรมที่มีอยู่ในคำสั่งของกฎหมาย ได้รับการหนุนเสริมจากความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเป็นพิเศษกับวิทยาศาสตร์การแพทย์”[92]

เมื่อนำวิธีการวิเคราะห์ของชาร์ปมาใช้ในการศึกษานี้ สามารถเห็นตัวอย่างในเบื้องต้นได้ในกรณีความพยายามของชาร์ปในการสกัดลักษณะการปะทะประสานของวาทกรรมว่าด้วยความคิดแบบตรงเพศและทวิเพศในคำพิพากษาของศาล ซึ่งก่อให้เกิดผลในคดี *Corbett v Corbett* (1971)[93] ที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการสมรสของบุคคลเพศกำเนิดเดียวกันโดยฝ่ายหนึ่งเป็นหญิงข้ามเพศที่ผ่านการแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้ว (ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการสมรสของคนเพศเดียวกันได้) ศาลพิพากษาว่า การสมรสนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายและสร้างหลักการกำหนดเพศของบุคคลขึ้นมาสามประการว่า 1) การพิจารณาเพศของบุคคลต้องพิจารณาเมื่อเกิด (Sex is determined at birth.) 2) ปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดเพศของบุคคล ได้แก่ โครโมโซม (chromosome) อวัยวะสืบพันธุ์ (gonad) และอวัยวะเพศ (genitalia) ซึ่งปัจจัยทั้งสามนี้ต้องสอดคล้องกัน และ 3) หากเกิดกรณีที่ปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน[94] ต้องยึดเอาอวัยวะเพศตอนแรกเกิดเป็นหลัก ในการวิเคราะห์ประเด็นนี้ ชาร์ปได้พิจารณาคำพิพากษาของศาลจำนวนหนึ่งที่ออกมาในเวลาต่อมา และพบว่า แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในบางคดี แต่ศาลยังคงยึดวิธีการคิดแบบตรงเพศและทวิเพศ รวมถึงยังยึดอุดมคติที่ให้ความสำคัญแก่เพศชายและความเป็น/ไม่เป็นธรรมชาติของเพศวิถีอันเป็นชุดคุณค่าในกลุ่มเดียวกับวิธีการคิดแบบตรงเพศและทวิเพศด้วย เช่น การที่ศาลไม่อนุญาตให้มีการสมรสใน *Corbett* เนื่องจากผู้ร้องที่เป็นคนข้ามเพศจากชายเป็นหญิงเคลื่อนตนเองออกห่างจากธรรมชาติของการมีเพศสัมพันธ์ (เปลี่ยนจากชายเป็นหญิง) ในขณะที่ผู้ร้องในอีกคดีซึ่งเป็นคนที่มีสองเพศ/เพศกำกวมโดยกำเนิด (intersex) ซึ่งศาลถือเป็น “เพศคลุมเครือ” อันเป็น “ความผิดพลาดของธรรมชาติ” เป็นการพยายามทำให้ตนเองสอดคล้องกับธรรมชาติ จากความคลุมเครือไปสู่ความชัดเจนตามแบบแผนที่สอดคล้องกับการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ[95] ลักษณะการวิเคราะห์ในทำนองนี้เป็นแนวทางที่การศึกษานี้จะใช้ต่อไป เช่น ในประเด็นการกำหนดบทนิยามของการกระทำชำเราที่เคลื่อนที่จากภาวะที่ไม่มีบทนิยาม ไปเป็นการมีบทนิยามอย่างกว้าง และสุดท้ายแล้วถูกทำให้แคบลง

---

[92] “[S]pecial power enjoyed by law, an effect of the institutional, political and moral authority it commands is, in transgender contexts, bolstered by a particularly intimate relationship with medical science.”. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 8-9.

[93] *Corbett v. Corbett*, 2 All ER 33 (Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice 1970).

[94] Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 40-44.

[95] Ibid., 40-44.

Ref. code: 25645924030033WEF

เพื่อให้สอดคล้องกับความหมาย “ตามธรรมชาติ” ตามที่ยกตัวอย่างไปในส่วนท้ายของการวางกรอบคิดว่าด้วยนิติทฤษฎีสตรีนิยม เพื่อเปิดเผยให้เห็นบทบาทของอำนาจแห่งวาทกรรมที่โลดแล่นอยู่ด้านหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษาของศาล และบริบทรายล้อมต่อไป

2.1.4 กรอบคิดทฤษฎีอื่นสำหรับการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม

เนื่องจากกฎหมายสามกลุ่มที่นำมาวิเคราะห์นั้น แม้จะมีประเด็นเกี่ยวกับเพศเป็นจุดร่วมกัน แต่ก็เป็นกฎหมายต่างประเภทและมีเนื้อหาต่างกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องใช้กรอบคิดทฤษฎีเฉพาะสำหรับการศึกษากฎหมายกลุ่มนั้นๆ ทั้งนี้ ส่วนที่ 2.1.4 มุ่งเพียงระบุกรอบคิดทฤษฎีให้ทราบเบื้องต้นเท่านั้น โดยเนื้อหาของกรอบคิดทฤษฎีย่อยๆ เหล่านี้ และการนำไปใช้วิเคราะห์วิพากษ์และสรุปผลจะอยู่ในบทที่ 4-7

1) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร การศึกษาจะใช้กรอบคิดว่าด้วย “อสูรกาย (Monster)” ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[96] ที่ถูกประยุกต์ใช้โดยแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในงาน *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law* (2010) เพื่อทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของวาทกรรมการแพทย์และกฎหมายในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

2) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การศึกษาจะทบทวนลักษณะการปรากฏตัวของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)” ในกฎหมายไทยและจะวิเคราะห์ประกอบกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว เพื่อหาคำตอบว่าการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยวางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติมีข้อจำกัดอย่างไรในประเด็นความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นภาพกว้างของภาวะข้ามเพศ

3) ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เมื่อเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องทั้งในพรมแดนของกฎหมายอาญาและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี การศึกษาจึงจะใช้ “หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)” ในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอาญา และใช้กรอบคิด “การใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)” เมื่อพิจารณาการปะทะของวาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี (ในลักษณะที่ให้ความหมายเกี่ยวกับเพศอย่างจำกัด) ที่มีบทบาทในปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่สองครั้งซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับฐานคิดในช่วงระยะเวลา 13 ปี

---

[96] Andrew N. Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law* (Oxon, UK: Routledge, 2010).

Ref. code: 25645924030033WEF

2.2 บททบทวนวรรณกรรม

เนื่องจากการศึกษานี้มีวัตถุที่ศึกษาเป็นกฎหมายและระบบกฎหมาย การทบทวนวรรณกรรมในการศึกษานี้จึงมุ่งสนใจการศึกษาว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ โดยแบ่งกลุ่มวรรณกรรมออกเป็นสองกลุ่มใหญ่[97] ได้แก่ กลุ่มหนึ่ง การศึกษาทางนิติศาสตร์[98] และกลุ่มสอง การศึกษาทางศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์ หรือการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มีการศึกษาข้ามสาขาวิชากับศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์

ในกลุ่มที่หนึ่ง (การศึกษาทางนิติศาสตร์) (ส่วนที่ 2.2.1) การศึกษานี้แบ่งการทบทวนออกเป็นสามกลุ่มย่อย ได้แก่ กลุ่มย่อยที่ 2.2.1.1 เอกสารที่ทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศโดยการวิเคราะห์มิใช่สาระสำคัญของวัตถุประสงค์ของเอกสาร (grey paper) เพื่อแสดงให้เห็นภาพรวมของความสนใจในการศึกษาในประเด็นนี้ในปัจจุบัน กลุ่มย่อยที่ 2.2.1.2 กลุ่มที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศโดยตรง และกลุ่มย่อยที่ 2.2.1.3 กลุ่มที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับเพศที่ไม่ใช่ภาวะข้ามเพศโดยตรง แต่เป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นถึงแนวโน้ม (trend) ของการศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเด็นความหลากหลายทางเพศ กล่าวโดยสรุป ภายใต้กรอบคิดทฤษฎีที่วางไว้ในส่วนครึ่งแรกของบทนี้ การศึกษานี้เห็นว่า งานที่ศึกษาตามแนวทาง “นิติศาสตร์โดยแท้” เหล่านี้ (เฉพาะงานในกลุ่มย่อยที่ 2.2.1.2 และ 2.2.1.3) มีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยเป็นการศึกษาที่มีวัตถุในการศึกษาคือกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดของกฎหมายหรือเพื่อพัฒนาปรับปรุงกฎหมาย งานหลายชิ้นสร้างข้อเสนอของการศึกษาบนฐานคิดสิทธิมนุษยชน โดยงานจำนวนหนึ่งเห็นว่าหนึ่งในเหตุผลสนับสนุน คือ ความเป็น “หลักการสากล” ที่ “เป็นที่นิยม” ขึ้นเรื่อยๆ ในชุมชนระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศต้องปรับตัวตาม การศึกษาเหล่านี้ แม้จะมีการทบทวนแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี แต่ก็เป็นเพียงส่วนประกอบย่อยของการศึกษาเท่านั้น และไม่ได้วิเคราะห์ความเข้าใจของรัฐต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศโดยตรง

---

[97] การทบทวนวรรณกรรมทั้งหมดในการศึกษานี้นับจนถึงปลายปี พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นช่วงเวลาระหว่างที่เค้าโครงวิทยานิพนธ์ถูกพัฒนา

[98] ในที่นี้หมายรวมทั้งการศึกษาวิชานิติศาสตร์โดยแท้ (legal science proper) ซึ่งหมายถึงการศึกษาว่ากฎหมายที่เป็นอยู่เป็นอย่างไรและมีการใช้และการตีความอย่างไร และการศึกษานิติศาสตร์เชิงคุณค่า (science of value) ซึ่งหมายถึงการวิเคราะห์วิพากษ์ว่ากฎหมายควรมีการปรับปรุงอย่างไร เช่น วิชานิติบัญญัติ (science of legislation) วิชากฎหมายเปรียบเทียบ (comparative study of law) ทั้งนี้ การศึกษาทั้งสองแนวทางมีวัตถุในการศึกษาเป็นกฎหมายและมุ่งให้ได้คำตอบในทางกฎหมาย อาทิ กฎหมายควรปรับปรุงไปในทิศทางใด เป็นต้น โดยอาจอิงกับหลักการต่างๆ เช่น หลักสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายมหาชน ประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาต่างๆ ฯลฯ. ดู สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 23, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), 18-19.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในกลุ่มที่สอง (การศึกษาทางศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์ หรือการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มีการศึกษาข้ามสาขาวิชากับศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์) (ส่วนที่ 2.2.2) โดยคัดเลือกมาเฉพาะการศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับเพศที่มีกรอบคิดทฤษฎีและ/หรือระเบียบวิธีวิจัย (methodology) ในแนวทางเดียวกับการศึกษานี้ เพื่อเป็นแนวทางศึกษาสำหรับการศึกษานี้ต่อไป อย่างไรก็ดี การศึกษานี้ตระหนักว่าระเบียบวิธีวิจัยในลักษณะนี้มีการใช้อยู่แล้วในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการศึกษาที่อาจเรียกว่า “นิติสังคมศาสตร์” แต่การศึกษานี้มิได้ยกวรรณกรรมเหล่านั้นมาทบทวน เนื่องจากเป็นการใช้ระเบียบวิธีวิจัยนี้ในประเด็นอื่น สำหรับวรรณกรรมในกลุ่มที่สอง การศึกษานี้พบว่าการศึกษาโดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรมสามารถเปิดเผยให้เห็นอุดมคติหรือคุณค่าบางประการที่อยู่ในความคิดเบื้องลึกของกฎหมาย (หรือผู้เกี่ยวข้องในการตราหรือใช้กฎหมาย) และเปิดให้เห็นถึงความสัมพันธ์อันมีลักษณะเฉพาะของวาทกรรมย่อยๆ ในระหว่างการตราหรือการใช้กฎหมายต่างๆ ที่ปะทะประสานกันตามบริบทของพื้นที่และเวลาด้วย

ในกลุ่มย่อยแต่ละกลุ่ม การศึกษานี้เรียงลำดับการศึกษาที่ทบทวนตามความสำคัญของเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ และในกรณีที่การศึกษาที่ทบทวนมีเนื้อหาทำนองเดียวกัน การศึกษานี้ใช้วิธีการเรียงเอกสารตามลำดับเวลาเผยแพร่จากเอกสารที่เผยแพร่ก่อนไปยังเอกสารที่เผยแพร่ถัดไป เพื่อแสดงให้เห็นการเปลี่ยนแปลงของการศึกษาที่สอดคล้องกับองค์ความรู้ที่ดำเนินไปตามกาลเวลา

2.2.1 การศึกษาทางนิติศาสตร์

2.2.1.1 เอกสารที่ทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ โดยการวิเคราะห์มิใช่สาระสำคัญของวัตถุประสงค์ของเอกสาร (grey paper)

งานในกลุ่มนี้ส่วนใหญ่อยู่ในลักษณะการทบทวนสถานการณ์กฎหมายซึ่งเป็นการย้ำเตือนว่าปรากฏการณ์ที่รัฐไทยยอมรับเพศเพียงสองเพศ และไม่เปิดช่องให้การข้ามเพศและเพศอันหลากหลายได้ถือครองตำแหน่งแห่งที่ทางกฎหมาย หรือ ภาวะ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” เป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป เช่น ใน*วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย* (2551)[99] วราภรณ์ แช่มสนิท ได้วางบททบทวนสั้นๆ ถึงการเรียกร้องเคลื่อนไหวให้มีการปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ให้ยอมรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศและทิศทางที่กำลังดำเนินไปในช่วงเวลาดังกล่าว ซึ่งเป็นช่วงต้นของกรอบเวลาที่การศึกษานี้เห็นว่ากฎหมายมีพัฒนาการและนำมาเป็นวัตถุในการวิเคราะห์ ประเด็นดังกล่าวได้แก่ ประเด็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่ขณะนั้นกำลังอยู่ระหว่างการยื่นข้อเรียกร้องไปยัง

---

[99] วราภรณ์ แช่มสนิท, *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย* (กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความเข้าใจเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.), 2551).

Ref. code: 25645924030033WEF

กระทรวงกลาโหม ประเด็นการเคลื่อนไหวให้บรรจุบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ในบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเท่าเทียม (ที่ระบุเฉพาะ “ชายและหญิง” เท่านั้น) ซึ่งไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ก็ทำให้เกิดการขยายความคำว่า “เพศ” ให้ครอบคลุมความหมายมากกว่าเพศทางชีวภาพตามการเกิดและได้รับการบันทึกไว้ในบันทึกเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ประเด็นการขยายความหมายของการกระทำชำเราให้ครอบคลุมการร่วมเพศของคนเพศสรีระเดียวกันตามการเกิดด้วย ประเด็นการเรียกร้องเกี่ยวกับการใช้คำนำหน้านามบุคคลซึ่งไม่ประสบผลสำเร็จ และการดำเนินการยกร่างกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ (ซึ่งต่อมาได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายในปี พ.ศ. 2558)

เอกสารฉบับค่อนข้างใหม่ที่มีการทบทวนสถานการณ์กฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางเพศอย่างสมบูรณ์ประกอบการวิเคราะห์สั้นๆ คือ *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review* (2018)[100] จัดทำโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program) และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เอกสารฉบับนี้เป็นรายงานจำนวน 84 หน้า ทบทวนกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศสถานะตามกฎหมาย (legal gender recognition) ในประเทศไทย โดยเป็นการทบทวนในทุกมิติ (รวมทั้งความเคลื่อนไหวที่มิใช่กฎหมายแต่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายด้วย เช่น นโยบายการแต่งเครื่องแบบของนิสิตนักศึกษาในมหาวิทยาลัย) ประกอบบทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะสั้นๆ ในการปรับปรุงกฎหมายซึ่งจะนำไปสู่การยอมรับเพศอันหลากหลายอย่างสมบูรณ์ในอนาคต ทั้งนี้ การสำรวจได้ผลลัพธ์ตามที่การศึกษานี้วางเป็นฐานไว้เพื่อสร้างคำถามวิจัย คือ รัฐไทยมีการผ่อนปรนในประเด็นความหลากหลายทางเพศสถานะในหลากหลายมิติ (เช่น ปรากฏการณ์ที่มหาวิทยาลัยหลายแห่งออกประกาศหรือข้อบังคับอนุญาตให้นักศึกษาสามารถแต่งเครื่องแบบได้ตามเพศสถานะของตนเองทั้งในการสอบและ/หรือการเข้าร่วมพิธีสำเร็จการศึกษา) แต่ยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อยอมรับการข้ามเพศแต่อย่างใด

2.2.1.2 งานที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศโดยตรง

ในกลุ่มงานทางนิติศาสตร์ที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศโดยตรง การศึกษานี้พบว่า ประเด็นสำคัญที่ผู้ศึกษามุ่งสนใจ คือ ข้อเสนอให้มีการตรากฎหมายที่กำหนดให้บุคคลมีสิทธิเปลี่ยนเพศได้ ในแง่วิธีการให้เหตุผล การศึกษาส่วนใหญ่สร้างข้อเสนอโดยวางรากฐานของข้อสนับสนุนหลักบนองค์ความรู้ (หรือวาทกรรม) ทางการแพทย์ที่กำหนดให้ภาวะข้ามเพศเป็น

---

[100] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*; โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) และเครือข่ายบุคคลข้ามเพศแห่งเอเชียแปซิฟิก (APTN), *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*.

Ref. code: 25645924030033WEF

โรคที่นักวิชาการทางการแพทย์-กฎหมายจำนวนหนึ่งในงานที่เผยแพร่ยุคแรกๆ เรียกว่า “โรคหลงเพศ” ซึ่งเป็นการสร้างคำจากคำว่า “transsexualism” ซึ่งเป็นภาวะโรคจิตเวชที่ (เคย) ปรากฏในบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) และสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน (American Psychiatric Association: APA) และในงานยุคหลังๆ เรียกว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ซึ่งเป็นคำภาษาไทยที่สร้างขึ้นจากคำว่า “gender identity disorder” ในบัญชีดังกล่าว ทั้งนี้ โดยมีข้อสนับสนุนเพิ่มเติม คือ หลักสิทธิมนุษยชน อาทิ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) บนพื้นฐานว่าด้วยเพศ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) รวมถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัว (right to privacy) ในการศึกษาบางชิ้น เป็นต้น เหตุผลอีกกลุ่มหนึ่งที่งานทางนิติศาสตร์นำใช้ คือ “ผลเสีย” ที่เกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลที่ประสงค์เปลี่ยนเพศจากการที่รัฐไม่ยอมให้มีการเปลี่ยนเพศทางกฎหมาย

ในเบื้องต้น การศึกษานี้มีความเห็นว่า การศึกษาเหล่านี้เป็นสิ่งยืนยันว่าองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์อยู่ในภาวะพึ่งพิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์อย่างเห็นได้ชัด ลักษณะเช่นนี้นำไปสู่แนวโน้มของภาวะที่รัฐยังคงใช้เหตุผลทางกฎหมายที่ยึดอิงกับปัจจัยทางชีวภาพหรือสภาพร่างกาย (ซึ่งแอนดรูว์ ชาร์ปใช้คำว่า “การใช้ตรรกะทางชีวภาพ” หรือ “(bio)logic”) โดยเหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมมักวางอยู่บนฐานคุณค่าของหลักสิทธิมนุษยชนหรือสภาพบังคับของกฎหมายสิทธิมนุษยชน และผลเสียหรือข้อเสียเปรียบของบุคคลข้ามเพศ ดังนั้น อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าแม้จะมีการทบทวนกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเพศ แต่งานเหล่านี้มิได้ให้น้ำหนักเท่าไรนักสำหรับการแสวงหาระบบความคิดของรัฐในประเด็นเพศสถานะ และหากไม่มีข้อเสียเปรียบของบุคคลข้ามเพศในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเหล่านี้ การปรับปรุงกฎหมายก็มิใช่ความจำเป็นรีบด่วนและน้ำหนักของเหตุผลที่จะผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายก็ไม่หนักแน่นนัก

แม้จะเป็นการศึกษาที่มีอายุราว 30 ปี แต่วิทยานิพนธ์ของจักรพันธ์ สอนสุภาพ *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว* (2533)[101] ยังคงสมควรได้รับการทบทวนเพื่อให้เห็นวิวัฒนาการของการศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเด็นนี้ ข้อสังเกตต่อการศึกษานี้เห็นได้ตั้งแต่ชื่อหัวข้อที่มุ่งเน้นไปที่การผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว (post-operative transsexual) อันเป็นการยึดโยงเพศเข้ากับสภาพร่างกายเป็นสำคัญ การศึกษานี้ตั้งต้นการศึกษาจากข้อเท็จจริงที่ว่าในเวลานั้นมีการผ่าตัดแปลงเพศเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและเทคโนโลยีทางการแพทย์ของไทยสามารถทำการผ่าตัดในลักษณะนี้ได้เป็นอย่างดี แต่กฎหมายไม่ได้รับการปรับปรุงให้สอดคล้องกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น สิ่งที่มุ่งศึกษาจำกัดขอบเขตเฉพาะ

---

[101] จักรพันธ์ สอนสุภาพ, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533).

Ref. code: 25645924030033WEF

การแปลงเพศที่เป็นผลมาจาก “โรคหลงเพศ (transsexualism)” ซึ่งเป็นความผิดปกติทางจิตใจและผู้ป่วยจำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดทางร่างกายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพจิตใจเท่านั้น โดยไม่รวมถึงการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเหตุผลอื่น จักรพันธ์มีข้อศึกษาและข้อเสนอสามประการ คือ 1) การเลือกเพศสอดคล้องกับวิธีคิดในเรื่อง “เสรีภาพ” ในร่างกายของมนุษย์ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะ เป็นสิทธิมนุษยชน และเป็นสิทธิส่วนตัว 2) ในบริบทของฎหมายสมัยนั้นที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ การผ่าตัดแปลงเพศโดยแพทย์ไม่สมควรเป็นความผิดอาญา แต่ควรเป็นกรณีที่แพทย์มีอำนาจกระทำ (หรือ “เหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด”) เนื่องจากเป็นการบำบัดรักษา “โรคหลงเพศ (transsexualism)” การผ่าตัดจึงไม่เป็นการทำร้ายร่างกายที่ทำให้เกิดอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และสอดคล้องกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และ 3) แม้จักรพันธ์เห็นว่ากฎหมายควรอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศของบุคคลข้ามเพศหลังการผ่าตัด (ด้วยเหตุผลว่าด้วยข้อเสียเปรียบที่บุคคลข้ามเพศเหล่านี้ได้รับ เช่น บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงไม่มีทางเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เลยตามกฎหมายอาญาในสมัยนั้นที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นได้เพียงชายและผู้ถูกกระทำเป็นได้เพียงหญิงโดยถือตามเพศกำเนิด) แต่จักรพันธ์ก็มิได้สรุปอย่างชัดเจนว่าประเทศไทยสมควรตรากฎหมายดังว่า ประเด็นที่น่าสนใจ คือ จักรพันธ์พยายามแสดงเหตุผลสนับสนุนโดยใช้การวิเคราะห์ทฤษฎีการแพทย์และทฤษฎีทางนิติปรัชญาประกอบกัน รวมถึงยกตัวอย่างของคดี *Corbett v Corbett* (1971)[102] ในอังกฤษว่า การที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเพศต้องกำหนดโดยการเกิด (Sex is determined at birth.) เป็นการนำเหตุผลทางการแพทย์และเหตุผลทางนิติปรัชญามาวินิจฉัยประกอบกันอย่างดีเยี่ยม แต่ก็มีบางคดีในสหรัฐอเมริกาที่ศาลใช้องค์ความรู้ทางการแพทย์ตัดสินว่าเพศควรถูกกำหนดจากจิตใจด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าอย่างไร การทบทวนการศึกษาชิ้นนี้อย่างรวบรัดก็ทำให้เห็นว่า การศึกษาทางกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในเวลานั้นยึดโยงอยู่กับองค์ความรู้ทางการแพทย์และจำกัดขอบเขตทางการศึกษาไว้ที่การเปลี่ยนเพศที่อิงกับสภาพทางร่างกายเป็นสำคัญ

การศึกษาชิ้นต่อมาที่มีวัตถุในการศึกษาใกล้เคียงกับงานของจักรพันธ์ คือ งานของวัชรินทร์ สังสีแก้ว สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต *สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ* (2547)[103]

---

[102] *Corbett v. Corbett*, 2 All ER 33 (Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice 1970).

[103] วัชรินทร์ สังสีแก้ว, “สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ” (สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

Ref. code: 25645924030033WEF

และบทความชื่อเดียวกัน (2548)[104] ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้ผู้ที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศมีสิทธิเปลี่ยนเพศทางกฎหมาย วัชรินทร์ได้ศึกษากฎหมายในประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศ และสรุปว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายในทำนองนี้เช่นกัน เมื่อศึกษาเหตุผลที่วัชรินทร์ยกขึ้นสนับสนุน พบว่าเหตุที่รัฐไทยควรอนุญาตให้เปลี่ยนเพศตั้งอยู่บนพื้นฐานวาทกรรมทางการแพทย์และแยกขาดจากองค์ความรู้ทางสังคมศาสตร์อย่างเห็นได้ชัดในทำนองเดียวกับงานก่อนหน้านั้น เช่น ข้อเสนอที่ว่า รัฐไทยควรมองว่า “ภาวะข้ามเพศ (transsexualism)” เป็นโรคทางจิตเวช จึงถือเป็นผู้ป่วยที่สมควรที่จะได้รับการช่วยเหลือทางการแพทย์จากรัฐ (หมายถึง การทำศัลยกรรมแปลงเพศ) ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการสนับสนุนและถูกกำหนดในเอกสารขององค์การอนามัยโลกและในประเทศตะวันตกหลายประเทศในขณะนั้น ดังนั้น รัฐไทยจึงควรยอมรับสถานะของผู้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเหล่านี้ในทางกฎหมายด้วย นอกจากนี้ วัชรินทร์ยังได้นำส่วนหนึ่งของสารนิพนธ์ไปเขียนเป็นบทความวิพากษ์คำสั่งทางปกครองของศาลฎีกาที่สั่งว่าบุคคลที่แปลงเพศแล้วไม่สามารถแก้ไขเพศทางทะเบียนได้เนื่องจากเพศถูกกำหนดโดยการเกิดและเพศหญิงหมายถึงเพศที่ออกลูกได้[105] โดยวัชรินทร์ยังคงวางการให้เหตุผลบนฐานความเป็นโรคของภาวะข้ามเพศ ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับกรณีที่หน่วยงานทางปกครองอนุญาตให้บุคคลที่เกิดมามีสองเพศ/เพศกำกวม (intersex) สามารถเปลี่ยนเพศทางทะเบียนได้เมื่อได้รับการผ่าตัดให้เป็นเพศเดียว (กรณีแรกเป็นความผิดปกติที่มีมาตั้งแต่เกิดของสมองที่ไม่สอดคล้องกับเพศที่กำหนดโดยอวัยวะเพศ ส่วนกรณีหลังก็เป็นความผิดปกติของการที่คนมีอวัยวะเพศของทั้งสองเพศแทนที่จะมีเพศเดียวเหมือนคนทั่วไป) การปฏิบัติที่แตกต่างของฝ่ายปกครองนี้จึงทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (discrimination) และก่อให้เกิดผลเสียต่อบุคคลข้ามเพศตามมา (อาทิ บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงเป็นผู้เสียหายในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ตามกฎหมายสมัยนั้นที่ให้ผู้เสียหายในความผิดฐานนี้หมายเฉพาะหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น หากกระทำความผิด บุคคลข้ามเพศจากชายไปหญิงต้องถูกคุมขังรวมกับผู้ต้องขังชาย เป็นต้น) ในแง่คำพิพากษาศาลฎีกา วัชรินทร์วิพากษ์ในแง่การตีความคำว่า “เพศ” และ “หญิง” โดยกล่าวว่า ศาลฎีกาอ้างพจนานุกรมแต่กลับตีความคำว่าเพศและหญิงเกินจากความหมายที่เขียนไว้ในพจนานุกรม ทั้งนี้ กล่าวโดยสรุป งานของวัชรินทร์ทั้งหมดที่กล่าวมาเป็นการวิพากษ์สถานการณ์ที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้บุคคลข้ามเพศสามารถเปลี่ยนเพศได้โดยใช้ประโยชน์จากวาทกรรมทางการแพทย์ซึ่งมองว่าคนกลุ่มนี้เป็น “ผู้ป่วย” ยึดหลักการไม่เลือกปฏิบัติและให้เหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมด้วยข้อเสียเปรียบของบุคคลข้ามเพศในเรื่องต่างๆ เมื่อไม่มีกฎหมายอนุญาตให้เปลี่ยนเพศ ในแนวทางเดียวกับวิทยานิพนธ์ของจักรพันธ์ สอนสุภาพ ที่เผยแพร่เมื่อสิบกว่าปีก่อนหน้านั้น

---

[104] เรื่องเดียวกัน.

[105] วัชรินทร์ สังสีแก้ว, “คำสั่งทางปกครองกับผู้แปลงเพศ,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

ใน *การรับรองสถานะทางกฎหมายศึกษากรณีการใช้คำนำหน้านามของบุคคลที่แปลงเพศ* (2559)[106] กนกนันท์ ศรีคชา ได้เสนอให้มีกฎหมายที่ให้ผู้แปลงเพศมีสิทธิเปลี่ยนคำนำหน้านามได้ อย่างไรก็ตาม การศึกษาชิ้นนี้เป็นการศึกษาแบบนิติศาสตร์โดยแท้ อีกชิ้นหนึ่งที่ยืนยันภาวะของการศึกษากฎหมายที่มักนำวาทกรรมทางการแพทย์มาสนับสนุนข้อเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยกนกนันท์เห็นว่า แม้เพศชายหญิงจะเป็น "เพศตามธรรมชาติ" แต่เพศอื่นอันหลากหลายก็เป็น "เพศที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง" เมื่อประกอบการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของเยอรมนีและญี่ปุ่นซึ่งกนกนันท์ชี้ว่ามีบทบัญญัติรับรองสถานะของผู้แปลงเพศและเป็นประเทศที่เคารพสิทธิเสรีภาพของมนุษย์เป็นอย่างสูง ดังนั้น กฎหมายจึงสมควรยอมรับโดยให้มีการผ่าตัดแปลงเพศและเปลี่ยนเพศทางกฎหมายได้

งานที่วิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศทั้งระบบที่อาจกล่าวได้ว่ามีความสอดคล้องและเป็นระบบระเบียบที่สุด คือ ดุษฎีนิพนธ์ *สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย*[107] โดยอารยา สุขสม ซึ่งจัดทำเสร็จสิ้นเมื่อปี พ.ศ. 2559 มีวัตถุประสงค์ทบทวนและตรวจสอบกฎหมายไทยทั้งระบบเพื่อให้ได้ข้อสรุปเป็นข้อจำกัดจำนวนหนึ่งของกฎหมายที่สมควรได้รับการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยพัฒนาการกฎหมายว่าด้วยภาวะข้ามเพศและบุคคลข้ามเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา (ซึ่งเป็นสิ่งที่การศึกษานี้มุ่งสนใจ) เป็นส่วนหนึ่งของการวิเคราะห์ด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการศึกษาเป็นไปตามที่กล่าวไว้ข้างต้น อารยาจึงต้องวางกรอบคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเสียก่อน (เช่น ความหมายทางประวัติศาสตร์และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่รัฐไทยมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม) จากนั้นจึงจะต้องแสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของการจำกัดสิทธิของบุคคลผู้มีเพศที่มีความหมายกว้างขวางขึ้นกว่าความหมายแบบดั้งเดิม ดังนั้นในส่วนการทบทวนวรรณกรรมและการวางกรอบคิดทฤษฎี อารยาจึงได้ทบทวนและตรวจสอบกรอบคิดเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศทั้งในแง่กฎหมายและแง่สังคมวัฒนธรรม

ในแง่ผลการศึกษา นอกจากข้อจำกัดทางกฎหมายต่างๆ แล้ว สิ่งที่น่าสนใจคือ อารยาเห็นทิศทางที่ดีว่า แม้กฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดบางประการ แต่พัฒนาการของกฎหมายในช่วงหลังถือเป็นความก้าวหน้าของระบบกฎหมายไทย และภาวะไม่ลงรอยกับตราสารระหว่างประเทศในบางกรณีถือเป็นความก้าวหน้าที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนยิ่งกว่าเนื้อหา

---

[106] กนกนันท์ ศรีคชา, "การรับรองสถานะทางกฎหมายศึกษากรณีการใช้คำนำหน้านามของบุคคลที่แปลงเพศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2559).

[107] อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย" (ดุษฎีนิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559).

Ref. code: 25645924030033WEF

ในเอกสารระหว่างประเทศเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีกฎหมายว่าด้วยผู้ที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเกณฑ์ทหาร การที่รัฐไทยเลือกใช้คำระบุภาวะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” เป็นคำแปลของคำว่า “gender identity disorder” แสดงถึงความเข้าใจของรัฐไทยที่ไม่ถือว่าภาวะดังกล่าวเป็นโรค แม้องค์การอนามัยโลกจะยังจัดให้อยู่ในบัญชีว่าด้วยโรคทางจิตเวชก็ตาม ต่อประเด็นนี้ การศึกษานี้มีความเห็นที่แตกต่างไป โดยมีความเคลือบแคลงต่อการเลือกใช้คำที่แตกต่างกัน และตั้งข้อสังเกตต่อความจำเป็นของรัฐที่ต้องเชื่อมโยงวาทกรรมทางการแพทย์และจิตวิทยา (medico-psychological discourse) เข้ากับการตรากฎหมาย เนื่องจากแม้ภาวะดังกล่าวยังคงอยู่ในบัญชีโรคทางจิตเวชขององค์การอนามัยโลก แต่สมาคมจิตแพทย์อเมริกันได้นำภาวะดังกล่าวออกจากบัญชีโรคทางจิตเวชแล้ว หรือในกรณีคดีว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์และให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (“การอุ้มบุญ”) ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลางในปี พ.ศ. 2559 มีคำสั่งให้คู่เพศเดียวกันชาวต่างชาติเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กแทนที่จะเป็นมารดาที่อุ้มบุญ อารยามีความเห็นว่า แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติขึ้นในปี พ.ศ. 2558[108] จะจำกัดสิทธิในการมีบุตรด้วยวิธีการดังกล่าวไว้เฉพาะที่คู่ต่างเพศ แต่คำตัดสินของศาลในคดีนี้ ประกอบความเห็นของศาลที่ว่า “. . . ถึงแม้ผู้ร้องเป็นคนรักร่วมเพศ แต่ความเป็นคนรักร่วมเพศมิใช่อุปสรรคที่จะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่น ๆ . . .”[109] ถือว่ากฎหมายไทยมีแนวโน้มยอมรับคู่เพศเดียวกันแล้ว[110] ขณะเดียวกัน การศึกษานี้มองปรากฏการณ์นี้อย่างไม่มั่นใจนัก ด้วยเหตุของข้อเท็จจริงที่ว่า มีความลักลั่นของกฎหมายบัญญัติ (พระราชบัญญัติฯ) และองค์กรรัฐที่ใช้กฎหมาย (ศาล) เกิดขึ้น และรัฐไทยไม่ได้ใช้ระบบที่ศาลในคดีปัจจุบันมีต้องยึดแนวทางของศาลในคดีก่อนหน้าแต่ต้องยึดกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ตามเนื้อหาที่สรุปมาดังกล่าว งานของอารยาแตกต่างจากการศึกษานี้อย่างน้อยสองประการ คือ 1) การศึกษานี้มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างข้อเสนอให้มีการปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนเหมือนงานของอารยา แต่มีวัตถุประสงค์ในการทำความเข้าใจวิธีคิดของรัฐไทยเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศผ่านกฎหมายจำนวนหนึ่งที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ และ 2) การศึกษานี้มีความเห็นว่า ความแตกต่างไม่เป็นเนื้อเดียวกันระหว่างกฎหมายในระบบกฎหมายไทยกับกฎหมายและองค์ความรู้ในระดับระหว่างประเทศหรือระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรและการใช้และการตีความกฎหมายในทางปฏิบัติภายในรัฐไทย

---

[108] พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.

[109] คำสั่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง หมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559.

[110] ในคดีนี้ ศาลมีอำนาจตีความเนื้อหาคดีได้ตามความเหมาะสมและมีคำพิพากษาแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติได้ เนื่องจากข้อตกลงของการอุ้มบุญในคดีนี้มีขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติในปี พ.ศ. 2558 จะมีผลใช้บังคับ

Ref. code: 25645924030033WEF

(ซึ่งแม้จะก่อให้เกิดผลดีกับบุคคลข้ามเพศและผู้มีความหลากหลายทางเพศ) แสดงให้เห็นนัยของบทบาทของอำนาจบางประการที่ปะทะประสานอยู่เบื้องหลังซึ่งมีรูปแบบเฉพาะจนก่อให้เกิดความลักลั่นและคลุมเครือดังที่ได้ยกตัวอย่างมานี้ มิใช่ทิศทางในทางบวก เช่น กฎหมายไทยยอมรับความหลากหลายทางเพศยิ่งกว่าองค์ความรู้ในระดับระหว่างประเทศ และไร้ความสลับซับซ้อนดังเช่นที่อารยาตั้งข้อสังเกตไว้

2.2.1.3 งานที่ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับเพศที่ไม่ใช่ภาวะข้ามเพศโดยตรง แต่เป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นแนวโน้ม (trend) ของการศึกษาทางนิติศาสตร์ในประเด็นความหลากหลายทางเพศ

การศึกษาที่จัดไว้ในกลุ่มนี้ คือ การศึกษากฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางเพศเฉพาะประเด็น อาทิ การสมรสหรือการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกันของบุคคลเพศกำเนิดเดียวกันตามกฎหมาย เป็นต้น ต่อประเด็นการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกัน แม้การศึกษานี้จะเห็นด้วยกับการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางดังกล่าวและเห็นว่าการศึกษาในประเด็นนี้มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับการศึกษาในการศึกษานี้ อย่างไรก็ตาม ความเกี่ยวข้องดังกล่าวไม่ใช่ความเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การศึกษานี้มุ่งศึกษาทัศนคติของกฎหมายต่อภาวะข้ามเพศ เช่น บุคคลข้ามเพศได้รับการตระหนักรู้หรือยอมรับในกฎหมายไทยหรือไม่ กฎหมายไทยมีทัศนคติต่อข้อเสนอในการเปลี่ยนเพศตามกฎหมายที่ไม่ถือเอาเพศสรีระตามการเกิดอย่างไร ดังนั้น ข้อเสนอที่ว่า บุคคลเพศเดียวกันสมควรทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในทางกฎหมายได้ โดยที่ “เพศเดียวกัน” ยังคงหมายถึงเพศตามกฎหมายที่ยึดตามอวัยวะเพศตามการเกิด (เช่น บุคคลเพศชายตามบัตรประชาชนสองคนไม่ว่าจะผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้วหรือไม่) ไม่ได้ทำลายฐานคิดของการกำหนดเพศตามกฎหมายโดยตรง ด้วยเหตุนี้ การศึกษานี้จึงทบทวนงานในกลุ่มนี้โดยสังเขปเพียงเพื่อให้เห็นภาพรวมเท่านั้น

ประเด็นที่น่าจะมีการศึกษามากที่สุด คือ กฎหมายเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกัน (cohabitation) ของคนเพศเดียวกัน ซึ่งรวมทั้งการอยู่ร่วมกัน (cohabitation) การจดทะเบียนคู่ชีวิต (civil/domestic partnership) และการจดทะเบียนสมรสของคนเพศเดียวกัน (same-sex marriage) ซึ่งเป็นประเด็นที่ได้รับการกล่าวถึงในการถกเถียงทางนิติศาสตร์ไทยบ่อยครั้ง โดยเฉพาะในช่วงกลางทศวรรษ พ.ศ. 2550 จนกระทั่งปัจจุบัน (มกราคม 2565) เนื่องจากกฎหมายในลักษณะนี้ได้รับการพัฒนาในต่างประเทศอย่างกว้างขวางในช่วงประมาณ 30 ปีที่ผ่านมา แม้แต่ในประเทศที่ถือว่าเป็นอนุรักษ์นิยมและพื้นที่ครอบครัวได้รับอิทธิพลอย่างสูงจากศาสนา อย่างสหราชอาณาจักร (ซึ่งให้สิทธิคู่เพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตในปี ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) และจดทะเบียนสมรสในปี ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557)) และสหรัฐอเมริกา (โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) พิพากษาให้การที่รัฐปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสของคู่เพศเดียวกันขัดต่อรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2015

(พ.ศ. 2558) และส่งผลให้รัฐที่ถือว่ามีความอนุรักษ์นิยมเป็นอย่างสูงที่ยังไม่ให้สิทธิแก่คู่เพศเดียวกันจดทะเบียนต้องปรับปรุงกฎหมายและแนวปฏิบัติ) ตัวอย่างของการศึกษาในประเด็นนี้ เช่น

สารนิพนธ์ *สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกัน* (2555)[111] โดยวสิทธิ์ เส้งเลี่ยม ได้ศึกษาเพื่อพิสูจน์สมมติฐานว่าประเทศไทยสมควรขยายสิทธิการก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมายไปสู่คู่เพศเดียวกัน ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยมีแนวนโยบายที่สอดคล้องกับกระแสโลกและมีความก้าวหน้าในเรื่องการพัฒนามนุษย์ที่เน้นไปที่การเคารพสิทธิมนุษยชน และควรทำแบบค่อยเป็นค่อยไป (เช่น ควรบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ เนื่องจากการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนที่ว่าด้วยครอบครัวที่มุ่งกำหนดเฉพาะความสัมพันธ์ของเพศชายและหญิงเท่านั้นจะทำให้ขัดต่อความรู้สึกของคนทั่วไป และควรเริ่มจากการให้คู่เพศเดียวกันมีสิทธิจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนแล้วจึงพัฒนาเป็นสิทธิในการสมรสเทียบเท่ากับคู่ต่างเพศต่อไป) โดยวิธีการของวสิทธิ์อยู่ในลักษณะการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติทางกฎหมายและการเคลื่อนไหวเชิงการเมืองและกฎหมายในต่างประเทศ และเห็นว่าการปรับใช้หลักสิทธิมนุษยชน (สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว) และความเสมอภาคน่าจะเพียงพอในการผลักดันประเด็นนี้ โดยไม่จำเป็นต้องปรับใช้แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศเนื่องจากแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเพศมีหลากหลายจนไม่อาจหาข้อสรุปได้

ใน*การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย* (2555)[112] ภาณพ มีชำนาญ เก็บข้อมูลจากบุคคลและการวิจัยเอกสาร เพื่อมุ่งศึกษาความเสียเปรียบของความสัมพันธ์ของคู่เพศเดียวกันที่ไม่มีกฎหมายรองรับ โดยคาดหวังให้การศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งที่สนับสนุนให้มีการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันในประเทศไทย ตัวอย่างความเสียเปรียบที่ได้จากความเห็นจากการสัมภาษณ์เชิงลึก อาทิ การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่เพศเดียวกัน การกู้เงินจากธนาคารในลักษณะการกู้ร่วม การทำประกันชีวิต การใช้สิทธิสวัสดิการของข้าราชการ เป็นต้น ตัวอย่างความเสียเปรียบที่ได้จากการวิจัยเอกสาร อาทิ ปัญหาความสัมพันธ์ตามกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและมรดก สิทธิในการเป็นผู้จัดการแทนผู้เสียหายตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สิทธิในการประกันสังคม สิทธิในการบริจาคอวัยวะ เป็นต้น

---

[111] วสิทธิ์ เส้งเลี่ยม, “สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย” (ภาคนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).

[112] ภาณพ มีชำนาญ, “การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย” (สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555).

Ref. code: 25645924030033WEF

ใน*ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน* (2557)[113] ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... บนฐานสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเป็นการมุ่งศึกษาข้อกฎหมายและการทำให้ได้มาซึ่งกฎหมายที่ยอมรับความสัมพันธ์ของคนเพศสรีระเดียวกัน ในทำนองเดียวกัน ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ในงานระดับดุษฎีบัณฑิต *กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน* (2558)[114] ได้เรียกร้องให้รัฐมีกฎหมายว่าด้วยการสมรสของคนเพศเดียวกัน เนื่องจากมองว่าเจตนารมณ์ของการสมรสในปัจจุบันควรเปลี่ยนไปจากเหตุผลที่ยึดโยงอยู่กับการสืบเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ (อันเป็นเหตุผลดั้งเดิมตามธรรมชาติ) มาเป็นเหตุผลที่อยู่บนฐาน “ความรัก” และความประสงค์ในการก่อตั้งครอบครัวร่วมกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวสมควรแยกออกจากกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดก เนื่องจากกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวและมรดกถูกตราขึ้นบนฐานการสร้างครอบครัวอันเป็นการสมรสที่แท้จริงตามธรรมชาติและบนฐานการสมรสตามวัฒนธรรมและความเชื่อของไทย การรวมความสัมพันธ์ของบุคคลเพศเดียวกันเข้าไปด้วยจึงอาจกระทบต่อรูปแบบการสมรสแบบดั้งเดิมได้

จากการทบทวนวรรณกรรมกลุ่มแรก ภายใต้กรอบคิดทฤษฎีที่วางไว้ในส่วนครึ่งแรกของบทนี้ การศึกษานี้เห็นว่า งานที่ศึกษาตามแนวทาง “นิติศาสตร์โดยแท้” (เฉพาะงานในกลุ่มย่อยที่ 2.2.1.2 และ 2.2.1.3) เหล่านี้มีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยเป็นการศึกษาที่มีวัตถุในการศึกษาคือกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดของกฎหมายหรือเพื่อพัฒนาปรับปรุงกฎหมาย งานหลายชิ้นสร้างข้อเสนอของการศึกษาบนฐานคิดสิทธิมนุษยชน โดยงานจำนวนหนึ่งเห็นว่าหนึ่งในเหตุผลสนับสนุน คือ ความเป็น “หลักการสากล” ที่ “เป็นที่นิยม” ขึ้นเรื่อยๆ ในชุมชนระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศต้องปรับตัวตาม การศึกษาเหล่านี้ แม้จะมีการทบทวนแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี แต่ก็เป็นเพียงส่วนประกอบย่อยของการศึกษาเท่านั้น และไม่ได้วิเคราะห์ความเข้าใจของรัฐต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศโดยตรง เว้นแต่งานของณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ ที่วิพากษ์รัฐที่ยึดโยงรูปแบบของการสมรสไว้เฉพาะตามเหตุผลของการสืบเผ่าพันธุ์ แต่ณัฐวุฒิก็ยังมองว่าความสัมพันธ์แบบต่างเพศเป็นความสัมพันธ์ตามธรรมชาติและเป็นการสมรสที่แท้จริง โดยหากกฎหมายจะยอมรับความสัมพันธ์แบบเพศเดียวกัน ก็ควรอยู่ในลักษณะ

---

[113] ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557).

[114] ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์, “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558).

Ref. code: 25645924030033WEF

"ความสัมพันธ์เสมือนการสมรส" มากกว่า กล่าวโดยสรุป การศึกษานี้จะช่วยสร้างองค์ความรู้ในประเด็น "วิธีการคิดของกฎหมาย" ซึ่งจะสะท้อนความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยที่มีต่อภาวะข้ามเพศรวมถึงความหลากหลายทางเพศได้ และจะเป็นฐานสำหรับการค้นคว้าวิจัยทางนิติศาสตร์โดยแท้ที่มุ่งแสวงหาข้อเสนอในทางกฎหมายโดยตรงได้ต่อไป

2.2.2 การศึกษาทางศาสตร์อื่นในทางสังศาสตร์ หรือการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มีการศึกษาข้ามสาขาวิชากับศาสตร์อื่นในทางสังคมศาสตร์

การทบทวนวรรณกรรมในส่วนนี้มุ่งสนใจระเบียบวิธีวิจัยและกรอบคิดทฤษฎีที่การศึกษาที่ทบทวนนำมาใช้กับประเด็นว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถีเป็นสำคัญ ระเบียบวิธีวิจัยที่มุ่งสนใจนี้ ได้แก่ การวิเคราะห์การประกอบสร้างวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถีที่สอดแทรกอยู่ในกฎหมายและ/หรือกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติและการใช้กฎหมาย การศึกษาที่ทบทวนในส่วนนี้มีสามชิ้น ได้แก่ การศึกษาของชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์ *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ "ความจริง" ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร* (2549)[115] การศึกษาของสมชาย ปรีชาศิลปกุล *เพศวิถีในคำพิพากษา* (2550)[116] และการศึกษาของเนื่องน้อย บุณยเนตร *ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม* (2557)[117]

เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด (2549)[118] เป็นการวิจัยชิ้นหนึ่งในชุดการวิจัย "การจัดการ 'ความจริง' ในสังคมไทย" อันประกอบไปด้วยงานวิจัยหกชิ้นซึ่งล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับการเข้าไปตรวจสอบ วิเคราะห์ และวิพากษ์ การจัดการหรือการประกอบสร้างความจริงในมิติต่างๆ[119] ในงานชิ้นนี้ ภายใต้กรอบคิดว่าเรื่องเพศเป็นเรื่องส่วนตัวที่ถูกควบคุมอย่างเข้มงวดโดยสังคมและรัฐ ชลิดาภรณ์ย้อนกลับไปวิเคราะห์การต่อรองในรัฐสภาในกระบวนการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมระหว่างเพศ ได้แก่ กฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2519 เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่เพิ่ง

---

[115] ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ "ความจริง" ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร* (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2549).

[116] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *รายงานการวิจัย เรื่อง เพศวิถีในคำพิพากษา* (เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2550); สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *เพศวิถีในคำพิพากษา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เชียงใหม่: เกวลีพริ้นติ้ง, 2558).

[117] เนื่องน้อย บุณยเนตร, *ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม* (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2557).

[118] ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ "ความจริง" ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*.

[119] อาทิ "มือที่สาม" ในประวัติศาสตร์การเมืองไทย (2549) โดยอรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ กรณี ร.7 ทรงสละราชสมบัติ: การตีความและการสานต่อความหมายทางการเมือง (2549) โดยนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ เป็นต้น

Ref. code: 25645924030033WEF

ถูกประกาศใช้และมีหลักการว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างหญิงชายเป็นครั้งแรก และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ซึ่งถูกตรามาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 และพบว่าความเข้าใจเรื่องเพศของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและคัดค้านความเท่าเทียมระหว่างเพศอยู่ภายใต้กรอบคิดใหญ่เกี่ยวกับเพศ จำนวนหนึ่งที่ส่งผลให้วิธีการคิดยังคงอยู่ภายใต้จารีตที่มิได้ก่อให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศที่แท้จริง อาทิ ความเข้าใจในเรื่องบทบาททางเพศและความต้องการทางเพศในทางวิทยาศาสตร์ที่ "เป็นไปตามธรรมชาติ" ที่แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง ชลิดาภรณ์วิเคราะห์ว่า การต่อสู้เรื่องเพศแบ่งเป็นกลุ่มความคิดใหญ่ๆ ได้สองฝั่ง ได้แก่ กลุ่มที่มุ่งจำกัดพฤติกรรมทางเพศให้อยู่ในกรอบ "ศีลธรรม" (ภายใต้การตีความแบบหนึ่ง) และลงโทษผู้ที่ประพฤติตนนอกกรอบ และกลุ่มที่ชี้ว่าเรื่องเพศเป็นเรื่องส่วนตัวและไม่เห็นพ้องกับการที่สังคมและรัฐเข้าไปกำกับแทรกแซง โดยการอภิปรายเพื่อมุ่งไปสู่ความเท่าเทียมระหว่างชายหญิงในรัฐสภาก็เป็นไปในทิศทางการแบ่งกลุ่มความคิดแบบนี้ด้วย[120] ตัวอย่างของความย้อนแย้ง อาทิ ฝ่ายที่สนับสนุนให้มีความเท่าเทียมในความสัมพันธ์แห่งการสมรสด้วยการยอมให้มีการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลัก "ผัวเดียวเมียเดียว (monogamy)" (ซึ่งความจริงแล้วได้รับอิทธิพลมาจากตะวันตก) กลับเห็นว่า บทบาทและพฤติกรรมทางเพศบางประการของชายและหญิงอาจแตกต่างกันได้เพื่อเป็นการรักษาวิถีปฏิบัติดั้งเดิมไว้ เช่น กรณีของค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาหมั้นที่กำหนดเหตุแห่งการเรียกไว้ต่างกันในกรณีที่ชายและหญิงเป็นผู้ผิดสัญญาหมั้น ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการค้าประเวณี ผู้สนับสนุนให้ห้ามการค้าประเวณีไม่ประสงค์ให้ห้ามโดยสิ้นเชิงแต่สนับสนุนให้ใช้เงื่อนไขของอายุมากำหนดการห้ามค้าประเวณี ทั้งนี้ ข้อสนับสนุนนี้มิได้วางอยู่บนเหตุผลว่าด้วยเสรีภาพของปัจเจก แต่เป็นข้อเสนอที่วางอยู่บนเหตุผลที่ว่า ในเมื่อการซื้อบริการทางเพศมีความจำเป็นอันเป็นผลมาจากความต้องการตามธรรมชาติของผู้ชายและต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน จึงเป็นการดีกว่าหากรัฐจะกำหนดอายุที่สามารถค้าประเวณีได้ไว้ นอกจากนี้ ผู้ที่สนับสนุนให้ห้ามการค้าประเวณีส่วนหนึ่งยังมองผู้ค้าบริการทางเพศเป็น "เหยื่อ" ที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้อีกด้วย ทั้งที่กลุ่มผู้ค้าบริการทางเพศและนักสตรีนิยมบางกลุ่มมองว่าการค้าบริการทางเพศที่ไม่ใช่การถูกบังคับเป็นสิทธิเสรีภาพของปัจเจกที่จะทำได้ สาระสำคัญและตัวอย่างของความย้อนแย้งที่งานวิจัยของชลิดาภรณ์ค้นพบทำให้เห็นว่า วิธีการคิดในเรื่องเพศของบุคคล สังคม และรัฐอยู่ภายใต้กรอบคิดใหญ่ที่ประกอบสร้างขึ้นด้วยอุดมคติและชุดคุณค่าในบริบทของสถานที่และเวลานั้นๆ (ในกรณีวิจัยชิ้นนี้ คือ ศีลธรรมในเรื่องเพศระบบผัวเดียวเมียเดียว สถาบันครอบครัวที่แข็งแกร่งและกลมเกลียว และเหตุผลทาง "ธรรมชาติ" และ "วิทยาศาสตร์" ในเรื่องเพศของบุคคลต่างเพศ) และกรอบคิดเหล่านี้มีบทบาทในการประกอบ

---

[120] ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ "ความจริง" ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*, 146-147.

Ref. code: 25645924030033WEF

สร้างความคิดเห็นของปัจเจกที่สะท้อนผ่านการแสดงความคิดเห็นในสังคม (ในบริบทของงานวิจัยชิ้นนี้เกิดขึ้นในกระบวนการนิติบัญญัติ) จนถึงขั้นมีอิทธิพลในการกำหนดกฎหมายซึ่งเป็นสถาบันที่ทรงพลังในการกำหนด "ความจริง" ของวิถีชีวิตของบุคคลในเรื่องเพศด้วย

ในแง่วิธีการศึกษา เห็นได้ชัดว่างานชิ้นนี้ต่างจากการศึกษาทางนิติศาสตร์ จึงมิใช่การศึกษาเพื่อให้ได้มาซึ่งกฎหมายที่เหมาะสมในการทำหน้าที่สร้างหรือรักษาคุณค่าบางประการ (เช่น สิทธิสตรี) หรือแก้ไขปัญหา (เช่น การลดอัตราการหย่าร้าง การเพิ่มอัตราความสุขในชีวิตครอบครัว) แต่งานชิ้นนี้เป็นงานที่วิเคราะห์วาทกรรมที่เกิดขึ้นในรัฐสภาในระหว่างการอภิปรายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับเพศ งานของชลิดาภรณ์จึงเป็นตัวอย่างหนึ่งของการใช้ระเบียบวิธีวิจัยในลักษณะเดียวกับการศึกษานี้ เนื่องจากชลิดาภรณ์นำข้ออภิปรายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เกี่ยวข้องในเวลานั้นมาศึกษา จัดเรียง และวิเคราะห์ เพื่อแสดงให้เห็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศที่ไม่เท่าเทียมในสังคม อีกทั้ง ชลิดาภรณ์ยังค้นพบด้วยว่าลักษณะความสัมพันธ์ของวาทกรรมย่อยๆ ที่ประกอบสร้างกรอบคิดเกี่ยวกับเพศบางประการนี้มิได้มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งครอบงำการอภิปรายโดยสิ้นเชิงและการอภิปรายดำเนินไปสู่ข้อสรุปอย่างเป็นเส้นตรง แต่อำนาจเหล่านี้มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในลักษณะลักลั่นย้อนแย้ง เช่นในตัวอย่างข้างต้นที่ผู้สนับสนุนให้ห้ามการค้าประเวณีบนฐานศีลธรรมอันดี กลับเสนอให้อนุญาตให้มีการค้าประเวณีได้ด้วยการอุ้มชูความสำคัญของ "ความเป็นธรรมชาติในทางวิทยาศาสตร์" ในเพศวิถีของเพศชาย

สมชาย ปรีชาศิลปกุล[121] ทำการวิจัยว่าด้วยการประกอบสร้างเพศวิถีของบุคคลในคำพิพากษาศาลฎีกาของรัฐไทย ในรายงานวิจัยและต่อมาตีพิมพ์เป็นหนังสือที่ในเวลานี้ (มกราคม 2565) ตีพิมพ์ไปแล้วสองครั้ง ใน *เพศวิถีในคำพิพากษา* (2550, 2558) สมชายค้นพบว่าศาลมิได้มีความเป็นกลางปราศจากอคติ แต่ศาลบรรจุชุดคุณค่าบางประการที่เกี่ยวกับเพศไว้ในคำพิพากษาจนเกิดผลให้คุณค่าเหล่านั้นกลายเป็นความปกติ/ความเป็นธรรมชาติ (normalisation) และเกิดผลให้กลายเป็นบรรทัดฐานในการเขียนคำพิพากษา (อย่างน้อยในทางปฏิบัติ) สมชายเริ่มต้นงานวิจัยโดยการชี้ให้เห็นถึงมุมมองต่อวิชานิติศาสตร์แบบกระแสหลักที่เรียกว่า "นิติศาสตร์เชิงกลไก (mechanical jurisprudence)" ซึ่งเป็นความคิดที่ว่าองค์กรตุลาการวางตัวเป็นกลางปราศจากอคติโดยยึดถือกฎหมาย ตามหลักวิชาอย่างเคร่งครัดในการพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาพิพากษา ผู้คนจึงสามารถคาดเดาผลของคำพิพากษาได้อย่างชัดเจนแน่นอน จากนั้นสมชายได้ใช้กรอบคิดว่าด้วยสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา (American Realism) มาวิพากษ์ความคิดของพวกนิติศาสตร์เชิงกลไกดังกล่าวว่า การจะเข้าใจกฎหมายที่แท้จริงได้นั้นจะต้องทำความเข้าใจกฎหมายที่ถูกนำมาใช้จริง ในกรณี

---

[121] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *รายงานการวิจัย เรื่อง เพศวิถีในคำพิพากษา*; สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *เพศวิถีในคำพิพากษา*.

Ref. code: 25645924030033WEF

คำพิพากษา สัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกาเห็นว่า ผู้พิพากษามิได้ตัดสินคดีในลักษณะเป็นกลางปราศจากอคติดังกล่าว แต่มีชุดคุณค่าและกรอบคิดบางประการที่มีอิทธิพลต่อการผลิตคำพิพากษาด้วย ในท้ายที่สุด สมชายได้นำกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยนิติทฤษฎีสตรีนิยม (โดยในงานวิจัยของสมชายใช้คำว่า "นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม") มาแสดงเพื่อชี้ให้เห็นข้อวิพากษ์ของกลุ่มนิติทฤษฎีสตรีนิยมต่อกฎหมายภายใต้ความคิดกระแสหลักดังที่การศึกษานี้ทบทวนไว้ในครึ่งแรกของบทที่ 2 นี้ นอกจากนี้ แม้จะมิได้กล่าวโดยตรงว่าเป็นการวิเคราะห์วาทกรรม แต่วิธีการของสมชายที่พยายามค้นหาความหมาย อุดมคติ และคุณค่าที่แทรกอยู่ในข้อความทางกฎหมายในระดับทางการ (บทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำพิพากษาของศาล) ก็คือการวิเคราะห์วาทกรรมนั่นเอง

สมชายศึกษากฎหมายสองกลุ่มที่ตั้งข้อสงสัยว่ามีอิทธิพลในการประกอบสร้างเพศวิถีที่เป็นปกติธรรมดาของบุคคล ได้แก่ กฎหมายอาญาว่าด้วยการล่วงละเมิดทางเพศ (การข่มขืนกระทำชำเรา) และกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อชีวิตและร่างกาย โดยในกรณีกฎหมายกลุ่มหลัง สมชายนำมาวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นว่ามีการใส่คุณค่าบางประการเกี่ยวกับเพศวิถีไปในกฎหมายที่โดยหลักแล้วไม่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างระหว่างเพศเช่นเดียวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศโดยตรง ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการล่วงละเมิดทางเพศ ในเวลานั้น (ก่อนปี พ.ศ. 2550) ที่ยังไม่มีการกำหนดบทนิยามของการกระทำชำเราไว้ในกฎหมาย ไม่เพียงแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่กำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศเกิดได้เพียงเฉพาะโดยชายกับหญิงและต้องเป็นหญิงที่มิใช่ภรรยาตนเองด้วย แต่ศาลก็มีบทบาทในการตีความด้วยว่าการกระทำชำเราหมายถึงการล่วงล้ำที่กระทำโดยอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น การตีความในลักษณะนี้จึงเป็นการสร้างความเป็นธรรมชาติของการล่วงละเมิดทางเพศที่ได้รับการปกป้องโดยกฎหมายขึ้นมานอกเหนือจากที่ตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ ศาลยังประกอบสร้างความเข้าใจว่าด้วยความยินยอมด้วย กล่าวคือ ศาลมักพิจารณาว่าการล่วงละเมิดทางเพศที่ถือว่าผู้กระทำไม่ยินยอม (ซึ่งทำให้ผู้กระทำกระทำผิดกฎหมายและผู้ถูกกระทำได้รับการปกป้อง และในทางตรงกันข้ามทำให้การกระทำที่ไม่อยู่ในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่เกิดจากการเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจและไม่ผิดกฎหมาย) จะต้องเป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่ทำให้เกิดบาดแผล ผู้กระทำไม่รู้จักกับผู้ถูกกระทำมาก่อน และผู้ถูกกระทำแจ้งผู้หนึ่งผู้ใดหรือดำเนินการทางกฎหมายในระยะเวลาใกล้ชิดพอสมควรหลังจากเหตุล่วงละเมิดทางเพศจบลง ในกรณีความผิดต่อชีวิตและร่างกาย แม้ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาคดีที่ชายกระทำต่อหญิงที่มีชู้/ชู้ของหญิง หรือหญิงกระทำต่อชายที่มีชู้/ชู้ของชายในลักษณะเดียวกัน (ผู้กระทำความผิดกระทำในภาวะบันดาลโทสะซึ่งทำให้ได้รับการลดโทษ) แต่หากเป็นกรณีของการกระทำต่อร่างกายที่ต่อเนื่องยาวนานในความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างชายหญิง (หรือ "การกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว") ซึ่งผู้ถูกกระทำมักเป็นหญิงเนื่องจากตกอยู่ภายใต้การครอบงำของชายจากผลของความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศ ศาลแทบไม่ตระหนักรู้

Ref. code: 25645924030033WEF

ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่ไม่เท่าเทียมนี้เลย โดยเห็นว่าเป็นเรื่องการกระทบกระทั่งกันภายในครอบครัว และมิได้พิพากษาว่าเป็นการกระทำด้วยผลของภาวะบันดาลโทสะ นอกจากนี้ กรณีการกระทำโดยชายหรือหญิงต่อหญิง/ชายที่มีชู้และผู้เป็นชู้ข้างต้นยังทำให้เห็นด้วยว่า กฎหมายไทยยึดถือ “ความเป็นเจ้าของประเวณีของกันและกันระหว่างคู่สมรส” อันเป็นระบบคิดแบบผัวเดียวเมียเดียวอย่างเคร่งครัด

งานของสมชายเป็นการศึกษาอีกชิ้นหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า ระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรมที่มุ่งขุดคุ้ยหารูปแบบของการปะทะประสานของชุดคุณค่า อุดมการณ์และทัศนคติที่เบียดแทรกอยู่ในกฎหมายนอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประเด็นที่เกี่ยวกับเพศเป็นการศึกษาที่สร้างคุณูปการเป็นอย่างสูงให้แก่วงวิชาการในทางสังคมศาสตร์ได้ และเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนที่แสดงให้เห็นแนวทางการวิเคราะห์ที่การศึกษานี้จะทำในบทถัดๆ ไป ซึ่งจะช่วยเปิดเผยให้เห็นความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยในประเด็นภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศได้

ใน*ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม* (2557) ซึ่งเป็นงานวิจัยชิ้นหนึ่งในชุดโครงการวิจัย “ความยุติธรรมในปรัชญาและศาสนา” ภายใต้การสนับสนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ในชุดโครงการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์ไทย (พ.ศ. 2548-2550) เนื่องน้อย บุณยเนตร ได้ทำงานวิจัยทางปรัชญาที่คาบเกี่ยวกับวิธีการทำความเข้าใจสภาวะที่เนื่องน้อยเรียกว่า “ตัณหาอาชญากรรม (crime of passion)” ที่กฎหมายมักจัดวางให้อยู่ในกรอบการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยกฎหมายที่เนื่องน้อยมุ่งศึกษาเป็นกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ ในงานชิ้นนี้เนื่องน้อยพยายามทำความเข้าใจวิธีการคิดของกฎหมายดังกล่าวในการพิจารณาและจัดวางตำแหน่งแห่งที่ของตัณหาอาชญากรรมที่มีแนวโน้มอยู่ภายใต้การทำความเข้าใจแบบชายเป็นใหญ่ (ซึ่งอารมณ์ที่ “ถูกต้องเหมาะสม” หรือ “ไม่ถูกต้องเหมาะสม” อาจเป็นผลมาจากการแบ่งแยกเพศ) และทำให้การฆ่าโดยผู้หญิงที่ถูกกระทำทารุณซ้ำซากเป็นการกระทำที่อยู่นอกกรอบคิดของกฎหมายอาญาซึ่งส่งผลให้มีแนวโน้มไม่เป็นการกระทำที่เป็น “การฆ่าที่มีเหตุผลถูกต้องชอบธรรม (justified homicide)” ที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด แต่มีแนวโน้มเป็น “การฆ่าที่มีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล (excusable homicide)” ซึ่งทำให้การกระทำได้รับการลดโทษ อย่างไรก็ดี เนื่องน้อยตั้งคำถามสำคัญว่า การฆ่าในลักษณะดังกล่าวสมควรอยู่ภายใต้การแก้ต่างประเภทใดในสองประเภทนี้ หรือสมควรถูกทำความเข้าใจนอกกรอบของการแก้ต่างทั้งสองประเภท

ตัณหาอาชญากรรมมีความหมายกว้าง เช่น การก่ออาชญากรรมเพราะความหึงหวง หรืออาจรวมไปถึงกรณีการกระทำของผู้ที่ถูกกระทำความรุนแรงซ้ำซากในความสัมพันธ์ โดยมีการวางแผนไว้ล่วงหน้าด้วย อย่างไรก็ตาม การให้ความหมายแต่ละครั้งต่างก็เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของอารมณ์และความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ แต่ไม่จำเป็นต้องมีสาเหตุมาจากความหึงหวงหรือความรักที่มีที่มาจากความสัมพันธ์ทางเพศหรือครอบครัวเสมอไป โดยอาจเป็นอารมณ์โกรธ เคืองแค้น

Ref. code: 25645924030033WEF

เกลียด หรืออิจฉาริษยาก็ได้ สำหรับการให้ความหมายในงานฉบับนี้ เนื่องน้อยจำกัดขอบเขตความหมายไปที่การฆ่าอันเนื่องมาจากอารมณ์โดยเน้นไปที่อารมณ์โกรธหรือโทสะ และกินความไปถึงการฆ่าที่มีการวางแผนโดยมีอารมณ์เป็นแรงจูงใจ อาทิ การฆ่าที่กระทำโดยผู้หญิงที่ถูกกระทำทารุณซ้ำซาก[122]

เนื่องน้อยเสนอว่า กฎหมายสมควรทำความเข้าใจอารมณ์ในลักษณะสภาวะของการรู้คิดที่มีเหตุผล ซึ่งเปิดที่ทางให้อารมณ์แบบ "นอกคอก" ที่แม้จะเป็นอารมณ์ที่ไม่ถูกต้อง แต่ก็เป็นการตัดสินใจที่ถูกต้องในทางศีลธรรม มิใช่สภาวะของการไม่สามารถควบคุมอารมณ์ได้ตามกรอบคิดทั่วไป (ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในช่วงเวลาที่เนื่องน้อยศึกษา) อันจะนำไปสู่การพยายามแสวงหาท่าทีของกฎหมายในการจัดวางอารมณ์ภายใต้การทำความเข้าใจในลักษณะดังกล่าว (ซึ่งการแก้ต่างคดีมักอยู่ภายใต้ "การมีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล") โดยสนทนากับงานทางปรัชญา-กฎหมายจำนวนหนึ่ง อาทิ งานของกับโจชัวร์ เดรสเลอร์ (Joshua Dressler) เจเรมี ฮอร์ดเดอร์ (Jeremy Horder) แดน คาฮัน (Dan Kahan) และมาร์ทา นุสบอม (Martha Nussbaum) เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น เนื่องน้อยไม่เห็นด้วยกับเดรสเลอร์ เดรสเลอร์เสนอว่า การพิจารณาการกระทำที่อยู่ภายใต้กรอบ "การมีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล" (เช่น การกระทำโดยวิกลจริต การกระทำโดยบันดาลโทสะ) สมควรพิจารณาบนฐาน "การขาดหรือการลดความสามารถที่จะเลือก" ซึ่งนำไปสู่นัยว่า อารมณ์เป็นสภาวะที่ควบคุมไม่ได้และการมองไม่เห็นการควบคุมได้ของอารมณ์ในแง่การหลอมสร้างทางสังคม รวมถึงส่งผลให้การพิจารณาลักษณะของการข่มเหงที่ชอบธรรมต้องถูกทำตามมาตรฐาน "คนธรรมดาทั่วไป" ซึ่งถูกเชื่อมเข้ากับคุณค่าต่างๆ ในสังคม ในแง่นี้ การข่มเหงจึงผูกโยงกับ "สาเหตุ" ของโทสะ แต่ไม่ได้แตะ "เหตุผล" ในโครงสร้างของโทสะ ที่จะแสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจภายใต้โทสะเป็นการตัดสินใจที่มีเหตุผล และแตกต่างจากการตัดสินใจของคนวิกลจริต[123] ทั้งนี้ เนื่องน้อยเห็นด้วยกับคาฮันและนุสบอมที่ชวนให้คิดว่า การกระทำที่เป็นผลมาจากอารมณ์/โทสะ (เช่น การที่แม่ฆ่าผู้ที่มาล่วงละเมิดทางเพศลูกของตน) ไม่จำเป็นต้องถูกแก้ต่างภายใต้กรอบคิดการมีเหตุผลถูกต้องชอบธรรมหรือการมีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผลเพียงเท่านั้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบของข้อแก้ต่างแบบใดเลย (เช่น การฆ่าโดยโทสะตามตัวอย่างมิใช่สภาวะที่ผู้ฆ่าไม่สามารถควบคุมตนเองได้ตามกรอบความเข้าใจทั่วไป ซึ่งจะทำให้กรณีนี้อยู่ภายใต้กรอบการมีข้อแก้ตัวที่มีเหตุผล) แต่เหตุผลสำหรับการลดโทษ คือ การพิจารณา "คุณภาพของการตัดสินคุณค่าทางอารมณ์" ทั้งนี้ ไม่ใช่เพราะการฆ่าในกรณีนี้ส่งผลเสียหายต่อสังคมน้อยกว่ากรณีอื่นหรือเพราะผู้กระทำไม่สามารถควบคุมตนเองได้ แต่เป็นผลมาจากการพิจารณาความถูกต้องเหมาะสมในทางศีลธรรมของการกระทำดังกล่าวโดยผู้ที่อยู่ในสถานการณ์ในทำนองเดียวกัน[124]

---

[122] เนื่องน้อย บุณยเนตร, *ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม*, 18-20.

[123] เรื่องเดียวกัน, 138-143.

[124] เรื่องเดียวกัน, 152-155.

Ref. code: 25645924030033WEF

งานของเนื่องน้อยชิ้นนี้แสดงให้เห็นวิธีการศึกษาในสาขาวิชานอกปริมณฑลนิติศาสตร์ที่มองเข้าไปในหลักการทางนิติศาสตร์โดยพยายามวิเคราะห์ จำแนก และแจกแจงรากฐานความคิดในหลักกฎหมายและการใช้กฎหมาย ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการศึกษาแบบการวิเคราะห์วาทกรรมอันเป็นระเบียบวิธีวิจัยในการศึกษาฉบับนี้ อย่างไรก็ดี สำหรับวัตถุที่ศึกษานั้น ในขณะที่เนื่องน้อยศึกษากฎหมายอาญาแบบกว้างๆ โดยเน้นไปที่หลักการในทางคอมมอนลอว์ และมีเนื้อหาที่ศึกษาเป็นหลักกฎหมายและการใช้กฎหมาย แต่การศึกษาฉบับนี้มีขอบเขตวัตถุที่ศึกษาเป็นกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งในช่วงเวลาหนึ่งซึ่งมีลักษณะเฉพาะในแง่เนื้อหาและวิธีการคิดตามบริบทของพื้นที่และเวลา โดยเน้นไปที่กระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเป็นสำคัญ

ในมุมมองของการศึกษานี้ที่ประสงค์ทำความเข้าใจกฎหมายอันเป็นผลผลิตจากการประกอบสร้างทางสังคม ไม่จำกัดเฉพาะในแง่กฎเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานในการควบคุมความประพฤติของคนในสังคมและเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการสร้างประโยชน์สาธารณะ วิธีการศึกษาของงานทั้งสามชิ้นที่ทบทวนในส่วนนี้มีความสำคัญหลายประการ 1) งานทั้งสามชิ้นยืนยันสถานะของกฎหมายที่เป็นผลมาจากการประกอบสร้างทางสังคม (และอำนาจ) มิใช่สิ่งที่เป็นกลางปราศจากอคติทางการเมือง 2) งานทั้งสามชิ้นแสดงให้เห็นว่าเนื้อหาของกฎหมายมิใช่ผลของการประกอบสร้างโดยทฤษฎีทางนิติศาสตร์ตามหลักวิชาเท่านั้น แต่ขึ้นอยู่กับวาทกรรมที่มีอำนาจในเวลาและสถานที่นั้นๆ ด้วย และ 3) งานทั้งสามชิ้นทำให้เกิดความเข้าใจยิ่งขึ้นในเรื่องทัศนคติและวิธีการคิดของกฎหมายที่มากกว่าถ้อยคำตามลายลักษณ์อักษรในระดับทางการ และการใช้และการตีความตามหลักทฤษฎีทางนิติศาสตร์

ด้วยเหตุนี้ เพื่อที่จะทำความเข้าใจปรากฏการณ์ในทำนองเดียวกันในประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ การศึกษาในแนวทางนี้จึงสมควรมีขึ้นเช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ณ จุดเวลาที่มีการเผยแพร่การศึกษาทั้งสามชิ้นที่ทบทวนด้านบน แม้ประชาชนจะทราบดีว่าชายและหญิงยังไม่มีความเท่าเทียมอย่างแท้จริงตามกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและการค้าประเวณี (ในกรณีงานของชลิดาภรณ์) และในกฎหมายอาญา (ในกรณีงานของสมชายและเนื่องน้อย) แต่ประชาชนทั่วไปไม่อาจทราบได้เลยว่าวิธีคิดในเบื้องลึกของกฎหมาย (หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมาย) เป็นอย่างไรและลักษณะความสัมพันธ์ของอุดมคติและคุณค่าต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศในกฎหมายแต่ละชุดนั้นเป็นอย่างไร ในกรณีนี้ ประชาชนเหล่านี้จะสามารถหาคำตอบได้ (ในระดับหนึ่ง) เมื่อศึกษางานของชลิดาภรณ์ สมชาย และเนื่องน้อย และในกรณีของประเด็นภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ ในการศึกษาฉบับนี้

Ref. code: 25645924030033WEF

กล่าวโดยสรุปสำหรับบททบทวนวรรณกรรมทั้งส่วน แม้การศึกษาที่มีวัตถุในการศึกษาเป็นประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศและอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ รวมถึงความหลากหลายทางเพศ จะไม่ใช่เรื่องใหม่ในประเทศไทย โดยมีทั้งการศึกษาในระดับอุดมศึกษา (วิทยานิพนธ์และดุษฎีนิพนธ์) และงานทางวิชาการอื่น รวมถึงรายงานต่างๆ ของหน่วยงานราชการและองค์การอื่นที่มิใช่ราชการ อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการศึกษาทางนิติศาสตร์ การศึกษาเหล่านี้ส่วนใหญ่ใช้วิธีการทางนิติศาสตร์โดยแท้และมุ่งให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ในทางนิติศาสตร์ เช่น วิพากษ์ข้อจำกัดของกฎหมายบนฐานกรอบคิดสิทธิมนุษยชนและพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่รัฐไทยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม และ/หรือมองว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการสร้างความเท่าเทียมและประโยชน์สาธารณะให้ได้มากที่สุด ยกเว้นเพียงงานดุษฎีนิพนธ์ของอารยา สุขสมเท่านั้น ที่อาจกล่าวได้ว่า เป็นการศึกษาทางนิติศาสตร์ที่มุ่งสนใจ “ระบบกฎหมาย” เกี่ยวกับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเป็นระบบระเบียบและใกล้เคียงจุดมุ่งหมายของการศึกษานี้มากที่สุด อย่างไรก็ดี งานของอารยาและการศึกษานี้มีความแตกต่างกันในหลายมิติ ได้แก่ 1) ในแง่วัตถุแห่งการศึกษาและขอบเขตเวลา การศึกษานี้มีวัตถุที่ศึกษา คือ “การเปลี่ยนแปลงทางบวก” ของกฎหมายว่าด้วยภาวะข้ามเพศและบุคคลข้ามเพศในช่วงเวลาหนึ่ง เพื่อทำความเข้าใจกรอบคิดของกฎหมายไทยในการจัดการกับภาวะข้ามเพศท่ามกลางอำนาจแห่งวาทกรรมหลายชุดที่มีบทบาทในช่วงเวลานั้น (ซึ่งสุดท้ายแล้ว สิ่งที่ค้นพบอาจไม่ใช่เพียงกรอบคิดที่ปรับใช้ได้เฉพาะกับประเด็นภาวะข้ามเพศเท่านั้น แต่อาจรวมถึงกรอบคิดใหญ่ที่กฎหมายไทยใช้ทำความเข้าใจสิ่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีด้วย) ในขณะที่งานของอารยามุ่งศึกษาระบบกฎหมายไทยโดยไม่จำกัดช่วงเวลา เพียงแต่วัตถุประสงค์และวิธีการศึกษาทำให้เป็นการศึกษาปรากฏการณ์ในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับการศึกษานี้โดยสภาพ เนื่องจากเป็นช่วงที่ระบบกฎหมายไทยเริ่มยอมเปิดช่องขยับขยายพื้นที่ให้แก่เพศอันหลากหลายมากขึ้น และ 2) ในแง่วัตถุประสงค์และเป้าหมายของการศึกษา งานของอารยาใช้กรอบคิดสิทธิมนุษยชนเป็นฐานในการศึกษา และมีผลของการศึกษาที่ประสงค์ คือ แนวทางการปรับปรุงกฎหมายให้ยอมรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเต็มที่และสอดคล้องกับกรอบคิดสิทธิมนุษยชนที่พัฒนาอย่างต่อเนื่องในระดับระหว่างประเทศ โดยมีลักษณะและทิศทางของกฎหมายไทยที่อยู่ในช่วงเวลาเดียวกับที่การศึกษานี้มุ่งที่จะศึกษาเป็นส่วนหนึ่งของการนำไปสู่ผลดังกล่าว แต่การศึกษานี้มุ่งทำแสวงหาความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในห้วงเวลาที่เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี (ช่วงปี พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งน่าจะเป็นส่วนสนับสนุนให้ข้อสรุปและข้อเสนอทางกฎหมายของอารยาเกิดขึ้นจริงได้ต่อไปในอนาคต ในการที่จะเติมเต็มฐานความรู้เพื่อทำให้การศึกษาทางนิติศาสตร์โดยแท้เหล่านี้มีความรอบด้านและลุ่มลึกยิ่งขึ้น การศึกษานี้จึงนำระเบียบวิธีวิจัยการวิเคราะห์วาทกรรมโดยมีญาณวิทยาสตรีนิยมมาใช้วิพากษ์กฎหมายที่เกี่ยวกับเพศสถานะ

Ref. code: 25645924030033WEF

และเพศวิถี และได้ทบทวนวรรณกรรมจำนวนหนึ่งที่ใช้วิธีการดังกล่าวนี้ในการศึกษา ได้แก่ งานที่มุ่งวิเคราะห์เพื่อแสวงหาความจริงที่ถูกสร้างขึ้นโดยชุดคุณค่าที่อยู่หลังกรอบคิดว่าด้วยเพศของสมาชิกรัฐสภาซึ่งมีส่วนสำคัญในการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรและงานที่มุ่งวิเคราะห์เพื่อแสวงหาการสร้างความจริงขึ้นโดยชุดคุณค่าที่อยู่หลังกรอบคิดว่าด้วยเพศของศาลซึ่งเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจใช้และตีความกฎหมาย ผลการทบทวนโดยสังเขปข้างต้นทำให้เห็นว่า การศึกษาในลักษณะนี้แตกต่างจากการศึกษาแบบนิติศาสตร์โดยแท้ในส่วนแรกอย่างมีนัยสำคัญ แต่ขณะเดียวกันก็มีศักยภาพในการเปิดเผยให้เห็นลักษณะของวิธีการคิดของกฎหมายไทยได้ ซึ่งที่สุดแล้วจะช่วยหนุนเสริมให้การวิจัยแบบนิติศาสตร์โดยแท้เจริญงอกงามและลุ่มลึกยิ่งขึ้นได้ต่อไป

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 3
ความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของกฎหมายไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศและภาวะข้ามเพศ

ก่อนที่การศึกษาจะทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทยผ่านกฎหมายและบริบทแวดล้อมผ่านการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยสามกลุ่มที่กำหนดในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ในบทที่ 4-6 การศึกษาจะทบทวนความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของกฎหมายไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศและภาวะข้ามเพศโดยสังเขปก่อน

ความเข้าใจและทัศนคติของรัฐไทยและกฎหมายไทยตามการเดินของเวลามิได้ดำเนินเป็นเส้นตรง แต่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตามบริบทและเวลา อีกทั้ง มิได้เป็นตามแนวคิดแบบตะวันตกในทุกช่วงเวลา/โดยสิ้นเชิงด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยความหลากหลายทางเพศที่แม้ระบบกฎหมายไทยจะไม่ยอมรับอย่างชัดแจ้งแต่ก็มิได้รังเกียจหรือกีดกันอย่างเด่นชัดเช่นกัน ด้วยเหตุนี้การทบทวนความเข้าใจและทัศนคติของรัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งภาวะข้ามเพศ จึงเป็นสิ่งสำคัญ ก่อนที่จะไปทบทวนการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่การศึกษานี้มุ่งสนใจต่อไปโดยเน้นไปที่การทบทวนในเชิงกฎหมายเนื่องจากเป็นประเด็นหลักของการศึกษาฉบับนี้

การทบทวนนี้เป็นการทบทวนโดยสังเขปเท่านั้น โดยแบ่งเป็นสามส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 3.1 ความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของรัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศ ส่วนที่ 3.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของความเข้าใจและทัศนคติเกี่ยวกับเพศของระบบกฎหมายไทยนับแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา และส่วนที่ 3.3 ข้อจำกัดและข้อวิพากษ์ต่อความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของระบบกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ

3.1 ความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของรัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศ

ในส่วนนี้ การศึกษาทบทวนประเด็นว่าด้วยความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของรัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศ โดยอยู่ในลักษณะพอสังเขปเพียงเพื่อให้เห็นภาพกว้างๆ ว่า มโนทัศน์ ความเข้าใจและทัศนคติ ในเรื่องเกี่ยวกับเพศในสังคมไทยมีความเฉพาะตัว (เช่นเดียวกับสังคมอื่น) อันจะนำไปสู่การทบทวนความเข้าใจและทัศนคติเกี่ยวกับเพศของระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน (นับแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา) เท่านั้น และการวิเคราะห์ในบทถัดๆ ไปจึงจะต้องใช้ความระมัดระวังและอ่อนไหวต่อบริบทเฉพาะเหล่านี้ด้วย

ประเทศไทยตั้งแต่ครั้งเป็นราชอาณาจักรสยามอยู่ภายใต้ระบบทวิเพศ (gender binarism) และระบอบปิตาธิปไตย อย่างไรก็ตาม ความเป็นปิตาธิปไตยของรัฐไทยไม่เหมือนกับปิตาธิปไตยแบบในตะวันตกโดยสิ้นเชิง เนื่องจากพื้นฐานของความสัมพันธ์เชิงครอบครัวในพื้นที่เอเชียตะวันออกเฉียงใต้

Ref. code: 25645924030033WEF

เป็นแบบการสืบเชื้อสายทางแม่ (matrilineality) หรือนับถือแม่เป็นศูนย์กลาง (matrifocus) หากนับเฉพาะช่วงรัตนโกสินทร์ ชนชั้นสูงและชนชั้นล่างของสยามมิได้อยู่ภายใต้ระบบความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศสถานะในรูปแบบเดียวกัน โดยชนชั้นสูงถือระบบชายเป็นใหญ่ เช่น การปฏิบัติตนในระบบผัวเดียวหลายเมีย (polygyny) ความเชื่อในการเข้าถึงธรรมสูงสุดที่ถูกจำกัดไว้เฉพาะเพศชายแบบพุทธเถรวาท ส่วนชนชั้นล่างให้ความสำคัญกับแต่ละเพศเท่าๆ กัน เช่น การมีแนวปฏิบัติแบบสืบเชื้อสายฝ่ายแม่หรือแบบไม่ถือฝ่ายใดเหนือกว่าอีกฝ่ายอย่างชัดเจน[1]

ภาวะดังกล่าวพอจะเห็นภาพได้ดังนี้ ในกรณีของชนชั้นสูง ตัวอย่างเช่น กษัตริย์สยามในช่วงรัตนโกสินทร์ตอนต้นถือแนวปฏิบัติแบบผัวเดียวหลายเมีย การใช้แนวปฏิบัติดังกล่าวมิได้เป็นไปเพราะถือว่าชายเหนือกว่าหญิงเพียงประการเดียว แต่เกิดจากปัจจัยอื่นด้วย เช่น การสร้างเครือข่ายทางการปกครองกับชนชั้นสูงของอาณาจักรหรือเมืองอื่นๆ ด้วยการผูกสัมพันธ์ผ่านการสมรส นอกจากนี้ ชนชั้นกลางที่ต้องการยกสถานะทางสังคมของตัวเองก็ดำเนินตามแนวปฏิบัติดังกล่าวด้วย[2] ในกรณีของชนชั้นล่าง การสืบเชื้อสายของบุคคลเป็นการสืบเชื้อสายทางฝ่ายพ่อและฝ่ายแม่เท่าๆ กันอย่างไม่เป็นระบบ[3] สำหรับความสัมพันธ์ในครัวเรือนในสังคมการเกษตร แม้จะถือว่าชายเป็นหัวหน้าครอบครัว แต่หญิงก็มิได้มีสถานะเป็นผู้อยู่ในอุปการะของชายอย่างสิ้นเชิง โดยทั้งชายและหญิงต่างเป็นผู้ถือครองที่ดินและมีบทบาทในการผลิตเท่าๆ กัน และโดยทั่วไปชายและหญิงก็ได้รับมรดกเท่าๆ กันด้วย[4]

การปรับปรุงระบบเพศให้เป็นแบบตะวันตกเกิดขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงที่สยามปรับปรุงประเทศอันเป็นปฏิกิริยาต่อการแผ่อิทธิพลมาถึงของชาติตะวันตก (เริ่มในราวสมัยรัชกาลที่ 4) และอีกครั้งหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาแรก (ราวรัชกาลที่ 4 ถึงรัชกาลที่ 6) อาทิ การที่รัชกาลที่ 6 นำระบบนามสกุลเข้ามาใช้ในสยาม (ซึ่งเป็นไปภายใต้หลายเหตุผลและส่งผลกระทบในหลายเรื่อง) โดยหนึ่งในผลกระทบที่สำคัญคือการเปลี่ยนระบบการสืบวงศ์ตระกูลจากการนับถือสายแม่หรือไม่นับถือสายใดอย่างชัดเจนเป็นการนับถือสายพ่อ[5]

---

[1] ธนัย เจริญกุล, “การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณ์ความเป็นชาย” 46-47.

[2] Tamara Loos, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand* (Chiang Mai: Silkworm Books, 2006), chapter 4.

[3] ธนัย เจริญกุล, “การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณ์ความเป็นชาย” 46-50.

[4] Duanghathai Buranajaroenkij, *Political Feminism and the Women’s Movement in Thailand: Actors, Debates and Strategies* (Bangkok: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017), 3.

[5] ดู ธนัย เจริญกุล, “การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณ์ความเป็นชาย”.

Ref. code: 25645924030033WEF

การรับเอาความคิดแบบผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) มาใช้กับชนชั้นสูง[6] การเปิดโอกาสให้ผู้หญิงที่ไม่ได้อยู่ในชนชั้นสูงมีการศึกษา (แม้ความคิดตั้งต้นจะเป็นการศึกษาในเรื่องความเป็นแม่และภรรยาที่เหมาะสมซึ่งเป็นการควบคุมบทบาททางเพศและเพศวิถีของผู้หญิงเพื่อเหตุผลบางประการก็ตาม)[7] เป็นต้น ในกรณีของช่วงเวลาหลัง (นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475) กรอบคิดเกี่ยวกับเพศถูกนำไปหนุนเสริมอุดมการณ์ต่างๆ อาทิ ประเด็นว่าด้วยความยุติธรรมเชิงเพศสถานะ (gender justice) ที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ที่สนับสนุนสิทธิเสรีภาพและความเป็นประชาธิปไตย การทำให้ผู้หญิงเป็นภาพแทนของชาติ (“ดอกไม้ของชาติ”) เพื่อหนุนเสริมอุดมการณ์ชาตินิยมในสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม[8] และในสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม เช่นกันที่การแสดงมหรสพที่นักแสดงต้องแสดงแบบตรงเพศ[9] เป็นต้น

ในประเด็นเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ (รวมถึงภาวะข้ามเพศ) อาจกล่าวได้ว่าแม้สังคมสยามแต่เดิมจะกำหนดบทบาททางเพศและความคาดหวังต่อเพศ (ชายและหญิง) ไว้ แต่การกำหนดและคาดหวังนี้มักเป็นการควบคุมเฉพาะในพื้นที่สาธารณะ แต่ผ่อนคลายในพื้นที่ส่วนตัว ตราบใดที่บุคคลยังคงปฏิบัติตนได้สอดคล้องกับบทบาททางเพศและความคาดหวังต่อเพศในพื้นที่สาธารณะได้อย่างถูกต้อง การใช้ชีวิตในเรื่องส่วนตัวของบุคคลนั้นที่แม้จะไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานต่างเพศก็จะไม่ส่งผลกระทบใด อีกทั้ง การใช้ชีวิตในสังคมสยามแต่เดิมก็เปิดโอกาสให้มีการปฏิบัตินอกขนบในลักษณะนี้มากกว่าสังคมตะวันตกด้วย (อาทิ การเล่นละครชาตรีและละครนอกของชาย การ “เล่นเพื่อน” ของข้าหลวงนางใน เป็นต้น)[10]

ปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่สอดคล้องกับลักษณะตามที่กล่าวมา อาจเห็นได้จากการที่สยาม/ไทยไม่เคยกำหนดให้การแสดงออกที่ไม่สอดคล้องกับเพศสรีระโดยกำเนิดเป็นเรื่องต้องห้ามตามกฎหมาย และกรณีของการแสดงออกที่แตกต่างในเชิงเพศวิถี การมีเพศสัมพันธ์กับคนเพศเดียวกันไม่เป็นความผิดทางอาญาในสมัยที่สยามใช้กฎหมายไทยเดิม (กฎหมายตราสามดวง) ในขณะที่กฎหมายของชาติตะวันตกหลายชาติ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากคริสตจักร (โรมันคาทอลิก) กำหนดความผิดลักษณะนี้ไว้ที่เรียกรวมๆ ในภาษาอังกฤษว่า “sodomy law” นอกจากนี้ แม้ในช่วงเปลี่ยนผ่านจาก

---

[6] Duanghathai Buranajaroenkij, *Political Feminism and the Women’s Movement in Thailand: Actors, Debates and Strategies*, 2.

[7] Ibid., 2-3.

[8] Ibid., 3.

[9] นฤพนธ ดวงวิเศษ, “เพศหลากหลายในสังคมไทยกับการเมืองของอัตลักษณ์,” *วารสารสังคมศาสตร์* 25, ฉ. 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556): 145.

[10] เรื่องเดียวกัน, 146-147.

Ref. code: 25645924030033WEF

การใช้กฎหมายไทยเดิมไปเป็นกฎหมายอาญาสมัยใหม่จะมีการกำหนดความผิดลักษณะนี้ไว้ แต่ก็เป็นการตราขึ้นด้วยเหตุอิทธิพลของตะวันตกภายใต้ความรีบเร่งในการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่และใช้บังคับในระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น อีกทั้ง นักกฎหมายสยาม/ไทยในสมัยนั้นก็ไม่เข้าใจความผิดเหล่านี้ดีนัก รวมถึงมีการฟ้องร้องคดีเหล่านี้เป็นจำนวนน้อย จนในท้ายที่สุดเมื่อมีการตราและประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันที่มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2500 จึงไม่ได้บรรจุบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไว้จวบจนปัจจุบันนี้[11]

ทั้งนี้ แม้ทัศนคติของสังคมสยาม/ไทยต่อความหลากหลายทางเพศโดยรวมจะไม่ได้เป็นไปในทางต่อต้าน แต่ระบบเพศและบรรทัดฐานแบบต่างเพศที่สยาม/ไทยได้รับอิทธิพลมาจากตะวันตกนับแต่ช่วงรัชกาลที่ 4 เป็นต้นมา ก็ทำให้ความหลากหลายทางเพศซึ่งรวมถึงการข้ามเพศกลายเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและถูกตั้งอคติตามที่กล่าวไป

อย่างไรก็ดี แม้สังคมไทยในปัจจุบันจะมีอคติต่อความหลากหลายทางเพศ (ในระดับหนึ่งและในบางประเด็น) แต่ “ความหลากหลายทางเพศ” นั้น เป็นกรอบคิดที่มีรากฐานแตกต่างกันระหว่างแบบตะวันตกและแบบไทย และการเคลื่อนไหวทางการเมืองในประเด็นความหลากหลายทางเพศเป็นการเคลื่อนไหวที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่จากความพยายามในการรวมอัตลักษณ์ของเพศที่แตกต่างจากขนบแบบต่างเพศทั้งในเชิงเพศสถานะและเพศวิถีเข้าด้วยกัน (อาทิ “กะเทย” “เกย์” และ “ทอมดี้”) แต่ในความเป็นจริง ประสบการณ์และอคติของสังคมที่แต่ละอัตลักษณ์ประสบไม่ได้หลอมรวมเป็นหนึ่งเดียวกัน (รวมถึงมีความแตกต่างหลากหลายในแต่ละอัตลักษณ์ด้วย)[12] ซึ่งทำให้ไม่สามารถสรุปเป็นคำตอบเดียวได้ว่าทัศนคติของสังคมไทยต่อ “ความหลากหลายทางเพศ” ในแง่การเป็นกรอบคิดเดี่ยวเป็นอย่างไร

ยกตัวอย่างพอให้เห็นภาพ อาทิ ในการศึกษาที่เผยแพร่ในปี ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) ปีเตอร์ แจ็คสัน (Peter Jackson) ได้วิเคราะห์การปรากฏตัวของคำและกรอบคิดที่เกี่ยวกับเพศตั้งแต่ทศวรรษ ค.ศ. 1960 (พ.ศ. 2503) เพื่อพยายามหาคำตอบว่าคำ/กรอบคิดเกี่ยวกับเพศในไทยแตกต่างจากกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะ (gender) และเพศวิถี (sexuality) แบบตะวันตกอย่างไร ซึ่งการสำรวจในเบื้องต้นนี้แสดงให้เห็นว่า “เพศ” ในรัฐไทยมิได้ถูกจำแนกตามกรอบคิดเพศสถานะและเพศวิถีแบบตะวันตกและถึงแม้จะมีการนำกรอบคิดดังกล่าวเข้ามาแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถครอบได้สนิทกับกรอบคิดที่มีอยู่แล้วในรัฐไทย (อย่างน้อยในช่วงเวลาที่ทำการศึกษา)[13] ทั้งนี้ ในงานดังกล่าวแจ็คสัน

---

[11] กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์* 13, ฉ. 12 (2527): 93-94.

[12] นฤพนธ ดวงวิเศษ, “เพศหลากหลายในสังคมไทยกับการเมืองของอัตลักษณ์,”.

[13] Peter A. Jackson, “An Explosion of Thai Identities: Global Queering and Re-Imagining Queer Theory,” *Culture, Health & Sexuality* 2, no. 4, (2000).

Ref. code: 25645924030033WEF

ใช้คำว่า “phet (เพศ)” แทนคำว่า “เพศ” ในรัฐไทย โดยขยายความเป็นภาษาอังกฤษว่า “eroticized genders” (ซึ่งอาจแปลกลับเป็นภาษาไทยได้ว่า “เพศทางกามารมณ์”) เนื่องจากกรอบคิดแบบไทย-ตะวันตกแตกต่างกันตามที่กล่าวไป[14] โดยประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ แบ่งได้เป็นสองประเด็น คือ

1) แต่เดิมก่อนทศวรรษ ค.ศ. 1960 (พ.ศ. 2503) เพศมีอยู่สามเพศ ได้แก่ ผู้ชาย (แบบบรรทัดฐาน) ผู้หญิง (แบบบรรทัดฐาน) และกะเทย โดยเพศกะเทยนี้หมายถึงการผสมผสานระหว่างผู้ชาย-ผู้หญิง/เพศผู้-เพศเมียเท่าๆ กัน และไม่ได้ใช้เฉพาะกับเพศของมนุษย์ ในกรณีเพศที่ใช้กับมนุษย์ ต่อมา เพศกะเทยนี้แตกออกไปเป็นเพศต่างๆ ซึ่งในระยะแรกใช้อธิบายได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง เช่น คำว่า “กะเทยแท้” หมายถึง บุคคลที่มีสองเพศตามธรรมชาติ (hermaphrodite) คำว่า “กะเทยเทียม” หมายถึง บุคคลข้ามเพศ (จากชายเป็นหญิง) ในความหมายปัจจุบัน (ต่อมากลายเป็น “กะเทย”) คำว่า “กะเทยผู้ชาย/กะเทยหนุ่ม/กะเทยประเภทสอง/กระเทียม” หมายถึง เกย์ (ที่มีเพศสรีระเป็นชาย) ในความหมายปัจจุบัน ซึ่งต่อมาจะแตกออกเป็น “เกย์คิง” และ “เกย์ควีน” คำว่า “กะเทยสาว” และ “กะเทยลักเพศ” หมายถึง ผู้หญิงที่แสดงออกเป็นผู้ชาย ซึ่งต่อมาจะเป็นเลสเบียนและได (dyke) แต่สุดท้ายจะใช้แทนด้วยคำว่า “ทอม” ส่วนเพศอีกสองประเภทที่น่าสนใจ คือ “เสือไบ” ซึ่งหมายถึงผู้ชายไบเซ็กซ์ชวล และ “ดี้” ซึ่งหมายถึงผู้หญิงที่ชอบผู้หญิงแต่ไม่มีการแสดงออกแบบผู้ชาย (มาจากคำว่า “lady”) นั้น มีรากฐานมาจากเพศชายและเพศหญิง ตามลำดับ (ไม่ได้แตกออกมาจากเพศกะเทย) แต่สองเพศนี้ยังไม่เกิดขึ้นในระยะแรกที่มีการแตกเพศออกมาจากเพศกะเทย ทั้งนี้ ในเบื้องต้นเห็นได้ว่า หากนำกรอบคิดเพศสถานะและเพศวิถีแบบตะวันตกมาทำความเข้าใจ ก็จะนำมาทาบทับได้ไม่ตรงนัก เนื่องจากกะเทยครอบทั้งเพศสถานะ (เช่น คำว่า “กะเทย” ที่หมายถึงบุคคลข้ามเพศ) และเพศวิถี (เช่น คำว่า “กะเทย” กลุ่มที่ต่อมาจะถูกแทนด้วย “เกย์”) นอกจากนี้ ยังเห็นนัยของการให้ความสำคัญแก่เพศชายเหนือเพศหญิง ผ่านจำนวนของคำที่ใช้แทนเพศที่สื่อถึงชายตามเพศสรีระด้วย[15]

2) เมื่อพิจารณาในรายละเอียดในเรื่องการทำความเข้าใจเพศของรัฐไทยในช่วงเวลาดังกล่าวผ่านการแบ่งเพศสถานะและเพศวิถีแบบตะวันตก จึงเกิดคำถามว่า “เพศ” ที่ปรากฏในรัฐไทยเป็นอัตลักษณ์หรือความพึงพอใจในทางกามารมณ์ เป็นเพศสถานะหรือเพศวิถีหรือไม่สามารถจัดเข้ากรอบคิดดังกล่าวได้เลย[16] จากการทบทวนในข้อ 1) ด้านบน แจ็คสันเสนอว่า เพศแบบไทยมีการผสมผสานกันระหว่างเพศสถานะและเพศวิถี และแม้ว่าจะมีการนำคำแบบตะวันตกมาใช้ (เช่น เกย์) แต่เนื้อหาของกรอบคิด “เพศ” ก็ยังเป็นแบบเดิม (อย่างน้อยในช่วงเวลาที่ศึกษา) เช่น “เกย์” เมื่อนำมาใช้ในไทยอาจไม่ได้มีส่วนที่สื่อถึงเพศวิถีเลยก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในช่วงเวลาหนึ่ง การเป็น

---

[14] Ibid., 407.

[15] Ibid., 409-414.

[16] Ibid., 414.

Ref. code: 25645924030033WEF

"ผู้ชายแท้" สามารถวัดได้ว่ามีความเป็นชายในปริมาณเท่าไร การเป็น "ผู้ชาย 100% / แมน 100%" จึงหมายถึงการมีการแสดงออกแบบตรงเพศและมีความดึงดูดทางเพศกับเพศหญิง "กะเทย" เป็นส่วนผสมระหว่างความเป็นชายและหญิงเท่าๆ กัน "เกย์ควีน" มีระดับความเป็นชายสูงกว่ากะเทย "เกย์คิง" มีระดับความเป็นชายสูงกว่าเกย์ควีน และ "เสือไบ" มีระดับความเป็นชายสูงกว่าเกย์คิง แต่ก็ไม่ใช่ผู้ชาย 100%[17] นอกจากนี้ ในการให้ความหมายทางวิชาการ คำว่า "เพศ" ยังเป็นคำเดียวที่เพียงพอสำหรับใช้แทนทั้ง gender และ sexuality เช่น gender identity และ sexual identity ถอดความเป็นภาษาไทยว่า "อัตลักษณ์ทางเพศ" ได้เช่นเดียวกัน[18] ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อนำมาพิจารณาปรากฏการณ์การปรากฏตัวของคำว่า "เพศ" ในระดับทางการในรัฐไทยในปัจจุบัน (มกราคม 2565) การใช้คำในภาษาไทยก็ยังเป็นไปในลักษณะดังกล่าว เช่น ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยทั่วไป มีแต่คำว่า "เพศ" โดยในคำอธิบายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ระบุว่า ". . . ความแตกต่างเรื่อง 'เพศ' นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังหมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย"[19] ทั้งนี้โดยที่เอกสารดังกล่าวมิใช่กฎหมาย จึงหมายความว่า โดยหลักแล้ว (แต่ไม่ทั้งหมด) เฉพาะคำว่า "เพศ" เท่านั้น ที่ปรากฏในเอกสารที่มีสถานะเป็นกฎหมาย โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program) และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ที่ทำการศึกษาเชิงทบทวนในเรื่องกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในรัฐไทยทั้งในภาษาอังกฤษและภาษาไทย (โดยจัดทำเป็นภาษาไทยก่อน) ได้ใช้คำว่า "Gender Identity" แทน "อัตลักษณ์ทางเพศ" และ "Sexual Orientation" แทน "วิถีทางเพศ" เป็นต้น[20]

นฤพนธ์ ด้วงวิเศษ ตั้งข้อสังเกตโดยสังเขปไว้ว่า อัตลักษณ์ "กะเทย" (การข้ามเพศจากชายไปหญิง ซึ่งเป็นเรื่องของเพศสถานะ) เริ่มจากการอยู่ในความหมายเชิงแปลกประหลาด/น่าขบขัน และปรากฏตัวได้เฉพาะในพื้นที่พิเศษ (เช่น งานรำวง) แต่ต่อมาความหมายเปลี่ยนไปในเชิงลักษณะที่ใกล้เคียงกับความเป็นหญิง อัตลักษณ์กะเทยในยุคปัจจุบันจึงผูกติดอยู่กับพื้นที่ที่สร้างความสนุกสนาน

---

[17] Ibid., 415.

[18] Ibid., 416.

[19] คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), 22-23.

[20] โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) และเครือข่ายบุคคลข้ามเพศแห่งเอเชียแปซิฟิก (APTN), *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*, 9.

Ref. code: 25645924030033WEF

(เช่น แดนเซอร์ คาบาเรต์) และธุรกิจความงามแบบผู้หญิง การเคลื่อนไหวของกลุ่มกะเทยจึงมักเป็นไปในทางเรียกร้องให้สังคมมีทัศนคติที่ดี (เช่น การเรียกร้องให้เปลี่ยนเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารจาก "โรคจิต" ไปเป็นเหตุอื่น) และการเรียกร้องความเท่าเทียมกับเพศตามขนบคือหญิงชาย[21] ส่วนอัตลักษณ์เกย์ (กระแสหลัก) ซึ่งแสดงตนตามมาตรฐานทางเพศแบบผู้ชายที่สังคมคาดหวังไม่ได้มีปัญหาในการใช้ชีวิตประจำวัน และความเป็นเกย์ซึ่งเป็นเรื่องเพศวิถีได้รับการสนองตอบในการหาความสำราญนอกพื้นที่สาธารณะ จึงไม่ได้ส่งผลให้เกิดกลุ่มเคลื่อนไหวในการเรียกร้องความเท่าเทียม แต่มักเป็นการเคลื่อนไหวในเชิงสุขภาพ (เช่น การติดเชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์)[22] ในขณะที่อัตลักษณ์ "ทอมดี้" ขับเคลื่อนด้วยความรักและความเข้าใจซึ่งเป็นเรื่องในพื้นที่ส่วนตัว กลุ่มที่เคลื่อนไหวทางสังคมทำงานแบบไม่เปิดเผยตัวโดยมีวัตถุประสงค์ไปที่การสร้างเสริมความมั่นใจและการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์นี้[23]

การทบทวนพอสังเขปข้างต้นทำให้พอเห็นได้ว่า แม้รัฐไทยจะมีความเข้าใจเรื่องเพศบนฐานของระบบทวิเพศ แต่ก็มิได้มีกระบวนทัศน์และทัศนคติแบบตะวันตกโดยสิ้นเชิง การศึกษาฉบับนี้จึงจะคำนึงถึงจุดนี้เป็นสำคัญโดยมุ่งทบทวนและวิเคราะห์ประเด็นที่มุ่งศึกษาตามบริบทเฉพาะของรัฐไทยในช่วงเวลาที่กำหนด

3.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของความเข้าใจและทัศนคติเกี่ยวกับเพศของระบบกฎหมายไทยนับแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในเชิงกฎหมายของรัฐไทยเกี่ยวกับประเด็นว่าด้วยเพศในระดับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นสองครั้ง ได้แก่ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาคระหว่างหญิงชายเป็นครั้งแรก และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงบนฐานเพศเป็นครั้งแรก การศึกษามุ่งทบทวนเฉพาะการเปลี่ยนแปลงนับจากปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมหรือบัญญัติกฎหมายที่สะท้อนความเข้าใจเกี่ยวกับเพศในระดับฐานรากหลายฉบับ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติรับรองความเท่าเทียมระหว่างเพศ (ชายและหญิง) เป็นครั้งแรก การรับรองดังกล่าวทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ทำให้ชายและหญิงอยู่ในสถานะที่

---

[21] นฤพนธ ดวงวิเศษ, "เพศหลากหลายในสังคมไทยกับการเมืองของอัตลักษณ์," 149-152.

[22] เรื่องเดียวกัน, 152-154.

[23] เรื่องเดียวกัน, 155-156.

Ref. code: 25645924030033WEF

เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นอภิปรายในระดับรัฐสภาเกี่ยวกับประเด็นทางเพศ โดยเฉพาะบทบาททางเพศของชายและหญิง อย่างกว้างขวาง ซึ่งแสดงให้เห็นทัศนคติทั่วๆ ไปของบุคคลและรัฐต่อประเด็นว่าด้วยเพศในสมัยนั้น[24]

การรับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก่อให้เกิดผลกว้างขวางยิ่งกว่านั้น การรับรองหลักการดังกล่าว ประกอบกับภูมิทัศน์ทางการเมืองที่เปิดกว้างขึ้นและกระแสความเข้าใจในเรื่องเพศที่มีมากขึ้นในสังคม ส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศที่สำคัญหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้แก่

กรณีของสิทธิในการใช้ชื่อ มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ในปี พ.ศ. 2548[25] ส่งผลให้หญิงไม่ต้องเปลี่ยนชื่อสกุลตามสามีอีกต่อไปและฝ่ายหนึ่งจะใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายก็ได้[26] การบัญญัติพระราชบัญญัติคำนำหน้านามหญิง พ.ศ. 2551 ทำให้หญิงไม่ต้องเปลี่ยนคำนำหน้านามจาก “นางสาว” เป็น “นาง” เมื่อสมรสแล้ว ปรากฏการณ์การแก้ไขกฎหมายนี้นอกจากจะส่งผลในเชิงสิทธิเสรีภาพแล้ว ยังเปลี่ยนแปลงกรอบคิดเกี่ยวกับบทบาทในครอบครัวอีกด้วย กล่าวคือ ผู้ชายไม่ได้รับการรับรองทางกฎหมายอย่างเป็นทางการให้เป็นหัวหน้าครอบครัวอีกต่อไป

กรณีของความรุนแรงทางเพศ มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2550[27] แต่เดิมการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่กระทำโดยชายต่อหญิงที่ไม่ใช่ภรรยาของตนเท่านั้น[28]

---

[24] ดูเพิ่มเติมได้ใน ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ “ความจริง” ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*, 146-147. ทั้งนี้ ในงานชิ้นเดียวกัน ชลิดาภรณ์ได้วิเคราะห์วาทกรรมในข้ออภิปรายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการค้าบริการทางเพศ คือ การบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ด้วย

[25] พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548.

[26] เป็นผลมาจากการที่ภาคประชาชนร้องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินว่า มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” ขัดหรือแย้งต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ามาตราดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546.

[27] พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

[28] มาตรา 276 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน . . . ” แม้ถ้อยคำทางกฎหมายจะใช้คำว่า “ผู้ใด” กระทำความผิดต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” แต่ “ผู้ใด” ก็ได้รับการตีความว่าหมายถึงชายเท่านั้น และการกระทำชำเราจึงหมายเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น. ดู *พนักงานอัยการจังหวัดพิษณุโลก กับ นายกุหลาบ บุญคง*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 (ศาลฎีกา 2518).

Ref. code: 25645924030033WEF

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครั้งนี้ทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีของการการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ (gender neutrality) ซึ่งหมายความว่าทั้งชายและหญิงเป็นได้ทั้งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ อีกทั้ง นิยามของการกระทำชำเราก็ไม่ถูกจำกัดเพียงการที่อวัยวะเพศชายสอดใส่ไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำอื่นๆ ด้วย เช่น การที่ผู้กระทำใช้อวัยวะอื่นหรือสิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ทั้งนี้ แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2562 ซึ่งทำให้รายละเอียดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเปลี่ยนแปลงไป แต่กรอบคิดบนฐานความเป็นกลางทางเพศซึ่งมิได้มุ่งเน้นที่ “อวัยวะ” ที่กระทำความผิด หรือเพศของผู้กระทำ แต่มุ่งเน้นไปที่ “โครงสร้างเชิงเพศสถานะที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ” ก็ยังเป็นรากฐานสำคัญของความผิดเกี่ยวกับเพศ ยิ่งกว่านั้น กฎหมายยังตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (marital rape) ด้วย นอกจากนี้ การคุกคามทางเพศ (sexual harassment) ที่ไม่เคยเป็นความผิดอาญาก็ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดลหุโทษในปี พ.ศ. 2558 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397[29] (แม้ว่าจะไม่ชัดเจนนักว่าสอดคล้องกับครอบคิดว่าด้วยการคุกคามทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปก็ตาม)

กระแสความคิดว่าด้วยความเท่าเทียมทางเพศ ยังทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายฉบับในหลายเนื้อหา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550[30] ซึ่งกฎหมายเริ่มเข้าใจอำนาจเชิงเพศสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้อยู่ร่วมกันในครอบครัว รวมถึงมีการปรับปรุงกฎหมายแรงงานให้อยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ[31] และในกฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการพลเรือน ก็มีการห้ามมิให้มีการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศโดยอยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศด้วย[32]

กรณีหลักการและวิธีการต่างๆ ในการดำเนินคดีอาญา บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจำนวนหนึ่งมีเนื้อหาที่มีความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถีอยู่แล้วตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปี พ.ศ. 2477 โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ ได้แก่ มาตรา 85 ว่าด้วยการค้นตัวผู้ต้องหาโดยเจ้าพนักงานหลังจากเจ้าพนักงาน

---

[29] มาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

[30] ต่อมาถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562.

[31] มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551. โดยแต่เดิมกำหนดให้ห้ามกระทำการล่วงเกินทางเพศเฉพาะลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็ก

[32] มาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553.

Ref. code: 25645924030033WEF

ได้จับหรือรับตัวผู้ต้องหาไว้ โดยกำหนดวิธีการค้นตัวผู้ต้องหาที่เป็นหญิงว่า "การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น"[33] ยิ่งกว่านั้น ในปี พ.ศ. 2551 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมหลายเรื่องในแง่พยานหลักฐาน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้เป็นไปในทางที่สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น โดยรวมถึงในประเด็นความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถีด้วย สำหรับเจตนารมณ์ที่เผยแพร่อย่างเป็นทางการนั้นปรากฏอยู่สั้นๆ ตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ว่า ". . . โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาด้านเทคโนโลยีของประเทศในปจจุบัน . . ."[34] ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่สำคัญ อาทิ ในการรวบรวมพยานหลักฐานในกระบวนการสอบสวนนั้น การตรวจตัวผู้เสียหาย (ในกรณีที่ยินยอม) หรือผู้ต้องหา เพื่อที่จะพบสิ่งที่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ หากบุคคลเหล่านี้เป็นหญิง ให้พนักงานสอบสวนจัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ และหากมีกรณีที่มีเหตุอันสมควร บุคคลเหล่านี้สามารถขอนำบุคคลอื่นใดมาอยู่ร่วมในการตรวจได้[35] ในการถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงในการสอบสวนคดีความผิดเกี่ยวกับเพศให้จัดให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้ทำการสอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น โดยให้มีบุคคลใดอยู่ร่วมในการสอบสวนก็ได้[36] ในการพิจารณาคดีความผิดเกี่ยวกับเพศห้ามไม่ให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามที่เกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่น ทั้งนี้ ศาลอาจอนุญาตให้นำสืบในลักษณะดังกล่าวได้ แต่เฉพาะในกรณีที่จำเลยมีคำขอและศาลเห็นว่าจะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น[37] เป็นต้น

ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร ด้วยเหตุที่แต่เดิมกระทรวงกลาโหมใช้เหตุผลบนฐานการเป็นโรคจิตมาเป็นเหตุยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง จึงส่งผลให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นดังกล่าวรวมถึงมีการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองด้วย กระทั่งในปี พ.ศ. 2555 ด้วยผลของการเคลื่อนไหวและ

---

[33] มาตรา 85 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

[34] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551.

[35] มาตรา 132 (1) วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551.

[36] มาตรา 133 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551.

[37] มาตรา 226/4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551.

Ref. code: 25645924030033WEF

คำพิพากษาของศาลปกครองประกอบกัน กฎกระทรวงที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมจึงมีการประกาศใช้โดยเปลี่ยนเหตุยกเว้นให้สอดคล้องกับบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization) เป็น "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)"[38] อีกทั้งเหตุยกเว้นดังกล่าวก็มิได้ยึดเอาการแปลงเพศทางกายภาพเป็นสำคัญเท่านั้น แต่ยึดการตรวจทางจิตที่ดำเนินการโดยแพทย์ด้วย

ในปี พ.ศ. 2558 รัฐได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติทางเพศโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดย "เพศ" ในพระราชบัญญัตินี้มิได้จำกัดเพียงเพศทางชีวภาพตามเพศกำเนิดคือชายและหญิงเท่านั้น แต่รวมถึงการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (หมายถึง เพศสถานะ - gender) ด้วย[39] และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ห้ามมิให้กระทำ (ผ่าน "นโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติ") มิได้ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐเท่านั้น แต่รวมถึงภาคส่วนอื่น ได้แก่ "รัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด"[40]

นอกจากนี้ ในทศวรรษ พ.ศ. 2550 ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน (มกราคม 2565) แม้จะยังไม่ประสบผลสำเร็จในเชิงรูปธรรมเป็นกฎหมาย แต่ภาวะเปิดกว้างทางเพศมากขึ้นในปริมณฑลกฎหมายและการเมืองก็ทำให้เกิดการเคลื่อนไหวเรียกร้องและความพยายามในการบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายฉบับในหลายเนื้อหา เช่น กฎหมายว่าด้วยการเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสของบุคคลเพศสรีระเดียวกัน

3.3 ข้อจำกัดและข้อวิพากษ์ต่อความเข้าใจและทัศนคติโดยทั่วไปของระบบกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ

ในแง่ความเข้าใจและทัศนคติต่อภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ แม้ลักษณะในเชิงทางการของกฎหมายถูกปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถียิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวค่อนไปในทางที่เน้น "ความเท่าเทียม/ความเสมอภาค (equality)" (ในเชิงทางการ/รูปแบบ) และอาจไม่ได้หมายความว่ากฎหมายเข้าใจ ตระหนักรู้และยอมรับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศโดยสมบูรณ์ หรือกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายไทยไม่ห้ามการแสดงออกทางเพศที่นอกเหนือไปจากหญิงและชาย แต่กฎหมายไทยก็มิได้ยอมรับเพศ

---

[38] กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

[39] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

[40] มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

Ref. code: 25645924030033WEF

เหล่านี้อย่างเป็นทางการ หรืออยู่ในภาวะ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้”[41] ส่วนนี้จึงทบทวนลักษณะดังกล่าวโดยสังเขป เพื่อที่จะนำไปสู่การทบทวนและการทำความเข้าใจกฎหมายสามกลุ่มที่จะทบทวนและวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4-6

ในแง่รัฐธรรมนูญ นับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับได้บัญญัติหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ไว้ และเพศก็เป็นหนึ่งในฐานของการเลือกปฏิบัติที่รัฐไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม คำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญไม่เคยถูกขยายความในระดับทางการด้วยถ้อยคำที่กว้างกว่า “เพศ” ซึ่งมีนัยสื่อเฉพาะเพศทางสรีระโดยกำเนิด (ได้แก่หญิงและชาย) เลย ในกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ แม้จะมีการต่อรองเพื่อที่จะขยายถ้อยคำของคำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญให้กว้างกว่าเพศสรีระในกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่า คำว่า “เพศ” ครอบคลุมทุกความหมายแล้ว จึงให้คงเฉพาะคำว่า “เพศ” ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งลักษณะดังกล่าวยังคงเป็นไปตามเดิมในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ. 2560) ด้วยเหตุนี้ ความหมายของคำว่า “เพศ” ที่กว้างกว่าความหมายทั่วไป คือ “. . . หมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย . . .”[42] จึงปรากฏเฉพาะในบันทึกเจตนารมณ์ประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ (ซึ่งเป็นเพียงเอกสารที่บันทึกเจตนารมณ์ของการยกร่างแต่มิใช่กฎหมาย) เท่านั้น กล่าวโดยสรุป “เพศ” ในทางกฎหมายจึงยังคงมีความคลุมเครือและไม่ชัดเจนว่าความหมายแคบหรือกว้างเพียงใด

แม้ว่าในปี พ.ศ. 2558 จะมีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ตามที่กล่าวไป แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ถูกวิพากษ์ในหลายประเด็น ประเด็นที่สำคัญที่สุดคือกรณีข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่มีเหตุมาจากเพศ ซึ่งพระราชบัญญัติฯ กำหนดว่า การกระทำจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หากเป็น “การขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ”[43] ทั้งนี้ ข้อยกเว้นที่ถูกตั้งคำถามว่ามีแนวโน้มจะขัดต่อหลักการเกี่ยวกับเพศ คือ กรณี “การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ” เนื่องจากข้อยกเว้นด้วยเหตุผลเหล่านี้ไม่มี

---

[41] ดูตัวอย่างการเคลื่อนไหวเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศในช่วงปี พ.ศ. 2544-2550 ใน วราภรณ์ แช่มสนิท, *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*, 49-60.

[42] คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*, 22-23.

[43] มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความชัดเจน อาจถูกตีความได้อย่างกว้างขวาง และมักถูกนำมาใช้เพื่อกระทำการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ[44] ข้อวิพากษ์นี้เป็นประเด็นสำคัญที่ศึกษาในการศึกษาฉบับนี้

ในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ในปี พ.ศ. 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศอีกครั้ง โดยครั้งนี้เป็นการแก้ไขปัญหาความคลุมเครือของถ้อยคำและการจัดระบบของความผิดเกี่ยวกับเพศ ความคลุมเครือที่กล่าวถึงนี้ เช่น นิยามของการกระทำชำเราที่อวัยวะของผู้กระทำไม่จำกัดเพียงอวัยวะเพศชายและอวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำกัดเฉพาะอวัยเพศหญิง โดยการกระทำของการกระทำชำเรา คือ การ “กระทำกับ”[45] ซึ่งถูกวิพากษ์ว่าทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าการกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จนั้นเป็นอย่างไร เนื่องจากหากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำแล้ว การ “กระทำกับ” ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำ/สอดใส่ และส่งผลให้เกิดความคลุมเครือว่าการกระทำหนึ่งเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ การพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารที่เป็นความผิดสำเร็จ[46] เป็นต้น ต่อมา จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องนี้อีกครั้ง ในปี พ.ศ. 2562 การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ได้กำหนดนิยามใหม่ให้แก่การกระทำชำเรา โดยเป็นไปในทางที่คล้ายคลึงกับความผิดฐานนี้ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งหลักการบางประการของการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 กล่าวคือ การกระทำชำเราถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นการกระทำโดยผู้กระทำใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ (ซึ่งทำให้ตีความได้ว่าเป็นได้เพียงชายเท่านั้น) อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

---

[44] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 29.

[45] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

[46] รณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553,” ใน *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ*, บรรณาธิการโดย สุรศักดิ์ มณีศร (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553). ทั้งนี้ ต่อมาศาลได้มีคำพิพากษาเป็นแนวทางว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 เป็นเพียงการเพิ่มอวัยวะในการกระทำ-ถูกกระทำเท่านั้น โดยมิได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของการกระทำ การกระทำทางเพศที่จะเป็นการกระทำชำเราจึงหมายเฉพาะการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายหรือสิ่งอื่นใด (ไปสู่อวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก-ช่องปากของบุคคลเพศใดก็ได้) เท่านั้น. ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 (ศาลฎีกา 2555); คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557 (ศาลฎีกา 2557). การตีความทางวิชาการบางความเห็นรวมไปถึงการที่หญิงบังคับให้ชายนำอวัยวะเพศล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศของตนด้วย อาทิ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ที่เขียนคำอธิบายในบริบทของกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแก้ไขครั้งดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหลังมีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550 จึงพอจะสรุปได้ว่าเกียรติขจรมีความเห็นในลักษณะนี้ทั้งต่อการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2562. ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557 แก้ไขเพิ่มเติม 2562), ใบแทรก.

Ref. code: 25645924030033WEF

(ซึ่งจะเป็นเพศใดก็ได้)[47] นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะเป็นไปเพื่อความชัดเจนของกฎหมายอาญาแล้ว เหตุผลของการแก้ไขเพิ่มเติมที่ปรากฏยังเป็นไปเพื่อทำให้ความหมายของการกระทำชำเรา "สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ" ด้วย[48] จากตัวอย่างพอสังเขปนี้ กล่าวได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวสามารถขจัดความคลุมเครือในทางกฎหมายอาญาออกไปได้ แต่ก็ก่อให้เกิดคำถามที่ควรขบคิด เมื่อพิจารณารากฐานความคิดของการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาจากมุมมองของสาขาวิชาที่ศึกษาเกี่ยวกับเพศ ประเด็นนี้จะถูกนำไปทบทวนและวิเคราะห์ต่อไปในการศึกษาฉบับนี้

นอกจากประเด็นนิยามของการกระทำชำเราที่เปลี่ยนแปลงไปในช่วง 13 ปีที่เป็นประเด็นหลักในการศึกษาฉบับนี้แล้ว อีกประเด็นหนึ่งที่เป็นที่อภิปรายได้ที่เกี่ยวข้องกับ "การไม่ปรากฏ" ของบุคคลข้ามเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศ คือ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 หรือการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 คำว่า "อวัยวะเพศ" เป็นคำที่ไม่มีบทนิยาม ดังนั้น โดยหลักแล้วจึงหมายเฉพาะอวัยวะเพศจริงๆ ของมนุษย์เท่านั้น ปรากฏการณ์นี้ทำให้เกิดคำถามว่าอวัยวะเพศที่ผ่านการเปลี่ยนแปลงหรือทำขึ้นด้วยวิธีการทางการแพทย์เป็นอวัยวะเพศที่เป็นองค์ประกอบภายนอก (ทั้งส่วนผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ทั้งนี้ นักวิชาการจำนวนหนึ่งได้พยายามตีความให้ครอบคลุมไปถึงอวัยวะเพศในลักษณะดังกล่าว เช่น คณพล จันทน์หอม มีความเห็นว่า อวัยวะเพศควรตีความให้รวมถึงอวัยวะเพศในลักษณะนี้ด้วย แต่อวัยวะดังกล่าวต้องมีอวัยวะเพศเดิมของบุคคลนั้นซึ่งเป็นอวัยวะเพศจริงๆ เป็นส่วนประกอบ หากอวัยวะเพศที่ผ่านการศัลยกรรมมาไม่มีส่วนของอวัยวะเพศเดิมอยู่เลย อาจเป็นได้เพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น[49] (เนื่องจากความผิดฐานกระทำอนาจารไม่ได้ระบุให้อวัยวะใดเป็นองค์ประกอบภายนอก)

ในกรณีหลักการและวิธีการต่างๆ ในการดำเนินคดีอาญา แม้บทบัญญัติจำนวนหนึ่งจะมีความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถีตั้งแต่เริ่มใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปี พ.ศ. 2477 หรือมีทิศทางไปในทางบวกหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2551 และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งอื่นๆ แต่หลักการ เนื้อหา หรือการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเหล่านี้ก็ยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ อาทิ ในกรณีการสอบปากคำผู้เสียหายที่เป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ บทบัญญัติยังคงกำหนดข้อยกเว้นให้พนักงานสอบสวนชายเป็นผู้ทำการสอบสวนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

---

[47] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

[48] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

[49] คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 549.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในกรณี “มีเหตุจำเป็นอื่น” ที่ในทางปฏิบัติรวมถึงกรณีการขาดแคลนพนักงานสอบสวนหญิงด้วย อันเป็นข้อจำกัดทางด้านการบริหารจัดการองค์กรและทรัพยากรบุคคลของภาครัฐ[50] และในกรณีที่ชัดเจนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้มากที่สุด (แม้จะไม่ได้เป็นกฎหมายกลุ่มที่นำมาศึกษา) ได้แก่ ความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถีเหล่านี้จำกัดเฉพาะกรณี “เพศหญิง” เท่านั้น ทั้งนี้ เมื่อระบบเพศของระบบกฎหมายไทยเป็นแบบทวิเพศ ในทางกฎหมาย “ผู้หญิง” ไม่ว่าจะเป็นในกรณีการค้นตัวหลังเจ้าพนักงานจับหรือรับตัว การตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาในการสอบสวน และการถามปากคำผู้เสียหายในการสอบสวนคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงหมายถึงผู้หญิงตามเพศสรีระโดยกำเนิดเท่านั้น

ในประเด็นการเกณฑ์ทหาร แม้เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่ใช้กับบุคคลข้ามเพศ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” จะแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของรัฐที่ไม่ตีตราบุคคลข้ามเพศ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเดียวกันก็ยังคงถ้อยคำในภาษาอังกฤษ “gender identity disorder” ตามบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลกไว้ท้ายเหตุยกเว้นฯ ในภาษาไทยด้วย ทั้งนี้ ถ้อยคำภาษาอังกฤษดังกล่าว ซึ่งควรแปลตรงตัวได้ว่า “ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ” ยังแสดงให้เห็นถึงการรับรู้ว่าภาวะข้ามเพศเป็นโรคชนิดหนึ่ง ปรากฏการณ์นี้จึงแสดงให้เห็นถึงการตัดสินใจของภาครัฐในเรื่องเพศที่มิได้ยึดหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ แต่ยังคงยึดวาทกรรมทางการแพทย์ (medical discourse) เป็นอย่างมากด้วย[51]

นอกจากนี้ ในแง่การตระหนักรู้เพศที่มากกว่าชายหรือหญิงในเชิงบวก (การเปลี่ยนเพศ) นั้น รัฐไทยก็ไม่มีกฎหมายออกมาแต่อย่างใด แม้ว่าจะเคยมีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยอมรับเพศเมื่อต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 แต่ก็มีการถกเถียงและข้อเสนอตกไป ด้วยเหตุผลต่างๆ ที่ไม่สอดคล้องกับความเข้าใจเชิงเพศสถานะ อาทิ การทำให้ไม่ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นเพศใดและทำให้สำคัญผิดว่าเป็นเพศที่ตนประสงค์จะมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วย การทำให้เกิดผลเสียต่อสถาบันครอบครัว ความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดจะหลบหนีการดำเนินการทางกฎหมายด้วยการเปลี่ยนเพศ เป็นต้น[52] ความเห็นต่างๆ เหล่านี้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนถึงวิธีการคิดในระบบสองเพศคือชายกับหญิง ต่อมา ในปี พ.ศ. 2560 มีการเผยแพร่ร่างพระราชบัญญัติการรับรองเพศ พ.ศ. .... ของกรมกิจการสตรี

---

[50] ธีรนัย จารุวัสตร์, “คดีทางเพศมีทุกวัน แต่ ‘พนักงานสอบสวนหญิง’ ยังเป็นอาชีพที่ขาดแคลน,” ประชาไท, 12 เมษายน 2565, https://prachatai.com/journal/2022/04/98108.

[51] บางความเห็นมองว่าเป็นการแปลความที่ทันสมัยและก้าวหน้ากว่าองค์การอนามัยโลก. ดู อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย” 419.

[52] วราภรณ์ แช่มสนิท, *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*, 58. ดูเพิ่มเติมใน United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 32-35.

Ref. code: 25645924030033WEF

และสถาบันครอบครัว กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ อย่างไม่เป็นทางการ โดยมีข้อห่วงกังวลจากภาคประชาสังคมต่อกรณีที่ร่างกฎหมายยังคงบัญญัติหลักเกณฑ์การรับรองเพศไว้อย่างจำกัด เช่น ต้องมีการผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศก่อน รวมถึงเรียกร้องให้กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายมากขึ้น ต่อมาการศึกษาและการดำเนินการเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติจึงถูกพักไว้ก่อน[53]

ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือทะเบียนสมรส) กระบวนการตรากฎหมายเหล่านี้เป็นไปอย่างเชื่องช้าและกินเวลายาวนานโดยย้อนไปได้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2556 และเนื้อหาของร่างกฎหมายแต่ละร่างก็แตกต่างกัน โดยร่างที่ดำเนินการโดยรัฐมักจำกัดอยู่ในกรอบคิดแบบทวิเพศ ยกตัวอย่างเช่น การที่ร่างกฎหมายที่เป็นทางการทั้งหมดอยู่ในลักษณะของการจดทะเบียนสองระบบ คือ ระบบทะเบียนสมรส (คู่ต่างเพศ) และระบบทะเบียนคู่ชีวิต (คู่เพศเดียวกัน) โดยแม้แต่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งเป็นร่างที่จัดทำโดยรัฐที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นครั้งที่ 3 เปิดให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเดือนมกราคม 2562 (“ร่างที่ 3”) และโดยกระทรวงยุติธรรมในเดือนสิงหาคม 2562 และต่อมาถูกนำไปปรับปรุงและได้รับความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีให้เสนอต่อรัฐสภาเมื่อเดือนกรกฎาคม 2563 (“ร่างที่ 4”) ก็อยู่ในลักษณะดังกล่าว การที่ร่างที่ 1 เมื่อปี พ.ศ. 2556 ที่เสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (“ร่างที่ 1”) และร่างที่ 3 ไม่รับรองสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมแก่ผู้ที่จดทะเบียนคู่ชีวิต[54] การที่ร่างที่ 3 กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกในบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการรับรองสิทธิส่วนใหญ่ของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตโดยอนุโลม ซึ่งถูกวิพากษ์ว่ามีความเสี่ยงที่จะเปิดช่องให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปในเชิงสนับสนุนสิทธิของคู่เพศเดียวกันเท่าที่ควร เนื่องจากการใช้โดยอนุโลมหมายถึงการนำมาปรับใช้เท่าที่จะพอใช้ได้[55] ส่วนร่างกฎหมายที่เสนอโดยภาคประชาชนมักอยู่ในลักษณะที่สนับสนุนสิทธิเสรีภาพและเข้าใจกรอบคิดว่าด้วยเพศมากกว่า เช่น ร่างที่เสนอในปี พ.ศ. 2556 ที่เสนอโดยภาคประชาชนที่รับรองสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน และร่าง

---

[53] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 32.

[54] ต่อมา เมื่อร่างที่ 3 ถูกนำไปปรับปรุงเป็นร่างที่ 4 หลังจากรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน ก็เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมไป. ดู “ครม.เสนอ ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิตต่อสภา ครั้งแรกของไทยมีกม.รองรับคู่สมรสเพศเดียวกัน,” Thaipublica, 8 กรกฎาคม 2563, https://thaipublica.org/2020/07/lgbtq-law/.

[55] ดู กฤษฎา ศุภวรรธนะกุล, “ร่าง พ.ร.บ.คู่ชีวิต ฉบับกรมคุ้มครองสิทธิ์ เมื่อรักเรา (ศักดิ์ศรี) ไม่เท่ากัน,” ประชาไท, 7 มิถุนายน 2560, https://prachatai.com/journal/2017/06/71823.

Ref. code: 25645924030033WEF

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของพรรคก้าวไกลที่ร่วมมือกับภาคประชาสังคมที่เสนอในเดือนมิถุนายน 2563 ที่มุ่งทำให้การรับรองความสัมพันธ์ของทุกเพศมาอยู่ในระบบเดียวคือการจดทะเบียนสมรส[56] นอกจากนี้ เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2564 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 วินิจฉัยว่าการสมรสที่ทำได้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และแสดงตรรกะการให้เหตุผลเกี่ยวกับเพศและความเป็นธรรมชาติของเพศไปในทิศทางอนุรักษ์นิยมอย่างยิ่งและไม่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี โดยเชื่อมโยงเพศ ครอบครัว และ “ข้อเท็จจริงตามธรรมชาติ” แบบทวิเพศและบรรทัดฐานต่างเพศเข้าด้วยกัน[57]

การทบทวนในบทนี้พอจะทำให้เห็นภาพรวมของความเข้าใจและทัศนคติของรัฐไทยในประเด็นเกี่ยวกับเพศในภาพกว้างผ่านกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อมูลพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการทำความเข้าใจปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีสามกลุ่มที่กำหนด ซึ่งได้ตราหรือแก้ไขเพิ่มเติม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 จนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2562 รวมทั้งสิ้นเป็นระยะเวลา 13 ปี ในบทที่ 4-6 การศึกษาจะทบทวนและวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยกำหนดให้หนึ่งบทเป็นทั้งการทบทวนและการวิเคราะห์กฎหมายหนึ่งกลุ่ม ก่อนที่จะวิเคราะห์กฎหมายทั้งสามกลุ่มรวมกันและสรุปผลการศึกษาในบทที่ 7 ต่อไป ทั้งนี้ โดยมีการนำกรอบคิดทฤษฎีเฉพาะที่แตกต่างกันมาใช้สำหรับการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่มด้วย

กฎหมายแต่ละกลุ่มและกรอบคิดทฤษฎีเฉพาะที่นำมาใช้ในบทที่ 4-6 เป็นดังนี้

บทที่ 4 กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร: พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (ได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497) โดยใช้กรอบคิดว่าด้วย “อสูรกาย (Monster)” ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[58] ที่ถูกประยุกต์ใช้โดยแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในงาน *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law* (2010) เพื่อทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของวาทกรรมการแพทย์และกฎหมายในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

---

[56] “Pride Month: สำรวจ ร่าง พ.ร.บ.คู่ชีวิต-กฎหมายแพ่งว่าด้วยการสมรส,” iLaw, 18 มิถุนายน2563, https://ilaw.or.th/node/5695.

[57] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[58] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*.

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 5 กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ: พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดยทบทวนลักษณะการปรากฏตัวของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)” ในกฎหมายไทย และวิเคราะห์ประกอบกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว เพื่อหาคำตอบว่าการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยวางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติมีข้อจำกัดอย่างไรในประเด็นความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นภาพกว้างของภาวะข้ามเพศ

บทที่ 6 กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ: บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและนิยามของการกระทำชำเรา) ทั้งนี้ โดยที่เนื้อหาของกฎหมายนี้เกี่ยวข้องทั้งในพรมแดนของกฎหมายอาญาและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี จึงใช้ “หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)” ในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอาญา และใช้กรอบคิด “การใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)” เมื่อพิจารณาการปะทะของวาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี (ในลักษณะที่ให้ความหมายเกี่ยวกับเพศอย่างจำกัด) ที่มีบทบาทในปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่สองครั้ง ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับฐานคิดในช่วงระยะเวลา 13 ปี

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 4
การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

บทนี้แบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ ได้แก่ ส่วนที่ 4.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร และส่วนที่ 4.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ทั้งนี้ โดยมีกฎหมายฉบับหลักที่พิจารณา คือ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศ (ได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497) และมีการใช้กรอบคิดว่าด้วย "อสูรกาย (Monster)" ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[1] ที่ถูกประยุกต์ใช้โดยแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในงาน *Foucault's Monsters and the Challenge of Law* (2010) มาทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของวาทกรรมการแพทย์และกฎหมายในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

4.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร

รัฐไทยกำหนดให้พลเมืองเพศชาย (ตามเพศสรีระโดยกำเนิด) ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารโดยบัญญัติไว้ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ[2] และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ[3] สถานะของบุคคลข้ามเพศกับการเกณฑ์ทหารโดยการบังคับดำเนินไปได้อย่างไม่ราบรื่นนักและเป็นประเด็นที่สามารถอภิปรายถกเถียงได้อย่างกว้างขวาง การยกเว้นการเกณฑ์ทหารทุกเหตุ ซึ่งรวมถึงกรณีภาวะข้ามเพศต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งล้วนแล้วแต่อยู่บนฐานคิดว่าด้วยคนที่มีลักษณะต่ำกว่ามาตรฐานที่รัฐประสงค์ (underqualified) การเปลี่ยนแปลงของสำนึกและวิธีการคิดต่อบุคคลที่มีคุณสมบัติ "ต่ำกว่ามาตรฐาน" เหล่านี้ จึงมีความสำคัญและจะเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยร้อยเรียงรากฐานความเข้าใจของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศได้

---

[1] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*.

[2] เช่น ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) มาตรา 50 ที่บัญญัติว่า "บุคคลมีหน้าที่ ดังต่อไปนี้ . . . (2) ป้องกันประเทศ พิทักษ์รักษาเกียรติภูมิ ผลประโยชน์ของชาติ และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งให้ความร่วมมือในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย . . . (5) รับราชการทหารตามที่กฎหมายบัญญัติ"

[3] มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

Ref. code: 25645924030033WEF

กล่าวโดยสังเขปในเบื้องต้น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแก่รัฐในการเกณฑ์ทหารและกำหนดหน้าที่ของบุคคลในการเกณฑ์ทหาร คือ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดลักษณะกลุ่มคนที่ต่ำกว่ามาตรฐานซึ่งไม่ควรรับราชการทหารไว้ ได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพ.ร.บ.รับราชการทหาร พ.ศ. 2497 (“กฎกระทรวง ฉบับที่ 37”) ด้วยเหตุที่เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารในกฎกระทรวงฉบับนี้ (รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมต่อมา) มีอยู่อย่างจำกัด แม้บุคคลเพศชายโดยกำเนิดที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหาร แต่เหตุผลที่ระบุ คือ การเป็น “โรคจิต” ทั้งนี้ หลังจากมีการเคลื่อนไหวเรียกร้อง กระทรวงกลาโหมจึงได้เพิ่มเติม “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” ไปเป็นหนึ่งในเหตุของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับผู้มีความหลากหลายทางเพศในปี พ.ศ. 2555 ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 โดยการตรากฎกระทรวงฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพ.ร.บ.รับราชการทหาร พ.ศ. 2497 (“กฎกระทรวง ฉบับที่ 75”)

4.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

การศึกษานี้มุ่งศึกษากฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับคนข้ามเพศ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายในประเด็นนี้มิได้บัญญัติอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพียงฉบับเดียว แต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดข้อยกเว้นของการไม่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารไว้ และกฎหมายลำดับรองเหล่านี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งจนกระทั่งมีลักษณะดังเช่นในปัจจุบัน ดังนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจึงประกอบด้วยกฎหมายจำนวนสี่ฉบับตามที่ทบทวนไว้ด้านล่าง

1) พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 226 ลงวันที่ 15 ตุลาคม 2515

มาตรา 7

ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน

มาตรา 28 ทวิ

ให้ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมกำหนดตามมาตรา 28 แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจเลือกขึ้นในท้องที่แต่ละจังหวัด เพื่อทำการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารกองประจำการ โดยให้ประกอบด้วยนายทหารสัญญาบัตรซึ่งมียศไม่ต่ำกว่าพันโทหนึ่งคนเป็นประธานกรรมการ นายทหารสัญญาบัตรซึ่งมียศหรือเทียบเท่าไม่สูงกว่าประธานกรรมการไม่เกินสองคน สัสดีจังหวัดหรือผู้แทนหนึ่งคน ซึ่งมิได้ประจำอยู่ในท้องที่จังหวัดที่ตรวจเลือกนั้น และนายทหารสัญญาบัตรซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ แผนปัจจุบันชั้น 1 สาขาเวชกรรม หนึ่งคนหรือหลายคนเป็นกรรมการ

Ref. code: 25645924030033WEF

ถ้าไม่อาจแต่งตั้งนายทหารสัญญาบัตรซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะดังกล่าวเป็นกรรมการได้ ก็ให้แต่งตั้งผู้อื่นซึ่งเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ แผนปัจจุบันชั้น 1 สาขาเวชกรรม แทน

หน้าที่ของกรรมการตรวจเลือกและวิธีการตรวจเลือก ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 41

ทหารกองประจำการ ทหารกองเกิน หรือทหารกองหนุน ซึ่งยังไม่ครบกำหนดปลดพ้นราชการทหาร ถ้าพิการทุพพลภาพ หรือมีโรคซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ก็ให้ปลดพ้นราชการทหารประเภทที่ 1 หรือที่ 2 แล้วแต่กรณี

ถ้าเป็นนายทหารสัญญาบัตรถูกถอดหรือออกจากยศ ก็ให้ปลดเป็นพ้นราชการทหารประเภทที่ 2

ทั้งนี้ ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพร้อมด้วยสัสดีจังหวัดออกหนังสือสำคัญหรือใบสำคัญให้แก่ทหารตามประเภทที่ถูกปลดไว้เป็นหลักฐาน

มาตรา 51

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงร่วมกันเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

2) กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2555)

กฎกระทรวงฉบับที่ 37 ถูกตราขึ้นในปี พ.ศ. 2516 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2518 โดยไม่มีเหตุยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ จนกระทั่งต่อมามีการตรากฎกระทรวงอีกสองฉบับเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมให้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับคนข้ามเพศ (ได้แก่ บทบัญญัติที่จะทบทวนต่อไปในข้อที่ (3) และ (4))

ข้อ 3

ในการตรวจร่างกาย ให้คณะกรรมการแบ่งคนที่ได้ตรวจเลือกออกเป็น 4 จำพวก

จำพวกที่ 1 ได้แก่คนซึ่งมีร่างกายสมบูรณ์ดีไม่มีอวัยวะพิการหรือผิดส่วนแต่อย่างใด

จำพวกที่ 2 ได้แก่คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ คือ

(1) ...

(2) ...

(3) ...

. . .

(11) ...

จำพวกที่ 3 ได้แก่คนซึ่งมีร่างกายยังไม่แข็งแรงพอที่จะรับราชการทหารในขณะนั้นได้ เพราะป่วยซึ่งจะบำบัดให้หายภายในกำหนด 30 วันไม่ได้

จำพวกที่ 4 ได้แก่คนพิการทุพพลภาพ หรือมีโรคที่ไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 41

(3) กฎกระทรวงฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

ขอ 2 โรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจ ซึ่งไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามมาตรา 41 คือ

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(11) โรคทางจิตเวช

(ก) โรคจิตหรือโรคที่ทำให้จิตผิดปกติอย่างรุนแรงและถาวร

(12) โรคอื่น ๆ

(ก) กระเทย (Hermaphrodism)

4) กฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (12) ของวรรคสาม ในข้อ 3 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 47 (พ.ศ. 2518) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

(12) ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)

เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 นี้ ได้รับการเพิ่มเติมภายใต้กลุ่มบุคคลจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 37 เมื่อปี พ.ศ. 2555 อันเป็นผลมาจากการเคลื่อนไหวเรียกร้องโดยกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ดังที่จะได้ทบทวนต่อไป

นอกจากนี้ ตามคู่มือสำหรับแพทย์ที่เป็นกรรมการการตรวจร่างกายและควบคุมการจับฉลาก ออกโดยกองวิทยาการ กรมการแพทย์ทหารบก บุคคลข้ามเพศที่มีการทำศัลยกรรมแปลงเพศหรือหน้าอกแล้ว กรรมการแพทย์สามารถระบุให้เป็นผู้ไม่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารได้

ในกรณีที่บุคคลนั้นยังไม่ผ่านการทำศัลยกรรมดังกล่าวแต่มีลักษณะของคนข้ามเพศ ให้กรรมการแพทย์นำเข้าบัญชีผ่อนผันให้ไปเกณฑ์ทหารในปีถัดไป (ถูกจัดชั่วคราวให้เป็นคนจำพวกที่ 3 ได้แก่ คนซึ่งมีร่างกายยังไม่แข็งแรงพอที่จะรับราชการทหารในขณะนั้นได้ เพราะป่วยซึ่งจะบำบัดให้หายภายในกำหนด 30 วันไม่ได้) และแนะนำให้บุคคลดังกล่าวไปรับการรับรองจากจิตแพทย์ตามเงื่อนไขในระหว่างช่วงหนึ่งปีนั้น[4]

4.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย

4.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยกฎหมายเกี่ยวกับเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยสองฉบับที่ใช้บังคับในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องบัญญัติหน้าที่ในการรับราชการทหารไว้ ในมาตรา 69 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร เสียภาษีอากร . . ." และในมาตรา 73 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหาร ช่วยเหลือในการปองกันและบรรเทาภัยพิบัติสาธารณะ . . ." ในกรณีของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 กำหนดให้ "ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน"

ในกรณีการยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลเพศชายโดยกำเนิดที่มีความหลากหลายทางเพศ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 กำหนดว่า ในการตรวจร่างกายเพื่อเกณฑ์ทหารสามารถแบ่งบุคคลได้เป็นสี่จำพวกตามที่ได้แสดงให้เห็นในส่วนย่อยที่แล้ว โดยในทศวรรษ พ.ศ. 2540 แม้บุคคลกลุ่มนี้จะได้รับการยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหาร แต่เหตุยกเว้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายดังกล่าวระบุ เหตุยกเว้นด้วยเหตุผลเกี่ยวกับเพศจึงถูกระบุในเอกสารบันทึกผลการตรวจเลือกทหารกองเกิน (สด. 43) ว่าเป็น "โรคจิต" ภายใต้กลุ่มบุคคลจำพวกที่ 4 (คนพิการทุพพลภาพ หรือมีโรคที่ไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ตามกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 41) ดังที่กำหนดรายละเอียดในกฎกระทรวงฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งรวมถึง "(11) โรคทางจิตเวช (ก) โรคจิตหรือโรคที่ทำให้จิตผิดปกติอย่างรุนแรงและถาวร"[5] (นอกจากนี้ ยังมีเหตุ "(12) โรคอื่นๆ (ก) กระเทย (Hermaphrodism)" ด้วย ซึ่งไม่เกี่ยวข้องอย่าง

---

[4] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 49-50.

[5] ข้อ 2 (11) (ก) แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497; United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 47.

Ref. code: 25645924030033WEF

มีนัยสำคัญกับการศึกษานี้)[6] นอกจากนี้ แนวทางการใช้คำระบุเหตุยกเว้นในใบสด.43 ก็ไม่มีความสม่ำเสมอ เชน มีการใช้ถ้อยคำอย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น "ผู้วิกลจริต โรคจิตถาวร โรคจิตวิปริต โรคถาวรจิตผิดปกติอย่างรุนแรง"[7]

ด้วยเหตุต่างๆ เหล่านี้ กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหารที่ระบุในใบสด.43 ให้อยู่ในรูปแบบที่ปราศจากการตีตราและไม่เกิดผลกระทบในการนำไปประกอบการสมัครงาน ในที่สุดกระทรวงกลาโหมจึงออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 เมื่อปี พ.ศ. 2555 เพื่อเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเข้ารับการเกณฑ์ทหารเพื่อใช้ในกรณีนี้โดยเฉพาะในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 โดยกำหนดให้เป็นหนึ่งในเหตุของบุคคลจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) คือ "(12) ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)"

ทั้งนี้ หมายเหตุท้ายกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 เป็นดังนี้

> เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่หลักเกณฑ์การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารประจำการที่กำหนดให้แบ่งคนที่ได้ตรวจเลือกออกเป็น 4 จำพวก ยังมิได้กำหนดรวมถึงลักษณะของบุคคลที่มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด สมควรแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยกำหนดให้ผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดเป็นคนจำพวกที่ 2 เพื่อให้เหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่การตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารกองประจำการ จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

4.1.2.2 การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ

การศึกษานี้มุ่งศึกษาวาทกรรมของการระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ โดยมุ่งไปที่วิธีการคิด การให้เหตุผลสนับสนุน และปัจจัยรายล้อม ในกระบวนการเปลี่ยนการระบุเหตุจากการเป็นโรคจิตถาวรไปเป็นภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder) ทั้งนี้ จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2547-2555 สามารถศึกษาได้จากประเด็นสามประเด็น ได้แก่

---

[6] ข้อ 2 (12) (ก) แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 74 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

[7] วิภาดา เอี่ยมคง, "ผลสะเทือนของขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาการปกครอง ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), 102.

Ref. code: 25645924030033WEF

(1) การอภิปรายเพื่อแสวงหาถ้อยคำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศแทนการเป็นโรคจิตถาวร

(2) คำพิพากษาของศาลที่มีความเห็นว่าการระบุเหตุแห่งความเป็นโรคจิตให้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศขัดต่อหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และ

(3) การที่ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" เกี่ยวข้องกับการจัดระบบโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization)

การเคลื่อนไหวเรียกร้องให้มีการปรับปรุงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2547 โดยแบ่งการเรียกร้องออกเป็นสองประเด็น/กลุ่มผู้เรียกร้อง (โดยมีจุดเริ่มต้นเดียวกัน) ได้แก่ 1) ผู้ที่จะเข้ารับการเกณฑ์ทหารในปี พ.ศ. 2547 และ 2) ผู้ที่ผ่านการเกณฑ์ทหารก่อนปี พ.ศ. 2549 โดยมีการระบุเหตุ "โรคจิตถาวร" เป็นการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในใบสด.43 แล้ว โดยกรณีที่ 1) กระทรวงกลาโหมรับข้อเรียกร้องไว้พิจารณาและมีการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าในเบื้องต้นระหว่างที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องยังไม่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากการระบุเหตุยกเว้นให้สอดคล้องกับถ้อยคำที่กลุ่มผู้เคลื่อนไหวเรียกร้องต้องเป็นไปตามกฎหมาย ส่วนกรณีที่ 2) กระทรวงกลาโหมไม่ดำเนินการใด จึงทำให้เกิดการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองในปี พ.ศ. 2549 ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาในปี พ.ศ. 2555 และในที่สุด ด้วยผลของทั้งสองกระบวนการ กฎกระทรวงฉบับที่ 37 จึงถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทรวงกลาโหมมีอำนาจระบุเหตุ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" ภายใต้กลุ่มบุคคลจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) มายกเว้นการตรวจเลือกการรับราชการทหารกองเกินเป็นทหารกองประจำการ

(1) การอภิปรายเพื่อแสวงหาถ้อยคำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศแทนการเป็นโรคจิตถาวร[8]

การเคลื่อนไหวเรียกร้องทั้งสองกรณี เริ่มต้นร่วมกันในปี พ.ศ. 2547 จากกรณีที่กลุ่มคนผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ยื่นคำร้องไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ว่า การระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารว่าผู้นั้นเป็นโรคจิตถาวรเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและส่งผลให้ตนได้รับผลกระทบในการดำเนินการต่างๆ เช่น การสมัครงานและการทำนิติกรรม[9] ทั้งนี้ กสม.ได้ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน และได้ประสานกับกระทรวงกลาโหมเพื่อหาแนวทาง

---

[8] เค้าโครงของเหตุการณ์ต่างๆ สรุปและเรียบเรียงโดย เรื่องเดียวกัน.

[9] การเป็นโรคจิตทำให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ถูกมองว่าเป็นคนหย่อนสมรรถภาพ (ในลักษณะคนเสมือนไร้ความสามารถ ตามมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และอาจทำให้ถูกโต้แย้งสิทธิและเกิดผลกระทบในเรื่องการสมัครงานได้. ดู เรื่องเดียวกัน, 103.

Ref. code: 25645924030033WEF

ดำเนินการในเรื่องดังกล่าว โดยกระทรวงกลาโหมแจ้งว่า ไม่สามารถแก้ไขใบสด.43 ที่ออกไปแล้วได้ เนื่องจากการออกใบสด.43 แต่ละปีเป็นอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะที่ตั้งขึ้นมาในปีนั้นๆ และกรรมการแต่ละคนได้กลับไปปฏิบัติหน้าที่ปกติของตนเองแล้ว อีกทั้ง การระบุเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุที่กฎหมาย (กฎกระทรวงฉบับที่ 37) กำหนดไว้ก็ไม่สามารถทำได้ อย่างไรก็ดี กระทรวงกลาโหมได้ดำเนินการจัดการหารือเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวในกรณีของการระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารซึ่งจะใช้ในใบสด.43 ในอนาคต ในส่วนนี้ การศึกษามุ่งทบทวนเฉพาะกรณีที่ 1) (การระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารซึ่งจะใช้ในใบสด.43 ในอนาคต) เท่านั้น

การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 โดยกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงในภาพรวมเป็นดังนี้ หลังจากผ่านการยกร่างกฎกระทรวง (โดยผ่านการปรึกษาหารือ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป) ซึ่งมีกระทรวงกลาโหมเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบแล้ว ร่างกฎกระทรวงจะถูกส่งไปยังคณะรัฐมนตรี (ผ่านสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี) โดยหากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในหลักการ ก็จะมีการส่งไปให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา เมื่อตรวจพิจารณาและให้ความเห็นแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งร่างกฎกระทรวงกลับไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ และหากเห็นชอบ จะส่งไปให้รัฐมนตรีที่มีอำนาจ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย) ลงนามเพื่อตราเป็นกฎกระทรวง และประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

ในวันที่ 22 สิงหาคม 2548 กระทรวงกลาโหมได้จัดการประชุม โดยประกอบด้วยหน่วยงานย่อยของกระทรวงกลาโหม ได้แก่ กรมเสมียนตรา กรมพระธรรมนูญ กรมกำลังพลทหารบก กรมสารบรรณทหารบก และกรมแพทย์ทหารบก และองค์กรนอกกระทรวงกลาโหม ได้แก่ กรมสุขภาพจิต (กระทรวงสาธารณสุข) และกสม. ทั้งนี้ ที่ประชุมมีมติให้เพิ่มข้อ 12 ไปในกลุ่มบุคคลจำพวกที่ 2 ที่ไม่สมควรเข้ารับการเกณฑ์ทหาร คือ (ก) ได้รับการผาตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว และ (ข) ได้รับการตรวจและรับรองจากคณะกรรมการแพทย์วามีสภาพร่างกายและ/หรือการรับรู้ทางจิตใจเป็นหญิง ในการนี้ กสม.ได้แจ้งว่าจะนำมติที่ประชุมไปรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้องก่อน[10]

จากนั้น ในวันที่ 5 กันยายน 2548 เครือข่ายภาคประชาสังคมที่ทำงานในประเด็นความหลากหลายทางเพศได้จัดประชุมร่วมกับองค์กรของรัฐ/องค์กรอื่น ได้แก่ กระทรวงกลาโหม กระทรวงสาธารณสุข กรมสุภาพจิต (กระทรวงสาธารณสุข) กสม. และนักกฎหมาย เพื่อหารือการใช้คำที่จะระบุในใบสด.43 และกระบวนการการตรวจเลือกการรับราชการทหารกองเกินเป็นทหารกองประจำการ โดยการประชุมมีข้อสรุป คือ

---

[10] เรื่องเดียวกัน, 104.

Ref. code: 25645924030033WEF

1) ในกรณีการใช้คำที่เหมาะสมในใบสด.43 ได้ตัวเลือกของคำที่กระทรวงกลาโหมจะนำไปพิจารณาต่อไป คือ 1. บุคคลที่กองทัพบกไม่พึงประสงคเขารับราชการทหาร 2. บุคคลที่ไม่พึงประสงคให่เข้ารับราชการทหาร 3. บุคคลที่เบี่ยงเบนทางเพศ และ 4. บุคคลที่มีร่างกายและใจเป็นหญิง

2) ในกรณีกระบวนการในการตรวจเลือก สำหรับผู้ที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้วและผู้ที่มีผลตรวจจากคณะกรรมการแพทย์ (ของโรงพยาบาลของกองทัพ) ว่ามีสภาพร่างกายหรือการรับรู้ทางจิตใจเป็นหญิง (ซึ่งอยู่ภายใต้การวินิจฉัยอีกครั้งโดยแพทย์ประจำหน่วยการตรวจคัดเลือกแต่ละหน่วย) จะได้รับการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ด้วยการจัดกลุ่มให้เป็นบุคคลจำพวกที่ 3 ข้อ (12) ที่จะมีการเพิ่มเติมต่อไปในกฎกระทรวงฉบับที่ 37 ส่วนผู้ที่ไม่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศและไม่มีผลตรวจดังกล่าว คณะกรรมการคัดเลือกจะจัดให้อยู่ในกลุ่มบุคคลจำพวกที่ 3 (คนซึ่งมีร่างกายยังไม่แข็งแรงพอที่จะรับราชการทหารในขณะนั้นได้ เพราะป่วยซึ่งจะบำบัดให้หายภายในกำหนด 30 วันไม่ได้) เป็นการชั่วคราว แต่ให้ระบุว่าคนกลุ่มนี้ เป็น “คนซึ่งต่องการการวินิจฉัยทางการแพทย์เพิ่มเติม ซึ่งไม่สามารถให่การวินิจฉัยได้ในขณะนั้น”[11] ซึ่งเป็นถ้อยคำที่จะเพิ่มเติมต่อท้ายข้อความเดิมของบุคคลจำพวกที่ 3[12]

นอกจากนี้ การยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2549 โดยผู้ที่ผ่านการยกเว้นการเกณฑ์ทหารแล้วและถูกระบุในเอกสารสำคัญว่าเป็นโรคจิตถาวร ก็เป็นส่วนสำคัญให้เกิดการปรึกษาหารือเพื่อแสวงหาถ้อยคำที่เหมาะสมมาใช้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 37 ข้างต้น[13]

ในเบื้องต้น ระหว่างที่กระทรวงกลาโหมยอมรับหลักการเรื่องการใช้เหตุอื่นมายกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ (ปี พ.ศ. 2549) และกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 ยังไม่มีผลใช้บังคับ (ใช้บังคับในปี พ.ศ. 2555 โดยมีผลในทางปฏิบัติเป็นการทั่วไปจริงในตรวจเลือกฯ รอบปี พ.ศ. 2556) กระทรวงกลาโหมได้หลีกเลี่ยงการใช้เหตุผลของการเป็นโรคจิต และพยายามนำเหตุอื่นมาใช้ เช่น หน้าอกผิดรูป ทรวงอกผิดปกติ ฯลฯ[14]

---

[11] เรื่องเดียวกัน, 105.

[12] เรื่องเดียวกัน, 105. ทั้งนี้ หน่วยงานทางทหารปรึกษาหารือกันและยอมรับผลการประชุมในกรณีของบุคคลที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศและบุคคลที่มีผลการตรวจจากโรงพยาบาลของกองทัพว่ามีสภาพร่างกายหรือการรับรู้ทางจิตใจเป็นหญิง ส่วนบุคคลที่มีการแสดงออกเป็นหญิงจะต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารแต่กระทรวงกลาโหมจะพยายามจัดให้ทำงานในส่วนที่เหมาะสม เช่น งานธุรการ

[13] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 47.

[14] วิภาดา เอี่ยมคง, “ผลสะเทือนของขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย” 107-108.

Ref. code: 25645924030033WEF

กระบวนการปรึกษาหารือและพิจารณาดำเนินต่อไป โดยมีเหตุการณ์ที่สำคัญ ได้แก่

1) หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจเลือกการรับราชการทหารกองเกินฯ ได้ประชุมร่วมกับหน่วยงานภายในกระทรวงกลาโหม (ซึ่งรวมถึงกรมแพทย์ทหารบก) และเห็นว่า สมควรจัดบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นคนจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) แต่จะพิจารณาหาถ้อยคำที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับทางการแพทย์ต่อไป[15]

2) ในวันที่ 26 พฤศจิกายน 2551 กลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศสอบถามความคืบหน้าของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง โดยกระทรวงกลาโหมแจ้งว่าอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาของกระทรวงมหาดไทย[16] (เนื่องจากรัฐมนตรีที่รักษาการมีสองกระทรวง คือ กระทรวงกลาโหมและกระทรวงมหาดไทย)

3) ในวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552 กระทรวงกลาโหมได้ส่งร่างกฎกระทรวง (พร้อมร่างอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกันแต่ไม่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับประเด็นในการศึกษาฉบับนี้) ไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาหลักการของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 ที่ให้เพิ่มเติมเหตุตามข้อที่เพิ่มใหม่ภายใต้คนจำพวกที่ 2 “(12) ร่างกายผิดปกติอันเนื่องมาจากความผิดปกติในการรับรู้หรือการยอมรับเพศของตน (Gender Identity Disorder)” เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร

ทั้งนี้ ต่อประเด็นการเลือกใช้ถ้อยคำดังกล่าว กระทรวงกลาโหมชี้แจงว่า[17]

> การใช้ถ้อยคำว่า “มีร่างกายที่ผิดปกติอันเนื่องมาจากความผิดปกติในการรับรู้หรือยอมรับเพศร่างกายของตน” (Gender Identity Disorder) นั้น กระทรวงกลาโหมไม่ได้กำหนดขึ้นมาเอง แต่เกิดจากการประชุมหารือร่วมกันและผ่านความเห็นชอบจากกรมการแพทย์ทหารบกและแพทย์สภา ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวก็เป็นถ้อยคำที่กรมสุขภาพจิตกระทรวงสาธารณสุขใช้และเป็นไปตามหลักภาษาวิชาการที่ออกโดยกระทรวงสาธารณสุขไม่ใช่ภาษาที่ออกโดยแพทย์คนใดคนหนึ่ง นอกจากนี้ยังเป็นศัพท์ที่ทางการแพทย์ให้การยอมรับ ซึ่งหากจะมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำกระทรวงกลาโหมก็ไม่ได้มีปัญหาแต่ประการใดและพร้อมที่จะปรับเปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำที่เป็นถ้อยคำทางวิชาการทางการแพทย์ที่จะส่งผลกระทบตอบุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด

---

[15] เรื่องเดียวกัน, 108.

[16] เรื่องเดียวกัน, 107-108.

[17] บทวิทยุรัฐสภา (17 กันยายน 2552) ใน วิภาดา เอี่ยมคง, “ผลสะเทือนของขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย” 110.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2552 คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว และให้ส่งร่างกฎกระทรวงไปให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา โดยให้ขอความเห็นเพิ่มเติมจากกระทรวงสาธารณสุขไปประกอบการตรวจพิจารณาด้วย นอกจากนี้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีข้อสังเกตต่อประเด็นนี้ด้วยว่า การกำหนดให้ภาวะดังกล่าวอยู่ภายใต้การเป็นคนจำพวกที่ 2 ซึ่งสื่อถึงความไม่สมบูรณ์ของร่างกาย อาจถือเป็นการเลือกปฏิบัติบนฐานเพศสภาพทางกาย หรือสุขภาพ ซึ่งจะทำให้ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550[18]

จากการที่ถ้อยคำที่เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารดังกล่าวยังคงอยู่ในลักษณะที่สื่อถึงความผิดปกติ เครือข่ายความหลากหลายทางเพศจึงประสานกับกระทรวงกลาโหมเสนอให้มีการปรับปรุงถ้อยคำดังกล่าว โดยการจัดประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นหลายครั้ง เช่น เวทีสัมมนาระดมความคิดเห็นเรื่อง “สิทธิทางเพศ” และ “สุขภาวะทางเพศ” ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ประเด็นพิจารณาจากร่างแกไขกฎกระทรวงกลาโหม กรณีบันทึกผลการตรวจเลือกทหารกองเกิน (เอกสาร สด. 43) ในวันที่ 27 ตุลาคม 2552 โดยเสนอให้มีการแก้ไขถ้อยคำเป็นดังนี้[19]

แบบที่ 1

(12) การรับรูเพศที่ตางจากเพศกำเนิด

(ก) ทำการแปลงเพศแลว

(ข) คณะกรรมการจิตแพทย์ทหารลงความเห็นว่าเป็นผู้มีจิตใจเป็นหญิง

แบบที่ 2

(12) ทำการแปลงเพศแลว

(13) คณะกรรมการจิตแพทย์ทหารลงความเห็นว่าเป็นผู้มีจิตใจเป็นหญิง

---

[18] หนังสือกระทรวงกลาโหม ด่วนที่สุด ที่ กห 0202/126 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 จำนวน 2 ฉบับ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552; หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/3234 ถึง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2552.

[19] วิภาดา เอี่ยมคง, “ผลสะเทือนของขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย” 10-11.

Ref. code: 25645924030033WEF

นอกจากนี้ ต่อมา เครือข่ายความหลากหลายทางเพศได้จัดประชุมระดมความคิดเห็นอีกหลายครั้ง และได้ข้อสรุปว่า จะเสนอให้กระทรวงกลาโหมเปลี่ยนถ้อยคำเป็น “(12) มีร่างกายแตกต่างจากเพศกำเนิด”[20]

ในวันที่ 29 กันยายน 2553 คณะกรรมาธิการกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุและผู้พิการ สภาผู้แทนราษฎร มีมติให้เสนอกระทรวงกลาโหมและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้เปลี่ยนถ้อยคำเป็น “(12) เป็นผู้มีร่างกายไม่สอดคลองกับเพศกำเนิดชาย”[21]

ในวันที่ 23 สิงหาคม 2554 กระทรวงกลาโหมเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้เปลี่ยนเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร จาก “(12) ร่างกายผิดปกติอันเนื่องมาจากความผิดปกติในการรับรู้หรือการยอมรับเพศของตน (Gender Identity Disorder)” เป็น “(12) ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” โดยผ่านความเห็นชอบจากทั้งกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงสาธารณสุขแล้ว[22]

ในวันที่ 19 ตุลาคม 2554 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 ดังกล่าว โดยในกรณีการเสนอถ้อยคำใหม่เมื่อเดือนสิงหาคม 2554 ก็มีความเห็นว่าอยู่ภายใต้หลักการเดิมที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับไว้แล้ว[23] และต่อประเด็นข้อสังเกตของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีในเรื่องการขัดต่อหลักความเสมอภาค สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็นว่า เนื่องจากการรับราชการทหารไม่ใช่สิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ แต่เป็นหน้าที่ของปวงชนชาวไทย รัฐจึงอาจมีนโยบายกำหนดหลักเกณฑ์การรับหรือไม่รับบุคคลเป็นข้าราชการทหารได้ และทำให้ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคดังกล่าว[24]

ในวันที่ 15 พฤศจิกายน 2554 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มเหตุ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)”

---

[20] เรื่องเดียวกัน, 111.

[21] เรื่องเดียวกัน, 112.

[22] หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/1334 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2554.

[23] หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/1334 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2554.

[24] หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/1334 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2554.

Ref. code: 25645924030033WEF

ไปในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37[25] รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ลงนามตราเป็นกฎกระทรวงในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2555 และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในวันที่ 11 เมษายน 2555 โดยมีผลใช้บังคับในวันเดียวกัน

(2) คำพิพากษาของศาลที่มีความเห็นว่าการระบุเหตุแห่งความเป็นโรคจิตให้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศขัดต่อหลักการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สำหรับกรณีที่ (2) (ผู้ที่ผ่านการเกณฑ์ทหารก่อนปี พ.ศ. 2549 โดยมีการระบุเหตุยกเว้นว่าเป็น "โรคจิตถาวร" ในใบสด.43 และเอกสารอื่นๆ แล้ว) ตามที่กล่าวไปข้างต้นว่า กระทรวงกลาโหมปฏิเสธที่จะแก้ไขใบสด.43 กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง โดยคดีที่ต่อมาศาลปกครองจะมีคำพิพากษาในเชิงบวกแก่กลุ่มคนข้ามเพศนั้น คือ คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 ของศาลปกครองกลาง ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2549 และศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 13 กันยายน 2554 โดยสามารถ มีเจริญ ในฐานะผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีสามราย ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนใบรับรองผลการตรวจเลือกทหารกองเกินฯ (ใบสด.43) ใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 37 (ใบสด.5) และใบสำคัญ (แสดงสถานะการพ้นการรับราชการทหาร) (ใบสด.9) ในส่วนที่ระบุว่า ผู้ฟ้องคดีเป็น "โรคจิตถาวร" หรือสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามแก้ไขข้อความดังกล่าว[26] โดยเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีระบุข้อความในเอกสารที่เกี่ยวข้องในลักษณะดังกล่าวและไม่ดำเนินการแก้ไขข้อความเหล่านี้[27]

> เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ . . . ทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องถูกลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ . . . การระบุในเอกสารดังกล่าวว่าผู้ฟ้องคดีเป็นโรคจิตถาวรย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะบุคคล ทำให้ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติในการสมัครเข้าทำงาน . . .

---

[25] หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/24881 ถึง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2554.

[26] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[27] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 3 (ศาลปกครองกลาง 2554).

Ref. code: 25645924030033WEF

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้ไปเข้ารับการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารกองประจำการประจำปี พ.ศ. 2548 ที่อำเภอชัยบาดาล จังหวัดลพบุรี เมื่อตรวจพบว่าผู้ฟ้องคดีมีหน้าอก (เต้านม) และบุคลิกลักษณะเป็นหญิง คณะกรรมการตรวจเลือกได้จัดให้ผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลจำพวกที่ 4 (ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 37) โดยมีโรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจ คือ "โรคจิตถาวร" ตามข้อ 2 (11) (ก) (แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 74) โดยภาวะการเป็นโรคจิตถาวรถูกระบุในเอกสารข้างต้น (ใบสด.43 ใบสด.5 และใบสด.9) ทั้งหมด ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้ทำหนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามแก้ไขเอกสารเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าในการตรวจเลือกทหารกองเกินเป็นทหารกองประจำการโดยผู้เข้ารับการตรวจเลือกไม่มีการผ่าตัดแปลงเพศแต่มีการใช้ยาช่วยเพื่อให้มีเต้านมแบบหญิงและมีลักษณะนิสัยเป็นหญิง แพทย์จะลงความเห็นว่าเป็นโรคจิตถาวรและการระบุดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขได้ ทั้งนี้ ต่อมากระทรวงกลาโหมได้มีการแสนอเพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 37 ให้เพิ่ม "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" เป็นข้อ (12) ของคนจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) โดยอยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาก่อนที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

ในวันที่ 27 กรกฎาคม 2554 (ก่อนที่จะมีการอ่านคำพิพากษาในวันที่ 13 กันยายน 2554) ตุลาการศาลปกครองกลางผู้แถลงคดี[28] (กฤตยชญ์ ศิริเขต) มีความเห็นซึ่งไม่ผูกพันคดีว่า ผู้ถูกฟ้องคดีละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่และทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย จึงเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ด้วยเหตุผลว่า[29]

> . . . ข้อเท็จจริงปรากฏว่า องค์การอนามัยโรค [sic] และองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดประเภทและชนิดของโรคได้กำหนดว่า ผู้ที่รักเพศเดียวกัน หรือผู้ที่มีร่างกายเป็นชายแต่มีจิตใจเป็นหญิงนั้นไม่ถือว่าเป็นโรคจิต แต่ในทางวิชาการแพทย์ทางจิตเวชนั้น

---

[28] ตุลาการผู้แถลงคดีเป็นตุลาการในระบบการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งกำหนดให้มีการแต่งตั้งตุลาการที่มิใช่องค์คณะทำหน้าที่ทำคำแถลงการณ์ต่อองค์คณะ (ตุลาการเจ้าของสำนวน) อันเป็นการรวบรวบข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและข้อชี้ขาดของตนเสมือนว่าตนเป็นเจ้าของสำนวน เพื่อเป็นการถ่วงดุลการพิจารณาวินิจฉัยคดี ทั้งนี้คำแถลงการณ์นี้ไม่ใช้คำพิพากษาและไม่ผูกพันคดีที่พิจารณา

[29] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 2118/2549 (คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี (นายกฤตยชญ์ ศิริเขต) เสนอต่อตุลาการศาลปกครองกลางองค์คณะที่ 9, 7-8 (ศาลปกครองกลาง 2554). ดูเพิ่มเติมใน duiza, "เจาะคดีสาวประเภท2ฟ้องกลาโหมศาลปกครอง ปลดล็อกหรือ ตอกฝาโลง," มูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน, 10 กันยายน 2554, http://thaitga.org/2020/?p=1555.

Ref. code: 25645924030033WEF

มีข้อวินิจฉัยร่วมกันว่า หากบุคคลนั้นไม่ได้กระทำการใดที่เป็นการเปลี่ยนแปลงสรีระร่างกายของตนเองให้มีลักษณะเป็นหญิงแล้ว ไม่ถือว่าผู้นั้นเป็นโรคทางจิต แต่ถ้ามีการทำให้ร่างกายของตนเปลี่ยนแปลงเป็นหญิงจะถือว่าผู้นั้นเป็นโรคทางจิต

กฎกระทรวง ฉบับที่ 74ฯ ได้กำหนดโรคหรือสภาพร่างกายหรือสภาพจิตใจของบุคคลที่ไม่สามารถจะรับราชการทหารได้ ซึ่งในกรณีที่พิพาทอาจปรับเข้ากันได้กับโรคทางจิตเวชซึ่งต้องเป็นโรคจิตหรือโรคที่ทำให้จิตผิดปกติอย่างรุนแรงและถาวร หรือโรคอื่นๆ คือ กะเทย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นกะเทยเท่านั้น เพราะแต่งกายเป็นหญิงและมีกิริยาอาการเป็นหญิง แม้จะรับประทานยาหรือฮอร์โมนที่ทำให้เต้านมมีลักษณะคล้ายเพศหญิงแต่ก็เป็นเพียงภาวะชั่วคราวระหว่างรับประทานยาหรือฮอร์โมน ทั้งอาการทางร่างกายและจิตใจดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีไม่ถือว่าเป็นโรคตามการจำแนกขององค์กรที่เกี่ยวข้อง . . .

การศึกษาตั้งข้อสังเกตของคำแถลงการณ์นี้ว่า ตุลาการผู้แถลงคดีพยายามใช้เหตุที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 เพื่อให้มีการหลีกเลี่ยงการใช้เหตุโรคจิตถาวรมายกเว้นการเข้ารับราชการทหารกองเกิน อย่างไรก็ตาม ตุลาการผู้แถลงคดีมิได้ใช้ (หรือมี) องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีในการแสดงความเห็นดังกล่าว

ต่อมา ในวันที่ 13 กันยายน 2554 ศาลปกครองกลางจึงได้มีการอ่านคำพิพากษา ตามรายละเอียดด้านล่าง

ในประเด็นที่เป็นเนื้อหาของคดี ศาลพิจารณาวินิจฉัยเป็นสามประเด็นย่อยตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง[30] ได้แก่ 1) การใช้ข้อความ “โรคจิตถาวร” มาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ 2) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และ 3) ในกรณีที่เป็นการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ ขอบเขตความรับผิดของผู้ถูกฟ้องทั้งสามมีเพียงใด ทั้งนี้ ความเห็นของศาลที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ คือ เนื้อหาส่วนที่ศาลพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของผู้ฟ้องคดีที่ระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารเป็น “โรคจิตถาวร” ดังนี้

[30] การเรียบเรียงประเด็นดำเนินการโดยผู้จัดทำวิทยานิพนธ์

Ref. code: 25645924030033WEF

ศาลเริ่มต้นด้วยการยกรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 (ซึ่งใช้บังคับในขณะเกิดเหตุ) เพื่อแสดงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (การมี "ศักดิ์ศรี มีความภาคภูมิใจและมีคุณค่าทั้งต่อตนเองและในการอยู่ร่วมกับบุคคลอื่น")[31] ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความผูกพันต้องดำเนินการตาม

> . . . การใช้อำนาจรัฐโดยองคกรของรัฐทุกองคกรไม่วาจะเป็นการกระทำในลักษณะใดก็ตาม จึงต่องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของประชาชนเป็นสำคัญ โดยองคกรของรัฐจะใช่อำนาจกระทำตอประชาชนในลักษณะที่เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ให้เสมือนเป็นวัตถุ หรือเป็นการแสดงออกถึงการดูหมิ่นเหยียดหยาม หรือเป็นการมุ่งทำลายชื่อเสียง หรือเป็นการลงโทษทางอาญาที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายหาได้ไม่ เพราะหากองค์กรของรัฐใช่อำนาจในลักษณะดังกล่าวต้องถือว่าองค์กรของรัฐได้ใช้อำนาจรัฐไปในทางที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชน . . .[32]

ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีจะต้อง "สัมพันธ์กับข่อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกายในวันเข่ารับการตรวจเลือกของผู้เข้ารับการตรวจเลือกแต่ละคน"[33]

เมื่อพิจารณาลักษณะของผู้ฟ้องคดี (ไม่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ แต่มีเต้านมและบุคลิกลักษณะเป็นผู้หญิง) "ข่อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกายของผู้ฟองคดีในวันเข่ารับการตรวจเลือกจึงรับฟังเป็นที่ยุติวา ผู้ฟองคดีมีเต้านมแบบหญิงและมีบุคลิกลักษณะเป็นหญิง แต่ยังไม่ได้แปลงเพศ อันเป็นลักษณะของผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด"[34]

ต่อมา ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในประเด็นนี้ โดยการยกความหมายของคำว่าโรคจิตจากแหล่งข้อมูลสองแหล่ง ได้แก่ พจนานุกรมฉบับ

---

[31] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 31 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[32] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 31 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[33] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 32 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[34] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 32 (ศาลปกครองกลาง 2554).

Ref. code: 25645924030033WEF

ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542[35] และเว็บไซตของกรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข เมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2551[36] ด้วยเหตุนี้ "การจะจัดให้ผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มของผู้เป็นโรคจิตถาวรได้นั้น จะต้องรับฟังให้เป็นที่แน่ชัดว่า การมีเพศกำเนิดเป็นชายแต่มีเต้านมแบบหญิงและมีบุคลิกลักษณะเป็นหญิง เป็นอาการอย่างหนึ่งที่แสดงออกถึงความผิดปกติทางความคิด อารมณ์ หรือพฤติกรรม"[37] และสรุปว่า การพิจารณาลักษณะของผู้ถูกฟ้องคดีและวินิจฉัยว่าเป็นโรคจิตถาวร

> มิได้สัมพันธ์กับอาการของผู้ป่วยทางจิตตามความหมายทางวิชาการ . . . จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริง เป็นการสร้างภาระให้เกิดกับผู้ฟ้องคดี และไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎกระทรวงดังกล่าว อีกทั้งการที่คณะกรรมการตรวจเลือกได้วินิจฉัยเช่นนั้นยังเป็นการทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องได้รับความอับอายและสูญเสียความภาคภูมิใจในคุณค่าของตนเองที่มีต่อคนรอบข้างและสังคม[38]

และ "เป็นการตีตราว่าผู้ฟ้องคดีมีอาการทางจิตผิดปกติอย่างรุนแรง และไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นโรคจิตแต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ฟ้องคดีให้ด้อยลง"[39] การกระทำของคณะกรรมการตรวจเลือกจึงเป็นการใช้อำนาจโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้เป็น "การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบ

---

[35] "โรคทางจิตใจที่มีความผิดปกติของความรู้สึกความคิด อารมณ์ หรือพฤติกรรมอย่างแรงถึงขนาดคุมสติไม่อยู่". *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 33 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[36] "โรคจิต เป็นโรคที่มีความผิดปกติทางด้านจิตใจและอารมณ โรคจิตมี 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ ประเภทที่ 1 โรคที่มีความผิดปกติทางด้านความคิดและอารมณ ประเภทที่ 2 โรคจิตที่เกิดจากการเสพสิ่งเสพติด ประเภทที่ 3 โรคจิตจากสมองเสื่อม". *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 33 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[37] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 33 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[38] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 35 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[39] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 35 (ศาลปกครองกลาง 2554).

Ref. code: 25645924030033WEF

ด้วยกฎหมายและก อให เกิดความเสียหายอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟองคดี”[40]

ในท้ายที่สุด เมื่อคำขอของผู้ฟ้องคดีไม่ใช่การให้ศาลวินิจฉัยว่าการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการกองประจำการครั้งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการเพิกถอนการระบุข้อความที่เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารมิใช่สาระสำคัญของเอกสารดังกล่าว ศาลจึงมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามดำเนินการแก้ไขเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยเหตุผลโดยหลักบนฐานหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ข้างต้น[41]

นอกจากนี้ ศาลได้กล่าวเพิ่มเติมเพื่อเน้นย้ำว่า ทั้งผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีต่างตระหนักถึงความไม่ถูกต้องของการระบุเหตุการเป็นโรคจิตเพื่อยกเว้นการเกณฑ์ทหารดังกล่าวด้วยการอ้างถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 ที่ในขณะนั้นอยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (หลังจากยกร่างในกระทรวงกลาโหมเสร็จสิ้นแล้ว โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีวาการกระทรวงมหาดไทย กระทรวงสาธารณสุข กลุ่มเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งผู้ฟ้องคดี) เพื่อจะเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป ศาลจึงกล่าวว่า[42]

ในส่วนของผู้ฟ้องคดี เมื่อข อเท็จจริงได้ความวาผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดหาได้เป็นโรคจิตถาวรแต่อย่างใด จึงเป็นหนาที่ของผู้ถูกฟองคดีทั้งสามที่ต้องดำเนินการใหมีการระบุข้อความใหเหมาะสมสอดคล องกับข อเท็จจริงที่บ งบอกภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดของผู้ฟ้องคดีขณะเข้ารับการตรวจเลือกใหถูกตองตามที่กฎหมายกำหนดตอไป

---

[40] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 35 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[41] ก่อนจะระบุผลของคำพิพากษาในส่วนท้ายของคำพิพากษา ศาลยังวินิจฉัยประเด็นอื่นๆ ที่มีการกล่าวอ้างโดยผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งไม่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับการศึกษาฉบับนี้ อาทิ 1) ผลกระทบ (ความเสียหาย) ของการใช้เอกสารสำคัญดังกล่าวในการสมัครงาน 2) สถานะและอำนาจของคณะกรรมการตรวจเลือกประจำปี พ.ศ. 2548 และ 3) ข้ออ้างว่าการเพิกถอนข้อความในเอกสารที่พิพาทจะทำให้กระบวนการตรวจเลือกเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2548 เสียไปทั้งหมด ซึ่งจะกระทบกระเทือนสิทธิของผู้เข้ารับการตรวจเลือกในวันนั้นและผู้ฟ้องคดีก็ต้องเข้ารับการตรวจเลือกใหม่. ดู *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 35-41 (ศาลปกครองกลาง 2554).

[42] *นายสามารถ มีเจริญ กับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน (หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เดิม) (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และสัสดีจังหวัดลพบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)*, คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554, 41-42 (ศาลปกครองกลาง 2554).

Ref. code: 25645924030033WEF

จากคำพิพากษาดังกล่าว การศึกษาเห็นว่า มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ การที่ศาลไม่ได้อธิบายว่าภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดคืออะไร เพียงแต่พูดในลักษณะที่เป็นข้อเท็จจริง (fact) โดยไม่ได้อธิบายหรือให้เหตุผลใดเพิ่มเติม ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะมีการยกร่างกฎกระทรวงเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 37 และส่งไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วก็ได้

คำพิพากษาข้างต้นมีผลต่อผู้ฟ้องคดีเป็นการเฉพาะตัวเท่านั้น ไม่ได้มีผลต่อบุคคลข้ามเพศที่เข้ารับการเกณฑ์ทหารก่อนที่จะมีการหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำในลักษณะการเป็นโรคจิตหรือก่อนที่จะมีการเพิ่มเติมภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดเป็นเหตุยกเว้นไปในกฎกระทรวงฉบับที่ 37 ในปี พ.ศ. 2555 โดยบุคคลเหล่านี้ต้องทำเรื่องร้องไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วยตนเองเป็นรายกรณี[43] นอกจากนี้ ในช่วงระหว่างหลังจากที่ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาดังกล่าว (13 กันยายน 2554) และก่อนที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 มีผลใช้บังคับ (11 เมษายน 2555) กระทรวงกลาโหมได้มีการออกนโยบายชั่วคราวให้คณะกรรมการตรวจเลือกจัดให้บุคคลข้ามเพศเป็นบุคคลจำพวกที่ 3 (คนซึ่งมีร่างกายยังไม่แข็งแรงพอที่จะรับราชการทหารในขณะนั้นได้ เพราะป่วยซึ่งจะบำบัดให้หายภายในกำหนด 30 วันไม่ได้) ไปก่อน และมีหน้าที่ต้องรายงานตัวเพื่อเข้ารับการเกณฑ์ทหารในปีถัดไป[44]

แม้คำพิพากษา การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย และแนวปฏิบัติที่ทบทวนมาจะดำเนินไปในทางบวก อย่างไรก็ตาม ในแง่การตระหนักรู้เพศสถานะ รายงานว่าด้วยการรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทยที่จัดทำโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program) ที่จัดทำร่วมกับกระทรวงพัฒนาความสังคมและมั่นคงของมนุษย์ เมื่อปี พ.ศ. 2561 เห็นว่า การระบุเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารยังคงวางอยู่บนฐานความไม่เหมาะสม-ความไม่พึงประสงค์ทางร่างกายในการเข้ารับราชการทหาร มิใช่บนฐานที่ยอมรับว่าบุคคลข้ามเพศเป็นเพศหญิง และเมื่อมองในภาพกว้างกว่านั้น ระบบการรับราชการทหารจึงไม่ยอมรับบุคคลข้ามเพศในฐานะเพศที่กลุ่มคนเหล่านี้ได้ข้ามไป (เช่น การที่หญิงข้ามเพศรับราชการทหารในฐานะทหารหญิง) ระบบทหารของรัฐไทยจึงไม่ยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ (gender identity) ของบุคคลข้ามเพศ[45] ทำนองเดียวกับชานันท์ ยอดหงษ์ ที่วิพากษ์ว่า ความสำเร็จดังกล่าวของกลุ่มบุคคลข้ามเพศเป็นเพียงก้าวแรกของการเคลื่อนไหว มิใช่จุดสิ้นสุด เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มกฎหมายให้มีเหตุภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดมาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศนั้น กลุ่มบุคคลข้ามเพศ

---

[43] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 48.

[44] Ibid.

[45] Ibid., 48-49.

Ref. code: 25645924030033WEF

ยังคงต้องพึ่งพาวาทกรรมทางการแพทย์ และคำดังกล่าวก็ยังเป็นบรรยายถึงความเป็นความผิดปกติ/โรค (disorder) อยู่ดี[46]

อย่างไรก็ดี การศึกษาจำนวนหนึ่ง เช่น ดุษฎีนิพนธ์ของอารยา สุขสม ที่ทบทวนไปในบทที่ 2 เห็นว่า การที่รัฐไทยใช้คำในภาษาไทยที่สอดคล้องกับกรอบคิดเกี่ยวกับเพศสถานะแตกต่างจากคำในภาษาอังกฤษซึ่งดำเนินตามองค์การอนามัยโลก เป็นความก้าวหน้าของรัฐไทยที่ดำเนินการสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนยิ่งกว่าเนื้อหาในเอกสารระหว่างประเทศ แม้องค์การอนามัยโลกในขณะนั้นยังจัดให้ “gender identity disorder” อยู่ในบัญชีว่าด้วยโรคทางจิตเวชก็ตาม[47]

(3) การที่ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” เกี่ยวข้องกับการจัดระบบโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization)

หนึ่งในเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องกับแสวงหาเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (ซึ่งนำไปใช้ทั้งโดยกระทรวงกลาโหมและเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ) คือ บัญชีโรคขององค์การอนามัยโลกฉบับที่มีผลใช้บังคับในช่วงที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารและในปัจจุบัน (ขณะที่จัดทำการศึกษาฉบับนี้) คือ ICD-10[48] ซึ่งเริ่มใช้ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) จะมีผลใช้บังคับวันสุดท้ายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) และถูกแทนที่ด้วย ICD-11 ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022 (พ.ศ. 2565) ทั้งนี้ ICD-10 มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เช่น มีฉบับ ค.ศ. 2006, 2007, 2008, 2010 และ 2014 (พ.ศ. 2549, 2550, 2551, 2553 และ 2557 ตามลำดับ)[49] อย่างไรก็ตาม ส่วนที่ว่าด้วยความผิดปกติทางเพศสถานะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงเวลาเหล่านี้

เดิมองค์การอนามัยโลกกำหนดให้ภาวะ “รักเพศเดียวกัน (homosexuality)” อยู่ในบัญชีโรคฯ แต่ต่อมาได้นำภาวะดังกล่าวออกจากบัญชีในปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535)[50] อย่างไรก็ตาม การเป็น “คนข้ามเพศ (transsexuality)” ยังคงอยู่ในบัญชีโรคฯ ดังกล่าว

---

[46] Chanan Yodhong, “มหรสพกะเทยเกณฑ์ทหาร,” The Matter, 13 เมษายน 2560, https://thematter.co/thinkers/human-zoo/22138.

[47] อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย” 418-420.

[48] International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10).

[49] “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD),” World Health Organization, accessed May 18, 2021, https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases.

[50] Karl Bryant, “gender dysphoria,” Encyclopedia Britannica, accessed May 18, 2021, https://www.britannica.com/science/gender-dysphoria. ส่วนสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน (American Psychiatric

Ref. code: 25645924030033WEF

ICD-10 ฉบับ ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) กำหนดให้ภาวะของการเป็นบุคคลข้ามเพศอยู่ในหมวด (chapter) 5 ว่าด้วย “ความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม (Mental and Behavioural Disorders)” โดยอยู่ในกลุ่ม F60-F69 “ความผิดปกติทางบุคลิกและพฤติกรรมของผู้ใหญ่ (Disorders of Adult Personality and Behaviour)” และเป็นกลุ่มย่อยลำดับที่ F64 “ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ (Gender Identity Disorders)” ซึ่งถูกระบุเป็นความผิดปกติในลำดับที่ F64.0 “ภาวะข้ามเพศ (Transsexualism)”

F64 Gender identity disorders

F64.0 Transsexualism

A desire to live and be accepted as a member of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one's anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one's body as congruent as possible with one's preferred sex.

ความปรารถนาที่จะดำรงชีวิตและได้รับการยอมรับในฐานะสมาชิกของเพศตรงข้าม โดยทั่วไปมาพร้อมกับความรู้สึกไม่สบายใจกับ หรือความไม่เหมาะสมของ เพศสรีระของตน และประสงค์ที่จะเข้ารับการผ่าตัดและการรักษาด้วยการรับฮอร์โมนเพื่อให้ร่างกายของตนสอดคล้องอย่างเป็นไปได้มากที่สุดกับเพศที่ตนพึงพอใจ

นอกจากนี้ ในหมวดเดียวกันนอกเหนือจาก transsexualism แล้ว ยังมีภาวะอื่น เช่น F64.1 การแต่งกายข้ามเพศ (dual-role transvestism) (หรือที่เรียกทั่วไปว่า “การครอสเดรสส์ (cross-dressing)”) ด้วย ทั้งนี้ องค์การอนามัยโลกให้เหตุผลว่า การกำหนดให้ภาวะเหล่านี้ยังให้อยู่ในบัญชีโรคฯ เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการเมืองและการอนามัย กล่าวคือ เมื่อถือว่าภาวะเหล่านี้เป็น “โรคทางการแพทย์” ก็มีแนวโน้มที่จะทำให้คนข้ามเพศได้รับสวัสดิการการรักษาพยาบาลจากรัฐ (เช่น การผ่าตัดแปลงเพศและการให้ฮอร์โมน)[51]

อย่างไรก็ตาม มีข้อวิพากษ์ว่า สถานะแบบนี้เป็นผลดีมากกว่าผลเสีย ส่วนที่เป็นผลดี (การได้รับสวัสดิการการรักษา) เกิดขึ้นเฉพาะในบางประเทศที่จัดให้มีสวัสดิการดังกล่าวเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกำหนดให้ภาวะข้ามเพศเป็นโรคทางจิตเวชใน บัญชีโรคฯ นอกจากคนข้ามเพศจะไม่ได้รับสวัสดิการแล้ว คนข้ามเพศส่วนใหญ่ในโลกซึ่งไม่ได้อยู่ในประเทศที่มี

Association) ลงมติถอด homosexuality ออกในปี ค.ศ. 1973 (พ.ศ. 2516) แต่ก็เป็นเพียงการปรับเปลี่ยนถ้อยคำ จนในที่สุดจึงมีการถอดออกอย่างถาวรในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530)

[51] Ibid.

Ref. code: 25645924030033WEF

ระบบสวัสดิการทางสุขภาพดังกล่าวกลับมีความเสี่ยงที่จะได้รับผลเสียจากการถูกตีตราว่าเป็นกลุ่มคนที่มีโรคทางจิตเวช[52]

องค์การอนามัยโลกรับรู้ข้อวิพากษ์เหล่านี้เป็นอย่างดี ในกระบวนการยกร่าง ICD-11 มีการเรียกร้องจากองค์การพัฒนาเอกชน รัฐบาลของบางประเทศ และสภาสหภาพยุโรป (European Union Parliament) และมีการอภิปรายเกี่ยวกับการนำ Gender Identity Disorders ออกจากการเป็นโรคทางจิตเวชในบัญชีโรคฯ เกิดขึ้น[53] อย่างไรก็ตาม คณะทำงานที่เกี่ยวข้องได้ทำการศึกษาและเห็นว่า การกำหนดให้ภาวะดังกล่าวเป็นภาวะในบัญชีโรคฯ ยังคงมีประโยชน์ในเชิงการได้รับบริการด้านสุขภาพจากรัฐ แต่เสนอให้นำ Gender Identity Disorders (และภาวะอื่นๆ จำนวนหนึ่งที่เกี่ยวกับเพศ) ออกจากหมวดว่าด้วยโรคทางจิตเวช ตั้งหมวดใหม่ขึ้นมาว่า “ภาวะเกี่ยวกับสุขภาวะทางเพศ (Conditions Related to Sexual Health)” เปลี่ยนชื่อกลุ่มจาก “ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ (Gender Identity Disorders)” ไปเป็น “ความไม่สอดคล้องทางเพศสถานะ (Gender Incongruence)” และปรับนิยามของภาวะข้ามเพศไปในทางที่สอดคล้องกับมโนทัศน์เรื่องเพศที่ร่วมสมัยมากขึ้น เช่น ลดลักษณะของความเป็นทวิเพศ (binary) ลง[54] ดังที่เห็นได้จาก ICD-11 ดังนี้

> 17 Conditions related to sexual health
>
> Description
>
> Gender incongruence is characterised by a marked and persistent incongruence between an individual’s experienced gender and the assigned sex. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnoses in this group.
>
> 17 ภาวะเกี่ยวกับสุขภาวะทางเพศ
>
> คำอธิบาย
>
> ความไม่สอดคล้องทางเพศถานะมีลักษณะ คือ ความไม่สอดคล้องอย่างชัดเจนและยาวนานระหว่างเพศสถานะและเพศที่ถูกกำหนดที่ปัจเจกมีประสบการณ์ เฉพาะพฤติกรรมและความพึงพอใจทางเพศสถานะที่แตกต่างไม่ใช่ฐานของการกำหนดให้มีการวินิจฉัยโรคในกลุ่มนี้

---

[52] เช่น duiza, “การจัดภาวะข้ามเพศให้เป็น ‘ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ’ คุ้มค่าต่อการทำให้เกิดความรังเกียจต่อคนข้ามเพศหรือไม่?,” มูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน, 13 กันยายน 2552, http://thaitga.org/2020/?p=1404.

[53] Geoffrey M. Reed et al., “Disorders Related to Sexuality and Gender Identity in the ICD-11: Revising the ICD-10 Classification Based on Current Scientific Evidence, Best Clinical Practices, and Human Rights Considerations,” *World Psychiatry* 15, no. 3 (October 2016): 209-212.

[54] Ibid., 209-212.

Ref. code: 25645924030033WEF

จากการทบทวนประเด็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่คนข้ามเพศด้านบน การศึกษาฉบับนี้มีข้อสังเกตเป็นไปในทางเดียวกับ UNDP และชานันท์ และมีความเห็นที่แตกต่างไปจากอารยา กล่าวคือ ลักษณะของการใช้คำภาษาไทยที่สอดคล้องกับองค์ความรู้ว่าด้วยเพศสถานะ แต่ใช้คำภาษาอังกฤษที่ยังคงความหมายของความผิดปกติ[55] แม้จะแสดงให้เห็นถึงการที่หน่วยงานของรัฐรับฟังข้อเสนอแนะจากภาคประชาชน (กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ) ในกรณีการปรับปรุงถ้อยคำในภาษาไทย แต่ก็แสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงวาทกรรมทางการแพทย์และจิตวิทยาที่ยังคงจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายในเชิงทางการในกรณีของถ้อยคำในภาษาอังกฤษ และน่าจะแสดงให้เห็นกรอบคิดและทัศนคติในเชิงกฎหมายของรัฐไทยที่มีต่อบุคคลข้ามเพศได้

กล่าวโดยสรุป การทบทวนกฎหมายเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศด้านบนทำให้เกิดข้อสังเกตสองประการซึ่งจะนำไปสู่การทำความเข้าใจวิธีการคิดของรัฐไทยเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศ ซึ่งจะเป็นประเด็นสำคัญที่จะนำไปวิเคราะห์อย่างละเอียดในส่วนที่ 4.2 ต่อไป ดังนี้

1) รัฐไทยยังคงแบ่งเพศออกเป็นสองเพศอย่างเด็ดขาด คือ ชายกับหญิง และเป็นการกำหนดเพศในขณะเกิดโดยยึดอวัยวะเพศเป็นสำคัญ (sex determined at birth by genitalia) ดังนั้น การที่คนข้ามเพศจะไม่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารจึงต้องวางอยู่บนฐานการเป็นเพศชายที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นทหาร ได้แก่ การเป็นคนจำพวกที่ 2 (คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ) ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

2) วาทกรรมทางการแพทย์เป็นวาทกรรมที่มีพลังอำนาจสูงที่มีบทบาทในการตระหนักรู้และยอมรับสถานะของบุคคลข้ามเพศในกฎหมาย ไล่เรียงจากการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศด้วยเหตุความเป็นโรคจิต โดยยึดบัญชีขององค์การอนามัยโลก และต่อมาเปลี่ยนให้เป็น “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” โดยยังคงเป็นโรคตามบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลกอยู่เช่นเดิม ดังนั้น จึงเกิดคำถามที่น่าสนใจว่าปฏิบัติการของวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยาและวาทกรรมทางกฎหมายมีลักษณะเช่นไรในพื้นที่ของการตระหนักรู้และยอมรับบุคคลข้ามเพศโดยรัฐ

---

[55] เช่นเดียวกับการเรียกร้องจากหลายฝ่ายที่เกิดขึ้นในเวทีสาธารณะ เรื่อง “พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ” เมื่อปี พ.ศ. 2558. ดู “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ,” สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2564, https://bit.ly/3ws8sLY.

Ref. code: 25645924030033WEF

4.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร

ส่วนที่ 4.2 แบ่งออกเป็นสี่ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 4.2.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 ส่วนที่ 4.2.2 ทัศนคติของรัฐไทยที่มีต่อการเกณฑ์ทหาร ส่วนที่ 4.2.3 รัฐไทย ร่างกายที่แปลกประหลาด และการใช้บทบาทของวาทกรรมทางการแพทย์ในการสร้างเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ และส่วนที่ 4.2.4 บทวิเคราะห์

ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญที่จะนำไปวิเคราะห์ในส่วนถัดไป โดยเรียงตามลำดับการวิเคราะห์แบ่งเป็นสองประเด็น ดังนี้

1) เหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 โดยการศึกษาเห็นว่า คำพิพากษาดังกล่าวมีประเด็นที่น่าสนใจ คือ การที่ศาลไม่ได้อธิบายว่าภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดคืออะไร เพียงแต่พูดในลักษณะที่เป็นข้อเท็จจริง (fact) โดยไม่ได้อธิบายหรือให้เหตุผลใดเพิ่มเติม ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่าในขณะนั้นมีการยกร่างกฎกระทรวงเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 37 และส่งไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วก็ได้ ดังนั้น การศึกษาจึงจะทบทวนและวิเคราะห์ทิศทางของการนำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาใช้รับรองหรือคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในภาวะข้ามเพศ (ซึ่งอาจรวมถึงเพศนอกขนบแบบอื่นๆ) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นความคลุมเครือและข้อจำกัดของหลักการดังกล่าว

2) ข้อสังเกตต่อกระบวนการกำหนดให้เหตุ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” มาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศ ในกฎกระทรวงฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

ในส่วนที่ 4.1 การศึกษาได้ทบทวนการเปลี่ยนแปลงของถ้อยคำสำหรับยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่บุคคลข้ามเพศให้เหมาะสมในร่างกฎกระทรวงที่จะออกตามพ.ร.บ.รับราชการทหาร พ.ศ. 2497 โดยมีองค์กรที่เกี่ยวข้องจากหลายภาคส่วนอยู่ในการเจรจาต่อรอง ทั้งองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการทหารและมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบต่อพ.ร.บ.รับราชการทหาร พ.ศ. 2497 (กระทรวงกลาโหมและกระทรวงมหาดไทย) องค์กรอื่นๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้องและมีบทบาทสำคัญ (เช่น กระทรวงสาธารณสุข) องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ด้านสิทธิมนุษยชน (เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) และองค์การภาคประชาสังคม (เช่น องค์การต่างๆ ที่ทำงานด้านสิทธิเสรีภาพของบุคคลข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ) ทั้งนี้ เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่เสนอให้อยู่ในร่างกฎกระทรวงมีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง ตั้งแต่ถ้อยคำที่ยังเห็นได้ชัดว่าสื่อถึงความผิดปกติ

Ref. code: 25645924030033WEF

และมีแนวโน้มไปทางการตีตรา (เช่น บุคคลที่ไม่พึงประสงค์ให้เข้ารับราชการทหาร บุคคลที่เบี่ยงเบนทางเพศ) ไปสู่ถ้อยคำที่ออกห่างจากลักษณะดังกล่าวมากขึ้น จนสุดท้ายแล้ว ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันในการใช้ถ้อยคำที่อิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์-จิตวิทยา เริ่มจากการอิงกับองค์ความรู้ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด (ได้แก่ "ร่างกายผิดปกติอันเนื่องมาจากความผิดปกติในการรับรู้หรือการยอมรับเพศของตน (Gender Identity Disorder)" ในร่างกฎกระทรวงฉบับแรกที่คณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการ) และสุดท้ายเป็นถ้อยคำที่ยังคงสื่อถึงความผิดปกติและสอดคล้องกับองค์ความรู้ทางการแพทย์-จิตวิทยาในภาษาอังกฤษ แต่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีมากขึ้นในภาษาไทย คือ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" ดังที่ใช้มาจนถึงปัจจุบัน โดยมีข้อสังเกตในเบื้องต้น

การศึกษาฉบับนี้มีข้อสังเกตว่า ลักษณะของการใช้คำภาษาไทยที่สอดคล้องกับองค์ความรู้ว่าด้วยเพศ แต่ใช้คำภาษาอังกฤษที่ยังคงความหมายของความผิดปกติ[56] แม้จะแสดงให้เห็นถึงการที่หน่วยงานของรัฐรับฟังข้อเสนอแนะจากภาคประชาชน (กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ) ในกรณีของการปรับปรุงถ้อยคำในภาษาไทย แต่ก็แสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยาที่ยังคงจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายในเชิงทางการในกรณีของถ้อยคำในภาษาอังกฤษ และน่าจะแสดงให้เห็นถึงกรอบคิดและทัศนคติในเชิงกฎหมายของรัฐไทยที่มีต่อบุคคลข้ามเพศได้ โดยมีข้อสังเกตสองประการซึ่งจะนำไปสู่การทำความเข้าใจวิธีการคิดของรัฐไทยเกี่ยวกับบุคคลข้ามเพศตามที่ได้แสดงไว้ด้านบนก่อนที่จะถึงส่วนที่ 4.2 ได้แก่ หนึ่ง รัฐไทยยังคงแบ่งเพศออกเป็นสองเพศอย่างเด็ดขาด คือ ชายกับหญิง และเป็นการกำหนดเพศในขณะเกิดโดยยึดอวัยวะเพศเป็นสำคัญ และสอง วาทกรรมทางการแพทย์เป็นวาทกรรมที่มีพลังอำนาจสูงที่มีบทบาทในการตระหนักรู้และยอมรับสถานะของบุคคลข้ามเพศในกฎหมาย ไล่เรียงจากการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศด้วยเหตุความเป็นโรคจิต ดังนั้น จึงเกิดคำถามที่น่าสนใจว่าปฏิบัติการของวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยาและวาทกรรมทางกฎหมายมีลักษณะเช่นไรในพื้นที่ของการตระหนักรู้และยอมรับบุคคลข้ามเพศโดยรัฐ

---

[56] เป็นไปในทางเดียวกับ UNDP (2018) ชานันท์ (2560) และการเรียกร้องจากหลายฝ่ายที่เกิดขึ้นในเวทีสาธารณะ เรื่อง "พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ" เมื่อปี พ.ศ. 2558. ดู สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, "เวทีสาธารณะ เรื่อง "พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ,". สำหรับความคิดเห็นที่แตกต่าง ดู อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย".

Ref. code: 25645924030033WEF

4.2.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554

ประเด็นแรกที่การศึกษานี้วิเคราะห์ คือ หลักการที่ศาลปกครองกลางยึดถือและมีผลให้มีคำพิพากษาในทางบวกในประเด็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ซึ่งได้แก่ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ขอบเขตของการศึกษาฉบับนี้ไม่ได้เน้นไปที่การศึกษาเชิงลึกในประเด็นนี้ การศึกษาจึงจะแสดงกรอบคิดและข้ออภิปรายเกี่ยวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์พอสังเขปเพื่อแสดงให้เห็นข้อจำกัดของการนำหลักการนี้มาใช้ในประเด็นเกี่ยวกับเพศเท่านั้น

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการที่มีขอบเขตเนื้อหาไม่เป็นที่ยุติชัดเจนและเป็นที่ถกเถียงอภิปรายได้ โดยมีการให้ความหมายของขอบเขตเชิงเนื้อหาที่แตกต่างไปในแต่ละสาขาวิชาและแต่ละประเทศ/พื้นที่ที่นำหลักการนี้ไปใช้[57] ในแง่สาขาวิชา อย่างน้อยที่สุดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถทำความเข้าใจได้จากมุมมองทางนิติศาสตร์ (ซึ่งเป็นได้ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ) จริยศาสตร์ และรัฐศาสตร์[58] เมื่อมุ่งสนใจไปที่มุมมองทางนิติศาสตร์โดยเฉพาะ (ซึ่งเป็นมุมมองที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งเน้น) หลักการนี้ถูกนำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค (เช่น ศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) และระดับกฎหมายภายในประเทศ

ในกรณีระดับกฎหมายภายในประเทศ ประเทศที่วางหลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปที่สำคัญในรัฐธรรมนูญและมีประวัติในทางรัฐธรรมนูญมาอย่างยาวนาน ได้แก่ ประเทศเยอรมนีและประเทศแอฟริกาใต้ โดยจุดร่วมหนึ่งของการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในเชิงหลักการพื้นฐานทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญคือเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนีกับประสบการณ์สงครามและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสงครามโลกครั้งที่สอง และประเทศแอฟริกาใต้กับประสบการณ์การแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิว (Apartheid) ในช่วงกลางถึงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 20[59] สำหรับประเทศไทย หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 โดยนำแบบอย่างมาจากประเทศเยอรมนี และได้รับการบัญญัติในลักษณะเดียวกัน (ในระดับหนึ่ง) ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรสองฉบับถัดมา (ฉบับ พ.ศ. 2550 และ 2560) ด้วยเหตุผลดังกล่าว บรรเจิด สิงคะเนติ จึงเห็นว่า การทำความเข้าใจหลักการนี้ สมควรเป็นการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับ

---

[57] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 87-90; Stephen Riley and Gerhard Bos, “Human Dignity,” The Internet Encyclopedia of Philosophy, accessed September 12, 2021, https://iep.utm.edu/hum-dign/.

[58] Riley and Bos, “Human Dignity,”.

[59] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 86-87.

Ref. code: 25645924030033WEF

การพัฒนาการของหลักการและการใช้ในต่างประเทศ (โดยเฉพาะประเทศเยอรมนี)[60] การศึกษาฉบับนี้เห็นด้วยกับบรรเจิด เนื่องจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ปรากฏตัวขึ้นในระดับรัฐธรรมนูญในรัฐไทยเพียง 20 กว่าปี (นับถึงปี พ.ศ. 2564) และในกระบวนการทางตุลาการซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ช่วยพัฒนาหลักการดังกล่าว ก็มีคำพิพากษาเพียงสี่คดีเท่านั้น (โดยคดีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้เป็นหนึ่งในนั้น) และเนื้อหาของคำพิพากษาก็ไม่มีความลุ่มลึกเท่าไรนัก ดังที่จะได้ทบทวนต่อไปในส่วนท้ายของส่วนนี้

การศึกษาฉบับนี้เริ่มต้นจากการทำความเข้าใจหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทางระหว่างประเทศ จากนั้นจึงทบทวนกรณีกฎหมายภายในของต่างประเทศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี) แล้วจึงทบทวนขอบเขตเนื้อหาและสถานะของหลักการนี้ในรัฐไทย ก่อนที่สุดท้ายจะแสดงความเห็นเกี่ยวกับแนวโน้มที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะก่อให้เกิดผลเชิงบวกในประเด็นภาวะข้ามเพศที่กว้างขวางยิ่งกว่าสิ่งที่เกิดขึ้นในกรณีเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร

ในทางระหว่างประเทศ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกวางเป็นหลักทั่วไปของระบบสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยปรากฏตัวครั้งแรกในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ในส่วนคำปรารภ (The Preamble) “โดยที่การยอมรับศักดิ์ศรีแต่กำเนิด และสิทธิที่เท่าเทียมกันและที่ไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งมวลแห่งครอบครัวมนุษยชาติ เป็นพื้นฐานแห่ง อิสรภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก,”[61] และ “โดยที่ประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันอีกครั้งไว้ในกฎบัตรถึงศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและค่าของมนุษย์ และในสิทธิที่เท่าเทียมกันของบรรดาชายและหญิง . . .”[62] อีกทั้ง ในตราสารอีกสองฉบับ (ที่มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ) ที่เมื่อรวมกับ UDHR ถือว่าเป็น“บัญญัติระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The International Bill of Human Rights)” ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: ICESCR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)[63] ก็มีการอ้างอิงถึง

---

[60] เรื่องเดียวกัน, 85-86.

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

[62] “ Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women . . .”

[63] จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559), 282-283; ดูเพิ่มเติมใน “Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights,” Office

Ref. code: 25645924030033WEF

ศักดิ์ศรีของมนุษย์ในทำนองเดียวกัน เช่น ส่วนคำปรารภ (The Preamble) ของ ICCPR ระบุว่า "... การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกันและไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้น เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติธรรมในโลก"[64] และ "ยอมรับว่า สิทธิเหล่านี้มาจากศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์"[65] กล่าวได้ว่า การปรากฏตัวในลักษณะนี้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้ในทางระหว่างประเทศ (และอาจเป็นในกฎหมายภายในประเทศด้วย) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควรนำมาใช้ในลักษณะของหลักการที่เชื่อมมโนทัศน์อื่นๆ เข้าด้วยกัน คือ เสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพ และเชื่อมขอบเขตเนื้อหาและการใช้ทั้งในมุมมองของสาขาวิชาต่างๆ ได้แก่ นิติศาสตร์ จริยศาสตร์ และรัฐศาสตร์เข้าด้วยกัน หรืออาจเรียกว่า "หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เป็นตัวเชื่อม (an interstitial concept of human dignity)"[66]

การปรากฏตัวของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการทำความเข้าใจหลักการนี้อยู่อย่างน้อยสามประการ คือ รูปแบบ (form) เนื้อหา (content) และการใช้ในเชิงบรรทัดฐาน (normative use)[67] การตอบคำถามของประเด็นปัญหาเหล่านี้ขึ้นอยู่กับว่าพิจารณาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในขอบเขตอำนาจใด (เช่น ระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค ฯลฯ) ภายใต้ปัจจัยเชิงระยะเวลาและพัฒนาการของการใช้ในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ดี จุดร่วมประการหนึ่งของการใช้ไม่ว่าในระดับใด (รวมถึงระดับภายในประเทศ) คือ การที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีขอบเขตเนื้อหาและสถานะที่ชัดเจน และไม่มีความเห็นพ้องต้องกันในเรื่องดังกล่าวเป็นความเห็นหนึ่งเดียว[68]

เมื่อมุ่งสนใจไปที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในมุมมองของกฎหมายภายในประเทศ ด้วยเหตุที่ไม่มีการให้ความหมายของขอบเขตเชิงเนื้อหาที่เป็นที่ยุติ การให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจทำได้โดยเริ่มจากการพิจารณาคำว่า "ศักดิ์ศรี (dignity)" บรรเจิดได้ทบทวนความหมายดังกล่าวอย่างน้อยจากสามมุมมอง คือ ความหมายในยุคโรมัน (เกียรติที่ปรากฏในที่สาธารณะซึ่งหมายความว่าไม่ใช่ทุกคนที่จะได้รับเกียรตินี้) ความหมายในเชิงคริสต์ศาสนา (ความรักและความเมตตาของพระเจ้าที่ให้แก่มนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียม) และความหมายในเชิงปรัชญาที่เสนอโดยอิมมานูเอล คานท์

---

of the United Nations High Commissioner for Human Rights, accessed November 5, 2020, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf.

[64] " . . . recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,"

[65] "Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person,"

[66] Riley and Bos, "Human Dignity,".

[67] Ibid.

[68] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 87-90; Riley and Bos, "Human Dignity,".

Ref. code: 25645924030033WEF

(Immanuel Kant) (ความเป็นอิสระที่มนุษย์จะบรรลุไปสู่ความดีงาม โดยยึดโยงกับการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในฐานะที่เป็นจุดหมายในตัวเองไม่ใช่ในฐานะเครื่องมือชิ้นหนึ่ง)[69] จากนั้น บรรเจิดจึงทบทวนการให้ความหมายขอบเขตเชิงเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ส่วนใหญ่จากมุมมองของนักกฎหมาย-ปรัชญาสายเยอรมนี) และได้สรุปความหมายในมุมมองของตนเองว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ

> คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" เป็นคุณค่าที่มีอาจจะล่วงละเมิดได้[70]

นอกจากนี้ บรรเจิดมีความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า การให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทางปฏิบัตินั้นควรเป็นไปในเชิงปฏิเสธมากกว่า[71] กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีความหมายและขอบเขตที่ชัดเจน แต่การใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในความเป็นจริงอาจทำได้โดยการพิจารณาการกระทำใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การกระทำนอกเหนือจากนั้นจึงไม่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในแง่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการพัฒนาโดยกฎหมาย อาจพิจารณาได้จากบทบาทของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของประเทศเยอรมนี การศึกษาฉบับนี้ทบทวนโดยย่อเป็นสองประเด็นตามการศึกษาของบรรเจิด ดังนี้

ในกรณีขอบเขตเนื้อหาหรือสารัตถะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ข้อพิจารณาในเบื้องต้นเป็นไปในทำนองเดียวกับการทบทวนความหมายและขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ข้างต้นคือขอบเขตเชิงเนื้อหายังไม่เป็นที่ยุติ อย่างไรก็ดี อาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบด้วยรากฐานสองประการที่ไม่อาจแยกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับตนเอง กล่าวคือ เป็นรากฐานที่สำคัญในการทำให้มนุษย์เป็นมนุษย์และสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ได้ และทำให้มนุษย์สามารถกำหนดเจตจำนงของตนเองได้อันทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่น และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสังคม กล่าวคือ มนุษย์จะต้องได้รับการปฏิบัติโดยสังคมอย่างเท่าเทียมกันและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ[72]

---

[69] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 88.

[70] เรื่องเดียวกัน, 90.

[71] เรื่องเดียวกัน, 103.

[72] เรื่องเดียวกัน, 90-91. ทั้งนี้ ประเด็นเหล่านี้มีรายละเอียดอีกมากซึ่งไม่สามารถกล่าวถึงได้ในการศึกษาฉบับนี้ เป็นต้นว่า ในประเด็นความเสมอภาคนั้น ความเสมอภาคสามารถทำความเข้าใจได้จากหลายมุมมองและมีขอบเขต

Ref. code: 25645924030033WEF

ในเชิงการทำความเข้าใจผ่านกระบวนการตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ของประเทศเยอรมนีเคยใช้คำอื่นๆ เพื่ออ้างอิงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[73] และต่อมาได้พัฒนาหลักการพิจารณาในเชิงภาวะวิสัย กล่าวคือ พิจารณาว่าการปฏิบัติต่อมนุษย์เป็นการกระทำโดยลดทอนมนุษย์เป็นเพียงวัตถุหรือไม่[74] (ซึ่งดูเหมือนว่าจะถูกนำมาปรับใช้ในศาลไทยในระดับหนึ่งดังที่จะได้ทบทวนต่อไป)

ในกรณีสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของเยอรมนีแต่เดิมนั้นไม่มีความชัดเจนว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเพียงหลักการ/ตัวชี้นำหนึ่งในทางการเมืองหรือเป็นสิทธิ จึงมีความคิดเห็นแตกออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า ด้วยตำแหน่งแห่งที่ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญและการขาดขอบเขตเชิงเนื้อหาที่ชัดเจนแน่นอน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นเพียงหลักการพื้นฐานเชิงการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้จะไม่ได้ถูกบัญญัติเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ รวมถึงการที่สิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ที่ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ขาดความชัดเจนแน่นอนในเชิงขอบเขตเนื้อหาเช่นกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ของเยอรมนีได้มีคำพิพากษาว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งที่ผู้ทรงสิทธิสามารถยกขึ้นมาดำเนินการทางศาลได้ และแม้จะมิได้ถูกบัญญัติไว้เป็นสิทธิในมาตราใดโดยเฉพาะ องค์กรของรัฐทุกองค์กรก็มีความผูกพันที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[75]

สำหรับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐไทย การศึกษานี้ทบทวนสั้นๆ โดยเริ่มจากสถานะของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการพัฒนาในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ

ในกรณีสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ บรรเจิดได้พิจารณาข้ออภิปรายในกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ประกอบตำแหน่งแห่งที่ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องในระดับหนึ่งกับตำแหน่งแห่งที่

เนื้อหาที่ไม่ชัดเจนเช่นเดียวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. ดู Stephen Gosepath, “Equality,” The Stanford Encyclopedia of Philosophy, accessed September 12, 2021, https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/equality/.

[73] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 103.

[74] เรื่องเดียวกัน, 103.

[75] เรื่องเดียวกัน, 95.

Ref. code: 25645924030033WEF

ของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรอีกสองฉบับถัดมา (ฉบับ พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560) โดยมีความเห็นโดยสรุป ดังนี้

1) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540[76] ฉบับ พ.ศ. 2550[77] และ พ.ศ. 2560[78] บัญญัติไว้เหมือนกันแทบทุกคำ โดยมีการเปลี่ยนแปลงเฉพาะคำเชื่อมและมีข้อความที่เพิ่มเติมมาเพียงเล็กน้อย (เช่น กรณีฉบับ พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง") ด้วยเหตุที่มาตรานี้อยู่ในหมวดที่เป็นบททั่วไปของรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของรัฐที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐในลักษณะการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญถือว่าสิทธิเสรีภาพทั้งหมดมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และส่งผลถึงการตีความสิทธิเสรีภาพเหล่านี้[79]

2) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550[80] บัญญัติไว้เหมือนกันทุกคำ (แตกต่างกันเล็กน้อยในกรณีการเว้นวรรค) โดยบัญญัติว่า (กรณีฉบับ พ.ศ. 2540) "การใช้อำนาจโดยองคกรของรัฐทุกองคกร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแหงรัฐธรรมนูญนี้" มาตราดังกล่าวในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ สถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงอยู่ในระดับเดียวกับการเป็นสิทธิและเสรีภาพ[81] ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้บัญญัติมาตราในลักษณะนี้ไว้

3) มาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน โดยฉบับ พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า "บุคคลยอมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใชสิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

---

[76] มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุมครอง"

[77] มาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลยอมได้รับความคุมครอง"

[78] มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง" และวรรคสอง บัญญัติว่า "ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน"

[79] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 122.

[80] มาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า "การใชอำนาจโดยองคกรของรัฐทุกองคกรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแหงรัฐธรรมนูญนี้"

[81] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 122.

Ref. code: 25645924030033WEF

ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” โดยวรรคสองของทั้งสองมาตรา บัญญัติหลักการในเรื่องการยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใชสิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ในกรณีที่สิทธิหรือเสรีภาพในวรรคหนึ่งถูกละเมิด

ในกรณีนี้ บรรเจิดเห็นว่า มาตรา 28 ดังกล่าว เป็นไปในแนวทางเดียวกับการอภิปรายในเยอรมนี คือ มีความคิดเห็นออกไปสองทางว่ามีสถานะเป็นหลักการพื้นฐานทั่วไปของรัฐธรรมนูญ หรือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ในกรณีของประเทศไทยนั้น โดยเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยพิจารณาตำแหน่งแห่งที่ของมาตรา 26 (ซึ่งอยู่ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ) ประกอบการพิจารณาเจตนารมณ์และสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในภาพรวมตามมาตรา 4 และ 28 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ข้างต้น ประกอบสถานะและพัฒนาการของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศเยอรมนี[82]

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีการกำหนดหลักการในลักษณะดังกล่าวในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 (บทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้คือมาตรา 25) แต่ปรากฏในมาตรา 26 ว่าด้วยหลักการของการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้[83]

การทบทวนข้างต้นทำให้พอเห็นภาพสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของรัฐไทยซึ่งส่วนใหญ่ต้องอิงกับคำอธิบายและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนของประเทศเยอรมนี อย่างไรก็ตาม ขอบเขตเชิงเนื้อหาของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นข้อความคิดเชิงนามธรรมและการคุ้มครองในความเป็นจริงสมควรทำความเข้าใจจากพัฒนาการของหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในทางตุลาการ โดยมีการอ้างถึงเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นตลอดระยะเวลาสองทศวรรษเศษที่หลักการนี้ปรากฏตัวขึ้น และบางคดีก็ยังได้พิจารณาขอบเขตเชิงเนื้อหาของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้[84]

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 กรณีที่ผู้ร้อง (ชาวต่างชาติ) ร้องว่าบทบัญญัติว่าด้วยการใช้เครื่องพันธนาการแห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479

---

[82] เรื่องเดียวกัน, 122-123.

[83] มาตรา 26 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

[84] บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 126-127.

Ref. code: 25645924030033WEF

ขัดหรือแย้งต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (และบทบัญญัติอื่นๆ)[85] ที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ทั้งนี้ ศาลยกคำร้องด้วยเหตุผลเชิงกระบวนการ (ผู้ร้องกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ใช้ช่องทางการร้องว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ที่ใช้ในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ)[86] ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย[87]

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 การที่การรถไฟแห่งประเทศไทยอนุญาตให้มีการติดตั้งโฆษณาที่กระจกหน้าต่างปิดบังทิวทัศน์ในเส้นทางการเดินรถไฟเป็นการทำให้รถไฟโดยสารอยู่ในลักษณะของรถไฟที่ใช้บรรทุกสินค้า จึงเป็นการปฏิบัติต่อมนุษย์เยี่ยงวัตถุและละเมิดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.129/2554 การที่ผู้ฟ้องคดีถูกปฏิเสธการจดทะเบียนเป็นทนายความเนื่องจากขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งมีเหตุมาจากการที่ผู้ฟ้องคดีเคยต้องโทษจำคุกจากคำพิพากษาถึงที่สุดฐานฟ้องเท็จและเบิกความเท็จไม่ใช่การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (รวมถึงไม่ใช่การกระทำโดยไม่สุจริตและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม)

4) คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1540/2554 (คำพิพากษาในประเด็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศในการศึกษาฉบับนี้)

สำหรับการพิจารณาบทบาทของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และประเด็นว่าด้วยเพศ การศึกษาฉบับนี้เริ่มจากการทบทวนตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับเพศ จากนั้นจึงพิจารณาข้อจำกัดของการนำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อส่งเสริมสิทธิเสรีภาพในประเด็นเกี่ยวกับเพศ[88]

---

[85] ผู้ร้องอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ได้แก่ มาตรา 4 (หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิและเสรีภาพได้รับความคุ้มครอง) มาตรา 30 (หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ) และมาตรา 33 (หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา)

[86] มาตรา 264 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

[87] อีกทั้ง เมื่อผู้ร้องได้รับการส่งกลับไปยังประเทศต้นทางแล้ว การพิจารณาคำร้องจึงไม่เป็นประโยชน์กับผู้ร้อง นอกจากนี้ คดีนี้มีประเด็นที่น่าสนใจที่ศาลไม่ได้พิจารณาวินิจฉัย คือ คนต่างด้าวจะถือเป็นผู้ทรงสิทธิที่ได้รับการรับรองในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ที่อ้างสิทธิเสรีภาพยันกับรัฐไทยได้หรือไม่. บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 126-127.

[88] เค้าโครงการนำเสนอและข้อวิพากษ์หลัก เรียบเรียงจาก Annika Thiem, “Human Dignity and Gender Inequalities,” in *The Cambridge Handbook of Human Dignity Interdisciplinary Perspectives*, ed. Marcus Düwell et al. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014).

Ref. code: 25645924030033WEF

ในกรณีของตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน[89] ใน UDHR ซึ่งอ้างอิงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในส่วนคำปรารภ (เน้นย้ำความเสมอภาค) ประเด็นสิทธิเกี่ยวกับเพศ (ชายและหญิง - men and women) ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติสองข้อ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสร้างครอบครัวและการเป็นแม่[90] ทั้งนี้ ข้ออภิปรายในกระบวนการจัดทำ UDHR ได้หลีกเลี่ยงการแบ่งแยกเพศในคำประกาศด้านสิทธิมนุษยชนดังกล่าวและการใช้คำว่า "มนุษย์ (human)" ในภาพรวมก็อยู่ในลักษณะที่ครอบคลุมทุกเพศสถานะแล้ว[91] อย่างไรก็ดี ด้วยการตระหนักรู้สถานะในเชิงสังคมวัฒนธรรมของเพศหญิงที่อยู่ในระดับต่ำกว่าเพศชาย จึงมีการตราอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) ในปี ค.ศ. 1969 (พ.ศ. 2512) และมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) (รัฐไทยเข้าเป็นภาคีด้วยการภาคยานุวัติในปี พ.ศ. 2528) รวมถึงมีเอกสารในระดับระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน ได้แก่ หลักการยอกยาการ์ตา (Yogyakarta Principles) ในปี ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) ซึ่งมุ่งไปที่ประเด็นสิทธิเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศโดยเฉพาะ และมีการอ้างอิงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในหลายจุด[92] นอกจากนี้ ในแง่การปฏิบัติตั้งแต่ประมาณช่วงปลายยุคทศวรรษ ค.ศ. 1990 เป็นต้นมา องค์การสหประชาชาติได้มีแนวนโยบายในการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศให้เกิดขึ้นได้ในความเป็นจริงนอกเหนือจากการคุ้มครองและรับรองผ่านตราสารระหว่างประเทศต่างๆ ตามที่กล่าวไป ในรูปของการทำให้ประเด็นทางเพศเข้าไปอยู่ในกระแสหลัก (gender mainstreaming)[93]

ในกรณีของการอ้างหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อันนิคา ธีม (Annika Thiem) ตั้งข้อสังเกตว่า หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แทบไม่ถูกนำมาใช้

---

[89] เรียบเรียงในแนวทางเดียวกับ Ibid., 499-501.

[90] Article 16 and 25 of the Universal Declaration of Human Rights; Thiem, "Human Dignity and Gender Inequalities," 499.

[91] Thiem, "Human Dignity and Gender Inequalities," 499.

[92] เช่น ในส่วนคำปรารภ (The Preamble) "RECALLING that all human beings are born free and equal in dignity and rights, and that everyone is entitled to the enjoyment of human rights 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" และในหลักการลำดับที่ 1 (Principle 1) (The Right to the Universal Enjoyment of Human Rights) "All human beings are born free and equal in dignity and rights. Human beings of all sexual orientations and gender identities are entitled to the full enjoyment of all human rights."

[93] Thiem, "Human Dignity and Gender Inequalities," 500-501.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในการพัฒนาข้ออภิปรายในประเด็นว่าด้วยเพศ ยกเว้นในประเด็นชีวจริยธรรมทางการแพทย์ (biomedical ethics) และการกระทำความรุนแรงขั้นร้ายแรงต่อผู้หญิง (extreme violence against women)[94] และเห็นว่ามีประเด็นที่เป็นปัญหาในเชิงแนวคิดทฤษฎี/ทางปฏิบัติอยู่สองประเด็น ได้แก่[95]

1) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มักถูกนำไปอ้างในเชิงการยืนยันสถานะของผู้หญิงตามจารีตประเพณีดั้งเดิม โดยไม่กี่ครั้งที่มีการอ้างถึงหลักศักดิศรีความเป็นมนุษย์ในประเด็นเกี่ยวกับเพศ มักเป็นการอ้างเพื่อยืนยันสิทธิที่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และการเคารพซึ่งกันและกันในเชิงต่างตอบแทน อีกทั้ง แนวโน้มยังเป็นการยืนยันบรรทัดฐานระหว่างเพศแบบดั้งเดิม (traditional gender norm) มากกว่าการพยายามรื้อสร้างบรรทัดฐานดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น บางรัฐมุ่งจำกัดการแสดงภาพผู้หญิงไปในเชิงลามกอนาจาร แต่ในขณะเดียวกันก็ละเลยการส่งเสริมให้ผู้หญิงเข้าสู่ตำแหน่งสาธารณะต่างๆ ทางสังคม ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการปกป้องคุ้มครองการใช้ประโยชน์ทางเพศของผู้หญิงอย่างล้นเกินจนมีแนวโน้มที่จะคงไว้ซึ่งบรรทัดฐานทางเพศสถานะแบบดั้งเดิม

2) แม้จะมีการเน้นย้ำถึงความหมายของเพศว่ามีความหลากหลายกว่าชายหญิง (เช่น ในเอกสารและเว็บไซต์ขององค์การสหประชาชาติ) แต่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีแนวโน้มถูกนำไปใช้โดยผูกติดอยู่กับเพศในเชิงชีวภาพได้แก่ชายและหญิง และถูกจำกัดความหมายให้อยู่กับประเด็นผู้หญิง ซึ่ง

> . . . ทำให้มองไม่เห็นความไม่เท่าเทียมอื่นๆ บนฐานอัตลักษณ์ทางเพศ (sexual identity) (การเลือกปฏิบัติต่อปัจเจกที่ข้ามเพศ เปลี่ยนเพศ และมีสองเพศ) และบนฐานรสนิยมทางเพศ (sexual orientation) (การเลือกปฏิบัติบนฐานเพศ/เพศสถานะของบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเพศ/เพศสถานะของคู่ของบุคคลนั้น)”[96]

จากการทบทวนโดยสังเขปข้างต้น ในกรณีที่ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาในเชิงบวกในประเด็นที่ผู้ร้องอ้างหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาให้กระทรวงกลาโหมแก้ไขเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร จาก “โรคจิตถาวร” เป็นเหตุอื่นในเอกสารที่เกี่ยวข้องนั้น การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า แม้จะเป็นหลักการที่อาจมีศักยภาพในการก่อให้เกิดผลทางบวกในเชิงการยอมรับภาวะข้ามเพศของบุคคล แต่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นหลักการที่นำไปสู่

---

[94] Ibid., 501.

[95] Ibid., 501-504.

[96] “. . . renders invisible other inequalities on the basis of gender identity (discrimination of transgender, transsexual and intersex individuals) and on the basis of sexual orientation (discrimination based on one’s own sex/gender in relation to one’s partners’ sex/gender”. Ibid., 503.

Ref. code: 25645924030033WEF

การยอมรับภาวะข้ามเพศอย่างเต็มรูปแบบ (เช่น การอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศทางกฎหมายได้) หรือไม่นั้น ยังเป็นปัญหาที่มีคำตอบไม่ชัดเจนและมีแนวโน้มที่จะมีข้อจำกัดอยู่มาก ด้วยเหตุผลต่างๆ ดังนี้

1) การปรากฏตัวของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของไทยมีระยะเวลาไม่นานนัก (ประมาณ 25 ปี นับจนถึงปี พ.ศ. 2564) และไม่ได้มีรากฐานจากเหตุทางประวัติศาสตร์เช่นในรัฐที่หลักการนี้ดำรงอยู่อย่างหนักแน่นมั่นคง (ประเทศเยอรมนีและแอฟริกาใต้) ซึ่งเป็นหนึ่งในเหตุผลที่ทำให้ขอบเขตเนื้อหาและสถานะของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของไทยไม่ชัดเจน (ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับการดำรงอยู่ของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในที่ต่างๆ ในช่วงเริ่มต้น)

2) เมื่อมุ่งสนใจไปที่ประเด็นปัญหาว่าด้วยขอบเขตเชิงเนื้อหาและสถานะของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของไทย การศึกษาเห็นว่า แม้บรรเจิดจะมีความเห็นค่อนข้างชัดเจนตามที่ได้ทบทวนไป แต่เมื่อพิจารณาการศึกษาของบรรเจิดในภาพรวม (ซึ่งสรุปมาจากรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์อีกทอดหนึ่ง) และการอ้างอิงหลักการนี้ในคำพิพากษาของศาลไทย การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายมหาชนของไทยไม่มีความชัดเจนทั้งในแง่ขอบเขตเนื้อหาและสถานะ ทั้งนี้ เนื่องจากการศึกษาของบรรเจิดให้เหตุผลสนับสนุนด้วยการยกข้ออภิปรายในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2540) ซึ่งเป็นความคิดเห็นของปัจเจกแต่ละคน ประกอบการพิจารณาตำแหน่งแห่งที่ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพื่อแสวงหาขอบเขตเนื้อหาและสถานะดังกล่าวเท่านั้น เมื่อประกอบกับความจำกัดของพัฒนาการของหลักการดังกล่าวในเชิงการใช้และการตีความ (ซึ่งขึ้นอยู่กับระยะเวลา) และรากฐานทางประวัติศาสตร์ (เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวและระบบแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิวในประเทศเยอรมนีและแอฟริกาใต้ตามลำดับ) จึงไม่สามารถประเมินแนวโน้มทิศทางของการนำหลักการนี้ไปใช้เพื่อส่งเสริมสิทธิเสรีภาพในประเด็นเกี่ยวกับเพศ/ภาวะข้ามเพศที่กว้างขวางกว่าการห้ามการปฏิบัติที่เป็นการลดศักดิ์ศรีให้ต่ำกว่ามนุษย์คนอื่น (หรือถึงระดับเยี่ยงวัตถุ) และการห้ามการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างจากมนุษย์กลุ่มอื่นได้

3) นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาการอ้างอิงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 ในประเด็นการเกณฑ์ทหารที่เกี่ยวข้องโดยตรงนี้ก็ไม่ปรากฏการให้ความหมายของหลักการนี้อย่างชัดเจน และ/หรือการทำความเข้าใจ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ในมุมมองของศาล และ/หรือการกล่าวถึงกรอบคิดโดยทั่วไปเกี่ยวกับเพศในรัฐไทย แต่อย่างใด

4) อีกทั้ง เมื่อพิจารณาขอบเขตเนื้อหาของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (อย่างน้อยจากการทบทวนของบรรเจิด) ซึ่งประกอบไปด้วยการเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายและหลักความเสมอภาค หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักการที่มีแนวโน้มที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศและผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศแตกต่างจากผู้อื่น (เช่น การปฏิบัติเยี่ยงคนกลุ่มนี้

Ref. code: 25645924030033WEF

ไม่ใช่มนุษย์) แต่ไม่มีแนวโน้มที่จะเป็นหลักการที่สำคัญในการสร้างสิทธิหรือปรับเปลี่ยนภูมิทัศน์เชิงนิติศาสตร์ในเชิงก้าวหน้าในประเด็นเกี่ยวกับเพศในรัฐไทย เช่น การเปลี่ยนเพศทางกฎหมาย หรือการยอมให้คู่เพศสรีระเดียวกันสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการมีบุตร ฯลฯ ได้ ทั้งนี้ ภายใต้บรรยากาศในสังคมของการอภิปรายและทัศนคติในประเด็นเกี่ยวกับเพศในช่วงปี พ.ศ. 2540-2562 ซึ่งเป็นขอบเขตของการศึกษาฉบับนี้

4.2.2 ทัศนคติของรัฐไทยที่มีต่อการเกณฑ์ทหาร

แม้จะไม่ได้มุ่งศึกษาประเด็นการเกณฑ์ทหารโดยตรง แต่เนื่องจากการวิเคราะห์แนวโน้มการยอมรับภาวะข้ามเพศในประเด็นนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเกณฑ์ทหาร จึงสมควรกล่าวถึงทัศนคติของรัฐไทยที่มีต่อการเกณฑ์ทหารโดยสังเขป

การใช้ประโยชน์กำลังคนในปริมณฑลของการทหารในโลกนี้มีหลายรูปแบบ เช่น การเกณฑ์กำลังพลโดยเสมอภาคไม่แบ่งแยกเพศ การเกณฑ์กำลังพลเฉพาะเพศชาย และการใช้ระบบการเข้าสู่การทหารแบบสมัครใจ ฯลฯ[97] ทั้งนี้ ระบบการทหารของรัฐไทยเป็นแบบการเกณฑ์กำลังพลเฉพาะเพศชายแบบบังคับโดยเสมอภาค ตามที่ได้ทบทวนไปแล้วในส่วนที่ 4.1

กล่าวได้ว่า การเกณฑ์ทหารของไทยเป็นผลมาจากพัฒนาการเชิงประวัติศาสตร์ของสยาม-ไทยเอง ผสมผสานกับปัจจัยภายนอกประเทศ ธนัย เกตวงกต ได้ทบทวนพัฒนาการดังกล่าว โดยสรุปได้พอสังเขปว่า แต่เดิมการปกครองส่วนกลางของสยามมีการเกณฑ์ไพร่พล-แรงงานจากราษฎรซึ่งมีสถานะเป็น “ไพร่” อยู่แล้ว (ตั้งแต่สมัยอาณาจักรอยุธยา) อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่รูปแบบการปกครองในสมัยโบราณมิได้มีการรวบอำนาจเข้าสู่ส่วนกลางดังเช่นในปัจจุบัน การควบคุมไพร่พลจึงอยู่ที่ขุนนางที่มีอำนาจในแต่ละกรม/พื้นที่ ต่อมาเมื่อมีปัจจัยต่างๆ ทั้งภายในและภายนอกประเทศจึงทำให้มีการปรับปรุงระบบการเกณฑ์ไพร่พล-แรงงานอันเป็นการทำลายอำนาจการควบคุมกำลังพลของขุนนางเหล่านี้และรวบอำนาจมาสู่ส่วนกลาง (ในสมัยก่อนคือกษัตริย์) แทน

เมื่อพิจารณาปัจจัยที่ส่งผลต่อการปฏิรูประบบการเกณฑ์ทหารเหล่านี้ในแง่ความจำเป็น ปัจจัยอาจแบ่งออกได้เป็นสองส่วนคือปัจจัยภายนอกและปัจจัยภายใน สำหรับปัจจัยภายนอกในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 (ประมาณกลางพุทธศตวรรษที่ 25 หรือสมัยรัชกาลที่ 4) ชาติตะวันตกโดยเฉพาะอังกฤษและฝรั่งเศสได้แผ่อิทธิพลเข้ามาในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ดังนั้น สยาม-ไทยจึงต้องการกำลังพลในทางทหารที่มีจำนวนแน่นอนและมีประสิทธิภาพ สำหรับปัจจัยภายในนอกจากเหตุการณ์ความไม่สงบต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายในประเทศแล้ว ยังมีปัญหาที่ระบบของการเกณฑ์แรงงาน-ไพร่พลด้วย กล่าวคือ ด้วยลักษณะของการเกณฑ์ไพร่พล-แรงงานในสมัยโบราณที่อำนาจ

---

[97] ธนัย เกตวงกต, *ประวัติศาสตร์การเกณฑ์ทหารในสังคมไทย* (กรุงเทพฯ: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท, 2560), 1.

Ref. code: 25645924030033WEF

การควบคุมอยู่กับขุนนางในแต่ละกรม/พื้นที่ การควบคุมไพร่พลเหล่านี้จึงทำได้ยาก อีกทั้ง การขอยกเว้นการเป็นทหารก็สามารถทำได้โดยง่าย เช่น การนำเงินไปให้แก่ขุนนางที่มีอำนาจในกรม/พื้นที่นั้นๆ เพื่อแลกกับการไม่ต้องเป็นทหาร[98] นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่โครงสร้างของสังคม ตามความเห็นของธงชัย วินิจจะกูล อาจกล่าวได้ถึงขั้นว่า การรวบอำนาจการเกณฑ์ทหารมาไว้ที่ส่วนกลางซึ่งยังอยู่ในลักษณะเดิมจวบจนทุกวันนี้ (มกราคม 2565) เป็นผลมาจากการดำรงไว้ซึ่งโครงสร้างของสังคมที่ไม่มีความเสมอภาคที่แท้จริง เนื่องจากระบบการเกณฑ์ทหารเป็นการรักษาโครงสร้างของสังคมที่มีลำดับชั้นไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเกณฑ์ทหารทำให้มีชนชั้น “นายพล” และ “ทหารเกณฑ์” เช่นเดียวกับในอดีตที่มีชนชั้น “ขุนนาง” และ “ไพร่”[99]

ธนัยได้ทบทวนต่อไปว่า การหลีกเลี่ยงหรือการยกเว้นการเกณฑ์ทหารเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน ในอดีต ได้แก่การนำเงินไปให้แก่ขุนนางเพื่อแลกกับการไม่ต้องเป็นทหาร ต่อมา เมื่อมีการจัดระบบการเกณฑ์ทหารแบบสมัยใหม่ วิธีการหลีกเลี่ยงหรือการยกเว้นการเกณฑ์ทหารมีหลายรูปแบบ ทั้งแบบไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เช่น การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง) และแบบชอบด้วยกฎหมาย (เช่น การศึกษาวิชาทหาร) นอกจากนี้ การยกเว้นให้บุคคลบางจำพวกไม่ต้องเกณฑ์ทหารก็มีมาโดยตลอด โดยเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนไปจนถึงปัจจุบัน[100]

ตามที่กล่าวไปแล้วว่าระบบการเกณฑ์ทหารของไทยเป็นระบบการเกณฑ์ทหารเฉพาะเพศชายแบบถ้วนหน้า ดังนั้น การยกเว้นการเกณฑ์ทหารตั้งแต่เริ่มมีการเกณฑ์ทหารแบบสมัยใหม่จึงวางอยู่บนฐานของความด้อยคุณสมบัติที่จะเป็นทหาร (หรือในบางกรณีบนฐานผู้ที่ไม่สมควรเป็นทหาร) แม้จะมีการอภิปรายเกิดขึ้นในกระบวนการจัดระบบการเกณฑ์ทหารก็ตาม (เช่น ข้ออภิปรายในช่วงต้นๆ ของการจัดระบบให้เป็นสมัยใหม่ที่การเกณฑ์ทหารจะทำให้เสียช่างฝีมือจำนวนมากไป)[101] ทัศนคติของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในลักษณะนี้เห็นได้ตั้งแต่ในช่วงแรกๆ อาทิ ในช่วงแรก ผู้ที่ไม่ต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหาร ได้แก่ บุคคลต่างชาติ (คนจีนรุ่นใหม่ที่เพิ่งอพยพเข้ามาและคนป่า-คนดอย) ผู้พิการ และบุคคลอื่นที่พระมหากษัตริย์ทรงให้ยกเว้นเป็นการเฉพาะ และต่อมีการเพิ่มเติมพระภิกษุ

---

[98] เรื่องเดียวกัน, 2-4.

[99] ธงชัย วินิจจะกูล, “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย,” *บทความฉบับเต็มสำหรับการปาฐกถาพิเศษป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17 วันที่ 9 มีนาคม 2563* (2563): 148-149, https://www.econ.tu.ac.th/uploads/archive/file/20200826/adfopqruy469.pdf. ธงชัยมีความเห็นถึงขั้นว่าการคงไว้ซึ่งโครงสร้างสังคมที่มีลำดับชั้นเป็นเหตุผลหลักประการเดียวในการคงไว้ซึ่งระบบการเกณฑ์ทหารแบบบังคับในรูปแบบปัจจุบันซึ่งเปลี่ยนแปลงได้ยากแม้จะถูกวิพากษ์เพียงใด. ดู เรื่องเดียวกัน, 149 (เชิงอรรถที่ 96).

[100] ธนัย เกตวงกต, *ประวัติศาสตร์การเกณฑ์ทหารในสังคมไทย*, 7-11.

[101] เรื่องเดียวกัน, 7.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในพระพุทธศาสนา (ในระดับการศึกษา/ตำแหน่งที่กำหนด) เป็นต้น[102] ทั้งนี้ ในปัจจุบัน ผู้ที่ได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหารถูกจัดเป็นบุคคลจำพวกต่างๆ ตามที่ได้ทบทวนไปในบทที่ 3 ซึ่งล้วนแล้วแต่แสดงถึงความด้อยคุณสมบัติที่จะเป็นทหาร แม้ว่าถ้อยคำที่ใช้เป็นเหตุยกเว้นจะมีการเปลี่ยนแปลงไปในเชิงบวกมากขึ้นอย่าง “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” ก็ตาม

4.2.3 รัฐไทย ร่างกายที่แปลกประหลาด และการใช้บทบาทของวาทกรรมทางการแพทย์ในการสร้างเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ

การทำความเข้าใจการเปลี่ยนเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศนั้น นอกจากจะมุ่งสนใจไปที่กระบวนการเกณฑ์ทหารโดยเฉพาะแล้ว สมควรที่จะทบทวนทัศนคติขององค์กรตุลาการที่มีต่อภาวะข้ามเพศและเพศที่คลุมเครืออีกครั้งด้วย อย่างไรก็ดี ตามที่ได้ทบทวนไปในบทที่ 2 และ 3 กรณีการร้องขอเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศในศาลนั้นมีอย่างจำกัด (ซึ่งเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้การศึกษาฉบับนี้ต้องศึกษาวาทกรรมในการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหลายฉบับเพื่อพยายามแสวงหาทัศนคติของรัฐไทยในประเด็นเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ) เนื่องจากกฎหมายต่างๆ ของรัฐไทยระบุเพศบนฐานทวิเพศ (ชายหญิง) อย่างชัดเจน และลักษณะคำพิพากษาของศาลไทย (อย่างน้อยฉบับที่มีการเผยแพร่ให้เข้าถึงได้เป็นการทั่วไป) ก็มีรายละเอียดการให้เหตุผลไม่มากนัก ด้วยเหตุนี้ การศึกษาฉบับนี้จึงจะทบทวนคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องสั้นๆ และพยายามทำความเข้าใจประเด็นนี้โดยการเปรียบเทียบกับข้อความคิดทางวิชาการที่มีต่อคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ (ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์) และจะนำข้อสังเกตไปประยุกต์ใช้เพื่อวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงในเชิงบวกในประเด็นการเปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศต่อไป

คำพิพากษาเดียวที่พิจารณาประเด็นการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลข้ามเพศ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524[103] ในคดีนี้ ผู้ร้องผ่านการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้ว (post-operative male to female transgender) และร้องขอให้หน่วยงานของรัฐเปลี่ยนเพศของตนในทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน และทะเบียนทางทหาร โดยระบุว่าตนเองเป็นหญิงเพียงแต่ไม่สามารถมีบุตรได้ หน่วยงานของรัฐไม่สามารถแก้ไขเอกสารดังกล่าวได้หากไม่ได้รับคำสั่งอนุญาตจากศาล เมื่อคำร้องขึ้นสู่ศาล ศาลชั้นต้นได้ยกคำร้องและศาลอุทธรณ์พิพากษายืนให้ยกคำร้อง คดีจึงขึ้นสู่ศาลฎีกา ศาลฎีกาพิพากษายืนให้ยกคำร้อง โดยวินิจฉัยว่า

---

[102] เรื่องเดียวกัน, 8.

[103] *นายชุมพล ศิลประจำพงษ์ (ผู้ร้อง)*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 (ศาลฎีกา 2524). ศาลฎีกาในกรณีนี้ทำหน้าที่เหมือนศาลปกครองในปัจจุบัน (พิจารณาการกระทำทางปกครองว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย) เนื่องจากขณะนั้นยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง

Ref. code: 25645924030033WEF

> เพศของบุคคลธรรมดานั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความถึงคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชาย ถึงหากจะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นอวัยวะเพศของหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้นโดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรองผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย

นอกจากกรณีของการข้ามเพศแล้ว ประเด็นเกี่ยวกับบุคคลที่มีสองเพศ/เพศกำกวม (intersex) ก็มีความน่าสนใจและเกี่ยวข้องกัน[104] โดยรัฐไทยอนุญาตให้บุคคลที่มีสองเพศโดยกำเนิดสามารถเปลี่ยนเพศให้เป็น “เพศที่ถูกต้อง” เพียงเพศเดียวได้[105] การเปลี่ยนเพศให้ถูกต้องในกรณีนี้หมายเฉพาะกรณีบุคคลสองเพศที่ถูกวินิจฉัยทางการแพทย์ว่ามีสองเพศแต่กำเนิดโดยมีอวัยวะเพศกำกวมไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิงและผ่านการผ่าตัดแปลงเพศให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งแล้ว[106] ตัวอย่างเช่น ในกรณีหนึ่ง

> บุคคลเพศกำกวมในกรณีนี้ได้รับการระบุว่าเป็นเพศชายในสูติบัตร แต่ได้รับ “การวินิจฉัย” ว่ามี “ความผิดปกติของอวัยวะเพศ” และได้ผ่านการผ่าตัด “เอาอวัยวะที่ผิดปกติออกแล้ว” หนังสือราชการฉบับนี้ระบุว่าการผ่าตัดนั้น “ไม่ใช่การผ่าตัดเพื่อเปลี่ยนแปลงเพศ” ซึ่งจากหลักฐานนี้ “นายทะเบียนสามารถแก้ไขหลักฐานในสูติบัตรและทะเบียนบ้านตามความเป็นจริงตามระเบียบของสำนักบริหารการทะเบียน”[107]

---

[104] ทั้งนี้ เนื่องจากการข้ามเพศและการมีสองเพศ/เพศกำกวมในประเทศไทยแตกย่อยออกมาจากกลุ่มเพศ “กะเทย” (เพศทางสังคมที่นอกเหนือจากชายหญิงที่เกิดขึ้นใหม่) เช่นกัน. United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 59. ดูเพิ่มเติมใน Peter A. Jackson, “An Explosion of Thai Identities: Global Queering and Re-Imagining Queer Theory,”.

[105] หนังสือสำนักงานทะเบียนกลาง ที่ มท 0322/9185 เรื่อง การแก้ไขเพศในเอกสารการทะเบียนราษฎร ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2535; หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0310.1/25058 เรื่อง หารือการขอแก้ไข เพศและคำนำหน้านามในทะเบียนบ้าน ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2544; วัชรินทร์ สังสีแก้ว, “คำสั่งทางปกครองกับผู้แปลงเพศ,” 103-104.

[106] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 59-61.

[107] หนังสือถึงหน่วยบริหารทางทะเบียนพิษณุโลก ที่ มท.0322/9158 ลงวันที่ 21 ตุลาคม ม.ป.ป. อ้างถึงในโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) และเครือข่ายบุคคลข้ามเพศแห่งเอเชียแปซิฟิก (APTN), *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*, 60.

Ref. code: 25645924030033WEF

จากการทบทวนโดยสังเขปข้างต้น การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า บทวิเคราะห์ของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ว่าด้วยการทำความเข้าใจภาวะข้ามเพศ กฎหมาย (ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์) และวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย (medico-legal discourse) ภายใต้กรอบคิดทฤษฎี "อสูรกาย (Monster)"[108] ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[109] สมควรนำมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์ท่าทีของรัฐไทยในการเปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศให้เป็นไปในทางบวกมากขึ้น ในงานชิ้นนี้ ชาร์ปได้ใช้ข้อความคิดของฟูโกต์ข้างต้นเพื่อทำความเข้าใจทัศนคติของกฎหมาย (ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์) ในประเด็นต่างๆ ที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายและ "ความเป็นธรรมชาติ" โดยส่วนที่มุ่งสนใจเป็นบทที่วิเคราะห์ทัศนคติของกฎหมายที่มีต่อภาวะข้ามเพศผ่านภาพรวมของหลักกฎหมายที่ถูกพัฒนาโดยศาลในคดีเกี่ยวกับการตระหนักรู้หรือยอมรับเพศที่เปลี่ยนไปจากเพศโดยกำเนิด

ทั้งนี้ ตามที่กล่าวไปแล้วว่า แม้กฎหมายที่มุ่งสนใจในบทนี้จะเป็นกรณีเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศโดยไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการเปลี่ยนเพศ และกฎหมาย/คำพิพากษาของรัฐไทยที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนเพศก็มีอยู่อย่างจำกัด อีกทั้ง ความเข้าใจเรื่องเพศทั้งโดยทั่วไปและของกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์/ตะวันตกและของรัฐไทยก็มีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า กรอบคิดทฤษฎีและกระบวนทัศน์ของชาร์ปในงานชิ้นนี้ที่ผ่านการคัดเลือกและประยุกต์แล้วจะเป็นส่วนสำคัญในการใช้วิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารที่มุ่งศึกษาในส่วนนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมพึ่งพิงองค์ความรู้ทางการแพทย์อย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากภายใต้กรอบคิด Monster "จุดสำคัญ [ของการเป็น Monster] คือร่างกายของ Monster ท้าทายความมั่นคงแน่นอนและการจัดประเภทของกฎหมาย"[110] และสาระสำคัญที่ทำให้เป็น Monster คือ "การละเมิดกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน (a double breach of law and nature)" กล่าวอีกนัยหนึ่ง การละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกันของภาวะข้ามเพศ (และภาวะอื่นๆ) ทำให้บุคคลข้ามเพศเป็นอื่น (the Outsider) ในสายตากฎหมาย และส่งผลให้ไม่สามารถได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการโดยกฎหมายได้ ซึ่งเป็นสภาวะที่กำลังดำเนินอยู่ในกฎหมายของรัฐไทย

---

[108] การศึกษาฉบับนี้จะใช้คำในภาษาอังกฤษ (Monster) เป็นหลัก

[109] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*.

[110] "[T]he essential point is that the body of the monster poses a challenge to legal certitude and taxonomy.". Ibid., 36.

Ref. code: 25645924030033WEF

ชาร์ปได้ทบทวนการเปลี่ยนแปลงการจัดวางภาวะข้ามเพศในตะวันตกซึ่งกลายเป็นปัญหาทางการแพทย์และกฎหมาย (medico-legal problem) ไว้ดังนี้[111] แต่เดิมในช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ภาวะข้ามเพศถูกทำความเข้าใจในลักษณะของ "การติดอยู่ในร่างกายที่ไม่ถูกต้อง (trapped in a wrong body)" และเป็นความเข้าใจเชิงประวัติศาสตร์ร่วมกันของหลายพื้นที่ ภาวะนี้ถูกจัดให้เป็นความแตกต่างที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ และบุคคลข้ามเพศคือผู้ที่ต้องการเปลี่ยนเพศ อย่างไรก็ตาม ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 จนถึงช่วงเปลี่ยนศตวรรษ การมุ่งสนใจไปที่ความต้องการเปลี่ยนเพศ ค่อยๆ เปลี่ยนไป โดยภาวะข้ามเพศถูกเชื่อมเข้ากับความต้องการทางเพศ (sexual desire) ในลักษณะของการเบี่ยงเบนทางเพศ/ความผิดปกติ (sexual deviance / perversion) ถูกทำความเข้าใจในลักษณะของการรักเพศเดียวกัน (homosexuality) และถูกศึกษาภายใต้ร่มของวิชาเพศวิทยา (sexology)

ในช่วงประมาณกลางคริสต์ศตวรรษที่ 20 จากความล้มเหลวของกระบวนการจิตบำบัด (psychotherapy) ประกอบกับการพัฒนาเทคนิคการแปลงเพศในทางการแพทย์ จึงมีการแยกภาวะข้ามเพศ (transsexualism) ออกจากการรักเพศเดียวกัน (homosexuality) และการแต่งกายข้ามเพศ (transvestism) อาทิ นักวิชาการบางคนให้นิยามว่า การข้ามเพศประกอบด้วยองค์ประกอบสามส่วน คือ ความต้องการเป็นเพศตรงข้ามกับเพศโดยกำเนิดของตนเอง การไม่ประสงค์ใช้อวัยวะเพศในเชิงการร่วมเพศ และการมีรสนิยมทางเพศแบบต่างเพศ (กับเพศที่ตนเองประสงค์จะเป็น) (heterosexuality) เป็นต้น ต่อมา ในยุคหลังทศวรรษ ค.ศ. 1950 มีการเสนอคำว่า "gender dysphoria" โดยกำหนดให้เป็นคำที่อ้างถึงผู้ที่ประสงค์จะเปลี่ยนเพศหลายๆ กลุ่ม โดยองค์ประกอบการเป็นผู้ข้ามเพศในยุคก่อนหน้าที่ยกตัวอย่างไปข้างต้นเป็นเพียงคนกลุ่มหนึ่งใน gender dysphoria เท่านั้น ทั้งนี้ความคิดทางการแพทย์แบบนี้อ้างว่ามุ่งสนใจความเป็นอยู่ที่ดีในภาวะหลังแปลงเพศมากกว่าการพยายามเสาะแสวงหาความจริงแท้ของการเป็นบุคคลข้ามเพศ

ในกรณีมโนทัศน์ Monster ชาร์ปเห็นว่า ข้อความคิดนี้แสดงภาพของความเป็นอื่น (the Outsiders) ในกฎหมายได้ชัดเจนกว่ามโนทัศน์อื่นๆ[112] โดยการเป็น Monster นั้นแสดงให้เห็นทัศนคติ (ในบริบทนี้คือของกฎหมาย) ต่อสิ่งที่มีความเป็นมนุษย์แต่ก็ไม่ใช่มนุษย์เสียทีเดียวและไม่ถึงขั้นเป็นสิ่งที่ไม่ใช่มนุษย์ และเฉพาะมุมมองที่ชาร์ปนำมาใช้ คือ การผสมผสานกัน (hybridity) ระหว่างมนุษย์และสิ่งที่มิใช่มนุษย์[113] การเป็น Monster มักจะส่งผลกระทบต่อระเบียบทางกฎหมาย (legal order) และทำให้ศักยภาพ/ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายบกพร่อง[114]

---

[111] สรุปสาระสำคัญและเรียบเรียงเป็นภาษาไทยจากงานของ Ibid., 88-91.

[112] เช่น ผู้รับเคราะห์แทนคนอื่น (The Scapegoat) และคนนอก (The Stranger). Ibid., 24-28.

[113] Ibid., 29-30.

[114] Ibid., 32-33.

Ref. code: 25645924030033WEF

แม้มีความเห็นที่หลากหลายในการใช้กรอบคิด Monster แต่กล่าวเฉพาะข้อความคิดของฟูโกต์ซึ่งเป็นแนวทางที่ชาร์ปใช้[115] ชาร์ปทบทวนว่า การเป็น Monster สามารถทำความเข้าใจได้จากองค์ประกอบสองประการ คือ ความเป็นอสูรกาย (Monstrosity) ซึ่งเชื่อมโยงกับลักษณะภายใน และลักษณะของอสูรกาย (Monstrousness)[116] ซึ่งเน้นไปที่ลักษณะภายนอกที่ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติและที่สำคัญคือละเมิดต่อกฎหมาย[117] โดยต้องตรงกับความเห็นของจอร์จ คันกิลเฮม (Georges Canguilhem) ซึ่งเป็นนักปรัชญาที่สำคัญอีกคนหนึ่งที่นำกรอบคิด Monster มาใช้ อย่างไรก็ตาม ในขณะที่คันกิลเฮมเห็นว่า ทั้ง Monstrosity และ Monstrousness หนุนเสริมซึ่งกันและกันในการประกอบสร้าง Monster โดยไม่สามารถขาดอย่างหนึ่งอย่างใดไปได้ (เมื่อมีลักษณะแบบ Monstrousness จึงเป็น Monstrosity) แต่ฟูโกต์เห็นว่า แม้องค์ประกอบทั้งสองประการมีความสัมพันธ์กัน แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นผลซึ่งกันและกัน[118] ทั้งนี้ "จุดสำคัญคือร่างกายของ Monster ท้าทายความมั่นคงแน่นอนและการจัดประเภทของกฎหมาย"[119] โดยฟูโกต์เห็นว่า สาระสำคัญที่ทำให้ Monster เป็น Monster คือ "การละเมิดกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน (a double breach of law and nature)" ทั้งนี้ การละเมิดสองชั้นนี้ทำให้เกิดความกระอักกระอ่วนในกฎหมาย เช่น ภาวะข้ามเพศ ฝาแฝดตัวติดกัน สิ่งมีชีวิตที่เป็นการผสมผสานระหว่างมนุษย์และสัตว์ ส่วนการละเมิดเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งจะไม่ทำให้เกิดความเป็น Monster ขึ้น อาทิ แม้ความพิการจะละเมิดธรรมชาติ แต่ยังคงมีที่ทางในกฎหมาย[120] แม้ความเป็น "กะเทยแท้ (hermaphrodite)" จะละเมิดธรรมชาติและท้าทายระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ความท้าทายกฎหมายก็หมดสิ้นไปตั้งแต่ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ความเป็นกะเทยแท้จึงไม่ใช่ Monster ในสายตาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์[121]

ถัดจากองค์ประกอบของการละเมิดสองชั้นข้างต้น องค์ประกอบถัดไปของการเป็น Monster ทางกฎหมาย (ในกรอบคิดของฟูโกต์/ชาร์ป) คือ "การกระทำความผิด (culpability)" ในขณะที่คันกิลเฮมเห็นว่า การพัฒนาขององค์ความรู้ทางการแพทย์ทำให้ Monstrousness กลายเป็นธรรมชาติ และเมื่อไม่มี Monstrousness การเป็น Monster จึงไม่สามารถมีได้[122] แต่ฟูโกต์มองว่า

---

[115] ข้อความคิด Monster ที่สำคัญอีกชิ้นคืองานของจอร์จ คันกิลเฮม (Georges Canguilhem). Ibid., 31.

[116] การศึกษาจะใช้คำในภาษาอังกฤษเป็นหลัก (Monstrosity และ Monstrousness)

[117] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, 32-33.

[118] Ibid., 34-36.

[119] "[T]he essential point is that the body of the monster poses a challenge to legal certitude and taxonomy.". Ibid., 36.

[120] Ibid., 32.

[121] Ibid., 37.

[122] Ibid., 36-37.

Ref. code: 25645924030033WEF

การพัฒนาไปขององค์ความรู้ทางการแพทย์ไม่เกี่ยวข้องกับการหายไปของ Monster เนื่องจากการเป็น Monster ไม่ได้เกิดจากการไม่เข้าใจหรือขาดองค์ความรู้ แต่การเป็น Monster จะหมดไปหากว่าการละเมิดธรรมชาติหมดสิ้นลักษณะที่ท้าทายระเบียบทางกฎหมาย[123]

นอกจากนี้ ชาร์ปได้เพิ่มองค์ประกอบอีกหนึ่งประการไปในกรอบคิดของฟูโกต์ว่าด้วยการเป็น Monster (ซึ่งชาร์ปมองว่าฟูโกต์น่าจะเสนอไว้เป็นนัย) คือ "ภาวะการเกิด (natality)"[124] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง "Monster ทางกฎหมายน่าจะ เกิดขึ้น ไม่ใช่ ถูกสร้างขึ้น"[125] โดยชาร์ปเห็นว่ามิใช่ความผิดปกติของร่างกาย แต่เป็น Monstrosity ที่พิจารณาตอนเกิดที่ทำให้ Monster อุบัติขึ้น[126] ซึ่งหมายความว่า ทัศนคติของกฎหมายที่มีต่อ Monster มักจะเกี่ยวข้องกับการเกิด ยกตัวอย่างเช่น การพิจารณาประเด็นภาวะข้ามเพศมักจะเกี่ยวข้องกับจุดเวลาของการถือกำเนิดของมนุษย์ อาทิ การพิจารณาอวัยวะเพศ (รวมถึงองค์ประกอบอื่นๆ) เมื่อถือกำเนิด การพิจารณาความจริงแท้ของภาวะจิตใจที่ประสงค์จะข้ามเพศในเวลาถือกำเนิด เป็นต้น

ชาร์ปนำมโนทัศนี้ไปใช้วิเคราะห์ประเด็นต่างๆ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือประเด็นเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในคดีเกี่ยวข้องกับการยอมรับ/เปลี่ยนเพศตามกฎหมาย ทั้งนี้ แม้หลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะยอมรับการเปลี่ยนเพศตามกฎหมายแล้ว และหลายประเทศจะยอมรับการสมรสหรือการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกัน (โดยไม่ต้องมีการเปลี่ยนเพศ) แล้ว แต่ชาร์ปเห็นว่า ทัศนคติของกฎหมายในการมองภาวะข้ามเพศ (บางประเภท) เป็น "คนนอก" ในลักษณะของ "Monster" หรือการละเมิดกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกันนั้นยังดำรงอยู่[127] ตามที่จะได้ทบทวนโดยสังเขปด้านล่าง

ในคดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนเพศตามกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น อาจแบ่งช่วงเวลาของหลักกฎหมายได้เป็นสองแนวทาง คือ วิธีการที่ยึดติดอยู่กับชีวภาพ (biological approach) และหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว (reform jurisprudence)[128]

สำหรับการพิจารณาในช่วงเวลาที่ศาลยังใช้วิธีการที่ยึดติดอยู่กับชีวภาพ (biological approach) ใน *Corbett v Corbett* [1970][129] ผู้พิพากษาพัฒนาหลักกฎหมายในการระบุเพศ

---

[123] Ibid., 37.

[124] Ibid., 39-41.

[125] "[L]egal monsters are perhaps, born rather than made.". Ibid., 39.

[126] Ibid., 40.

[127] Ibid., 101.

[128] Ibid., 91.

[129] *Corbett v. Corbett*, 2 All ER 33 (Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice 1970). *Corbett* เป็นคดีสำคัญและเคยเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานอย่างยาวนานในประเด็นการเปลี่ยนเพศ

Ref. code: 25645924030033WEF

ของบุคคล โดยสรุปได้ว่า[130] 1) การพิจารณาเพศของบุคคลต้องพิจารณาเมื่อเกิด (sex is determined at birth) 2) ปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดเพศของบุคคลมีสามประการ คือ โครโมโซม (chromosome) อวัยวะสืบพันธุ์ (gonad) และอวัยวะเพศ (genitalia) ซึ่งปัจจัยทั้งสามนี้ต้องสอดคล้องกัน และ 3) อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีที่ปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน ต้องยึดเอาอวัยวะเพศเป็นหลัก (พิจารณาในเวลาเกิด) ดังนั้น เอพริล แอชลีย์ (April Ashley) บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงซึ่งร้องขอให้ศาลพิจารณายอมรับการสมรสของตนที่ทำกับชายโดยกำเนิด (ในขณะนั้นการสมรสทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงตามกฎหมาย) จึงมิใช่ผู้หญิง และการสมรสจึงเป็นโมฆะ ทั้งนี้ เนื่องจากแม้เอพริล แอชลีย์จะมีอวัยวะเพศหญิงหลังผ่านการผ่าตัดแปลงเพศในขณะที่ทำการสมรสและอวัยวะเพศนี้ก็สามารถใช้ร่วมเพศแบบชายหญิงได้ กระนั้น ตามเหตุผลในคำพิพากษา เอพริล แอชลีย์ก็ไม่สามารถบรรลุผลสำเร็จของการสมรสด้วยการมีเพศสัมพันธ์แบบชายหญิงได้ ด้วยเหตุที่อวัยวะเพศดังกล่าวไม่ใช่อวัยวะเพศตามธรรมชาติ ทั้งนี้ ชาร์ปตั้งข้อสังเกตด้วยว่า การวินิจฉัยของผู้พิพากษาให้ความสำคัญแก่การรักเพศเดียวกัน (homosexuality) เหนือกว่าภาวะข้ามเพศ (transsexuality)[131]

เมื่อใช้มโนทัศน์ Monster มาทำความเข้าใจประเด็นนี้ ชาร์ปเห็นว่า การอยู่ในภาวะข้ามเพศเป็นลักษณะของ Monstrousness เนื่องจากการข้ามเพศเป็นการละเมิดกฎหมาย (การทำให้กฎหมายไม่มั่นคงแน่นอนและการทำลายระบบการจัดประเภทของกฎหมาย) และสภาวะทางจิตใจของบุคคลข้ามเพศที่ประสงค์จะเปลี่ยนเพศก็เป็นการละเมิดธรรมชาติซึ่งทำให้บรรลุสถานะ Monstrosity ดังนั้น เมื่อมีการละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติ (เข้าองค์ประกอบของทั้ง Monstrousness และ Monstrosity) ภาวะข้ามเพศจึงกลายเป็นอื่นตามกรอบคิด Monster ของฟูโกต์ ยิ่งกว่านั้น เมื่อทำความเข้าใจภาวะข้ามเพศกับการพัฒนาด้านการแพทย์ ชาร์ปเห็นว่าความต้องการที่จะเปลี่ยนเพศของผู้อยู่ในภาวะข้ามเพศภายใต้กรอบคิด Monstrosity นั้น จึงเป็นภาวะที่ทั้งวิปลาส (perverse) เนื่องจากเป็นการท้าทายการดำรงอยู่ของร่างกายภายใต้โครงสร้างทางเพศสถานะและเพศวิถี “ที่เหมาะสม” (บนฐานคิดแบบทวิเพศ) และฝังลึก (deep-rooted) เนื่องจากความปรารถนานี้ดำรงอยู่ในแก่นแท้ของภาวะข้ามเพศ (ขับเน้นการพิจารณาในภาวะการเกิด)[132] และ “ความเข้าใจแบบนี้ถูกสนับสนุนผ่านการทำให้เป็นโรคจากความปรารถนาแบบข้ามเพศ ความจริงแล้ว

ทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (สถานะความเป็นบรรทัดฐานในสหราชอาณาจักร คือ หลังมีคำพิพากษาดังกล่าวในช่วงกลางทศวรรษ ค.ศ. 1970 จนกระทั่งพระราชบัญญัติการตระหนักรู้เพศสถานะ ค.ศ. 2004 (Gender Recognition Act 2004) มีผลใช้บังคับ)

[130] Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 40-44.

[131] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*, 93-94.

[132] Ibid., 92-93.

Ref. code: 25645924030033WEF

คำว่า *transsexual* และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง *gender dysphoria* และ *gender identity disorder* จัดวางความปรารถนาที่จะเปลี่ยนแปลงร่างกายให้อยู่ภายในอาณาบริเวณของความเจ็บป่วยทางจิต”[133]

การทำความเข้าใจประเด็นนี้กับกรณีของบุคคลที่ไม่มีอวัยวะเพศ และบุคคลที่มีสองเพศ/เพศกำกวม (intersex) จะทำให้เห็นภาพการจัดวางความเป็นหรือไม่เป็นธรรมชาติมากขึ้น ชาร์ปเปรียบเทียบกับคดีสองคดี คือ *SY v SY* [1962] *และ W v W* [2001] ใน *SY v SY*[134] แม้อวัยวะเพศหญิง (ช่องคลอด) ของ SY จะเป็นอวัยวะเพศเทียม อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก SY เป็นหญิงโดยกำเนิดเพียงแต่ไม่มีช่องคลอดแบบหญิง การสร้างอวัยวะเพศขึ้นมาจึงทำให้ SY บรรลุผลสำเร็จของการสมรส และแม้ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวจะเห็นว่า การสร้างอวัยวะเพศเทียมในกรณีของ SY (ซึ่งพอจะมีร่องรอยของอวัยวะเพศอยู่บ้าง) จะไม่ต่างจากการสร้างอวัยวะเพศจากสิ่งที่มิใช่อวัยวะเพศเลย แต่ผู้พิพากษาใน *Corbett* กลับชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการทำให้อวัยวะเพศที่ผิดปกติกลายเป็นปกติ (ใน *SY v SY*) และการสร้างอวัยวะเพศจากการที่ไม่มีอวัยวะเพศเลยในกรณีของเอพริล แอชลีย์ (ใน *Corbett*)[135]

ใน *W v W*[136] ศาลตัดสินให้เพศของบุคคลสองเพศ/เพศกำกวม (ค่อนไปทางชาย) ที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ได้รับการยอมรับว่าเป็นหญิงตามกฎหมายและสามารถสมรสกับชายได้ ในทางการแพทย์ พบว่า Mrs W มีโครโมโซมและอวัยวะสืบพันธุ์แบบชาย และก่อนการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง Mrs W มีอวัยวะเพศที่คลุมเครือ (ambiguity) ซึ่งแพทย์ให้ความเห็นว่าค่อนไปทางผู้ชายมากกว่าผู้หญิง เมื่อเป็นเช่นนี้ วิธีการแบบ *Corbett* จึงใช้ไม่ได้ (เพราะเมื่อปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน ต้องไปพิจารณาที่อวัยวะเพศ แต่เมื่ออวัยวะเพศคลุมเครือ จึงทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ว่าเป็นเพศใด)[137] และถึงแม้อาจจะพยายามปรับใช้โดยตีความเป็นเพศชายได้ (เพราะอวัยวะเพศค่อนไปทางชาย) แต่ผู้พิพากษากลับยึดข้อเท็จจริงของ “ความคลุมเครือ (ambiguity)” และตัดสินว่า Mrs W มีเพศทางกฎหมายเป็นผู้หญิง แม้เป็นผลดีกับ Mrs W แต่เมื่อพิจารณารากฐานอันเป็นเหตุผลของคำพิพากษา ผู้พิพากษาใน *W v W* และใน *Corbett* ต่างก็มีฐานคิดเดียวกันในประเด็นเกี่ยวกับความเป็นธรรมชาติหรือไม่เป็นธรรมชาติของเพศ (บนฐานคิดแบบทวิเพศ) โดยการพิจารณาตรงจุดเวลาของการถือกำเนิดมีความสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในอาณาบริเวณของการสมรส (ซึ่งเป็นประเด็น

---

[133] “This understanding has been reinforced through the medical pathologisation of transsexual desires. Indeed, the terms *transsexual*, and more particularly, *gender dysphoria* and *gender identity disorder*, locate a desire for bodily transformation within the realm of mental illness.”. Ibid., 93.

[134] *SY v. SY (Orse W)*, 3 All ER 55 (Court of Appeal of England and Wales 1962).

[135] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*, 94-95.

[136] *W v. W*, 1 FLR 324 (2001).

[137] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*, 96.

Ref. code: 25645924030033WEF

สำคัญทั้งใน *Corbett* และ *W v W*) มีความสัมพันธ์ระหว่างการผ่าตัดแปลงเพศและธรรมชาติแฝงอยู่ คือ การมีเพศสัมพันธ์แบบต่างเพศเป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้ศาลอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการสมรส การที่ศาลไม่อนุญาตให้มีการสมรสใน *Corbett* เนื่องจากเอพริล แอชลีย์ที่เป็นคนข้ามเพศจากชายเป็นหญิงเคลื่อนตนเองออกห่างจากธรรมชาติของการมีเพศสัมพันธ์ (เปลี่ยนจากชายเป็นหญิง) ในขณะที่ Mrs W ซึ่งมีสองเพศ/เพศกำกวม (อันเป็น "ความผิดพลาดของธรรมชาติ") เป็นการพยายามทำให้ตัวเองสอดคล้องกับธรรมชาติ จากความคลุมเครือไปสู่ความชัดเจนตามแบบแผนที่สอดคล้องกับการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ[138]

กล่าวโดยสรุป พอจะเห็นได้ว่า คดีสองคดีข้างต้นเกี่ยวข้องกับวิธีการคิดที่ยึดติดอยู่กับการละเมิดกฎหมาย ความเป็นธรรมชาติ และการพิจารณาเพศของบุคคล ในขณะที่ผู้ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นเพศชายโดยกำเนิดแต่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศให้มีอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วไม่สามารถถูกยอมรับโดยกฎหมายให้เป็นเพศหญิงได้ แต่ผู้ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นหญิงโดยกำเนิดแต่ไม่มีช่องคลอดซึ่งการผ่าตัดในแง่การ "สร้างอวัยวะเพศ" ไม่แตกต่างกัน กลับได้รับคำพิพากษาว่าเป็นหญิงและทำการสมรสได้ และบุคคลสองเพศ/เพศกำกวม ที่แม้จะได้รับการพิจารณาว่ามีเพศค่อนไปทางชาย แต่ก็ได้รับการพิจารณาว่าเป็นหญิง ลักษณะของคดีตัวอย่างสามคดีดังกล่าวจึงเป็นการ ที่กฎหมายมองว่าเป็นการเคลื่อนที่เข้าสู่ธรรมชาติ (naturalisation) ใน *SY v SY* และ *W v W* และทำให้ภาวะเหล่านี้ไม่ละเมิดธรรมชาติ แต่เป็นการเคลื่อนที่ออกห่างจากธรรมชาติใน *Corbett* ซึ่งเป็นการละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน ภาวะข้ามเพศในเวลาที่ชาร์ปศึกษา (ค.ศ. 2010; พ.ศ. 2553) จึงยังคงเป็นอื่นภายใต้กรอบคิด Monster (ในรูปแบบใหม่) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์[139]

ในกรณีช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว (reform jurisprudence) กล่าวอย่างรวบรัด ชาร์ปสรุปว่า หากไม่นับพระราชบัญญัติการตระหนักรู้เพศสถานะ ค.ศ. 2004 (Gender Recognition Act 2004) ของอังกฤษซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายที่ศาลพัฒนาตามคอมมอนลอว์ แม้ศาลหลัง *Corbett* (ซึ่งเรียกได้ว่าผ่านการปฏิรูปด้านวิธีการคิดแล้ว) จะวินิจฉัยเคลื่อนออกห่างจากตรรกะที่ยึดปัจจัยทางชีวภาพใน *Corbett* แต่ก็เป็นการยอมรับเพียงบางส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยอมรับร่างกายของบุคคลข้ามเพศที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (post-operative transgender) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการคิดแบบการทำให้เป็นธรรมชาติ (naturalisation) คือ แทนที่จะพิจารณาความจริงแท้ในอดีต กฎหมายเปลี่ยนไปเป็นการพิจารณาความจริงในปัจจุบัน ในลักษณะของ

---

[138] Ibid., 96-98. ดูเพิ่มเติมใน Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, 47-49.

[139] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, 98.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความสอดคล้องระหว่างร่างกายและจิตใจผ่านการยืนยันโดยการแปลงเพศ[140] ทั้งนี้ " . . . การผลิตสร้างขั้วตรงข้ามระหว่างเพศอาจจะสัมฤทธิ์ผลได้ดีขึ้นด้วยการกำหนดผลทางกฎหมายสำหรับการควบรวมทางการแพทย์ซึ่ง 'ความกำกวม' จึงปิดกั้นปัจเจกภาพและความแตกต่าง ได้ดีกว่าการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง"[141]

ชาร์ปตั้งข้อสังเกตว่า ตัวอย่างเช่น ใน *MT v JT* (1976)[142] ศาลให้เหตุผลแตกต่างจาก *Corbett* โดยเห็นว่า ช่องคลอดเทียมของบุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงเป็นอวัยวะที่ไม่แตกต่างจากช่องคลอดตามธรรมชาติของหญิง และจึงทำให้สามารถร่วมเพศ (แบบต่างเพศ) ได้[143] อย่างไรก็ดี ชาร์ปเห็นว่า สิ่งที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องปกติของการที่กฎหมายต่อรองกับกฎหมายด้านเพศสถานะเพื่อค้ำจุนขั้วตรงข้ามระหว่างเพศ[144] และความเข้าใจของกฎหมายก็ยังคงยึดโยงอยู่กับธรรมชาติ (คือ การทำให้ผู้ผ่านการแปลงเพศแล้วกลายเป็นธรรมชาติ) ภายใต้วาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย ในแง่นี้ ทั้งร่างกายที่ผ่านการผ่าตัดและความประสงค์ที่จะเป็นเพศตรงข้ามจึงสอดคล้องกับธรรมชาติและหมดสิ้นสถานะของ Monster[145]

สถานการณ์ดังกล่าวเห็นได้ชัดขึ้นเมื่อพิจารณาประกอบ "ผู้ข้ามเพศอื่น (other transsexuals)" ซึ่งได้แก่ ผู้ที่อยู่ในภาวะข้ามเพศแต่ไม่ผ่านการแปลงเพศ (pre-operative transgender) โดยอาจกล่าวได้ว่า ภาวะข้างต้นก่อให้กฎหมายภายใต้ระบบทวิเพศเกิดความไม่มั่นคงแน่นอนและกระอักกระอ่วน เนื่องจากเป็นผู้ที่มีสองเพศในร่างเดียวกัน[146] โดย "ร่างกายดังกล่าวเป็นร่างที่กลายพันธุ์เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถคิดในเชิงเพศและเพศสถานะ นอกกรอบแบบทวิภาคตรงข้าม และใช้อวัยวะเพศเป็นศูนย์กลาง ได้"[147] นอกจากนี้ เมื่อพิจารณากรณีของบุคคลสองเพศ/เพศกำกวม กฎหมายของอังกฤษ (ในขณะที่ชาร์ปศึกษา) ก็ยังไม่ยอมรับให้บุคคลกลุ่มนี้ระบุตัวตนเป็นเพศอื่นนอกเหนือจากเพศบนฐานทวิเพศ หรือระบุเป็นสองเพศ/เพศกำกวม การอยู่ในภาวะดังกล่าว

---

[140] Ibid., 99.

[141] ". . . may be that the reproduction of gender polarity is better achieved through giving legal effect to the medical incorporation of 'ambiguity', thereby blocking off individuality and difference (Foucault, 1982, p 216), than it is through blanket opposition.". Ibid., 99-100.

[142] *MT v. JT*, 355 A 2d 204 (New Jersey Superior Court (Appellate Division) 1976).

[143] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, 100.

[144] Ibid., 99-100.

[145] Ibid., 100-101.

[146] Ibid., 102.

[147] "Such a body is mutant because law is incapable of thinking about sex and gender other than in binary, oppositional and genitocentric terms.". Ibid.

Ref. code: 25645924030033WEF

จึงไม่สามารถถูกจัดระเบียบภายใต้ระบบทวิเพศได้ และกลายเป็นอื่นภายใต้กรอบคิด Monster ของฟูโกต์[148] นอกจากนี้ ชาร์ปยังเสริมด้วยว่ากรอบคิดในเรื่อง "ความรับผิดชอบ (responsibility)" ซึ่งเกี่ยวโยงกับกรอบคิด Monster (แต่ไม่ชัดเจนในการนำมาใช้โดยฟูโกต์) ก็เกี่ยวข้องในประเด็นนี้ เนื่องจากผู้ข้ามเพศที่ไม่ผ่านการผ่าตัดมี "ความรับผิดชอบ" ในการไม่ทำให้ร่างกายของตนเองสอดคล้องกับธรรมชาติ[149]

4.2.4 บทวิเคราะห์

จากการทบทวนเนื้อหาของการเปลี่ยนแปลงในเชิงบวกของการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศในส่วนที่ 4.1 และกรอบคิดทฤษฎีย่อยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นอภิปรายในกระบวนการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวในส่วนที่ 4.2.1-4.2.3 นั้น การศึกษาเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงนี้แสดงนัยของการตระหนักรู้หรือยอมรับที่กว้างขวางหรือจำกัดยิ่งขึ้นในประเด็นเพศนอกขนบทวิเพศ (ประเด็นอย่างกว้าง) และภาวะข้ามเพศในทางกฎหมาย (ประเด็นที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจ) ดังนี้

เนื่องจากรัฐไทยไม่มีกฎหมายที่อนุญาตให้ปัจเจกเปลี่ยนเพศที่ถูกกำหนดทางชีวภาพโดยกำเนิดหรือให้เลือกเพศด้วยตนเองได้ ประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศจึงแสดงนัยบางประการในแง่การตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศในทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การที่รัฐตระหนักรู้ภาวะข้ามเพศในประเด็นนี้นั้นผูกติดอยู่กับปริมณฑลการเกณฑ์ทหารซึ่งเกี่ยวกับอีกหลากหลายประเด็น ได้แก่ ระบบทวิเพศที่รัฐตระหนักรู้เฉพาะเพศชายและหญิงทางชีวภาพโดยกำเนิด การบังคับให้เฉพาะพลเมืองเพศชายเท่านั้นต้องรับราชการทหาร การที่ศาลใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นฐานในการมีคำพิพากษาว่า เหตุ "โรคจิตถาวร" ที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกระบวนการพิจารณาเลือกใช้คำทดแทนถ้อยคำในเชิงการเป็นโรคทางจิตเวชมาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ รวมถึงนัยของการเลือกใช้คำที่ยึดโยงกับวาทกรรมทางการแพทย์ซึ่งแม้จะลดการตีตราบุคคลข้ามเพศ (น้อยกว่าการใช้คำในเชิงการเป็นโรคทางจิตเวช) แต่ก็อาจมีนัยที่สื่อถึงแนวโน้มที่การยอมรับเพศที่หลากหลายกว่าชายและหญิงจะเป็นไปในลักษณะที่จำกัด การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจวิเคราะห์เฉพาะประเด็นสองประเด็นใหญ่ๆ คือ กรณีการประยุกต์ใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลและการเปลี่ยนเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารโดยอิงอยู่กับวาทกรรมทางการแพทย์

---

[148] Ibid., 103.

[149] Ibid., 103-104.

Ref. code: 25645924030033WEF

4.2.4.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการยอมรับภาวะข้ามเพศ

ในกรณีที่ศาลใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นฐานในการมีคำพิพากษาว่าเหตุ "โรคจิตถาวร" ที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น การศึกษาฉบับนี้ได้วิเคราะห์ไปแล้วในส่วนที่ 4.2.1 และมีความเห็นว่า แม้จะเป็นแนวโน้มที่ดีที่ศาลพยายามพัฒนาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาใช้ในเชิงสนับสนุนสิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเชิงรากฐานความคิดนั้นไม่มีคำจำกัดความและขอบเขตเนื้อหาที่แน่นอนและที่เห็นพ้องต้องกันเป็นหนึ่งเดียว แม้แต่ในประเทศหรือภูมิภาคที่ใช้และมีการพัฒนาหลักการนี้มาอย่างยาวนาน (เช่น ประเทศเยอรมนีที่ยึดหลักการนี้ในระดับรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐมากว่า 70 ปี) ในกรณีของประเทศไทยนั้น ด้วยเหตุผลหลายประการ ทั้งการที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเชิงรากฐานความคิดยังไม่มีความชัดเจน การที่เนื้อของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (หากพอจะให้ความหมายได้) โดยรวมนั้นคือการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยแนวทางเดียวกันและไม่เลือกปฏิบัติ ความถี่ของการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลให้มีการปรับปรุงรายละเอียดของหลักการนี้ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา ระยะเวลาอันจำกัดที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ปรากฏตัวในระบบกฎหมายมหาชนของไทย (นับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา) ที่ส่งผลอย่างยิ่งต่อการพัฒนาหลักการนี้ในทางปฏิบัติทั้งในการนำมาใช้ของศาลและการพัฒนาเคียงคู่ไปกับปัจจัยเชิงสังคมวัฒนธรรม และปริมาณอันจำกัดของคำพิพากษาที่มีเนื้อหาบนฐานหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สามารถนำมาศึกษาเพื่อทำความเข้าใจแนวทางของการประยุกต์ใช้หลักการนี้ได้ การศึกษาฉบับนี้จึงเห็นว่าหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงไม่น่าจะมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้เกิดการยอมรับภาวะข้ามเพศในทางกฎหมายได้ ภายใต้การวิเคราะห์ในกรอบเวลาที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจ (พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งไม่มีจุดเปลี่ยนสำคัญอื่นเกิดขึ้นแต่อย่างใด

4.2.4.2 การยอมรับบุคคลข้ามเพศบนฐานวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย

ในกรณีการเปลี่ยนเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารโดยอิงอยู่กับวาทกรรมทางการแพทย์ ในส่วนที่ 4.1 การศึกษาได้ทบทวนการต่อสู้ต่อรองในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุยกเว้นการเกณฑ์ ตั้งแต่ถ้อยคำที่ยังเห็นได้ชัดว่าสื่อถึงความผิดปกติและมีแนวโน้มไปทางการตีตรา (เช่น บุคคลที่ไม่พึงประสงค์ให้เข้ารับราชการทหาร บุคคลที่เบี่ยงเบนทางเพศ) ไปสู่ถ้อยคำที่ออกห่างจากลักษณะดังกล่าวมากขึ้น จนสุดท้ายแล้ว ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันในการใช้ถ้อยคำที่อิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์-จิตวิทยา เริ่มจากการอิงกับองค์ความรู้ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด (ได้แก่ "ร่างกายผิดปกติอันเนื่องมาจากความผิดปกติในการรับรู้หรือการยอมรับเพศของตน (Gender Identity Disorder)" ในร่างกฎกระทรวงฉบับแรกที่คณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการ) และสุดท้ายเป็นถ้อยคำที่ยังคงสื่อถึงความผิดปกติและสอดคล้องกับองค์ความรู้ทางการแพทย์-จิตวิทยาในภาษาอังกฤษ แต่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีมากขึ้นในภาษาไทย คือ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" ดังที่ใช้มาจนถึงปัจจุบัน เมื่อพิจารณาเบื้องต้น อาจกล่าวได้ว่า รัฐไทย

เข้าใจและยอมรับภาวะข้ามเพศมากยิ่งขึ้น (ซึ่งก็เป็นเช่นนั้นในระดับหนึ่ง) หรืออาจกล่าวได้ถึงขั้นว่ารัฐไทยพยายามต่อสู้ต่อรองกับวาทกรรมทางการแพทย์ในระดับระหว่างประเทศด้วยการใช้ถ้อยคำที่ยอมรับบุคคลข้ามเพศยิ่งกว่าถ้อยคำที่ใช้ในองค์การอนามัยโลก[150] อย่างไรก็ตาม การศึกษาฉบับนี้เห็นว่าแม้รัฐไทย (ในปริมณฑลของการเกณฑ์ทหาร) จะไม่ได้ยึดเพศของบุคคลตามกรอบคิดแบบชีวภาพแบบเคร่งครัด (ที่จะส่งผลให้บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติในการรับราชการทหารแบบบังคับตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 4.1 และส่วนที่ 4.2.2) เนื่องจากการพิจารณาว่าบุคคลจะอยู่ในภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดไม่จำกัดเฉพาะผู้ที่ผ่านการแปลงเพศแล้วเท่านั้นแต่รวมถึงการตรวจวินิจฉัยในทางจิตวิทยาด้วย แต่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยยังคงยึดอิงอยู่กับวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยานั้นแสดงถึงข้อจำกัดบางประการของท่าทีที่รัฐจะยอมรับให้ภาวะข้ามเพศมาอยู่ในระเบียบทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับการศึกษาของแอนดรูว์ ชาร์ปที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 4.2.3

ชาร์ปใช้มโนทัศน์ “อสูรกาย (Monster)” ที่นำมาใช้โดยมิเชล ฟูโกต์ในการทำความเข้าใจประเด็นต่างๆ ที่ท้าทายและก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ภาวะข้ามเพศและฝาแฝดตัวติดกัน ทั้งนี้ ในบริบทของภาวะข้ามเพศซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศ มโนทัศน์ Monster ทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย (medico-legal discourse) ที่ทำให้บุคคลที่อยู่ในภาวะข้ามเพศกลายเป็นอื่น (The Outsiders) แม้ว่าหลักกฎหมายจะมีการพัฒนาและภาวะข้ามเพศถูกตีตราน้อยลงและได้รับการตระหนักรู้-ยอมรับมากขึ้นแล้วก็ตาม (หรือหากเปรียบเทียบกับประเด็นการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกันของผู้ใหญ่ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จำนวนมากก็ได้ทำให้การสมรสหรือการอยู่ร่วมกันของบุคคลเพศเดียวกันทำได้ตามกฎหมายแล้ว) กรอบคิด Monster ของฟูโกต์ที่ถูกนำมาใช้ในงานของชาร์ป กล่าวโดยย่อได้ว่า สิ่งที่เป็น “Monster” นั้นทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในระเบียบทางกฎหมาย โดย Monster ต้องยังสามารถถูกระบุให้เป็นมนุษย์ได้แต่ก็มิได้เป็นมนุษย์ (ตามบรรทัดฐานปกติ) เสียทีเดียว หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการผสมผสานกัน (hybridity) ระหว่างมนุษย์และสิ่งที่มิใช่มนุษย์ และการจะเป็น Monster มีข้อพิจารณาประกอบสามข้อ คือ 1) การละเมิดสองชั้นทั้งต่อกฎหมายและต่อธรรมชาติ (a double breach of law and nature) 2) การเป็นผู้กระทำผิด (culpability) และ 3) บทบาทของภาวะของการเกิด (natality) ที่ทำให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย ทั้งนี้ อาจยกตัวอย่างคร่าวๆ ได้ว่า ความพิการนั้นแม้จะละเมิดธรรมชาติแต่ก็ไม่ละเมิดกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมีที่ทางให้แก่ความพิการ ซึ่งแตกต่างจากภาวะข้ามเพศซึ่งละเมิดทั้งธรรมชาติและกฎหมาย (ในระบบทวิเพศที่มีเฉพาะชายหญิง) ทั้งนี้ การพิจารณาภาวะข้ามเพศ

---

[150] อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย”419.

Ref. code: 25645924030033WEF

มักประกอบไปด้วยการพิจารณาความจริงแท้ของการข้ามเพศตั้งแต่ในจุดเวลาที่บุคคลเกิด การข้ามเพศนั้นจึงจะถือว่าเป็นการข้ามเพศที่แท้จริง หรือต่อมาเป็นการพิจารณาความสอดคล้องกันระหว่างร่างกายและจิตใจซึ่งทำให้เกิดความสอดคล้องกับธรรมชาติและไม่ละเมิดกฎหมาย

เมื่อประยุกต์ใช้มโนทัศน์ Monster ในงานของชาร์ปกับการศึกษาฉบับนี้ พอทำให้เห็นภาพการตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศในบริบทของการเกณฑ์ทหารได้ ดังนี้[151]

ในเบื้องต้น เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศรวมถึงภาวะสองเพศ/เพศกำกวม ปรากฏการณ์นี้สอดคล้องกับปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในอังกฤษ/ประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ชาร์ปวิเคราะห์ ดังนั้น การวิเคราะห์ความเป็นอื่นโดยใช้กรอบคิด Monster ของชาร์ปจึงสามารถนำมาเปรียบเทียบและทำความเข้าใจได้โดยตรง ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ที่กล่าวว่า “เพศของบุคคลธรรมดานั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความถึงคนที่ออกลูกได้”[152] กล่าวได้ว่า ในสายตาของกฎหมายไทยที่ยึดกับกรอบคิดแบบทวิเพศอย่างชัดแจ้ง ภาวะข้ามเพศเป็น Monster เนื่องจากมีลักษณะ Monstrousness (การทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในกฎหมายที่ตามลายลักษณ์อักษรวางอยู่บนฐานทวิเพศ) และเมื่อพิจารณาประกอบเหตุผลในคำพิพากษาที่ยึดโยงกับธรรมชาติของเพศหญิงซึ่งต้อง “ออกลูกได้” จึงมีลักษณะแบบ Monstrosity ดังนั้น เมื่อภาวะข้ามเพศละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน ภาวะข้ามเพศจึงกลายเป็นอื่นตามกรอบคิด Monster ของฟูโกต์

ในแนวทางเดียวกับการวิเคราะห์ของชาร์ป เมื่อพิจารณากรณีของภาวะสองเพศ/เพศกำกวม ลักษณะความเป็นอื่นตามกรอบคิด Monster ก็สามารถปรับใช้ได้เช่นกัน ในรัฐไทยการขอเปลี่ยนเพศของบุคคลที่มีสองเพศ/เพศกำกวมโดยกำเนิด กระทรวงมหาดไทยอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเป็น “เพศที่ถูกต้อง” และมีสิทธิขอเปลี่ยนเพศในเอกสารระดับทางการได้[153] ปรากฏการณ์นี้ทำให้เห็นว่า กฎหมายไทยวางตัวบนฐานทวิเพศ โดยไม่อนุญาตให้มีการระบุเพศอื่นนอกจากชายหญิงในเอกสารทางการได้ การอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศดังกล่าวไม่ได้วางอยู่บนฐานการยอมรับเพศ

---

[151] บางส่วนของการวิเคราะห์ในการศึกษาส่วนนี้ ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์ได้นำเสนอไว้แล้วใน ธนรัตน์ มังคุด, “ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คุ้ยรากวาทกรรม ‘จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง’ ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ” (การนำเสนอผลงานในการประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒน์-ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3 ณ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 8 กันยายน 2561).

[152] *นายชุมพล ศิลประจำพงษ์ (ผู้ร้อง)*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 (ศาลฎีกา 2524).

[153] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 59-61.

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดหรือเสรีภาพในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตน แต่หมายถึงการทำให้เพศของตนเองสอดคล้องกับธรรมชาติ (naturalisation) ด้วยเหตุนี้ ร่างกายที่มีสองเพศ/เพศกำกวม ซึ่งเคยละเมิดธรรมชาติจึงไม่ละเมิดธรรมชาติอีกต่อไป เพศของบุคคลกลุ่มนี้จึงกลายเป็นชายหรือหญิง และถูกจัดให้อยู่ในระเบียบทางกฎหมายบนฐานคิดแบบทวิเพศได้

เมื่อพิจารณาเฉพาะสองประเด็นข้างต้น การวิเคราะห์ของชาร์ปจึงทำให้พอเข้าใจวิธีคิดแบบทวิเพศของกฎหมายและการยึดโยงกฎหมายกับปัจจัยทางชีวภาพได้ คือ 1) แม้กฎหมายมิได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ในทางข้อเท็จจริงของบุคคลที่อยู่ในภาวะข้ามเพศ แต่จะพิจารณาอย่างเคร่งครัดบนฐานของกฎหมายที่ยึดอยู่ในกรอบคิดแบบทวิเพศและเชื่อมโยงกับ "ความเป็นธรรมชาติ"และ 2) การใช้ตรรกะของศาลในคำพิพากษาที่ยึดโยงอยู่กับปัจจัยทางชีวภาพและ "ความเป็นธรรมชาติ" นั้น มิได้แสดงให้เห็นถึงการยึดเพศกำเนิดตามอวัยวะเพศในการพิจารณาเพศของบุคคลเท่านั้น แต่ยังแสดงให้เห็นถึงกระบวนทัศน์ของกฎหมาย (และองค์กรผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาลและกระทรวงมหาดไทย) ด้วย อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างความคลุมเครือทางเพศและการเคลื่อนที่ไปหา "ธรรมชาติ" บนฐานคิดแบบทวิเพศ ซึ่งทำให้บุคคลที่กระทำการตามแนวทางนี้ได้รับการยอมรับทางกฎหมายในเรื่องเพศ ซึ่งแตกต่างจากบุคคลที่มีองค์ประกอบทางกายภาพทุกประการเป็นเพศหนึ่งแต่เลือกที่จะระบุตนเองเป็นอีกเพศหนึ่ง ซึ่งไม่ได้รับการยอมรับทางทางกฎหมายในเรื่องเพศ

ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร แม้จะมีการตระหนักถึงความแตกต่างระหว่าง "ผู้ชาย" และ "ผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด" และมีการยกเลิกการใช้ถ้อยคำ "โรคจิตถาวร" มาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แต่เมื่อพิจารณาประกอบข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการรับราชการทหาร การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า วิธีคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นให้แก่บุคคลประเภทใด ตั้งอยู่บนฐานที่ว่าบุคคลที่ได้รับการยกเว้นคือกลุ่มคนที่ "คุณสมบัติไม่ถึงเกณฑ์" มิใช่การตระหนักรู้ภาวะข้ามเพศอย่างแท้จริง[154] โดยพิจารณาได้จากการที่ผู้อยู่ในภาวะ"เพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด" ถูกจัดอยู่ในบุคคล "จำพวกที่ 2 ได้แก่ คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ"[155]

หากมุ่งสนใจไปที่ถ้อยคำ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (gender identity disorder)" ซึ่งได้ทบทวนไปแล้วว่าเป็นถ้อยคำที่ผ่านการต่อรองทั้งโดยองค์กรของรัฐและภาคประชาสังคม ซึ่งรวมถึงผู้อยู่ในภาวะข้ามเพศซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงด้วย เมื่อนำการวิเคราะห์ของชาร์ปมาปรับใช้ กล่าวได้ว่า แม้จะไม่สามารถปรับใช้การวิเคราะห์นี้ได้โดยสิ้นเชิง

---

[154] Ibid., 47-49.

[155] ข้อ 3 วรรคสาม แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

Ref. code: 25645924030033WEF

(ไม่ว่าจะเป็นในช่วงเวลาที่ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยึดวิธีการที่ยึดติดอยู่กับชีวภาพหรือช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว) แต่การศึกษาก็เห็นว่าสามารถคัดเลือกและประยุกต์วิธีการดังกล่าวมาใช้ได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้ ที่กล่าวว่าไม่สามารถปรับใช้ได้นั้น นอกจากเหตุผลของการที่กฎหมายที่ศึกษาเป็นคนละเรื่องแล้ว ก็ยังเนื่องมาจากเหตุผลอื่นด้วย ได้แก่ ในช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้วนั้น ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยอมรับการข้ามเพศของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ แต่ไม่ยอมรับเพศของผู้ข้ามเพศที่ยังไม่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารของรัฐไทย "ตระหนักรู้" การข้ามเพศทั้งกรณีของบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศและบุคคลที่ยังไม่ผ่านการแปลงเพศแต่ได้รับการตรวจทางจิตโดยจิตแพทย์ด้วยวิธีการตามที่กำหนดไว้แล้ว[156] การศึกษามีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1) การที่รัฐไทยใช้ถ้อยคำในภาษาไทยเพื่อยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศว่า "ภาวะเพศสภาะไม่ตรงกับเพศกำเนิด" แต่ใช้ถ้อยคำในภาษาอังกฤษว่า "Gender Identity Disorder" ซึ่งเป็นถ้อยคำทางการแพทย์และสอดคล้องกับบัญชีโรค ICD-10 ขององค์การอนามัยโลกนั้น แม้เหตุผลขององค์การอนามัยโลกที่ยังกำหนดให้ภาวะข้ามเพศอยู่ในบัญชีโรค ICD-10 จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการมีสิทธิรับสวัสดิการจากรัฐในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลที่เกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ (ซึ่งถูกวิพากษ์ว่าเป็นประโยชน์เฉพาะกับกลุ่มคนข้ามเพศในประเทศชนชั้นนำที่จัดให้มีสวัสดิการดังกล่าวเท่านั้น อีกทั้ง ในประเทศเหล่านั้นความรับรู้ผ่านความเป็นโรคก็ยังทำให้เกิดผลกระทบอาทิ บุคคลกลุ่มนี้ต้องได้รับการปฏิบัติทางการแพทย์เป็นพิเศษ โดยมองข้ามการได้รับบริการด้านการดูแลในระดับที่ต่ำกว่านั้น)[157] แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าภาวะข้ามเพศยังคงเป็นโรคทางจิตเวชโรคหนึ่ง เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในภาษาอังกฤษและยังสอดคล้องกับกรอบคิดรากฐานของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในรัฐไทยอีกด้วย

2) ปรากฏการณ์ที่การใช้ถ้อยคำในภาษาไทยและภาษาอังกฤษไม่ตรงกันนั้น แม้อาจกล่าวได้ว่ารัฐไทยยอมรับเพศของบุคคลยิ่งกว่ากรอบคิดในเชิงระหว่างประเทศ[158] แต่การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า เมื่อมีการใช้ถ้อยคำที่ส่งผลเชิงบวกและลบในระดับที่แตกต่างกันในคำคำเดียว ไม่อาจทำให้สรุปได้ว่าเป็นการที่รัฐไทยก้าวหน้าในเชิงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้านเพศยิ่งกว่าตราสาร

---

[156] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 49-50.

[157] ดู Reed et al., "Disorders Related to Sexuality and Gender Identity in the ICD-11: Revising the ICD-10 Classification Based on Current Scientific Evidence, Best Clinical Practices, and Human Rights Considerations," 209-210.

[158] อารยา สุขสม, "สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย"419-420.

Ref. code: 25645924030033WEF

ระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นรัฐไทยเองที่เลือกใช้ถ้อยคำในสองภาษาอังกล่าว อีกทั้ง ยังแสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันในตัวเองของกฎหมายตามที่กฎหมาย (หรือนักกฎหมาย) มักกล่าวอ้างด้วย[159] ข้อสังเกตประการหนึ่งที่ได้รับจากการวิเคราะห์ปรากฏการณ์นี้ คือ เพื่อที่จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย รัฐมักอ้างอิงวาทกรรมต่างๆ ประกอบการพิจารณาและตัดสินใจ ทั้งนี้ เมื่อบริบทที่ศึกษาได้แก่กฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับเพศสถานะ ซึ่งเกี่ยวข้องกับร่างกายและจิตใจของปัจเจก รัฐมักอ้างอิงวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยามาหนุนเสริมความชอบธรรมในการแก้ไขเพิ่มเติมต่างๆ

เมื่อมุ่งพิจารณากรณีของถ้อยคำและวิธีการที่ใช้ในทางปฏิบัติในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ ในกรณีของผู้ที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศหรือหน้าอกมาแล้ว แพทย์ทหารสามารถพิจารณาได้ทันทีว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ในภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งตามมโนทัศน์ Monster ของฟูโกต์ (ที่ชาร์ปวิเคราะห์ในช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว) ได้ว่า การทำให้ร่างกายและจิตใจของตนสอดคล้องกับธรรมชาติ (จากผู้มีร่างกายเป็นชายที่มีสภาพจิตใจเป็นหญิงไปเป็นเพศหญิง) และไม่ละเมิดธรรมชาติ ส่งผลให้ไม่ละเมิดกฎหมายและหมดสิ้นไปซึ่งการสร้างความกระอักกระอ่วนในกฎหมาย กฎหมายจึงยอมรับบุคคลกลุ่มนี้ได้

ในขณะเดียวกัน แม้รัฐไทยในบริบทของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารจะยอมรับว่าการไม่เปลี่ยนแปลงร่างกายแต่ผ่านการตรวจจากจิตแพทย์ตามกระบวนการที่กำหนดแล้วจะเป็นผู้อยู่ในภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายคอมมอนลอว์ในช่วงหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้วนั้น อย่างไรก็ตาม อาจวิเคราะห์ประเด็นนี้ได้ว่า รัฐยังคงตรวจสอบ “ความจริงแท้” ของภาวะข้ามเพศด้วยการพึ่งพิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์ ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นผลเชิงบวกกับผู้ข้ามเพศในประเด็นเฉพาะนี้ แต่ในภาพกว้าง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับร่างกายและจิตใจของบุคคลจึงต้องพึ่งพิงองค์ความรู้ทางการแพทย์เป็นอย่างยิ่ง ทั้งที่องค์ความรู้ทางการแพทย์เองก็มิได้ปราศจากการประกอบสร้างจากปัจจัยต่างๆ โดยอาจเห็นตัวอย่างได้จากกระบวนการจัดวางภาวะข้ามเพศในองค์ความรู้ทางการแพทย์ของตะวันตกที่ ชาร์ปศึกษาที่การศึกษานี้ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 4.2.3 และการต่อสู้ต่อรองในการกำหนดถ้อยคำและจำแนกแยกแยะ gender dysphoria / gender identity disorder / Gender Incongruence ในเอกสารขององค์การต่างๆ ตามที่ได้ทบทวนไปในบทนี้

---

[159] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 10-11.

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 5
การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

บทนี้แบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ ได้แก่ ส่วนที่ 5.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ และส่วนที่ 5.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ ทั้งนี้ โดยมีกฎหมายฉบับหลักที่พิจารณา คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และมีการทบทวนลักษณะการปรากฏตัวของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)” ในกฎหมายไทย พร้อมทั้งการวิเคราะห์ประกอบกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว เพื่อหาคำตอบว่าการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยวางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติมีข้อจำกัดอย่างไรในประเด็นความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นภาพกว้างของภาวะข้ามเพศ

5.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ

5.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

ในประเด็นกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การศึกษามุ่งศึกษาเฉพาะมาตรา 3 และ 17 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ว่าด้วยนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งจะทำให้เห็นกรอบคิดในกระบวนการยกร่างกฎหมายที่แสดงนัยถึงนิยามของคำว่า “เพศ” เท่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีฐานในการตรามาจากหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และยังคงได้รับการรับรองเรื่อยมา (โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในรายละเอียด) ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรสองฉบับถัดมา (ฉบับ พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560) การศึกษาจึงทบทวนหลักการดังกล่าวไว้ด้วยเพื่อให้เห็นการดำเนินไปของการรับรองหลักการนี้ไว้อย่างต่อเนื่องในกฎหมายสูงสุดของประเทศ ก่อนไปสู่การตรากฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศในที่สุด

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 30

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ

Ref. code: 25645924030033WEF

หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 30

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

เจตนารมณ์ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (เอกสารบันทึกเจตนารมณ์ของการยกร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะกรรมาธิการวิสามัญของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่เฉพาะในการบันทึกเจตนารมณ์และหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง)

แม้ความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการรับรองอย่างชัดแจ้งในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีการอภิปรายในประเด็นว่าด้วยความกว้างขวางของคำว่า “เพศ” ในหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญเมื่อครั้งยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมีการเสนอให้บัญญัติความหลากหลายทางเพศไว้อย่างชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เห็นชอบ โดยให้ระบุไว้ในลักษณะของเจตนารมณ์ประกอบรัฐธรรมนูญแทน[1]

> . . . ความแตกต่างเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังหมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย จึงไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 30 เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้ หมายความรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ . . .

---

[1] คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*, 22-23.

Ref. code: 25645924030033WEF

3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 27

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

4) พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

มาตรา 3

ในพระราชบัญญัตินี้

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

มาตรา 17

การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

Ref. code: 25645924030033WEF

5.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย

5.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมระหว่างเพศ

ความเท่าเทียมระหว่างเพศ (ชายและหญิง) ได้ถูกบัญญัติให้การรับรองเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 การรับรองดังกล่าวทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ทำให้ชายและหญิงอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมข้างต้นทำให้เกิดประเด็นอภิปรายในระดับรัฐสภาเกี่ยวกับประเด็นทางเพศ โดยเฉพาะบทบาททางเพศของชายและหญิงอย่างกว้างขวาง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงทัศนคติทั่วๆ ไปของบุคคลและรัฐต่อประเด็นว่าด้วยเพศในสมัยนั้น[2]

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ในชื่อ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”) ถูกบัญญัติครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (และเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับถัดมา (ฉบับ พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560)) โดยหนึ่งในฐานของการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้คือเพศ การบัญญัติหลักการไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าว (ประกอบกับเหตุผลอื่นๆ) ส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างเพศที่สำคัญหลายฉบับตามที่ทบทวนไปในส่วนแรกของบทนี้ นอกจากนี้ คำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญยังถูกรับรู้ในความหมายที่กว้างกว่าเพศทางชีวภาพตามสรีระโดยกำเนิด ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 แม้จะไม่ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งก็ตาม ดังที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 5.1.1

ภาครัฐได้ดำเนินการและภาคประชาสังคมได้เรียกร้องให้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียม-เสมอภาคระหว่างเพศอย่างต่อเนื่องนับจากการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 อาทิ การเสนอร่างพระราชบัญญัติในประเด็นนี้ทั้งจากรัฐและประชาชนหลายฉบับในช่วงต้นถึงกลางทศวรรษ พ.ศ. 2550[3] และในที่สุด พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ก็ได้รับความเห็นชอบโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ที่จัดตั้งขึ้นโดยคณะทหารที่เรียกตนเองว่าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) (ที่ทำการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557) โดยมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 13 มีนาคม 2558 และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

---

[2] ดูเพิ่มเติมใน ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ “ความจริง” ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*, 146-147. ทั้งนี้ ในงานชิ้นเดียวกัน ชลิดาภรณ์ได้วิเคราะห์วาทกรรมในข้ออภิปรายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการค้าบริการทางเพศ คือ การบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ด้วย

[3] “ยื่นแล้ว 15,636 ชื่อ เสนอกฎหมายความเสมอภาคระหว่างเพศ ฉบับ ปชช.,” ประชาไท, 31 ตุลาคม 2555, https://prachatai.com/journal/2012/10/43415.

Ref. code: 25645924030033WEF

กฎหมายที่มุ่งศึกษาในส่วนนี้เป็นพระราชบัญญัติทั้งฉบับ แตกต่างจากกฎหมายอีกสองกลุ่มที่เป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งในกฎหมายลำดับรองและประมวลกฎหมาย อย่างไรก็ดี ประเด็นที่มุ่งสนใจมีขอบเขตที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

ในแง่ภาพรวมของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศฯ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกอบด้วยหกหมวด รวม 36 มาตรา คือ ส่วนทั่วไป (มาตรา 1-4) หมวด 1 คณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (มาตรา 5-12) หมวด 2 คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศและกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว (มาตรา 13-16) หมวด 3 การตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 17-23) หมวด 4 การชดเชยและเยียวยาผู้เสียหาย (มาตรา 24-27) หมวด 5 กองทุนส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (มาตรา 28-33) และหมวด 6 บทกำหนดโทษ (มาตรา 34-36)

ในแง่ประเด็นที่ศึกษา การศึกษานี้มุ่งสนใจเพียงการตระหนักรู้หรือยอมรับภาวะข้ามเพศของรัฐผ่านการพิจารณากฎหมายฉบับนี้ ดังนั้น บทบัญญัติที่ศึกษาจึงมีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นความหมายของเพศ (มาตรา 3) และข้อยกเว้นหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างเพศ โดยเฉพาะข้อยกเว้นด้วยเหตุของ “การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ” (มาตรา 17) ทั้งนี้ โดยมุ่งไปที่การอภิปรายในกระบวนการตราตามแนวทางเดียวกับที่ทบทวนเนื้อหากฎหมายอีกสองกลุ่ม

ในแง่ประวัติการเสนอร่างกฎหมาย การศึกษาสรุปโดยย่อเฉพาะร่างพระราชบัญญัติฉบับที่มีการตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

1) รัฐบาล (โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์)[4] ได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....” โดยคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2550 และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ได้ตรวจพิจารณาเป็นเรื่องเสร็จที่ 747/2553 เมื่อเดือนธันวาคม 2553 โดยต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกาได้แก้ไขชื่อร่างพระราชบัญญัติเป็น “ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....”[5] ทั้งนี้ รัฐบาลมิได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ตรวจพิจารณาเสร็จโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้

---

[4] จัดทำเสร็จในปี พ.ศ. 2548. เครือข่ายผู้หญิงพลิกโฉมประเทศไทย และ เครือข่ายผู้หญิงเพื่อความก้าวหน้าและสันติภาพ, *ร่าง พ.ร.บ.ส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ (ฉบับประชาชน)* (กรุงเทพฯ: มูลนิธิผู้หญิง, [2554?]), 2.

[5] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 747/2553 ลงวันที่เดือนธันวาคม 2553.

Ref. code: 25645924030033WEF

เสนอต่อรัฐสภาทันที โดยขอนำไปพิจารณาปรับปรุงใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายเกี่ยวกับการสร้างหลักประกันความมั่นคงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[6]

อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ในเวลาต่อมาได้เสนอต่อองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ (ซึ่งได้แก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี พ.ศ. 2558 เนื่องจากขณะนั้นอยู่ในช่วงที่คณะรัฐประหารมาเป็นรัฐบาล และมีการระงับการใช้รัฐสภาแบบปกติไว้ชั่วคราว) คือ ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งมีกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้รับผิดชอบการยกร่าง (ซึ่งก็คือร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ที่มีการปรับปรุงแล้ว) และมีข้อสังเกตของคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานที่ร่วมพิจารณาหลายประเด็นที่ต่อมาจะมีการนำไปอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงสมควรกล่าวทบทวนไว้ ดังนี้

1.1) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ให้เปลี่ยนชื่อร่างพระราชบัญญัติฯ จาก “พระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....” เป็น “พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....” โดยให้เหตุผลว่า เพื่อให้ชื่อพระราชบัญญัติสอดคล้องกับเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฯ

1.2) ในบทบัญญัติที่เป็นบทนิยาม คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ให้ตัดนิยามคำว่า “เพศ” และ “เพศโดยกำหนด” (รวมถึงคำอื่นอีกจำนวนหนึ่งซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ศึกษา) ออกไป โดยให้เหตุว่า เพื่อให้ถูกต้อง ชัดเจน และสอดคล้องกับเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฯ

1.3) ในชั้นการยืนยันร่างพระราชบัญญัติฯ แม้กระทรวงการต่างประเทศได้มีหนังสือยืนยันเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) แต่ก็ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่นิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศกำหนดข้อยกเว้น “เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการ ทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ไว้นั้น อาจทำให้ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีของรัฐไทยที่มีต่ออนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: CEDAW) โดยสื่อให้เห็นว่ารัฐอาจเป็นผู้รับรองการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) เห็นว่า CEDAW ใช้บังคับกับสตรีเท่านั้น แตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ใช้บังคับกับ

---

[6] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (ร่างฉบับประชาชน) เรื่องเสร็จที่ 948/2555 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555; บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน (ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางสาวอุษา เลิศศรีสันทัด กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 14,953 คน)) เรื่องเสร็จที่ 1061/2556 ลงวันที่เดือนสิงหาคม 2556.

Ref. code: 25645924030033WEF

คนทุกเพศ โดย “บทนิยามคำดังกล่าวมีความชัดเจนและเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยแล้ว” รวมถึง “การอนุวัตรการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศนั้น จะต้องคำนึงถึงความพร้อม ความเหมาะสม และสภาพสังคมของแต่ละประเทศประกอบด้วย”[7]

2) ภาคประชาชนได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (ร่างฉบับประชาชน)” ต่อประธานรัฐสภา[8] โดยเมื่อเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงินจึงต้องได้รับคำรับรองจากนายกรัฐมนตรี[9] นายกรัฐมนตรีจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาเป็นเรื่องเสร็จที่ 948/2555 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555[10]

3) เปล่งมณี เร่งสมบูรณ์สุข[11] กับคณะ ในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางเปล่งมณี เร่งสมบูรณ์สุข กับคณะ เป็นผู้เสนอ)” ต่อสภาผู้แทนราษฎร โดยเมื่อเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงินจึงต้องได้รับคำรับรองจากนายกรัฐมนตรี[12] เลขาธิการนายกรัฐมนตรีจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาในวันที่ 14 พฤศจิกายน 2555 และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเป็นเรื่องเสร็จที่ 94/2556 ลงวันที่ 28 มกราคม 2556[13]

4) อุษา เลิศศรีสันทัด[14] กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 14,953 คน[15] (ดำเนินการเป็นหลักโดยเครือข่ายผู้หญิงพลิกโฉมประเทศไทยและเครือข่ายผู้หญิงเพื่อความก้าวหน้า

---

[7] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 747/2553 ลงวันที่เดือนธันวาคม 2553.

[8] มาตรา 142 และ 163 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

[9] มาตรา 142 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

[10] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. ... (ร่างฉบับประชาชน) เรื่องเสร็จที่ 948/2555 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555.

[11] ขณะนั้นเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัดพรรคเพื่อไทย

[12] มาตรา 142 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

[13] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน (ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางเปล่งมณี เร่งสมบูรณ์สุข กับคณะ เป็นผู้เสนอ)) เรื่องเสร็จที่ 94/2556 ลงวันที่ 28 มกราคม 2556.

[14] ขณะนั้นเป็นผู้แทนจากมูลนิธิผู้หญิง

[15] ร่างพระราชบัญญัติได้รับการยื่นโดยและสนับสนุนจากประชาชนจำนวน 15,636 รายชื่อ โดยยื่นต่อประธานรัฐสภาเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2555 และต่อมาได้รับการตรวจสอบรายชื่อและคงเหลือจำนวนที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ จำนวน 14,953 รายชื่อ ดังกล่าว. ประชาไท, “ยื่นแล้ว 15,636 ชื่อ เสนอกฎหมายความเสมอภาค

Ref. code: 25645924030033WEF

และสันติภาพ)[16] ได้เสนอ "ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางสาวอุษา เลิศศรีสันทัด กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 14,953 คน)" ต่อประธานรัฐสภา[17] โดยเมื่อเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงินจึงต้องได้รับคำรับรองจากนายกรัฐมนตรี[18] สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาในวันที่ 17 มิถุนายน 2556 และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาเป็นเรื่องเสร็จที่ 1061/2556 เมื่อเดือนสิงหาคม 2556[19]

ในท้ายที่สุด ร่างพระราชบัญญัติฉบับที่เข้าสู่การพิจารณาในรัฐสภาคือร่างที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี (ซึ่งมีกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบการยกร่าง) โดยคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการในวันที่ 2 เมษายน 2555 (ในสมัยรัฐบาลยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งเป็นรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง) แต่ก็มิได้มีการพิจารณาในชั้นรัฐสภาเนื่องจากต่อมามีการประกาศยุบสภาเมื่อเดือนธันวาคม 2556 ต่อมา เมื่อมีการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (ในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557) คณะรัฐมนตรีภายใต้คณะรักษาความสงบแห่งชาติให้ความเห็นชอบร่างฉบับนี้เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2557 และเสนอต่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ในวันที่ 28 ตุลาคม 2557[20]

ทั้งนี้ สนช.ได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ในวาระที่ 1 (การรับหลักการ) โดยมีมติรับหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ ในการประชุมสนช. ครั้งที่ 24/2557 ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2557 และมีมติให้ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียม

ระหว่างเพศ ฉบับ ปชช.,". ดูเพิ่มเติมใน เครือข่ายผู้หญิงพลิกโฉมประเทศไทย และ เครือข่ายผู้หญิงเพื่อความก้าวหน้าและสันติภาพ, *ร่าง พ.ร.บ.ส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ (ฉบับประชาชน).*

[16] พิจารณาข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และเริ่มทำการศึกษาในปี พ.ศ. 2552 โดยพิจารณาประกอบกฎหมายของประเทศอื่น เช่น ฟิลิปปินส์ สเปน และเวียดนาม โดยจัดทำเสร็จสมบูรณ์ในเดือนธันวาคม 2553. เครือข่ายผู้หญิงพลิกโฉมประเทศไทย และ เครือข่ายผู้หญิงเพื่อความก้าวหน้าและสันติภาพ, *ร่าง พ.ร.บ.ส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ (ฉบับประชาชน)*, 2.

[17] มาตรา 142 และ 163 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

[18] มาตรา 142 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

[19] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน (ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. ... (นางสาวอุษา เลิศศรีสันทัด กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 14,953 คน)) เรื่องเสร็จที่ 1061/2556 ลงวันที่เดือนสิงหาคม 2556.

[20] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ ขั้นตอน ในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ก.ป. 166/2558)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2558), ภาคผนวก (10).

Ref. code: 25645924030033WEF

ระหว่างเพศ พ.ศ. .... จำนวน 17 คน ต่อมา หลังจากร่างพระราชบัญญัติฯ ได้รับการพิจารณาและปรับปรุงโดยคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ แล้ว ร่างพระราชบัญญัติฯ ได้เข้าสู่การประชุมสนช. ครั้งที่ 1/2558 ในวันที่ 8 มกราคม 2558 โดยเลื่อนไปพิจารณาในการประชุมครั้งถัดไป คือ ครั้งที่ 2/2558 ในวันที่ 9 มกราคม 2558 ซึ่งเป็นการพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 (การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในรายละเอียดเรียงตามลำดับมาตราและการพิจารณาการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ตามลำดับ) ในการประชุมครั้งนี้ สนช.มีมติเห็นชอบและให้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย และต่อมา ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2558 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 กันยายน 2558 เป็นต้นไป[21]

5.1.2.2 การจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

การศึกษามุ่งศึกษาเฉพาะกระบวนการอภิปรายในชั้นรัฐสภาเท่านั้น โดยแบ่งการทบทวนเป็นสามขั้นตอน ดังนี้

(1) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 1 (การรับหลักการ)

(2) การอภิปรายในคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....

(3) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 2 และ 3 (การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติและการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย)

(1) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 1 (การรับหลักการ)

ในการประชุมสนช. ครั้งที่ 24/2557 ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2557 คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ไปยังสนช.เป็นเรื่องด่วนที่ 5 โดยมีเหตุผล ดังนี้[22]

> โดยที่ปจจุบันไม่มีมาตรการปองกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจน สงผลให้บุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครอง และไม่ได้รับความเป็นธรรมเทาที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และปองกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ จึงจำเป็นตองตราพระราชบัญญัตินี้

คณะรัฐมนตรีมีความคาดหวังว่า[23]

> . . . ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแหงชาติ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดมาตรฐานในการปฏิบัติกับบุคคลทุกเพศอย่างเสมอภาค นอกจากนี้ยังเป็นการกระตุ้น

---

[21] เรื่องเดียวกัน, ภาคผนวก (25)-(27).

[22] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 110.

[23] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 110.

Ref. code: 25645924030033WEF

ให้สังคมตระหนักถึงความสำคัญของปญหาและมีความเข้าใจที่ถูกต่องชัดเจนเกี่ยวกับแนวคิดและปญหาดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การปฏิบัติที่เป็นธรรมในเรื่องต่างๆ ตอไปในอนาคต . . .

ในร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่เสนอไปในครั้งนี้ มาตรา 3 และมาตรา 17 มีความเกี่ยวเนื่องกันโดยไม่ได้อยู่ในลักษณะเดียวกับฉบับที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายในท้ายที่สุด บทบัญญัติสองมาตรานี้มีการปรับปรุงในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ และการประชุมของสนช. เพื่อพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 ในเวลาต่อมา มาตรา 3 (เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้) และมาตรา 17 เป็นดังนี้

มาตรา 3

ในพระราชบัญญัตินี้

"การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ" หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการ ทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

หมวด 3 การตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

มาตรา 17

การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

กล่าวเฉพาะสองประเด็น/มาตรานี้ซึ่งเป็นประเด็นที่มุ่งศึกษา ในรายงานการประชุมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... จำนวน 24 หน้า ของสนช. ไม่ปรากฏประเด็นอภิปรายในกรณีคำนิยามของเพศ (เพศชาย เพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด) โดยปรากฏเฉพาะการอภิปรายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับทั้งประเด็นกระบวนทัศน์ของระบบการจำแนกเพศและประเด็นการยกเว้นการเลือกปฏิบัติในเนื้อหาสาระ ดังที่จะได้อธิบายต่อไป โดยจะทบทวนประเด็นข้อยกเว้นในแง่ระบบการจำแนกเพศซึ่งเป็นประเด็นที่สนช.กล่าวถึงไว้เพียงเล็กน้อยก่อน แล้วจึงทบทวนในแง่การเลือกปฏิบัติในเนื้อหาสาระ

Ref. code: 25645924030033WEF

ในแง่ระบบการจำแนกเพศ สมาชิกสนช.เพียงหนึ่งคน (สุธรรม พันธุศักดิ์) กล่าวไว้เพียงเบื้องต้นโดยเป็นการนำข้อสังเกตของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.)[24] มาแถลงว่า "ขาดบทนิยามในเรื่องเพศ เพศภาวะ เพศวิถี ความรุนแรงเพราะเหตุแหงเพศ การคุกคามทางเพศ เป็นต้น"[25]

ในการนี้ สุธรรมได้ตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติฯ และได้สอบถามถึงเหตุผลของการยกร่างในลักษณะดังกล่าว ยิ่งกว่านั้น สุธรรมยังได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นไปได้ของการเปลี่ยนชื่อร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วย เนื่องจากคปก.ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การตั้งชื่อพระราชบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำ "ระหว่างเพศ" แสดงถึงกรอบคิดที่มองว่าเพศมีเพียงสองเพศ พร้อมทั้งเสนอชื่อที่จะเปลี่ยนด้วย

> คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายนี้ไปเปลี่ยนแปลง ไม่ใช่เปลี่ยนแปลงครับ เสนอว่าควรจะใชคำวา "เทากับความเท่าเทียมแหงเพศ" สามารถจะแกไขชื่อ พ.ร.บ. ได้หรือไม่ เหตุผลที่กระผมได้เสนออย่างนี้ก็เพราะวาคำวา "ระหว่างเพศ" หมายถึงเพศ 2 เพศ ก็คือเพศชายและเพศหญิง แต่วาในขณะนี้เองในสังคมทั่วๆ ไป ไม่วาประเทศไทย หรือว่าประเทศอื่นๆ ในโลกมีคำว่า มัลติ เซ็กสชวล (Multi sexual) นี้เกิดขึ้น คือความหลากหลายทางเพศ เพราะฉะนั้นกระผมคิดวาในเมื่อเราต่องการที่จะออกกฎหมายในเรื่องของการเลือกปฏิบัติทางเพศก็จะกลายเป็นว่าเรานี้เขาไปเป็นผู้เลือกขจัด นอกจากไม่ขจัดการเลือกปฏิบัติแล้วจะเข้าไปเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศ เพราะว่าเรื่องเพศก็ควรจะมีการที่วา เพศในหลายๆ ประเทศนี้เกิดขึ้นโดว่ามีหลายเพศ

---

[24] คณะกรรมการอิสระ แต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรีที่บริหารประเทศอยู่ในเวลานั้นๆ ด้วยผลของมาตรา 308 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คปก.มีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาและให้ข้อเสนอแนะในการจัดทำกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นหนึ่งในแนวนโยบายของรัฐด้านกฎหมายและการยุติธรรม ตามมาตรา 81 (3) ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขให้อำนาจหน้าที่ของคปก. รวมไปถึงการสนับสนุนการร่างกฎหมายของประชาชนด้วย (ต่อมา มีการตราการจัดตั้งองค์กรขึ้นเป็นพระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ. 2553) อย่างไรก็ตาม คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งทำการรัฐประหารในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ได้ระงับการปฏิบัติหน้าที่ของคปก. (ด้วยการไม่จัดให้มีการสรรหาคณะกรรมการชุดใหม่) และท้ายที่สุด ก็ได้ยุบคปก.ไป. ดู คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 20/2558 เรื่อง ระงับการสรรหาและคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอชื่อเป็นกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2558; คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 71/2559 เรื่อง การยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการเมือง และกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2559.

[25] อภิปรายโดยสุธรรม พันธุศักดิ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 116.

Ref. code: 25645924030033WEF

> เกิดขึ้น เพราะฉะนั้นประเด็นที่ผมอยากจะเสนอวา เราสามารถเปลี่ยนไปตามคำแนะนำของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้หรือไม่ . . .[26]

ข้ออภิปรายส่วนใหญ่มุ่งไปในแง่การเลือกปฏิบัติในเนื้อหาสาระโดยมีผู้อภิปรายสามคน เหตุผลของการตั้งข้อสังเกตของผู้อภิปรายแต่ละคนมีหลายประเด็นผสมผสานกันไป แต่มีจุดร่วมกันคือการมุ่งสนใจไปเฉพาะที่ประเด็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติในหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างเพศในมาตรา 3 ที่ว่ากรณี "มีเหตุผลทางวิชาการ ทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ" อาจทำให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศเกิดขึ้นได้

เหตุผลสนับสนุนส่วนใหญ่ของการตั้งข้อสังเกต คือ การขัดหรือแย้งกับ CEDAW ทั้งนี้ กระทรวงการต่างประเทศได้ให้ความเห็นที่เป็นข้อห่วงกังวลถึงความเป็นไปได้ที่การบัญญัติข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศจะทำให้เกิดภาวะขัดหรือแย้งกับ CEDAW ขึ้น มาล่วงหน้าแล้ว (ตามที่กล่าวไปในช่วงต้น)

เจตน ศิรธรานนท์ กล่าวว่า

> [กระทรวงการต่างประเทศ] บอกวาการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศก็ครอบคลุมทุกอย่าง ยกเว้นเหตุผลทางวิชาการ ยกเว้นเหตุผลทางศาสนา และยกเว้นเหตุผลประโยชน์สาธารณะ กระทรวงการต่างประเทศเขาให่เหตุผลวาอาจขัดต่อพันธกรณีของไทย ต่อซีดอว เพราะจะตองขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ . . .[27]

อย่างไรก็ตาม เจตน์ได้ยกให้ที่ประชุมรับทราบถึงความคิดเห็นไปในทางตรงกันข้ามของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วยว่า CEDAW มุ่งขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ดังนั้น จึงไม่รวมเพศอื่นนอกเหนือจากสตรี "ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคณะที่ 9 เขาเห็นวาอนุสัญญาคุ้มครองเฉพาะสตรี แต่ร่างกฎหมายฉบับนี้คุ้มครองทุกเพศ รวมทั้งเพศพิเศษ และต่องคำนึงถึงความพร่อมความเหมาะสม และสภาพสังคมของไทย ซึ่ง พม.ก็เชื่อ ก็เสนอร่างกฎหมายฉบับนี้ และยกเว้นมาให . . ."[28]

ทั้งนี้ เจตน์ได้แสดงความคิดเห็นของตนเองด้วยเช่นกัน โดยขอให้มีการพิจารณาว่าข้อยกเว้นด้วยเหตุผลเหล่านี้คืออะไรและมีเหตุผลใดจึงต้องกำหนดขึ้น

> ข้อสำคัญผมคิดวาการอ้างประโยชนสาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้นจะตองไม่ก่อให้เกิดความแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ . . . แต่ผมคิดว่าเป็นหลักสากลของสิทธิความเสมอภาค การแบ่งแยกในแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนาและเพศก็เป็นปัญหาถาหากว่าเราสร้างความแบ่งแยกขึ้น แลวก็สร้างเงื่อนไขขึ้น เพราะฉะนั้นผมก็ไม่ทราบว่า

---

[26] อภิปรายโดยสุธรรม พันธุศักดิ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 117-118.

[27] อภิปรายโดยเจตน ศิรธรานนท์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 113.

[28] อภิปรายโดยเจตน ศิรธรานนท์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 113.

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่มาที่ไปของการที่ท่านยึดกฤษฎีกาเป็นหลักในความเห็น ซึ่งความเห็น 2 ความเห็นนี้แตกแยกกัน แตกต่างกัน แต่ว่าเมื่อเราจะอนุวัติกฎหมายให้เป็นไปตามอนุสัญญาระหว่างประเทศแลว ไหนๆ เราจะทำแลว ทำไมเราไม่แก้ไขใหถูกต้องเสียเลย[29]

ผู้แสดงความเห็นไปในทิศทางเดียวกันอีกสองคน ได้แก่ สุวรรณี สิริเวชชะพันธ์ และศักดิ์ทิพย ไกรฤกษ์ ต่างก็ยึดการให้เหตุผลบนฐานของการทำตามพันธกรณีที่รัฐไทยมีต่อ CEDAW เช่นกัน โดยมีการแสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมด้วย

ในกรณีของศักดิ์ทิพย์ ศักดิ์ทิพย์ตั้งข้อสังเกตต่อข้อยกเว้น โดยอยู่ในลักษณะที่ว่า จำเป็นต้องมีการอภิปรายในรายละเอียดต่อไป (“การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่รวมถึง . . . กรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการทางศาสนา หรือเพื่อสาธารณประโยชน์ อันนี้คงจะเป็นเรื่องที่เซนซิทีฟ (Sensitive) ที่คงจะต้องฝากทางท่านกรรมาธิการที่จะตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาเรื่องนี้ได้ดูอย่างละเอียด”)[30] แต่ข้อยกเว้นบางข้อในบางขอบเขตสามารถยอมรับได้ (“เพราะว่าในเรื่องหลายๆ เรื่อง โดยเฉพาะเรื่องศาสนานั้นถ้าไม่มีข้อยกเว้นก็อาจจะมีปัญหา”)[31] อย่างไรก็ดี ศักดิ์ทิพย์แสดงความเห็นว่า การเลือกปฏิบัติมักมีที่มาจากวัฒนธรรม ความเชื่อ และศาสนา และการกำหนดข้อยกเว้นต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการไม่เลือกปฏิบัติ (“การที่มีข้อยกเว้นในบางเรื่องทำให้เกิดความลักลั่นในการส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างเพศในทางปฏิบัติ เนื่องจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศมักมีที่มาจากวัฒนธรรม ความเชื่อทางสังคมหรือศาสนา”)[32]

ในกรณีของสุวรรณี นอกจากแสดงข้อห่วงกังวลบนฐานพันธกรณีของรัฐไทยที่มีต่อ CEDAW แล้ว สุวรรณียังให้ข้อมูลเพิ่มเติมด้วยว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ นี้มีการผลักดันมาอย่างยาวนานโดยหลายภาคส่วนในสังคมซึ่งรวมถึงภาคประชาสังคมด้วย โดยไม่เพียงแต่กระทรวงการต่างประเทศเท่านั้น แต่ภาคประชาสังคมเป็นอีกภาคส่วนหนึ่งที่แสดงความเห็นให้ตัดข้อยกเว้นเหล่านี้ออกจากการไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากไม่มีข้อยกเว้นในลักษณะนี้ใน CEDAW อีกทั้งคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2552 ได้มีมติให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาตัดข้อยกเว้นออกไปจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศด้วย[33]

---

[29] อภิปรายโดยเจตน ศิรธรานนท์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 113.

[30] อภิปรายโดยศักดิ์ทิพย ไกรฤกษ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 122.

[31] อภิปรายโดยศักดิ์ทิพย ไกรฤกษ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 122.

[32] อภิปรายโดยศักดิ์ทิพย ไกรฤกษ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 122.

[33] อภิปรายโดยสุวรรณี สิริเวชชะพันธ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 119-120.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (พลตำรวจเอก อดุลย แสงสิงแก่ว) ได้รับข้อสังเกตทั้งหมดเมื่อจะนำไปพิจารณาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อไป[34]

หลังการอภิปรายเสร็จสิ้น สนช.ได้เห็นชอบหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วยมติ 184 คะแนน โดยไม่มีผู้ไม่รับหลักการ มีผู้งดออกเสียง 4 คน และมีผู้ไม่ลงคะแนนเสียง 1 คน[35]

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ มีเนื้อหาเกี่ยวกับเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุหรือคนพิการหรือทุพพลภาพ จึงต้องมีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ โดยกรรมาธิการเต็มสภาหรือให้สภาตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นโดยกรรมาธิการจำนวนหนึ่งในสามต้องเป็นผู้แทนจากองค์การเอกชนที่ทำงานด้านนี้ ตามข้อ 89 แห่งข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในวาระนี้ ที่ประชุมสนช.เห็นชอบให้ดำเนินการในรูปแบบการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญ[36] และมีมติเห็นชอบให้ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญ จำนวน 17 คน โดยข้อบังคับกำหนดให้เป็นผู้ที่คณะรัฐมนตรีเสนอในสัดส่วน 1 ใน 5 คือ จำนวน 3 คน เป็นสนช. จำนวน 8 คน และเป็นผู้แทนจากองค์การเอกชน จำนวน 6 คน คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีระยะเวลาแปรญัตติ 7 วัน และระยะเวลาการดำเนินงาน 30 วัน[37]

(2) การอภิปรายในคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ....

คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... มีการประชุมหารือกันทั้งสิ้น 4 ครั้ง คือ วันที่ 17 และ 24 พฤศจิกายน 2557 และ 1 และ 8 ธันวาคม 2557 นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ตั้งคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... จำนวน 1 คณะ โดยดำเนินการประชุม 2 ครั้ง คือ วันที่ 19 และ 26 พฤศจิกายน 2557 และคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้เชิญหน่วยงานต่างๆ มาชี้แจงแสดงความคิดเห็น ได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ) กระทรวงการพัฒนาสังคม

---

[34] อภิปรายโดยพลตำรวจเอก อดุลย แสงสิงแก่ว. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 124.

[35] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 126.

[36] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 126-128.

[37] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 24/2557: 128-131; ประกาศสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2557.

Ref. code: 25645924030033WEF

และความมั่นคงของมนุษย์ (สำนักงานปลัดกระทรวง และสำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว) กระทรวงมหาดไทย (สำนักงานปลัดกระทรวง) และกระทรวงแรงงาน (สำนักงานปลัดกระทรวง และกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน)[38]

ทั้งนี้ การประชุมของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ครั้งที่ 1 และ 2 เป็นการประชุมเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ เรียงตามมาตรา และมีการมอบหมายให้คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ ไปพิจารณาศึกษาในบางประเด็น ส่วนการประชุมของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ครั้งที่ 3 และ 4 เป็นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ประกอบผลการพิจารณาศึกษาของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ และความคิดเห็นจากองค์กรที่เกี่ยวข้อง และสรุปผลของการพิจารณาเพื่อส่งให้สนช. พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อไป

ตลอดการประชุมของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ทั้งสี่ครั้ง ที่ประชุมแทบไม่ได้อภิปรายโดยตรงในประเด็นว่าด้วยความหมายของเพศเลย นอกจากการยกประเด็นขึ้นมาโดยกรรมาธิการบางคนในฐานะปัจเจกเท่านั้น อย่างไรก็ดี มีประเด็นสำคัญสองประเด็นที่มีการอภิปรายซึ่งแสดงให้เห็นนัยที่สื่อถึงความเข้าใจเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ โดยส่วนใหญ่เป็นการอภิปรายในการประชุมครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557 ซึ่งเป็นการประชุมที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ประกอบผลการพิจารณาศึกษาของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ (และต่อมาก็มีการลงมติเห็นชอบในการประชุมครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2557 ซึ่งเป็นการพิจารณาเรียงตามลำดับมาตราในลักษณะเดียวกับการพิจารณาของสนช.) ประเด็นสองประเด็นนี้ ได้แก่ (2.1) ข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 3 และ 17) และ (2.2) ความหมายของความหลากหลายทางเพศที่ปรากฏในคำนิยาม (มาตรา 3)

(2.1) ข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 3 และ 17)

ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่มีการอภิปรายค่อนข้างมากในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ โดยสนช.ในชั้นรับหลักการ ในการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ครั้งที่ 3 (การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ประกอบผลการพิจารณาศึกษาของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ) คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ พิจารณาคำนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ มีความเห็นให้ปรับปรุงคำนิยามเป็นดังนี้

> “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำ หรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือ

---

[38] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2558), (1)-(2).

Ref. code: 25645924030033WEF

ทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ~~เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการ ทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ~~ แต่มาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ[39]

ทั้งนี้ คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ ปรับปรุงคำนิยามตามแนวทางของหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองในมาตรา 30 วรรคสามและสี่ แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 โดยการขีดฆ่าที่ปรากฏในข้อความข้างต้นหมายถึงข้อความที่ถูกตัดออกไป และข้อความที่ขีดเส้นใต้คือข้อความที่เพิ่มเข้ามาใหม่ เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อยกเว้นด้วยเหตุทางศาสนาและประโยชน์สาธารณะยังคงมีอยู่ แต่มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไป ส่วนเหตุผลทางด้านวิชาการถูกนำออกไปโดยสิ้นเชิง

ต่อประเด็นนี้ เมื่อพิจารณาการอภิปรายของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ การศึกษาแบ่งการอภิปรายเป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ ภาพรวมของหลักการที่เป็นข้อยกเว้นฯ และข้อยกเว้นฯ รายประเด็น ดังนี้

ในกรณีภาพรวมของหลักการที่เป็นข้อยกเว้นฯ เมื่อได้อภิปรายข้อยกเว้นฯ เป็นรายประเด็นเสร็จสิ้นแล้ว คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้อภิปรายว่า ข้อยกเว้นฯ สมควรจะอยู่ในมาตรา 3 ที่ว่าด้วยบทนิยามหรือในมาตราอื่น[40] ทั้งนี้ เหตุผลสนับสนุนให้มีการย้ายตำแหน่งเป็นเหตุผลเชิงเทคนิคมากกว่าเชิงเนื้อหา เช่น ย้ายเพื่อจะทำให้เห็นว่ารัฐไทยได้ดำเนินการสอดคล้องกับ CEDAW โดยแสดงให้เห็นว่าไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในบทนิยาม[41] รวมถึงทำให้

---

[39] ข้อความแสดงการขีดฆ่าและการขีดเส้นใต้เน้นคำเหมือนในรายงานการประชุม โดยในกรณีการขีดฆ่าการศึกษานี้เปลี่ยนเครื่องหมายที่ใช้ตามความเหมาะสม

[40] เปิดประเด็นโดยพลตำรวจเอก ชัชวาลย์ สุขสมจิตร์. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 14.

[41] กล่าวถึงโดยประเวศ อรรถศุภผล. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 16.

Ref. code: 25645924030033WEF

ขอบเขตของข้อยกเว้นแคบกว่าการกำหนดไว้ในบทนิยาม[42] (อย่างไรก็ตาม กรรมาธิการวิสามัญบางคนแสดงข้อสังเกตว่าเป็นการตั้งข้อยกเว้นซ้อนไว้ในเนื้อหาของพระราชบัญญัติฯ)[43]

ในท้ายที่สุด คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้มีมติเห็นสมควรให้นำข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศออกจากมาตรา 3 ว่าด้วยบทนิยามไปอยู่ในมาตรา 17 ซึ่งอยู่ในหมวด 3 ว่าด้วยการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ[44] ดังที่ต่อมาจะถูกนำไปพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 ของสนช. และได้รับการตราเป็นพระราชบัญญัติ

ในกรณีข้อยกเว้นฯ รายประเด็น การอภิปรายมุ่งเน้นไปที่กรณี "เหตุผลทางวิชาการ" ที่ถูกนำออกไป (ซึ่งในเนื้อหาของการอภิปรายเกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นฯ อื่น เช่น สวัสดิภาพและความปลอดภัย ด้วย) และมีการถกแถลงเล็กน้อยในกรณี "เหตุผลทางศาสนา" ดังนี้

ในส่วนของเหตุผลทางวิชาการ "เหตุผลทางวิชาการ" ที่เป็นประเด็นอภิปรายนั้น โน้มเอียงไปในทางที่ไม่ใช่ความเป็นวิชาการในทางเนื้อหา แต่หมายถึงดุลพินิจการเลือกรับผู้ศึกษาของสถาบันการศึกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถาบันการศึกษาด้านความมั่นคงอย่างโรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้าและโรงเรียนเตรียมทหาร ในเรื่องการแบ่งแยกเพศ ตามการทบทวนและตัวอย่างข้อความเหล่านี้ที่ตัดตอนมาจากการประชุมครั้งดังกล่าวต่อไปนี้

วัลลภ ตังคณานุรักษ์ ประธานคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้กล่าวนำประเด็นนี้ว่า[45]

> . . . ซึ่งหากพิจารณาตามที่คณะอนุกรรมาธิการแก้ไข จะไม่สามารถอ้างเหตุผลทางวิชาการเพื่อเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ ดังนั้น โรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้าจะห้ามผู้หญิงเข้าเรียนอีกไม่ได้แล้ว จึงขอสอบถามต่อที่ประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญว่าเห็นด้วยกับการแก้ไขของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญหรือไม่

---

[42] กล่าวถึงโดยวัลลภ ตังคณานุรักษ์. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 16.

[43] กล่าวถึงโดยประเวศ อรรถศุภผล. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 16.

[44] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21-22; *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2557: 6 และ 13.

[45] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 4.

Ref. code: 25645924030033WEF

การอภิปรายดำเนินไปโดยมีแกนกลางของการอภิปรายว่าสถาบันการศึกษาด้านความมั่นคงจะรับผู้หญิงเข้าศึกษาได้หรือไม่ (รวมถึงในบางกรณีกล่าวถึง "บุคคลเพศที่สาม")[46] ในเชิงหลักการ ความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญส่วนใหญ่เห็นว่าสถาบันการศึกษาด้านความมั่นคงสามารถรับผู้หญิงเข้าศึกษาได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ศึกษาไปถึงจุดที่ต้องวิชาเฉพาะหรือต้องเข้าไปประจำที่กองทหารต่างๆ สถาบันการศึกษาเหล่านี้มีความจำเป็นจะต้องคัดเลือกบุคคลบุคคลที่มีความเหมาะสมซึ่งรวมถึงความเหมาะสมที่เกี่ยวกับเพศด้วย[47] เช่น การให้ไปประจำการในสถานที่ห่างไกลหรือที่น่าจะไม่ปลอดภัย[48] นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่า หากนำข้อยกเว้นด้วยเหตุผลทางวิชาการออกไปซึ่งอาจทำให้สถาบันเหล่านี้จำเป็นต้องรับผู้หญิงเข้าศึกษา จำเป็นต้องกำหนดเป็นบทเฉพาะกาลเพื่อให้สถาบันเหล่านี้เตรียมการหรือไม่[49]

ในกรณีของดุลพินิจของสถาบันการศึกษาเหล่านี้ในการพิจารณาไม่รับผู้หญิงเข้าศึกษา แม้กรรมาธิการวิสามัญ (และอนุกรรมาธิการวิสามัญ) ส่วนใหญ่ (รวมถึงกรรมาธิการวิสามัญที่มีตำแหน่งทางทหาร) จะเห็นด้วยในเชิงหลักการที่สถาบันด้านความมั่นคงจะต้องรับผู้หญิงเข้าศึกษา แต่ก็มีความเห็นที่แตกต่างหลากหลายในเรื่องดุลพินิจฯ โดยทางออกของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ คือ การให้สถาบันนั้นๆ ใช้ข้อยกเว้นด้วยเหตุผลด้านการ "คุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย" (เช่น หากเห็นว่าการฝึกหรือการปฏิบัตินั้นๆ สามารถทำได้เฉพาะเพศชายหรือเหมาะสมกับเพศชายเท่านั้น ก็ใช้เหตุผลนี้เพื่อปฏิบัติต่อผู้ศึกษาเพศชายและหญิงแตกต่างกัน)[50] ในขณะที่กรรมาธิการวิสามัญฯ จำนวนหนึ่งเห็นว่าในหลายกรณีสถาบันการศึกษาเหล่านี้ต้องปรับกรอบคิดในการปฏิบัติด้วย มิใช่อ้างแต่ข้อยกเว้นเพื่อเลือกปฏิบัติเท่านั้น (เช่น ผู้หญิงก็สามารถเข้าเวรยามกลางคืนหรือในที่ห่างไกลได้หากรัฐมีกฎหมายดีและมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ไม่ใช่ผู้หญิงทำไม่ได้เลย

---

[46] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 6-8.

[47] เช่น ความเห็นของพลตำรวจเอก ชัชวาลย์ สุขสมจิตร์. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 8-10.

[48] ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่มีอยู่ตลอดการอภิปรายในเรื่องนี้. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 5-17.

[49] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 5 และ 15.

[50] เช่น *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 4-5, 7, 11-13, 15, 17.

Ref. code: 25645924030033WEF

ตามที่กล่าวอ้างโดยกรรมาธิการวิสามัญบางคน) และจะมีมาตรการชั่วคราวอย่างไร (เช่น หากยังไม่พร้อมก็วางบทเฉพาะกาลไว้ก่อน) [51]

ในกรณีของความหลากหลายทางเพศ มีการกล่าวถึงเพียงเล็กน้อย โดยได้ข้อสรุปว่า ในแง่การรับราชการทหารตามหน้าที่ (การเกณฑ์ทหาร) ซึ่งเป็นการบังคับ บุคคลข้ามเพศได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 (ด้วยผลของกฎกระทรวง ฉบับที่ 75ฯ ที่กำหนดให้ผู้มีภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหารดังที่ทบทวนไปในส่วนที่เกี่ยวข้อง) ส่วนการศึกษาด้านการทหารซึ่งเป็นการเลือกโดยความสมัครใจ บุคคลข้ามเพศจะมีสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยผลของร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... หากถูกนำไปใช้บังคับเป็นกฎหมาย[52]

ทั้งนี้ ในที่สุดคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้เห็นชอบกับการปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติฯ เชิงเนื้อหาตามที่คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้พิจารณาศึกษามา โดยมีการปรับตำแหน่งของข้อยกเว้นฯ ตามที่มีการอภิปรายในการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ครั้งที่ 3[53]

นอกจากนี้ การศึกษาการอภิปรายส่วนนี้ทำให้ทราบว่า การยกร่างพระราชบัญญัติฯ โดยมีเหตุผลทางวิชาการเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติมีที่มาจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 (มาตรา 15 วรรคสาม) โดยมีกรรมาธิการวิสามัญฯ ให้ข้อมูลเพิ่มเติมว่า ข้อยกเว้นฯ ในพระราชบัญญัติดังกล่าวถูกเสนอโดยอัยการจากการที่ขณะนั้นมีผู้พิการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการสมัครสอบผู้พิพากษา[54] นอกจากนี้

---

[51] เช่น *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 5, 9, 15.

[52] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 6-8.

[53] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21-22; *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2557: 6 และ 13.

[54] น่าจะหมายถึงคดีในศาลรัฐธรรมนูญช่วงทศวรรษ พ.ศ. 2540 กรณีที่ผู้พิการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการที่ตนไม่มีคุณสมบัติในการสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเนื่องจากตรงกับลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่. ดู *ผู้ตรวจการแผ่นดิน (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2545). และดูคดีที่เกี่ยวข้องในทศวรรษถัดมาเพิ่มเติมใน *ผู้ตรวจการแผ่นดิน (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2555).

Ref. code: 25645924030033WEF

ยังมีการกล่าวด้วยว่า “เหตุผลทางวิชาการ” มีความหมายกว้าง โดยการคุ้มครองแรงงานหญิงด้วยเหตุความแตกต่างทางสภาพร่างกายในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานก็ถือเป็นเหตุผลทางวิชาการเช่นกัน[55]

ในส่วนของเหตุผลทางศาสนา คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ “ไม่ได้พิจารณาแต่เพียงศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นหลักแต่พิจารณาทุกศาสนา ซึ่งแต่ละศาสนาก็มีข้อยกเว้นหรือข้อห้ามในบางเรื่องอยู่ ด้วยเหตุนี้ประเด็นเกี่ยวกับศาสนาทางคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญจึงยังคงไว้เป็นข้อยกเว้นไม่ตัดออก”[56] ซึ่งมติของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เสียงข้างมากเห็นชอบผลการพิจารณาศึกษานี้ โดยมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเล็กน้อยตามรายละเอียดด้านล่าง[57]

อย่างไรก็ตาม กรรมาธิการวิสามัญบางคนมีความเห็นที่แตกต่างออกไปและแสดงความประสงค์ขอให้บันทึกไว้ว่าตนไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุม อังคณา นีละไพจิตร เห็นว่า หลักศาสนากับวัฒนธรรมหรือเหตุอื่นผสมปนเปกันและทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เกี่ยวข้องกับหลักศาสนาขึ้น เช่น ในกรณีของการห้ามไม่ให้ผู้หญิงเข้าไปละหมาดในมัสยิดในวันศุกร์ในภาคใต้มีเหตุมาจากการที่ “. . . สมัยก่อนเมื่อนานมาแล้วมีการห้ามผู้หญิงเข้าวัดหรือเข้ามัสยิดเพราะเหตุผลที่ผู้หญิงมีประจำเดือนหรือมีน้ำคาวปลา อาจทำให้สถานที่สกปรกเลอะเทอะเนื่องจากยังไม่มีวิธีการป้องกันด้านสุขอนามัยที่เพียงพอแต่ในปัจจุบัน”[58] ด้วยเหตุนี้ อังคณาจึงกล่าวว่าตน “รับไม่ได้หากว่ากรรมาธิการวิสามัญส่วนใหญ่เห็นว่าไม่ควรตัดข้อยกเว้นทางศาสนาที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศออก จึงขอให้มีการบันทึกว่าตนเป็นกรรมาธิการเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วย”[59] เจษฎา แต้สมบัติ ได้แสดงข้อห่วงกังวลต่อข้อยกเว้นฯ ด้วยเหตุผลทางศาสนาที่อาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติและมีความรุนแรงเช่นในประเทศตะวันออกกลาง[60] นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่คณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ เสนอแก้ไขเพิ่มเติมนิยามบนฐานของรัฐธรรมนูญ อุษา เลิศศรีสันทัด

---

[55] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 10-11.

[56] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 17.

[57] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21-22.

[58] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 17.

[59] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 18.

[60] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 19.

Ref. code: 25645924030033WEF

จึงสนับสนุนการไม่กำหนดให้มีข้อยกเว้นฯ ด้วยเหตุผลทางศาสนา เนื่องจากไม่มีข้อยกเว้นในลักษณะเดียวกันในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550[61] ในขณะที่วัลลภ ตังคณานุรักษ์ ในฐานะประธานคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เสนอที่ประชุมให้พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำเป็น "หลักการทางศาสนา" เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้มีการอ้างความเชื่อที่อิงกับศาสนามาเป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติฯ[62]

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เห็นชอบกับการพิจารณาศึกษาของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ โดยมีมติให้เปลี่ยนถ้อยคำเป็น "หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา" อย่างไรก็ตาม มีกรรมาธิการวิสามัญฯ สองคนไม่เห็นด้วยกับมติดังกล่าวและเห็นสมควรให้ตัดข้อยกเว้นฯ นี้ออกไป ได้แก่ อังคณา นีละไพจิตร และอุษา เลิศศรีสันทัด[63]

(2.2) ความหมายของความหลากหลายทางเพศที่ปรากฏในคำนิยาม (มาตรา 3)

การอภิปรายประเด็นนี้แตกต่างจากประเด็นที่ (2.1) เนื่องจากแทบไม่มีการหยิบยกขึ้นมาอภิปรายในชั้นรับหลักการของสนช.เลย แม้ว่าแก่นเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฯ จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นนี้ แต่คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีการกล่าวถึงประเด็นนี้ในครั้งท้ายๆ ของการประชุม และอยู่ในลักษณะที่เป็นการเสนอระหว่างที่การประชุมดำเนินไปโดยไม่ได้กำหนดเป็นประเด็นหลักที่ต้องอภิปราย กล่าวคือ

ในระหว่างการอภิปรายในประเด็นข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ รณภูมิ สามัคคีคารมย์ ได้ยกประเด็นเกี่ยวกับคำว่า "มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด" ว่า "จะรวมไปถือ [sic] ผู้ที่แสดงออกว่าเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงตรงตามเพศของตนเอง แต่มีคนรักเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกับตนหรือไม่"[64] แม้วัลลภ

---

[61] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 18.

[62] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 18.

[63] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21-22.

[64] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 19.

Ref. code: 25645924030033WEF

ตังคณานุรักษ์ ได้ตอบว่ารวมถึงคนกลุ่มนี้ด้วย แต่ก็มิได้ให้เหตุผลประกอบ[65] เจษฎา แต้สมบัติ จึงขยายความประเด็นนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า[66]

> ผู้ที่เกิดมาถูกระบุว่าเป็นเพศหญิงหรือเพศชายแต่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตน เหมือนอย่างตนที่แต่งกายเป็นผู้หญิง แต่ในกรณีของผู้ที่เป็นเกย์ หรือผู้ที่ชอบหรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกับตนเองในลักษณะที่เป็นคนรักแต่ไม่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตนโดยบุคคลอื่นไม่รู้ จะจัดว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในกลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดอันจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้เป็นประเด็นที่อาจารย์รณภูมิมีความเป็นกังวลอยู่

กรรมาธิการวิสามัญที่มีพื้นฐานมาจากองค์การที่ทำงานในประเด็นเชิงสังคมและงานวิชาการ (วัลลภ ตังคณานุรักษ์ เจษฎา แต้สมบัติ นัยนา สุภาพึ่ง และรณภูมิ สามัคคีคารมย์) ได้แสดงความเห็นที่แสดงถึงความเข้าใจประเด็นเกี่ยวกับเพศ อาทิ การเสนอให้มีการปรับปรุงคำนิยามโดยเพิ่มเติมมโนทัศน์ว่าด้วยเพศวิถีเข้าไปด้วย[67] อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวไม่ได้รับความเห็นชอบด้วยเหตุที่ถ้อยคำเหล่านี้ยังไม่สามารถให้ความหมายได้อย่างครอบคลุมตามที่ราชบัณฑิตยสภากำหนด (เนื่องจากในขณะนั้นความหมายของ“เพศสภาพ” ยังไม่ถูกเผยแพร่)[68]

ในทางกลับกัน กรรมาธิการวิสามัญคนอื่นแม้จะไม่ได้มีความเห็นตรงข้ามกับกลุ่มก่อนหน้า แต่ก็มิได้แสดงความเข้าใจต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศนัก อาทิ

ในคราวที่ร่างพระราชบัญญัติฯ ถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งมีการเสนอให้มีการบรรจุคำว่า “เพศภาวะ” และ “เพศวิถี” ไว้ในคำนิยามนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะดังกล่าวได้มีความเห็นให้แก้ไขให้ใช้ข้อความ “หรือมีการแสดงออก

---

[65] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 19.

[66] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 20.

[67] อาทิ รณภูมิเสนอให้มีการเพิ่มเติมข้อความ “หรือมีเพศภาวะหรือเพศวิถีที่แตกต่างจากผู้ชายหรือผู้หญิง” ต่อท้าย “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” และนัยนาเสนอให้มีการใช้คำว่าเพศสภาพและเพศวิถีควบคู่กันไป. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 20-21.

[68] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21. ทั้งนี้ จากการสืบค้นทางเว็บไซต์ของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เมื่อเดือนมกราคม 2565 การศึกษาก็ไม่พบความหมายของคำว่าเพศสภาพ (รวมถึงเพศสถานะ เพศภาวะ ฯลฯ) และคำว่าเพศวิถีเช่นกัน

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ดังที่ได้รับการพิจารณาในวาระรับหลักการของสนช. (ชี้แจงโดยประเวศ อรรถศุภผล)[69]

นอกจากนี้ ประเวศ อรรถศุภผล กล่าวว่า[70]

> กรณีดังกล่าวจะครอบคลุมหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตีความคำว่า “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งตามธรรมชาติผู้ชายก็ต้องมีคนรักหรือมีความสัมพันธ์กับผู้หญิงในลักษณะที่เป็นคู่รัก แต่หากผู้ชา [sic] มีคนรักหรือมีความสัมพันธ์กับผู้ชายด้วยกันในลักษณะที่เป็นคู่รัก ก็น่าจะถือเป็นการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดได้

กันตพงศ์ รังษีสว่าง สรุปว่า[71]

> คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณามาก็มีการบัญญัติคำว่า “เพศภาวะ” และ คำว่า “เพศวิถี” แต่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าคำว่า “เพศภาวะ” และ คำว่า “เพศวิถี” ไม่สามารถอธิบายความหมายที่ตรงกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) จึงแก้ไขโดยใช้คำว่า “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งหมายความว่า หากบุคคลใดถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเพราะเหตุที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตน บุคคลดังกล่าวสามารถใช้สิทธิร้องเรียนหรือไม่ก็ได้ ซึ่ง “แสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ก็ครอบคลุมถึงกรณีผู้ที่ชอบหรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกับตนเองในลักษณะที่เป็นคนรัก แต่ไม่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตนด้วย

จากนั้น ไม่มีการอภิปรายในประเด็นนี้อีก และคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ก็ได้สรุปผลการแก้ไขเพิ่มเติมโดยยังคงข้อความ “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ไว้ และไม่ได้เพิ่มเติมมโนทัศน์ที่ครอบคลุมเพศวิถีด้วยแต่อย่างใด[72] อย่างไรก็ดี ในการประชุมครั้งเดียวกันเมื่อคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้พิจารณาผลการพิจารณาศึกษาของคณะอนุกรรมาธิการวิสามัญฯ ครบทุกมาตราแล้ว รณภูมิได้กล่าวทิ้งท้ายในประเด็นนี้ว่ายังยืนยันความเห็นของตนเองว่า

---

[69] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 20.

[70] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 20-21.

[71] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21.

[72] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 21.

Ref. code: 25645924030033WEF

ควรเพิ่มเติมกรอบคิดว่าด้วยเพศภาวะและเพศวิถีเข้าไปในคำนิยามของการไม่เลือกปฏิบัติฯ[73] วัลลภจึงได้เสนอให้มีการระบุไว้ในข้อสังเกตท้ายร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อนำไปพิจารณาในการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ครั้งต่อไปว่า "'มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด' ให้หมายความรวมถึง ผู้ที่ชอบหรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกับตนเองในลักษณะที่เป็นคนรักแต่ไม่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดของตน"[74] อย่างไรก็ตาม ในการประชุมครั้งที่ 4 ซึ่งเป็นครั้งสุดท้ายของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ก็ไม่มีการอภิปรายการนำประเด็นนี้บรรจุอยู่ในข้อสังเกตของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ และในรายงานสรุปผลการพิจารณาก็ไม่มีข้อความทำนองนี้ปรากฏอยู่แต่อย่างใด[75]

นอกจากนี้ มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศอีกเล็กน้อยที่สมควรกล่าวถึง แม้ว่าจะไม่ได้อยู่ในมาตรา 3 หรือ 17 ก็ตาม เจษฎา แต้สมบัติ ได้ยกประเด็นเกี่ยวกับผู้มีสิทธิยื่นคำขอรับการสงเคราะห์แทนผู้เสียหายซึ่งกำหนดเพียงผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล สามีหรือภริยา หรือผู้ดูแล แต่ "ในกรณีของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นคู่ชีวิต จะอยู่ในความหมายของกลุ่มบุคคลใด ซึ่งถ้าหากอยู่ในกลุ่มของ 'ผู้ดูแล' หากเกิดข้อเท็จจริงขึ้นจะต้องมีการไปยื่นเรื่องพิสูจน์ว่าเป็นผู้ดูแลหรือไม่"[76] โดยมีกรรมาธิการวิสามัญจำนวนหนึ่งสนับสนุน ทั้งด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศและเกี่ยวกับคู่ต่างเพศที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส[77] และมติที่ประชุมเสนอให้มีการเพิ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งเข้าไป คือ "บุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย" และให้ตั้งเป็นข้อสังเกตของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ว่าขั้นตอนการขอรับประโยชน์ต้องไม่ยุ่งยากซับซ้อน[78]

---

[73] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 29.

[74] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 20.

[75] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, (7)-(8).

[76] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2557: 16.

[77] แสดงความเห็นเชิงสนับสนุนโดยนัยนา สุภาพึ่ง. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2557: 17.

[78] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2557: 17-18.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในการลงมติขั้นสุดท้าย คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เห็นสมควรให้เพิ่มเติมข้อความดังกล่าว อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ก็มีมติวางข้อสังเกตไว้ว่า ให้ผู้มีสิทธิขอรับผลประโยชน์จะต้องพิจารณาว่าผู้เสียหาย "ยังมีผู้ปกครอง ผู้ดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลอยู่หรือไม่ และถือว่าบุคคลดังกล่าวข้างต้นศาลเป็นผู้แต่งตั้งให้ทั้งสิ้น ดังนั้น จึงถือว่าบุคคลดังกล่าวต้องมีสิทธิก่อนบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายตามความในมาตรา 25"[79] (ในท้ายที่สุด เนื้อหานี้ก็ไม่ถูกบรรจุไปในข้อสังเกต โดยข้อสังเกตออกมาในรูปแบบกลางๆ คือ ควรให้อธิบดีกำหนดนิยามของคำว่า "ผู้ดูแล" และ "บุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย" โดยพิจารณาให้ครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วยเท่านั้น)[80]

เมื่อคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ประชุมเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ครบทั้งสี่ครั้งแล้ว ได้จัดทำรายงานเสนอต่อสนช.เพื่ออภิปรายในวาระที่ 2 และ 3 ต่อไป ทั้งนี้ รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเป็นการสรุปผลการประชุมทั้งหมดของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติสำหรับการอภิปรายในวาระที่ 2 และ 3 ด้านล่าง ระบุว่าไม่มีกรรมาธิการวิสามัญคนใดสงวนความคิดเห็น แต่มีสมาชิกสนช. 1 คน คือ เจตน ศิรธรานนท์ เสนอคำแปรญัตติ ซึ่งมิใช่ประเด็นที่มุ่งศึกษาในการศึกษาฉบับนี้ (เช่น กรณีคำนิยาม "สำนักงาน" และ "ผู้อำนวยการ" รายละเอียดของคณะกรรมการ การสงเคราะห์เยียวยา และบทกำหนดโทษ) ส่วนมาตรา 17 มีการแก้ไข แต่ไม่ปรากฏรายละเอียดของการอภิปราย[81] (ตามที่ได้สรุปมาจากบันทึกการประชุมด้านบน) โดยการศึกษาจะแสดงร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่ปรับปรุงโดยคณะกรรมธิการวิสามัญฯ ในส่วนถัดไปเมื่อร่างพระราชบัญญัติฯ เข้าสู่การอภิปรายในวาระที่ 2 และ 3 ของสนช.

ในกรณีข้อสังเกตของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ซึ่งปรากฏในเอกสารดังกล่าว ข้อสังเกตทั้งหมดอยู่ในลักษณะของ "ความเห็นเชิงเทคนิค" อาทิ การแก้ไขให้เหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติฯ อ้างอิงพันธกรณีที่รัฐไทยมีต่อตราสารระหว่างประเทศที่รัฐไทยเป็นภาคี การแก้ไขร่างบทบัญญัติในเรื่องคณะกรรมการและวิธีการเยียวยาผู้เสียหาย และการแสดงความเห็นในเรื่องกรอบวัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกองทุนตามร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นต้น[82]

---

[79] ถามขึ้นโดยเจษฎา แต้สมบัติ และตอบข้อซักถามโดยประเวศ อรรถศุภผล. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2557: 19-20.

[80] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, (7).

[81] เรื่องเดียวกัน, (3)-(6).

[82] เรื่องเดียวกัน, (7)-(8).

Ref. code: 25645924030033WEF

(3) การอภิปรายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 2 และ 3 (การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติและการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย)

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่มีการปรับปรุงโดยคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เรียงตามลำดับมาตรา มีขึ้นในการประชุมสนช.ครั้งที่ 2/2558 ในวันที่ 9 มกราคม 2558 โดยมาตรา 3 และ 17 มีการปรับปรุงพอสมควร ทั้งนี้ ในรายงานการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ จำนวน 38 หน้า มีการอภิปรายประเด็นการตระหนักรู้และการยอมรับบุคคลข้ามเพศเพียงเล็กน้อย โดยการอภิปรายเน้นไปที่ประเด็นของบทกำหนดโทษ (โดยเฉพาะการกำหนดให้มีหรือไม่มีและรายละเอียดของการเปรียบเทียบปรับ) และการใช้ถ้อยคำที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญา รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้งที่มีการตั้งข้อสังเกตค่อนข้างมากต่อประเด็นข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในชั้นรับหลักการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การอภิปรายมุ่งไปที่ประเด็นเชิงเทคนิคกฎหมาย มากกว่าประเด็นเชิงเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติฯ

มาตรา 3 และมาตรา 17 ที่ผ่านการปรับปรุงแล้ว เป็นดังนี้

มาตรา 3

ในพระราชบัญญัตินี้

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด”

หมวด 3 การตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

มาตรา 17

การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่งเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

ข้อสังเกตต่อการปรับปรุงดังกล่าว (ซึ่งตรงตามที่ทบทวนไปในส่วนที่แล้ว) คือ

1) ข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในมาตรา 3 ในร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับแรกที่เสนอต่อสนช.ในชั้นรับหลักการ (“เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ”) ถูกตัดออกไป

2) อย่างไรก็ตาม การตัดออกไปดูเหมือนจะเป็นเพียงเหตุในเชิงเทคนิคของการร่างกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการย้ายข้อยกเว้นจากบทบัญญัติที่เป็นบทนิยามในมาตรา 3 ไปอยู่ในบทบัญญัติที่มุ่งไปที่การกระทำที่อาจถูกตรวจสอบว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในมาตรา 17

3) นอกจากนี้ ข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติก็มีการเปลี่ยนแปลงไปจาก "เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการ ทางศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ" ไปเป็น "เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยหรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา" ทั้งนี้ เป็นที่สังเกตว่าเหตุ "ทางวิชาการ" ถูกตัดออกไปโดยสิ้นเชิง เหตุ "ประโยชน์สาธารณะ" ถูกทำให้แคบลงและมีขอบเขตที่ชัดเจนขึ้น คือ "เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย" ส่วน "การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา" ยังคงอยู่ในบทบัญญัติเช่นเดิม

ตามที่กล่าวไปในช่วงต้นว่า การอภิปรายในชั้นนี้เน้นหนักไปที่ประเด็นเชิงเทคนิคการร่างกฎหมาย รายละเอียดของการอภิปรายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้มีดังนี้

ในกรณีของมาตรา 3 ที่มีการปรับปรุงโดยคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ไม่มีการอภิปรายใดเพิ่มเติมในชั้นสนช. ดังนั้น สรุปได้ว่า นิยามของเพศ ("เพศชายหรือเพศหญิงหรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด") ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใด[83]

เมื่อพิจารณามาถึงมาตรา 17 ซึ่งมีการปรับปรุงเช่นกัน ปรากฏว่าไม่มีสมาชิกสนช.คนใดอภิปรายเช่นเดียวกัน[84] อย่างไรก็ตาม มีสมาชิกสนช. (วิทยา ฉายสุวรรณ) ยกประเด็นของมาตรา 17 ขึ้นมาอีกครั้งในขณะอยู่ระหว่างการพิจารณามาตราอื่น[85] เมื่อถึงการพิจารณาวิทยาได้เสนอให้มีการเพิ่มเติมเหตุ "เพื่อความมั่นคงของประเทศ" ไปในข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หลังเหตุเกี่ยวกับศาสนา ในมาตรา 17

ในการนี้ วัลลภ ตังคณานุรักษ์ ซึ่งเป็นประธานคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ตอบรับข้ออภิปรายดังกล่าวว่า "ท่านประธานที่เคารพครับ ต้องเรียนด้วยความสัตย์จริงว่าเรื่องนี้เราหารือกันมาตั้งแต่เบื้องต้น แล้วผมเป็นคนลืมใส่เข้าไปเองครับ ในเมื่อท่านวิทยาได้กรุณาช่วยเติมก็ขอบพระคุณมากครับ ก็เห็นพ้องต้องกันตั้งแต่ต้นอยู่แล้วครับ เพียงแต่ผมลืมครับ ขอบคุณครับ" ทั้งนี้ โดยไม่มีผู้ใดโต้แย้งเลย[86]

---

[83] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 222.

[84] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 228-229.

[85] ยกประเด็นโดยวิทยา ฉายสุวรรณ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 241-242.

[86] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 248.

Ref. code: 25645924030033WEF

อย่างไรก็ตาม ภายหลังที่พระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับแล้ว รณภูมิ สามัคคีคารมย์ หนึ่งในกรรมาธิการวิสามัญฯ เคยกล่าวไว้ว่า[87]

> . . . ประเด็นมาตรา 17 วรรคสอง ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ มีข้อยกเว้นว่าถ้าเป็นเหตุทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ ซึ่งตนในฐานะกรรมาธิการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ พยายามขอตัดออกทั้งหมด แต่ก็ยากมาก เราตัดให้เหลือเพียงศาสนาอย่างเดียว แต่ สนช. ก็ลักไก่ในวินาทีสุดท้ายโหวตให้เอาประเด็นความมั่นคงเข้ามา ซึ่งเป็นเรื่องที่ครอบจักรวาลมาก เหมือนเปิดช่องใหญ่ให้คนอ้าง ทำให้ พ.ร.บ.ชุดนี้น่ากังวลและต้องจับตา

ในการลงมติของสนช.เรียงตามลำดับมาตรา ในกรณีมาตรา 3 (ซึ่งคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีการปรับปรุง โดยไม่มีสมาชิกสนช.อภิปราย) ที่ประชุมสนช.เห็นชอบด้วยมติ 163 คะแนน โดยมีผู้ลงคะแนนไม่เห็นด้วย 1 คะแนน งดออกเสียง 2 คน และไม่ลงคะแนน 1 คน[88]

ในกรณีมาตรา 17 (ซึ่งคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีการปรับปรุง สมาชิกสนช. เสนอแก้ไขเพิ่มเติม แต่ไม่มีผู้ใดสงวนคำแปรญัตติ) ที่ประชุมสนช.เห็นชอบ ด้วยมติ 163 คะแนน โดยมีผู้ลงคะแนนไม่เห็นด้วย 1 คะแนน และงดออกเสียง 3 คน[89]

ในท้ายที่สุด เมื่อมีการทบทวนร่างพระราชบัญญัติฯ และไม่มีผู้ใดเสนอให้มีการแก้ไข (เฉพาะกรณีของเรื่องทางเทคนิค เช่น การสะกดคำ โดยแก้ไขในระดับเนื้อหาไม่ได้) สนช. ได้มีมติเห็นชอบให้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ด้วยมติเห็นด้วย 165 คะแนน ไม่มีสมาชิกที่ไม่เห็นด้วย และมีสมาชิกงดออกเสียง 3 คน[90]

5.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ

ส่วนที่ 5.2 แบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 5.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination): กรอบคิดเชิงทฤษฎีและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย และส่วนที่ 5.2.2 บทวิเคราะห์ โดยการแบ่งส่วนข้างต้นเป็นไปตามการทบทวนและตั้งข้อสังเกตเบื้องต้นในส่วนที่ 5.1

---

[87] "สมาคมเพศวิถีฯ ชำแหละกฎหมาย 3 ฉบับ ชี้รัฐเลือกปฏิบัติทางเพศ ไร้การมีส่วนร่วมของประชาชน," iLaw, 13 ตุลาคม 2558, https://ilaw.or.th/node/3867.

[88] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 249.

[89] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 252.

[90] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2558: 257-258.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในส่วนที่ 5.1 การศึกษาได้ทบทวนกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ/ความหลากหลากหลายทางเพศ ได้แก่ มาตรา 3 ว่าด้วยบทนิยาม (คำนิยามว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ) และมาตรา 17 (การตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศโดยมีข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติประกอบอยู่ด้วย) โดยมีข้อสังเกตสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงไปของหลักการเหล่านี้ในกระบวนการยกร่าง คือ ในกรณีคำนิยามว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (มาตรา 3) แม้จะมีการระบุผู้ที่มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด แต่ก็ไม่มีการอภิปรายอย่างลุ่มลึกในประเด็นความหมายกว้าง-แคบของเพศแต่อย่างใดในทุกระดับของกระบวนการยกร่าง การอภิปรายที่พอจะมีอยู่บ้างนั้นเป็นเพียงประเด็นที่เกิดขึ้นในระหว่างการประชุม (ในระดับคณะกรรมการวิสามัญฯ ซึ่งพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่ได้รับอนุมัติเชิงหลักการและเหตุผลจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว) เท่านั้น อีกทั้ง เนื้อหาสาระของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างเพศ” ซึ่งเกี่ยวพันกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติในระดับกรอบคิดทฤษฎีก็ไม่ถูกอภิปรายอย่างเป็นกิจจะลักษณะด้วย นอกจากนี้ ประเด็นที่น่าสนใจอีกหนึ่งประเด็นที่ดูเหมือนเป็นการ “จุดประกาย” ให้มีการอภิปรายที่ลุ่มลึกมากขึ้นในประเด็นว่าด้วยทัศนคติของกฎหมายต่อเพศ คือ ประเด็นเกี่ยวกับ “เพศวิถี” ที่รณภูมิ สามัคคีคารมย์ ยกขึ้นมาในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ (ตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 5.1.2.2 (2) การอภิปรายในคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... (2.2.) ความหมายของความหลากหลายทางเพศที่ปรากฏในคำนิยาม (มาตรา 3)) อย่างไรก็ตาม การอภิปรายดังกล่าวกลับเป็นไปอย่างรวบรัด และแม้ประธานคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ จะแจ้งว่า ข้อความดังกล่าวครอบคลุมเพศวิถีด้วยและตนจะจัดให้มีการอภิปรายเพื่อเสนอให้มีการระบุเพิ่มเติมให้ชัดเจนไว้ในข้อสังเกตท้ายร่างพระราชบัญญัติฯ ในการประชุมครั้งถัดไป แต่สุดท้ายก็ไม่มีการดำเนินการแต่อย่างใด[91]

5.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination): กรอบคิดเชิงทฤษฎีและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย

การศึกษาฉบับนี้เห็นว่าการจัดทำพระราชบัญญัติฯ มี “สิ่งที่ไม่ปรากฏ” ดำรงอยู่ ซึ่งเป็นวาทกรรมที่แสดงให้เห็นบางส่วนของทัศนคติของกฎหมายไทยในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ในกระบวนการจัดทำกฎหมายในประเด็นนี้ ทั้งนี้ สิ่งที่ไม่ปรากฏซึ่งเข้ามาปะทะประสานและอาจแสดงให้เห็นทัศนคติดังกล่าว คือ การไม่ปรากฏข้ออภิปรายว่าด้วยเพศที่ลึกซึ้งซึ่งเกี่ยวพันกับการปรากฏ/ไม่ปรากฏข้ออภิปรายว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยทั้งสองประเด็นนี้เป็นสาระสำคัญของ

---

[91] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, (7)-(8).

Ref. code: 25645924030033WEF

พระราชบัญญัติฯ ส่วนนี้เน้นไปที่การทบทวนหลักการไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากได้ทบทวนการไม่ปรากฏของการอภิปรายกรอบคิดว่าด้วยเพศที่ลึกซึ้งในกระบวนการดังกล่าวแล้วในส่วนที่ 5.1

5.2.1.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ผูกติดใกล้เคียงกับวิธีการคิดในเรื่อง "ความเท่าเทียม/ความเสมอภาค (equality/egalitarianism)" ทั้งนี้ กล่าวได้ว่า วิธีการคิดโดยทั่วไป รวมถึงในระบบกฎหมาย-ผู้ใช้กฎหมายในรัฐไทย คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันด้วยวิธีการเดียวกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน (treating like cases alike) ยกตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ว่าด้วยการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของความผิดอาญาฐานทำให้แท้งลูก ศาลรัฐธรรมนูญให้ความหมายแก่หลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาคว่า สิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันสมควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน "... หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ ..."[92]

นอกจากนี้ อาจศึกษาเพิ่มเติมได้จากคำอธิบายเนื้อหาสาระของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในงานวิชาการทางนิติศาสตร์ เช่น ใน *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ* เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการศึกษาหลักการไม่เลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยภายใต้กรอบคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยมุ่งเน้นไปที่การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ/กฎหมายต่างประเทศและศึกษาแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยในประเทศไทยใน[93] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะให้ความหมายการเลือกปฏิบัติและหลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาคมาเป็นกรอบคิดในการวิจัยว่า

> หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องต่างรับรองไว้ ทั้งนี้ เพื่อบรรลุถึงหลักดังกล่าวกฎหมายจึงต้องขจัดหรือป้องกันพฤติกรรมบางอย่างซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน ซึ่งได้แก่ การปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสิ่งที่เหมือนกันหรือการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อสิ่งที่ต่างกัน รวมทั้งการปฏิบัติที่เหมือนกันแต่ส่งผลให้เกิดความเสียเปรียบต่อบุคคลบางกลุ่ม[94]

---

[92] *นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, 6 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

[93] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560).

[94] เรื่องเดียวกัน, 30.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในงานฉบับเดียวกัน คณะผู้วิจัยได้ทบทวนความหมายของการเลือกปฏิบัติ (รวมถึงหลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาค) ด้วย ซึ่งปรากฏว่าเนื้อหาโดยหลักเป็นการทบทวนผ่านความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ[95] (โดยเป็นไปตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการศึกษาดังกล่าว)

หลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาคในเชิงทฤษฎี

ในทางวิชาการ หลักวินิจฉัยดังกล่าวมีที่มาจากวิธีคิดในเรื่องความเท่าเทียมที่ถูกเรียกว่า "ความเท่าเทียมแบบอริสโตเติล (Aristotelian Equality)" ซึ่งเป็นเพียงหลักคิดแบบหนึ่งในเรื่องความเท่าเทียม[96] การศึกษาจะทบทวนพอสังเขปถึงวิธีการคิดในเรื่องนี้ จากนั้นจึงจะทบทวนประเด็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อไป

นักทฤษฎีพยายามสร้างกรอบคิดเรื่องความเท่าเทียมหลากหลายวิธี[97] ยกตัวอย่างเช่น แพทริเชีย เคน (Patricia Caine) ในงานที่วิพากษ์หลักวิธีการคิดเรื่องความเท่าเทียม (ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา) และความแตกต่างหลากหลายของกรอบคิดสตรีนิยม ได้ทบทวนไว้ว่าความเท่าเทียมสามารถทำความเข้าใจได้อย่างน้อยสามรูปแบบ คือ[98]

1) ความเท่าเทียมในฐานะหลักแห่งความยุติธรรม (equality as principle of justice) ซึ่งมีรากฐานมาจากความเท่าเทียมแบบอริสโตเติลที่มีหลักการว่าสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันสมควรได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันสมควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และในโลกปัจจุบัน เป็นรูปแบบความเท่าเทียมที่นำมาใช้จำกัดอำนาจรัฐ โดยหากรัฐปฏิบัติต่อกลุ่มคนแตกต่างกัน รัฐจะต้องแสดงเหตุผลที่สมควรในกรณีการปฏิบัติที่แตกต่างในระดับต่ำกว่าต่อกลุ่มคนกลุ่มนั้น ทั้งนี้ ความยุติธรรมแบบนี้ อาจเรียกว่า "ความเท่าเทียมเชิงทางการ (formal equality)" ก็ได้ เนื่องจากการขจัดความไม่เท่าเทียม อาจทำได้โดยการลดระดับการปฏิบัติที่ดีกว่าต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งให้ลงมาเท่ากับการปฏิบัติที่ต่ำกว่าของกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง นอกจากนี้ การสร้าง

---

[95] เรื่องเดียวกัน, 25-30.

[96] ในการอ้างอิงถึงเพลโต (Plato) อริสโตเติล (Aristotle) กล่าวว่าให้ "ปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันให้เหมือนกัน (treat like cases as like)". ดู Stephen Gosepath, "Equality,". ทั้งนี้ เป็นที่สังเกตว่า แม้อริสโตเติลจะมีความเห็นในลักษณะดังกล่าว แต่ความเห็นของอริสโตเติลในการพิจารณาสาระสำคัญที่เหมือนหรือต่างกันนั้นเป็นการจัดระบบแบบมีลำดับชั้น อาทิ ผู้หญิงไม่มีเหตุผลเท่าผู้ชาย จึงมีสาระสำคัญต่างจากผู้ชาย. Cain, "Feminism and the Limits of Equality," 813.

[97] Anne Smith, "Equality Constitutional Adjudication in South Africa," *African Human Rights Law Journal* 14, no. 2 (2014): 611. นอกจากวิธีการที่ทบทวนในการศึกษาฉบับนี้แล้ว ศึกษาเพิ่มเติมเบื้องต้นได้ใน Richard Arneson, "Egalitarian," The Stanford Encyclopedia of Philosophy, accessed August 22, 2021, https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/egalitarianism/.

[98] Cain, "Feminism and the Limits of Equality," 817-826.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความเข้าใจแบบความเท่าเทียมเชิงทางการจึงต้องใช้วิธีการเปรียบเทียบ (เช่น ชายกับหญิงแตกต่างหรือเหมือนกันอย่างไร) โดยหลักความเท่าเทียมเชิงทางการไม่ได้มีเนื้อหาสาระว่าด้วยการเปรียบเทียบดังกล่าว[99]

2) ความเท่าเทียมในฐานะความชอบธรรมสำหรับรัฐบาลที่มาจากตัวแทน (equality as a justification for representative government) จากรากฐานความคิดว่ามนุษย์มีแรงจูงใจเหมือนกัน (จากข้อความคิดของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) และเจมส์ มิลล์ (James Mill)) และมีเหตุมีผลเหมือนกัน (จากข้อความคิดของอิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) และจอห์น ล็อค (John Locke)) ประกอบกับการเน้นย้ำความเชื่อแบบกรอบคิดเสรีนิยม มนุษย์จึงมีความเท่าเทียมกัน มนุษย์ที่เท่าเทียมกันเหล่านี้รวมตัวกันภายใต้สัญญาประชาคมเพื่อก่อตั้งรัฐ และรัฐมีหน้าที่ในเชิงลบ (negative obligation) ในการเคารพสิทธิในชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ และทรัพย์สิน คุณลักษณะเหล่านี้ของมนุษย์จึงทำให้ความเท่าเทียมในการปกครองตนเอง (ภายใต้กรอบคิดสัญญาประชาคม) มีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม (ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา) คำถามต่อความจริงแท้ของความเท่าเทียมในรูปแบบดังกล่าวอาจเกิดขึ้นเมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ที่มีการปฏิเสธสิทธิในการเลือกตั้ง (ของคนชาติพันธุ์สีผิวอื่น/ผู้หญิง) อย่างยาวนาน และการกีดกันเพศหญิงออกจากพื้นที่สาธารณะ รวมถึงคดีต่างๆ ที่ตัดสินโดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา (ในช่วงก่อนยุคทศวรรษ ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ซึ่งเป็นเวลาที่เคนเขียนบทความนี้)[100]

3) ความเท่าเทียมในฐานะเป้าหมายของการแบ่งสันปันส่วน (equality as a distributive goal) หรืออาจเรียกว่า “ความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน (distributive justice)” ทั้งนี้ ความเท่าเทียมรูปแบบนี้มีวิธีการทำความเข้าใจหลายแนวทาง แต่หากแบ่งกว้างๆ อาจแบ่งได้เป็นสองแนวทาง คือ หนึ่ง การจัดสรรทรัพยากรให้แก่บุคคลที่สมควรได้รับแบบเดียวกัน (merit principle) การจะพิจารณาว่าบุคคลใดควรได้รับสิ่งใดจึงต้องเริ่มต้นจากโอกาสที่เท่าเทียมกัน (เช่น โอกาสทางการศึกษา โอกาสในการเข้าทำงาน) ด้วยเหตุนี้ หลักการสำคัญของการแบ่งสันปันส่วนที่ยุติธรรมจึงสมควรเป็น “ความเท่าเทียมในโอกาส (equality of opportunity)” (ซึ่งเป็นวิธีการคิดแบบหลักเมื่อกล่าวถึงความเท่าเทียมในสหรัฐอเมริกา) และสอง ภายใต้วิธีการคิดที่ไปไกลกว่านั้น ความเท่าเทียมแบบนี้เน้นไปที่ “ผล” ของนโยบายต่างๆ โดยพิจารณาความไม่เท่าเทียมต่างๆ เช่น ความไม่เท่าเทียมเชิงสังคมและเศรษฐกิจ[101]

---

[99] Ibid., 817-820.

[100] Ibid., 820-823.

[101] Ibid., 823-826.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ หากจำแนกความเท่าเทียมโดยทั่วไปและนำไปผูกโยงกับกรอบคิดการไม่เลือกปฏิบัติ อาจจำแนกได้เป็น 1) ความเท่าเทียมเชิงทางการ (formal equality) ที่เน้นไปที่การกำหนดกฎหมายและนโยบายต่างๆ อย่างเสมอกัน การกระทำต่างๆ ของรัฐจะต้องสม่ำเสมอและคาดการณ์ได้โดยปัจเจกจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ และมีความอ่อนไหวต่อบริบทที่แตกต่างของปัจเจกน้อย นอกจากนี้ การพิจารณาการเลือกปฏิบัติจำเป็นต้องมีตัวเปรียบเทียบเสมอ และ 2) ความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality) ซึ่งอ่อนไหวมากกว่าในเรื่องบริบทที่แตกต่างของแต่ละปัจเจก สนับสนุนการปฏิบัติที่แตกต่างกันหากการปฏิบัตินั้นจะเป็นการลดอุปสรรคสำหรับกลุ่มคนที่มีภูมิหลังในทางเสียเปรียบ และเพิ่มเติมการพิจารณาผลที่เกิดขึ้นในการแบ่งสันปันส่วน/การสร้างความเท่าเทียมด้วย[102]

จากการทบทวนข้างต้น การทำความเข้าใจความเท่าเทียมในรูปแบบต่างๆ อาจนำไปสู่การบรรลุผลในการมีสังคมที่ไม่มีการเลือกปฏิบัติได้ ทั้งนี้ ข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่งซึ่งจะมีผลในการวิเคราะห์ต่อไป คือ ไม่มีความเท่าเทียมแบบใดเลยที่กำหนดสาระสำคัญของการกำหนดการปฏิบัติที่เหมือนหรือแตกต่าง/การสมควรหรือไม่สมควรได้รับการแบ่งสันปันส่วนไว้[103]

หลักการไม่เลือกปฏิบัติในเชิงทฤษฎี

เช่นเดียวกับวิธีการคิดเรื่องความเท่าเทียม การสร้างกรอบคิดหลักการไม่เลือกปฏิบัติมีวิธีการหลายรูปแบบ ในส่วนนี้ การศึกษาทบทวนเฉพาะการสร้างกรอบคิดเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและการเชื่อมโยงกับกรอบคิดความเท่าเทียม/ความเสมอภาคด้านบน ส่วนลักษณะของการเลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทย รวมถึงประเด็นว่าด้วย “ฐาน/เหตุ (ground)” แห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น การศึกษาจะทบทวนในส่วนถัดไป

ในเชิงกรอบคิดทฤษฎี แม้การสร้างกรอบคิดว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติมีหลายรูปแบบ แต่โดยพื้นฐานแล้ว อาจทำความเข้าใจในภาพรวมได้ ดังนี้[104]

1) มีการกระทำ การปฏิบัติ หรือนโยบาย

2) การกระทำ การปฏิบัติ หรือนโยบายดังกล่าวถูกนำไปใช้กับกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งในลักษณะที่แตกต่างจากกลุ่มอื่น

---

[102] Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa,” 611-614.

[103] Cain, “Feminism and the Limits of Equality,” 826.

[104] สรุปและเรียบเรียงจาก Andrew Altman, “Discrimination,” The Stanford Encyclopedia of Philosophy, accessed March 30, 2019, https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/.

Ref. code: 25645924030033WEF

3) การถูกปฏิบัติแตกต่างนี้ต้องวางอยู่บนฐาน/เหตุที่มีความโดดเด่นพอสมควร (ในบริบทสังคมสมัยใหม่ อาจกล่าวได้ว่า ชาติพันธุ์สีผิว ศาสนา/ความเชื่อ และเพศ เป็นต้นเป็นความโดดเด่นที่ได้รับการเห็นพ้องต้องกันว่าอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้)

4) กลุ่มคนที่ถูกปฏิบัติแตกต่างนี้ต้องอยู่ในสังคมเดียวกัน (เช่น ไม่อาจกล่าวได้ว่า คนผิวดำในทวีปแอฟริกาถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา)

5) การปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้ต้องก่อให้เกิดความเสียหาย (harm) บางประการแก่กลุ่มคนที่ถูกปฏิบัติแตกต่างนี้ (ส่วนความเสียหายจะมีเนื้อหาอย่างไรนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้ อาจเป็นความเสียหายทางกายภาพ/จิตใจที่เกิดขึ้นจริง หรือความเสียหายในเชิง “ความไม่สมควร/ไม่พึงประสงค์” ที่อาจส่งผลกระทบบางประการ (เช่นในเชิงความคิด) ต่อสังคมก็ได้ เช่น ในคดี *Brown v Board of Education* (1954)[105] ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) วินิจฉัยว่าการแบ่งแยกโรงเรียนระหว่างคนผิวขาวและคนผิวดำที่แม้การให้บริการจะไม่แตกต่างกัน (ตามหลัก “แบ่งแยกแต่เท่าเทียม (Separate but Equal)” ที่ศาลวางหลักไว้ในคดี *Plessy v Ferguson* (1896))[106] ขัดต่อหลักการคุ้มครองอย่างเสมอภาค (Equal Protection Clause) ที่รับรองในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (The Fourteenth Amendment) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา)

6) การพิจารณาว่า การกระทำ การปฏิบัติ หรือนโยบายจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ วางอยู่บนฐานของการเปรียบเทียบ โดยกำหนดให้กลุ่มที่ได้รับการปฏิบัติดีกว่าเป็นบรรทัดฐานของการเปรียบเทียบ ด้วยเหตุนี้ การเลือกปฏิบัติอาจถูกขจัดให้หมดสิ้นไปได้ แม้กระทั่งด้วยการลดระดับการปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่ดีกว่าลงมาให้เท่ากับกลุ่มคนที่ถูกปฏิบัติในระดับที่ต่ำกว่า อย่างไรก็ตาม การจะได้คำตอบว่าผู้ที่กระทำ ปฏิบัติ หรือออกนโยบายนั้นมีความผิด/ละเมิดสิ่งใดหรือไม่ เป็นอีกคำถามหนึ่ง (บุคคลผู้นี้อาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นก็ได้ แต่จะไม่ใช่บนฐานของการเลือกปฏิบัติ แต่อาจเป็นบนฐานของสิทธิอื่นๆ เช่น กรณีที่เมืองแจ็คสัน (City of Jackson) ในสหรัฐอเมริกาตัดสินใจปิดสระว่ายน้ำสาธารณะที่เปิดให้บริการสำหรับคนผิวขาวเท่านั้นหลังจากถูกร้องเรียนและศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค การกระทำนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค[107] ส่วนเมืองแจ็คสันจะละเมิดสิทธิใดต่อทั้งคนผิวดำหรือผิวขาวหรือไม่นั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง)

---

[105] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (U.S. Supreme Court 1954).

[106] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (U.S. Supreme Court 1896).

[107] *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (U.S. Supreme Court 1971). ทั้งนี้ เคนจัดว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ดำเนินตามแนวทาง “ความเท่าเทียมเชิงทางการ”. ดู Cain, “Feminism and the Limits of Equality,” 818.

Ref. code: 25645924030033WEF

การเลือกปฏิบัติสามารถจำแนกได้เป็นสองประเภท ดังนี้[108]

1) การเลือกปฏิบัติทางตรง (direct discrimination) คือ การปฏิบัติต่อคนแต่ละกลุ่มต่างกันหรือเหมือนกัน โดยผู้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติต้องมีความมุ่งหมายโดยตรง (เจตนา) (ไม่ว่าจะชัดแจ้งหรือไม่) หรืออคติหรือภาวะทางจิตใจบางประการต่อกลุ่มที่ถูกปฏิบัติต่างกัน/เหมือนกัน

ตัวอย่างเช่น

กรณีที่ 1 การปฏิเสธไม่ให้คนเชื้อชาติหนึ่งใช้บริการสาธารณะ

กรณีที่ 2 การกำหนดให้มีมาตรการให้ประชาชนทุกคนต้องทำแบบฝึกหัดการอ่านออกเขียนได้ก่อนจะใช้สิทธิเลือกตั้งได้ โดยพิจารณาประกอบบริบทแวดล้อมที่คนผิวดำมีโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาน้อยกว่าคนผิวขาว

กรณีที่ 3 การรับผู้หญิงเข้ามาทำงานในจำนวนน้อย เนื่องจากเห็นว่าผู้หญิงไม่มีศักยภาพเพียงพอ ทั้งที่เป็นงานที่ทำได้ทุกคน

2) การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (indirect discrimination) คือ การปฏิบัติต่อคนแต่ละกลุ่มเหมือนกัน โดยผู้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติไม่ต้องมีเจตนาหรืออคติ แต่การกระทำการปฏิบัติ หรือนโยบาย/กฎนั้นน่าจะสร้างผลเสียแก่กลุ่มคนหนึ่งกลุ่มคนใด โดยที่ผู้ถูกกล่าวหานั้นไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีเหตุมีผลอย่างไรและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนอย่างไร

ตัวอย่างเช่น

กรณีที่ 1 การที่บริษัทหนึ่งกำหนดข้อบังคับสำหรับผู้ทำงานในการประกาศรับสมัครไว้ว่า หากได้รับการคัดเลือก ผู้สมัครงานต้องมาทำงานเต็มเวลาเสมอ เว้นแต่เป็นการใช้วันลาหยุดพักผ่อน ลาป่วย หรือลากิจเท่านั้น อาจเป็นการเลือกปฏิบัติบนฐานเพศ เนื่องจากบริษัทดังกล่าวไม่นำความจำเป็นของพนักงานหญิงในเรื่องการตั้งครรภ์และคลอดบุตรมาพิจารณาในการกำหนดข้อบังคับด้วย

ดูเพิ่มเติมใน คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*, 522-525.

[108] สรุปและเรียบเรียงเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติทางตรง (direct discrimination) จาก Altman, “Discrimination,”. นอกจากนี้ แหล่งข้อมูลเดียวกันยังอธิบายถึงการเลือกปฏิบัติประเภทอื่นๆ (ซึ่งวางอยู่บนฐานการจำแนกที่แตกต่างจากข้อความด้านบน) ได้แก่ การเลือกปฏิบัติเชิงองค์การ (organisational discrimination) การเลือกปฏิบัติเชิงสถาบัน (institutional discrimination) และการเลือกปฏิบัติเชิงโครงสร้าง (structural discrimination)

Ref. code: 25645924030033WEF

กรณีที่ 2 การที่เจ้าของอาคารกำหนดให้การเข้าอาคารสามารถทำได้ด้วยวิธีการเดียวคือทางเข้าที่มีบันได อาจเป็นการเลือกปฏิบัติบนฐานความพิการทางร่างกาย เนื่องจากผู้พิการที่ใช้รถเข็นมีภาระมากกว่าผู้อื่นในการใช้บริการ

ทั้งนี้ ความชอบธรรมที่ทำให้การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้องคืออะไร นักทฤษฎีมีความเห็นที่แตกต่างกันไป โดยสรุปได้ดังนี้

กรณีการเลือกปฏิบัติทางตรง[109]

1) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วยเหตุของลักษณะบางประการของปัจเจกที่เกิดขึ้นอย่างยาวนานถาวรโดยปัจเจกนั้นไม่สามารถควบคุมการเกิดขึ้นของลักษณะนั้นได้ (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ ความคิดเห็นทางศาสนาสามารถเปลี่ยนได้ หากสมมติว่าเทคโนโลยีทำให้คนเปลี่ยนสีผิวได้ แต่การปฏิบัติที่แตกต่างต่อคนสีผิวแตกต่างกันก็เป็นการเลือกปฏิบัติอยู่ดี)

2) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนฐานของทัศนคติทั่วไปของสังคมที่ไม่ถูกต้อง (inaccurate stereotype) (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ ในบางครั้ง ทัศนคติทั่วไปของสังคม “ที่ถูกต้อง” แต่เป็นการให้น้ำหนักคุณค่าอย่างไม่สมควร/บนฐานความคิดบางประการแก่คุณสมบัติบางประการ ก็ถูกพิจารณาว่าก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้ เช่น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเคยมีคำพิพากษาว่า การที่สถาบันการศึกษาทางทหารแห่งหนึ่งมีนโยบายไม่รับผู้หญิงเข้าศึกษาด้วยเหตุผลว่ารูปแบบของกิจกรรมจะให้ประโยชน์แก่ผู้ชายมากกว่า แม้ความจริงอาจเป็นเช่นที่สถาบันดังกล่าวให้เหตุผล แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความชอบธรรมสำหรับการจำกัดโอกาสของผู้หญิงและเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคอยู่ดี)[110]

3) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือเป็นการกระทำที่ไม่เหตุผล (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ ปัจเจกไม่มีภาระหน้าที่ในการมีเหตุผล ในบางครั้ง การเลือกปฏิบัติก็มีเหตุผล เช่น ในสังคมที่คนผิวขาวเป็นใหญ่ การที่ร้านอาหารไม่อนุญาตให้คนผิวดำใช้บริการก็เป็นเหตุผลเพื่อไม่ให้คนผิวขาวหลีกเลี่ยงการใช้บริการร้านของตน มิใช่การกระทำตามอำเภอใจ)

4) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการไม่ปฏิบัติต่อปัจเจกบนฐานความคู่ควร (merit) (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ มาตรวัดเนื้อหาของความคู่ควรคลุมเครือ บางครั้งบริษัทก็เลือกคนที่ทำงานดี/มีประสิทธิภาพในภาพรวมแทนที่จะเป็นผู้ที่มีความสามารถในเนื้องานนั้นๆ เป็นต้น)

---

[109] สรุปและเรียบเรียงจาก Altman, “Discrimination,”.

[110] *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (US Supreme Court 1996).

Ref. code: 25645924030033WEF

5) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง ภายใต้วิธีการคิดแบบมุ่งไปที่ผลเชิงศีลธรรมบางประการ (a certain consequentialist view) โดยวางอยู่บนหลักการว่า การกระทำของปัจเจกสมควรสอดคล้องกับศีลธรรมของสังคมซึ่งมีเนื้อหา คือ การปฏิบัติดีต่อผู้มีชีวิตความเป็นอยู่ด้อยกว่าจะมีคุณค่ามากกว่า และการปฏิบัติดีกว่าต่อผู้ที่สมควรจะมีคุณค่ามากกว่า (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ การเลือกปฏิบัติมิได้เพียงแต่ไม่ถูกต้อง (เนื่องจากผล) แต่ไม่ถูกต้องโดยเนื้อหาของการเลือกปฏิบัตินั้นและต่อผู้เลือกปฏิบัติ)

6) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการละเมิดเป้าหมายของเคารพเสรีภาพที่ปัจเจกมีสิทธิโดยเฉพาะเสรีภาพเชิงปรึกษาหารือ (deliberative freedom) ได้แก่ การมีชีวิตโดยปราศจากผลกระทบที่ได้รับจากลักษณะภายนอกบางประการของตนอันเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว (อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้ง อาทิ การให้เหตุผลดังกล่าวไม่สามารถแสดงให้เห็นหัวใจสำคัญของการเลือกปฏิบัติได้)

7) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง จากเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการลดคุณค่าของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งแตกออกเป็นความเห็นย่อยได้หลายความเห็น อาทิ หนึ่ง การเลือกปฏิบัติเป็นการลดคุณค่าปัจเจกที่ถูกเลือกปฏิบัติ อันเป็นการกระทำต่อผู้ที่ถือว่าด้อยกว่าผู้อื่น สอง การเลือกปฏิบัติเป็นการปฏิบัติต่อผู้อื่นในลักษณะที่ผู้นั้นสมควรได้รับสิทธิบางประการที่ต่ำกว่า และสาม การเลือกปฏิบัติประกอบไปด้วยอคติ (prejudice) ในการปฏิบัตินั้น ทั้งนี้ ความเห็นนี้ถูกนำไปใช้เป็นเหตุผลในคำพิพากษาคดี *Obergefell v. Hodges* (2015)[111] โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่พิพากษาว่ากฎหมายที่กำหนดห้ามมิให้มีการสมรสระหว่างคนเพศเดียวกันขัดหรือแย้งต่อหลักกระบวนการที่เหมาะสม (Due Process Clause) และหลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาค (Equal Protection Clause) ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (the Fourteenth Amendment) แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในคดีนี้ศาลพิพากษาว่า คู่เพศเดียวกันย่อมต้องแสวงหาการได้รับการยอมรับโดยกฎหมายเช่นเดียวกับคู่ต่างเพศและ “การปฏิเสธสิทธินี้เป็นการดูหมิ่นทางเลือกและการลดคุณค่าความเป็นบุคคลของคู่เพศเดียวกัน (. . . it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right)”[112]

8) การเลือกปฏิบัติไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการปฏิเสธสถานะเชิงศีลธรรมที่เท่าเทียม (equal moral status) ของปัจเจกที่ถูกเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ แนวคิดนี้ยังต้องได้รับการพัฒนาต่อไป โดยเหตุผลอาจอยู่ในทำนองเดียวกับข้อเสนอที่ 7) ด้านบน คือ การปฏิบัติภายใต้ความคิดว่าผู้ถูกเลือกปฏิบัติมีสถานะเชิงศีลธรรมที่ต่ำกว่า

---

[111] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (US Supreme Court 2015).

[112] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19 (US Supreme Court 2015).

Ref. code: 25645924030033WEF

กรณีการเลือกปฏิบัติทางอ้อม[113] โดยส่วนใหญ่แล้ว ความไม่ถูกต้องของการเลือกปฏิบัติทางอ้อมอยู่ในรูปของการเลือกปฏิบัติเชิงโครงสร้าง (structural discrimination) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติเป็นการไม่กระทำ (omission) แทนที่จะเป็นการกระทำ (act) โดยไม่ตระหนักรู้ถึงความแตกต่างของกลุ่มคนที่โดดเด่นด้วยลักษณะบางประการในสังคมนั้นๆ โดยบรรทัดฐานของการปฏิบัติยึดโยงกับคนกลุ่มใหญ่ที่ได้เปรียบ และเหตุผลของการปฏิบัติที่เหมือนกันบนบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนที่สมควร นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่า ความล้มเหลวที่จะกระทำดังกล่าวส่งผลให้เกิดผลอันไม่พึงประสงค์ที่เกี่ยวพันกันอย่างน้อยสองประการ คือ 1) ความเสียเปรียบเชิงสัมพัทธ์ (relative disadvantage) ของกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดเมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มที่ได้ประโยชน์สูงกว่า (เช่น การปฏิเสธ-จำกัดโอกาสในเสรีภาพและการพัฒนาของคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด) และ 2) การทำให้คนกลุ่มนี้มีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตราย-ถูกนำไปแสวงหาประโยชน์มากขึ้นอันเป็นผลเนื่องมาจากการขาดโอกาสดังกล่าว

ทั้งนี้ ความเชื่อมโยงระหว่างหลักความเสมอภาค/เท่าเทียมและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ อาจทำได้ดังนี้

1) ความเท่าเทียมเชิงทางการ (formal equality) มีแนวโน้มที่จะสอดคล้องกับการเลือกปฏิบัติทางตรง (direct discrimination) เนื่องจากเป็นการมุ่งพิจารณาวิธีการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติที่กระทำแตกต่างกันต่อบุคคลหลายกลุ่ม โดยไม่นำผลที่น่าจะเกิดขึ้นมาพิจารณา นอกจากนี้ การทำความเข้าใจความเท่าเทียม/การไม่เลือกปฏิบัติแบบนี้ยังเป็นการเน้นย้ำการหาตัวเปรียบเทียบ (comparator) เพื่อที่จะแสวงหาว่าผู้ที่ถูกปฏิบัติแตกต่างกันมีสาระสำคัญ/อยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่[114]

2) ความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality) นอกจากจะยอมรับวิธีคิดแบบการเลือกปฏิบัติทางตรงแล้ว ยังมีแนวโน้มยอมรับวิธีคิดแบบการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (indirect discrimination) ด้วย เนื่องจากการเลือกปฏิบัติทางอ้อมมีสาระสำคัญที่รวมถึงการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่ก่อให้เกิดผลกระทบที่แตกต่างกันต่อคนต่างกลุ่มกัน โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบสูงกว่าจะถือว่าเป็นผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ โดยที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติไม่มีเหตุผลที่สมควรสำหรับการกระทำที่เหมือนกันดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าเลือกปฏิบัติกำหนดกฎเกณฑ์/นโยบายต่างๆ ตามบรรทัดฐานของกลุ่มคนที่มีสถานะเหนือกว่าจึงทำให้เกิดผลในเชิงลบแก่คนบางกลุ่ม[115] อีกทั้ง บางความเห็นกล่าวว่า การทำความเข้าใจสิทธิในความเท่าเทียมแบบความเท่าเทียม

---

[113] สรุปและเรียบเรียง จาก Altman, “Discrimination,”.

[114] Smith, “Equality Constitutional Adjudication in South Africa,” 611-612.

[115] Ibid., 612-614.

Ref. code: 25645924030033WEF

เชิงเนื้อหา ทำให้เปลี่ยนฐานคิด "จากสิทธิเชิงลบ (negatively oriented right) ของการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ไปเป็นสิทธิเชิงบวก (positively oriented right) แบบความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality)"[116]

5.2.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย

หลักการไม่เลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยปรากฏในกฎหมายหลายเนื้อหา อาทิ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญฉบับถาวรตั้งแต่ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา) กฎหมายปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ (พระราชบัญญัติฯ ที่มุ่งสนใจในการศึกษาฉบับนี้) เป็นต้น[117] และแนวทางการวินิจฉัยแตกต่างกันในรายละเอียด[118] การศึกษาฉบับนี้จะทบทวนเฉพาะกรอบคิดเชิงหลักการในภาพรวมที่ครอบคลุมการใช้ในทุกแนวทาง และเฉพาะบางประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้เท่านั้น[119] ก่อนที่จะไปทบทวนการสร้างกรอบคิด-การทำความเข้าใจความเท่าเทียมและหลักการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมาย ส่วนนี้เริ่มต้นด้วยการทบทวนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติจำนวนหนึ่ง ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรนับแต่ปี พ.ศ. 2540 (ฉบับ พ.ศ. 2540 ฉบับ พ.ศ. 2550 และฉบับ พ.ศ. 2560) บรรจุหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้ตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 5.1 ทั้งนี้ ในฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ. 2560) หลักการไม่เลือกปฏิบัติถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ดังนี้ (ตัดมาเฉพาะวรรคสามและสี่)

. . .

---

[116] ". . . from a negatively oriented right of non-discrimination to a positively-oriented right to substantive equality.". Ibid., 612-13.

[117] ดูตารางสรุป (ข้อมูลถึงปี พ.ศ. 2560) ใน คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*, 529-533.

[118] เช่น ความแตกต่างระหว่างการพิจารณาการเลือกปฏิบัติใน "กรอบคิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน" และ "กรอบคิดกฎหมายปกครอง". ดู เรื่องเดียวกัน.

[119] ยกตัวอย่างเช่น ข้อจำกัดหนึ่งในการพิจารณากฎหมายว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ คือ เรื่องฐาน/เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (ground of discrimination) ซึ่งในแต่ลประเทศ/กฎหมายอาจกำหนดฐาน/เหตุที่จำนวนมาก/น้อยแตกต่างกัน รวมถึงกรณี "เหตุอื่นใด" ที่กำหนดไว้ในหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐธรรมนูญของรัฐไทยที่เป็นปัญหาว่าสามารถตีความไปถึงฐาน/เหตุใดได้บ้าง ประเด็นเหล่านี้มีความสำคัญสำหรับการอภิปรายในการศึกษาที่เน้นไปที่ประเด็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติ แต่ไม่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ เนื่องจากการศึกษาฉบับนี้มุ่งพิจารณาเฉพาะพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดเฉพาะเหตุแห่งเพศเป็นฐานของการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การตีความนิยามของคำว่าเพศเป็นประเด็นที่ใกล้เคียงกันและมีความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการศึกษา จึงจะมีการวิเคราะห์ในบทนี้

Ref. code: 25645924030033WEF

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

. . .

ในระดับระหว่างประเทศ หากกล่าวเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หลักการไม่เลือกปฏิบัติถูกรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนหกฉบับ จากจำนวนทั้งหมดเก้าฉบับ เห็นได้จากตัวอย่างที่นำมาจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) และอนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: CEDAW) ดังนี้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ข้อ 26 บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และต้องประกัน การคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ[120]

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

ข้อ 1 เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ ให้คำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์

---

[120] “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.”. สำนวนแปลของกระทรวงการต่างประเทศ. กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง,” สิทธิมนุษยชน กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 20 สิงหาคม 2564, https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/iccprt.pdf.

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือการใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ[121]

นอกจากนี้ ยังเห็นการทำความเข้าใจ/ให้ความหมายได้ตามที่อธิบายยกตัวอย่างไปในส่วนที่ 5.2.1.1 ด้านบนก่อนที่จะเข้าสู่การทบทวนหลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาคในเชิงทฤษฎี

การศึกษาฉบับนี้ใช้แนวทางการวิเคราะห์ใน *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ* โดยคณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2560[122] มาใช้ทบทวนการปรากฏตัวของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในภาพรวมในกฎหมายไทยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ ตามข้อความด้านล่าง

การปรากฏตัวของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทย

1) กรณีขอบเขตของการเลือกปฏิบัติ: ขอบเขตของการเลือกปฏิบัติอาจทำความเข้าใจได้จากปัจจัยสองประการ โดยปัจจัยประการที่ 1 คือ ฐาน/เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ (เช่น เพศ ศาสนา ชาติพันธุ์สีผิว สภาพร่างกาย/ความพิการ) และปัจจัยประการที่ 2 คือ มิติของการเลือกปฏิบัติ (เช่น มิติการจ้างงาน มิติการศึกษา มิติด้านบริการสาธารณะ)[123] หลักการไม่เลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยปรากฏในกฎหมายหลายฉบับซึ่งมีขอบเขตทั้งสองด้านที่แตกต่างกัน[124] ทั้งนี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นการพิจารณาการเลือกปฏิบัติบนฐานเพศและในทุกมิติโดยไม่จำกัด

---

[121] “Article 1 For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”. สำนวนแปลของกระทรวงการต่างประเทศ. กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ,” สิทธิมนุษยชน กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 20 สิงหาคม 2564, https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/cedawt.pdf.

[122] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*.

[123] ดูการกำหนดปัจจัยของการเลือกปฏิบัติเพื่อกรอบแนวคิดการวิจัย ใน เรื่องเดียวกัน 30-32.

[124] ดูตารางแสดงการปรากฏตัวในกฎหมายฉบับต่างๆ ของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (นับถึงปี พ.ศ. 2560) ใน เรื่องเดียวกัน, 529-533.

Ref. code: 25645924030033WEF

2) กรณีความกว้างของการเลือกปฏิบัติเฉพาะในประเด็นฐาน/เหตุของการเลือกปฏิบัติ:[125] หลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐไทยปรากฏอยู่อย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งอาจแบ่งแนวทางการพิจารณาได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ คือ 1) การเลือกปฏิบัติภายใต้กลุ่มกฎหมายสิทธิมนุษยชน และ 2) การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายปกครอง ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติในกลุ่มที่ 1) ดูเหมือนจะมีความแคบกว่า เนื่องจากกฎหมายสิทธิมนุษยชน (ระหว่างประเทศ) มักระบุว่า การจะเป็นการเลือกปฏิบัติได้ต้องเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันบนฐาน/เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติบางประการ ซึ่งแม้จะมีการใช้คำอย่าง "เช่น (such as)" (ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ) หรือ "เหตุอื่นใด" (ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560) ไว้ แต่ฐาน/เหตุที่จะถือว่าอยู่ในกรณีเหล่านี้จะต้องมีระดับความสำคัญเทียบเท่ากับเหตุที่ระบุไว้ (เช่น เพศ ชาติพันธุ์สีผิว ฯลฯ) ส่วนในกรณีกลุ่มที่ 2) นั้น การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายปกครองดูเหมือนจะมีขอบเขตที่กว้างกว่า เนื่องจากกฎหมายปกครองมิได้ระบุฐาน/เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ แต่เป็นการพิจารณาภายใต้หลักการในเรื่องการกระทำทางปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะปฏิบัติแตกต่างโดยไม่มีเหตุลผลที่สมควรไม่ได้ และในหลายกรณี ศาลก็ไม่ได้ระบุวิธีการคิดในเรื่องการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน แต่พิจารณารวมไปในประเด็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ[126] ทั้งนี้ แม้ประเด็นนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้เสียทีเดียว แต่จำเป็นต้องอธิบายไว้เป็นหลักการเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาประเด็นสำคัญต่อไป

3) กรณีการจำแนกประเภทของการเลือกปฏิบัติ:[127] หลักการไม่เลือกปฏิบัติในระบบกฎหมายไทยนั้นมักไม่มีการจำแนกประเภทของการไม่เลือกปฏิบัติเป็น "การเลือกปฏิบัติทางตรง" และ "การเลือกปฏิบัติทางอ้อม" ยกเว้นในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ซึ่งอาจเห็นลักษณะการบัญญัติที่พิจารณาถึง "ผล" ของการปฏิบัติ โดยกฎหมายฉบับนี้วางหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่ปรากฏคำอธิบายไว้ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง และกำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่คำนึงถึงผลในมาตรา 15 วรรคสอง ว่า "การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการกระทำหรืองดเว้นกระทำการที่แม้จะมิได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการโดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับเพราะเหตุแห่งความพิการด้วย" ในทำนองเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศบางฉบับเช่น CEDAW ด้านบน ("... ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์

---

[125] ดูการสรุปผลการศึกษาของ เรื่องเดียวกัน, บทที่ 5.

[126] เรื่องเดียวกัน, 525-527. ทั้งนี้ ตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองพิจารณาการเลือกปฏิบัติรวมไปกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.25/2547. ดู เรื่องเดียวกัน, 266.

[127] เรื่องเดียวกัน, 543.

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือการใช้สิทธิโดยสตรี . . .”) นอกจากนี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ที่พิจารณาอยู่ในการศึกษาฉบับนี้ ก็มีการกล่าวถึงการจำกัดประโยชน์โดยอ้อมด้วย แต่ไม่ชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร (“‘การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ’ หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม . . .”)[128]

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาวินิจฉัยในความเป็นจริงโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ปรากฏว่า มีการตระหนักรู้การเลือกปฏิบัติทางอ้อมซึ่งมีแนวโน้มที่จะอ่อนไหว-ตระหนักรู้-ยอมรับความแตกต่างหลากหลายในมิติต่างๆ มากกว่าการเลือกปฏิบัติทางตรง[129] ยกตัวอย่างเช่น ในรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 227/2560 เรื่อง การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกรณีกล่าวอ้างว่ากรมการขนส่งทางบกตัดสิทธิบุคคลที่มีอาการตาบอดสีในการมีใบอนุญาตขับรถ[130] ในกรณีนี้ ผู้ร้องร้องว่า ในการทดสอบเพื่อรับใบอนุญาตขับรถที่จัดโดยกรมการขนส่งทางบก ผู้เข้ารับการทดสอบทุกคนต้องทดสอบการมองเห็นสี โดยการระบุให้ได้ว่าสีของสัญญาณไฟจราจรซึ่งเปิดสลับตำแหน่งไปมาเป็นสีอะไร ซึ่งการเปิดไฟในลักษณะดังกล่าวไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสัญญาณไฟจราจรจริงๆ ที่มีการเรียงลำดับอย่างตายตัว ลักษณะของการทดสอบดังกล่าวส่งผลให้ผู้พิการทางสายตาประเภทตาบอดสีไม่ผ่านการทดสอบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีความเห็นว่า กรณีนี้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่ระบุว่าเป็นการเลือกปฏิบัติประเภทใด แต่ให้เหตุผลในทำนองว่า เนื่องจากกรมการขนส่งทางบกใช้วิธีการเดียวสำหรับผู้เข้ารับการทดสอบทุกคนและทำให้เกิดความเสียเปรียบแก่บุคคลกลุ่มหนึ่ง (กลุ่มคนที่มีอาการตาบอดสี) โดยไม่สามารถให้เหตุผลที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการทำให้เกิดความเสียเปรียบได้ว่า เพราะเหตุใดจึงต้องสลับตำแหน่งของไฟโดยไม่ใช้ตำแหน่งตามมาตรฐานสัญญาณไฟจราจรจริง ทั้งที่สาระสำคัญของการขับขี่ คือ การทำตามสัญญาณไฟจราจรและสัญญาณไฟจราจรทุกแห่งก็เรียงสีในลักษณะเดียวกัน ซึ่งการรู้ตำแหน่งของไฟและสัญลักษณ์ที่ปรากฏในโคมสัญญาณไฟจราจรก็เพียงพอแล้ว

---

[128] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

[129] คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*, 543.

[130] คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 227/2560 เรื่อง การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกรณีกล่าวอ้างว่ากรมการขนส่งทางบกตัดสิทธิบุคคลที่มีอาการตาบอดสีในการมีใบอนุญาตขับรถ*.

Ref. code: 25645924030033WEF

5.2.2 บทวิเคราะห์

ในบทที่ 1 ส่วนระเบียบวิธีวิจัย การศึกษาได้วางกรอบคิดเกี่ยวกับการศึกษาประวัติศาสตร์แบบหลังสมัยใหม่/หลังโครงสร้างนิยม ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาประวัติศาสตร์ของกระบวนการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในประเด็นนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การไม่ปรากฏหรือปรากฏในระดับที่ไม่มากนักของประเด็นที่สมควรมีการอภิปรายอย่างจริงจังเพื่อให้พระราชบัญญัติฯ บรรลุวัตถุประสงค์ของการขจัดการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศซึ่งขาดหายไปจากกระบวนการจัดทำกฎหมาย การศึกษาเห็นว่า การปรากฏหรือไม่ปรากฏดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงทัศนคติของกฎหมายไทยในประเด็นเกี่ยวกับเพศในภาพกว้างซึ่งรวมถึงประเด็นภาวะข้ามเพศ และแนวโน้มความล้มเหลวที่รัฐจะยอมรับเพศที่หลากหลายมากขึ้นในบริบทกฎหมายไทยผ่านปรากฏการณ์การจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

5.2.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติและข้อจำกัดในเชิงทฤษฎี

หลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยทั่วไปนั้นมิได้กำหนดหน้าที่เชิงบวก (positive obligation) แก่ผู้มีหน้าที่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้มีหน้าที่ไม่เลือกปฏิบัติมีเฉพาะหน้าที่ในเชิงลบ (negative obligation) ในการปฏิบัติโดยไม่ก่อให้เกิดผลเสีย/ภาระแก่คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐ (ในกรณีที่ผู้มีหน้าที่คือรัฐ) ในการกำหนดกฎหมายหรือนโยบายที่จะยอมรับให้บุคคลสามารถเลือกเพศของตนได้ ในแง่นี้ หลักการไม่เลือกปฏิบัติจึงมีลักษณะในทำนองเดียวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 หากรัฐยึดถือหลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยปราศจากการอภิปรายรากฐานความคิดของหลักความเท่าเทียม/ความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (อาทิ หลักการไม่เลือกปฏิบัติไม่ถูกต้องเพราะเหตุใด ซึ่งอาจเห็นตัวอย่างได้จากคดีที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่ากฎหมายที่กำหนดให้การสมรสทำได้เพียงบุคคลสองเพศตามเพศสรีระโดยกำเนิดขัดหรือแย้งต่อหลักความคุ้มครองอย่างเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้ว)[131] และไม่มีการพัฒนาองค์ความรู้และทัศนคติด้านเพศสถานะและเพศวิถี หลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็จะเป็นเพียงหลักการที่ระบุให้กลุ่มคนหลากหลายทางเพศได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลอื่น แต่รัฐไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายหรือวางนโยบายในเชิงบวกมากกว่านั้น ทั้งนี้ การศึกษาเห็นว่า ด้วยผลของการไม่ปรากฏการนำองค์ความรู้และทัศนคติด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่มีความซับซ้อนและลุ่มลึกมีแนวโน้มที่หลักการไม่เลือกปฏิบัติจะปรากฏตัวในฐานะหลักการที่ส่งเสริม “ความเท่าเทียมเชิงทางการ” แต่เคลื่อนห่างจาก “ความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา” ซึ่งจะสอดคล้องกับข้อความที่แอน สมิธ (Anne Smith) กล่าวไว้ดังที่ได้ยกไปแล้วในตอนต้นของส่วนที่ 5.2 นี้ ว่า การทำความเข้าใจสิทธิในความเท่าเทียมแบบความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา

---

[131] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (US Supreme Court 2015).

Ref. code: 25645924030033WEF

ทำให้เปลี่ยนฐานคิด "จากสิทธิเชิงลบ (negatively oriented right) ของการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ไปเป็นสิทธิเชิงบวก (positively oriented right) แบบความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality)"[132]

ทั้งนี้ ปรากฏการณ์ดังกล่าวสามารถเห็นข้อจำกัดได้ชัดขึ้น เมื่อพิจารณาในบริบทของหลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐไทยในส่วนถัดไป

5.2.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และข้อจำกัดในกฎหมายไทยโดยทั่วไปและในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

เมื่อนำกรอบคิดและการทบทวนข้างต้นมาพิจารณาในบริบทที่เฉพาะเจาะจงขึ้น การศึกษาฉบับนี้มีความคิดเห็น ดังนี้

1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติในรัฐไทยปรากฏอยู่อย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งอาจแบ่งแนวทางการพิจารณาได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ คือ หนึ่ง การเลือกปฏิบัติภายใต้กลุ่มกฎหมายสิทธิมนุษยชน และสอง การเลือกปฏิบัติตามกฎหมายปกครอง ซึ่งมีขอบเขตเชิงฐาน/เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและวิธีการพิจารณาที่แตกต่างกัน ตามที่ได้ทบทวนไว้แล้วด้านบน

2) กฎหมายในรัฐไทยส่วนใหญ่ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ไม่มีการจำแนกประเภทของการไม่เลือกปฏิบัติไว้[133] ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีสองประเภท คือ การเลือกปฏิบัติทางตรง (direct discrimination) และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (indirect discrimination) ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติทางตรงเป็นผลมาจากวิธีคิดแบบความเท่าเทียมเชิงทางการ (formal equality) ส่วนการเลือกปฏิบัติทางอ้อมเป็นผลมาจากวิธีคิดแบบความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality) ซึ่งครอบคลุมถึงการพิจารณาผลที่มีต่อผู้ถูกปฏิบัติกลุ่มหนึ่งจากการปฏิบัติที่เหมือนกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร สภาวะที่ไม่ชัดเจนนี้ส่งผลให้การวินิจฉัยว่าการกระทำหนึ่งจะเป็นหรือไม่เป็นการเลือกปฏิบัติขึ้นอยู่กับผู้พิจารณาวินิจฉัย[134]

3) หลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้น ไม่ว่าจะพิจารณาบนฐานใด/ตามกฎหมายใด มักอยู่บนฐานการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันด้วยวิธีการเดียวกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ วิธีการดังกล่าวทำให้จำเป็นต้องหาตัว

---

[132] ". . . from a negatively oriented right of non-discrimination to a positively-oriented right to substantive equality.". Smith, "Equality Constitutional Adjudication in South Africa," 612-13.

[133] กฎหมายฉบับที่ระบุการเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงผล คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550.

[134] อาจดูแนวทางได้ในผลการศึกษาของ คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*, บทที่ 5.

Ref. code: 25645924030033WEF

เปรียบเทียบ (comparator) ซึ่งวิธีการหาตัวเปรียบเทียบและวิธีเปรียบเทียบนั้นไม่มีการระบุอย่างชัดเจนในเนื้อหาของหลักการว่าด้วยความเท่าเทียม (โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการทำความเข้าใจแบบความเท่าเทียมเชิงทางการ) ดังนั้น การพิจารณากรณีต่างๆ ว่ามีหรือไม่มีการเลือกปฏิบัติจึงจำเป็นต้องอาศัยองค์ความรู้ในเรื่องนั้นๆ มาประกอบเพื่อทำการเปรียบเทียบ-พิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

การขาดหายไปของการสร้างกรอบคิด/ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมและการเสาะแสวงหาตัวเปรียบเทียบ พอเห็นได้จากการพิจารณาประเด็นการไม่เลือกปฏิบัติโดยองค์กรของรัฐในปัจจุบัน ซึ่งแสดงให้เห็นได้ในระดับหนึ่งว่า การสร้างหรือไม่สร้างกรอบคิดทฤษฎีชี้ให้เห็นถึงนัยของข้อจำกัดที่องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีจะเข้ามาปะทะประสานกับวาทกรรมทางกฎหมาย (ซึ่งเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยประเด็นเชิงสังคมวัฒนธรรม) อย่างไร การศึกษาฉบับนี้นำเสนอผ่านคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญาในขณะนั้น[135] และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของหลักการสมรสตามกฎหมายที่ทำได้เฉพาะเพศชายและหญิงเท่านั้น[136] ทั้งนี้ เป็นที่สังเกตในเบื้องต้นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 มีผลสุดท้ายในเชิงบวก ในขณะที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ในเชิงลบในแง่การสนับสนุนสิทธิเสรีภาพด้านเพศ อย่างไรก็ดีทั้งสองคำวินิจฉัยต่างก็แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของการปรากฏตัวของหลักความเท่าเทียม-หลักการไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายไทยไม่ทางหนึ่งก็ทางใด

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามประมวลกฎหมายอาญาในขณะนั้น[137] กล่าวเฉพาะในประเด็นมาตรา 301 ว่าด้วยความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูก ผู้ร้องร้องว่า มาตราดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2560) มาตรา 27 (หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ) และมาตรา 28 (สิทธิในชีวิตและร่างกาย) โดยในกรณีมาตรา 27 ผู้ร้องมีความเห็นว่า การกำหนดให้เฉพาะหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้นที่มีความผิดจากการกระทำเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ของตนเองเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดให้ชายที่มีส่วนในการทำให้หญิงตั้งครรภ์หรืออาจเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์มีความผิดในกรณีนี้ด้วย ทั้งนี้ แม้คำวินิจฉัยจะเป็นไปในทางบวก คือ มาตราดังกล่าวขัดหรือแย้ง

---

[135] *นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

[136] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[137] *นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

Ref. code: 25645924030033WEF

ต่อมาตรา 28 ซึ่งศาลส่งประเด็นไปให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 301 ดังกล่าว แต่ในกรณีของมาตรา 27 (หลักความเท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติ) ศาลพิจารณาว่า มาตรา 301 ดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากหลักการพิจารณา คือ สิ่งที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันสมควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน " . . . หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ . . ."[138]

ศาลให้เหตุผลต่อไปว่า เมื่อชายไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ สิ่งที่พิจารณาจึงไม่ได้มีสาระสำคัญแบบเดียวกัน การปฏิบัติที่แตกต่างกันจึงไม่ใช่การเลือกปฏิบัติตามนัยของรัฐธรรมนูญ อีกทั้ง หากกำหนดให้ชายต้องรับผิดด้วย ก็จะเป็นการปฏิบัติเหมือนกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกัน และกลับจะทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติ (ทางอ้อม)[139] ต่อชาย

> การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลผู้เป็นหญิงเพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 แต่อย่างใด[140]

ทั้งนี้ การศึกษามีความเห็นว่า ศาลสามารถสร้างกรอบคิดหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้ลุ่มลึกกว่านี้ได้ โดยหากเลือกใช้วิธีการคิดในแนวทางแบบความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา ศาลก็อาจพิจารณาว่า ด้วยธรรมชาติของสรีระที่หญิงเป็นเพศที่ตั้งครรภ์ได้และการที่สังคมคาดหวังให้หญิงตั้งครรภ์ทำให้มีแนวโน้มว่าหญิงจะต้องแบกรับภาระดังกล่าว การใช้บรรทัดฐานเดียวกันในการพิจารณากำหนดความผิดอาญา (ว่าใครทำให้ชีวิตในครรภ์มารดาไม่สามารเกิดขึ้นได้สมควรมีความผิด) เป็นการใช้บรรทัดฐานของกลุ่มคนที่ได้เปรียบมาพิจารณาการกำหนดความผิดอาญา ดังนั้น การใช้บรรทัดฐานเดียวกันดังกล่าวจึงเป็นขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ การที่ศาลมีคำวินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าวไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องกำหนดโทษให้ชายต้องมีความผิดด้วย (จะได้มีการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคล

---

[138] *นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, 6 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

[139] ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุในคำวินิจฉัย เนื่องจากไม่มีการจำแนกประเภทของการเลือกปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

[140] *นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, 6 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งสองเพศ) แต่รัฐสามารถไปสู่ทางออกได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติม-ยกเลิกมาตรา 301 พร้อมๆ ไปกับการวินิจฉัยบนฐานสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28[141] เมื่อพิจารณากรณีตัวอย่างนี้ จะเห็นได้ว่าการพิจารณากรณีดังกล่าวภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานความเท่าเทียมเชิงทางการ-การเลือกปฏิบัติทางตรง ศาลประสบปัญหาในการหาตัวเปรียบเทียบ และไม่ตระหนักรู้ถึงนัยของการเลือกปฏิบัติบนรากฐานความคิดจากกรอบคิดทฤษฎีที่ซับซ้อนขึ้น

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของหลักการสมรสตามกฎหมายที่ทำได้เฉพาะระหว่างเพศชายและหญิงเท่านั้น[142] ผู้ร้อง (ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง)[143] ร้องว่า มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[144] ที่กำหนดให้การสมรสทำได้เฉพาะระหว่างหญิงกับชายเท่านั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหลายมาตรา ทั้งนี้ แม้จะมีการกล่าวถึง “เพศ” ในหลากหลายคำนิยาม (เช่น เพศ เพศสถานะ (ในชื่อ “เพศสภาพ” หรือ “สถานะเพศ” รวมถึงจำแนกตัวอย่างเป็น Gay Lesbian Bisexual Transgender Queer Intersex)[145] และการให้ความหมายก็ไม่ถึงกับไม่ถูกต้อง แต่เนื้อหาที่ให้คำจำกัดความก็ไม่ลึกซึ้งและการนำไปใช้หลักจากวางบทนิยามแล้วก็ได้รับอิทธิพลจากชุดความคิดบางประการ โดยเฉพาะการผูกโยง “เพศ” และ “ธรรมชาติ” (ซึ่งน่าจะพอเห็นเค้าลางได้ตั้งแต่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ที่แม้จะเป็นการพิจารณาโดยต่างองค์กรกัน แต่ก็มีวิธีการคิดที่คล้ายคลึงกัน) สำหรับผลของคำวินิจฉัยนี้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า มาตรา 1448 ดังกล่าว ไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตราใดเลย[146] ไม่ว่าจะเป็น

---

[141] สุรสิทธิ์ วชิรขจร และ ธนรัตน์ มังคุด, *รายงานวิจัย เรื่อง การศึกษากลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ* (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563), 81-83.

[142] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[143] เนื่องจากมีคู่เพศเดียวกัน (หญิง) ขอให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางมีคำสั่งรับจดทะเบียนสมรส ด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไม่รับคำร้องขอจดทะเบียนสมรส ซึ่งตามกฎหมายสามารถทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น และคู่เพศเดียวกันนี้ได้ส่งคำโต้แย้งต่อศาลดังกล่าวว่า มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 โดยศาลมีอำนาจส่งความเห็นข้างต้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ตามมาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[144] มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

[145] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 7 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[146] ผู้ร้องร้องว่า มาตรา 1448 ดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 4 และ 5 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ด้วย แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัย เนื่องจากสองมาตราดังกล่าวเป็นมาตราที่วางหลักทั่วไปว่าด้วยสิทธิ

Ref. code: 25645924030033WEF

มาตรา 25 (หลักการใช้สิทธิและเสรีภาพรวมถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ) มาตรา 26 (หลักการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ) หรือมาตรา 27 (หลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ)

ทั้งในส่วนต้นที่ศาลเริ่มวินิจฉัย (ความเห็นทั่วไปในประเด็นและการวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อมาตรา 25 หรือ 26 หรือไม่) และในส่วนที่ศาลวินิจฉัยการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 (หลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ) ศาลแสดงทัศนคติทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย เพศ เพศวิถี การสร้างครอบครัว และความเชื่อมโยงกับ "ธรรมชาติ" ตัวอย่างเช่น "กฎหมายเป็นเครื่องมือที่ทำให้สังคมอยู่ร่วมกันได้ด้วยความสงบสุข พื้นฐานของกฎหมาย นอกจากจะเป็นไปตามกฎแห่งธรรมชาติแล้ว ยังเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของแต่ละสังคม"[147]

ส่วนในเรื่องมาตรา 1448 โดยเฉพาะ อาทิ

> ในเรื่องการสมรสตามจารีตประเพณี วิถีสังคมไทยตลอดจนแนวทางปฏิบัติและการตีความกฎหมายของประเทศไทยมีความเชื่อถือสืบต่อกันมาว่า การสมรสสามารถกระทำได้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรสคือการที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาเพื่อสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตร ดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา ซึ่งการสมรสในระหว่างบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่สามารถสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้[148]
>
> และ
>
> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บัญญัติให้ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิสมรสตามกฎหมาย แม้จะดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ (True law is right reason, harmonious (in agreement) with nature) และเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของไทย[149]

และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ไม่มีข้อความที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยเฉพาะ. ดู *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 4-5 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[147] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 7-8 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[148] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 8 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[149] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 9 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

Ref. code: 25645924030033WEF

ในส่วนที่ศาลวินิจฉัยการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 (หลักความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ) ศาลให้ความเห็นในเรื่องหลักความเท่าเทียมแบบเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ข้างต้นว่า "บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน"[150] โดยมีรายละเอียดการวินิจฉัยดังนี้

> กฎหมายจะต้องรับรู้และแยกเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักไว้ก่อนจึงจะให้ความเสมอภาคได้ เช่น หญิงมีประจำเดือน หญิงตั้งครรภ์ได้ หญิงมีสรีระที่อ่อนแอบอบบางกว่าชาย เห็นได้ว่าสิ่งที่เหมือนกันจะปฏิบัติให้เหมือนกันไม่ได้ การปฏิบัติให้ถูกต้องสอดคล้องกับวิถีของธรรมชาติจะสร้างความเสมอภาคระหว่างชายหญิงได้ มิใช่ถือเอาผู้ที่กำหนดเพศไม่ได้มารวมกับความเป็นหญิงชายที่แยกกันไว้อย่างชัดเจน การยอมรับสิ่งที่แตกต่างให้กลายเป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างจึงไม่อาจกระทำได้[151]

ข้อความข้างต้นทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า องค์กรผู้ใช้กฎหมายอย่างน้อยหนึ่งองค์กรในระยะเวลาเพียงสองปีหลังจากขอบเขตด้านเวลาของการศึกษาฉบับนี้มีหลักการพิจารณาความเหมือนหรือความแตกต่างในหลักการไม่เลือกปฏิบัติบนฐาน/เหตุแห่งเพศในลักษณะที่ยึดโยงกับ "ธรรมชาติ" ของเพศสรีระตามอวัยวะเพศโดยกำเนิดเป็นหลัก

การทบทวนตัวอย่างของคำวินิจฉัยสองฉบับข้างต้นเน้นย้ำให้เห็นถึงภาวะของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (รวมถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ที่ "ยังไม่เติบโต" และปราศจากบทบาทขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ลุ่มลึกและซับซ้อนในระบบกฎหมายไทย ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่าด้วยการสมรสข้างต้นเมื่อเห็นว่าเพศที่แตกต่างจากเพศในระบบทวิเพศเป็นความแปลกแยกจากการจัดระบบโดยธรรมชาติ

> เช่นเดียวกับรัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายพบกลุ่มบุคคลที่มีวิถีทางเพศแตกต่างออกไปและถูกเบียดเบียนด้วยอคติ รัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายก็สามารถกำหนดการคุ้มครองได้เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะกลุ่ม เพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นกลุ่มเฉพาะที่เป็นกรณียกเว้น (the exceptional case) เห็นได้จากมีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

---

[150] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 9 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[151] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 10 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

Ref. code: 25645924030033WEF

เพื่อคุ้มครองและป้องกันสิทธิให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ และส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศขึ้นมาใช้บังคับ[152]

ข้อความข้างต้นแสดงทัศนคติขององค์กรผู้ใช้กฎหมายอย่างน้อยหนึ่งองค์กรว่ากฎหมายเฉพาะที่ตราขึ้นเพื่อขจัดการไม่เลือกปฏิบัติด้วยฐาน/เหตุแห่งเพศนั้นเป็นการตราขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองคนกลุ่มเฉพาะที่แตกต่างจากคนกลุ่มใหญ่ซึ่งอาจถูกปฏิบัติแตกต่างจากคนกลุ่มใหญ่ได้และจะอยู่ในภาวะเสียเปรียบ แต่ไม่ได้แสดงแนวโน้มถึงความพร้อมในการยอมรับเพศที่หลากหลายอย่างแท้จริงถึงขั้นทำลายระบบทวิเพศแต่อย่างใด

การวิเคราะห์ข้างต้นอาจทำความเข้าใจได้ชัดเจนขึ้นเมื่อพิจารณาตัวอย่างของคำวินิจฉัยที่แม้จะเป็นประเด็นด้านเพศ แต่ศาลรัฐธรรมนูญหาตัวเปรียบเทียบได้ง่าย อีกทั้งยังเป็นประเด็นในระบบทวิเพศด้วย โดยศาลวินิจฉัยให้ประเด็นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่นในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ว่าด้วยการพิจารณาการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 (หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ) แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2540) ของมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2506 ว่าด้วยการบังคับหญิงที่สมรสแล้วให้เปลี่ยนไปใช้ชื่อสกุลของสามี[153] คำวินิจฉัยแสดงนัยของการที่ศาลเปรียบเทียบสิทธิของชายและหญิงในประเด็นการใช้นามสกุลซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนทุกคนมี ศาลจึงสามารถค้นหาสาระสำคัญที่เหมือนกันได้ (ทั้งชายและหญิงเป็นมนุษย์ที่มีนามสกุล แต่มีความแตกต่างในเรื่องเพศ) ดังนั้น บรรทัดฐานสำหรับเปรียบเทียบจึงเป็นกรณีชายที่สมรสแล้วแต่ไม่จำต้องเปลี่ยนนามสกุล ด้วยเหตุนี้ เมื่อหญิงต้องเปลี่ยนนามสกุลหลังสมรสจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนฐานเพศและสถานะของบุคคล บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ นอกจากนัยของการหาตัวเปรียบเทียบแล้ว ยังประกอบด้วยเหตุผลอื่นๆ อาทิ ความเสมอภาคระหว่างบุคคลเป็นสิทธิตามธรรมชาติ การที่สิทธิในการใช้ชื่อสกุลเพื่อแสดงวงศ์ตระกูลไม่ใช่สิทธิของชายหรือหญิงโดยเฉพาะ การที่สยาม-ไทยไม่มีวัฒนธรรมของการใช้ชื่อสกุลมาตั้งแต่สมัยโบราณ (ซึ่งแตกต่างจากกรณีครอบครัวข้างต้นที่ศาลเห็นว่าการสร้างครอบครัวแบบชายหญิงเป็น “วิถีไทย”) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติในบริบทของกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 การศึกษามีความเห็นทั้งที่โยงและไม่โยงไปยังหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ดังนี้

---

[152] *ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564, 8 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2564).

[153] *ผู้ตรวจการแผ่นดิน (ผู้ร้อง)*, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 (ศาลรัฐธรรมนูญ 2546).

Ref. code: 25645924030033WEF

1) การวิเคราะห์ข้างต้นในเรื่องการสร้างกรอบคิด/การทำความเข้าใจหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยทั่วไปในรัฐไทย ซึ่งไม่ชัดเจนแน่นอนทั้งในระดับบทบัญญัติและการให้ความหมาย-การตีความ-การพิจารณาวินิจฉัยประเด็นการเลือกปฏิบัติ รวมถึงภาวะที่ไร้การจำแนกการเลือกปฏิบัติทางตรงและทางอ้อม ประกอบกับการไม่ปรากฏอย่างมีนัยสำคัญขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี (หรือกระทั่งใช้เหตุผลด้าน "ธรรมชาติ" บนบรรทัดฐานแบบทวิเพศ-ต่างเพศ) หลักการไม่เลือกปฏิบัติในบริบทของพระราชบัญญัติฯ จึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดเพียงหน้าที่ในทางลบแก่รัฐและไม่นำไปสู่การที่รัฐมีหน้าที่ในทางบวก

2) การไม่ปรากฏการพินิจพิจารณาคำนิยามว่าด้วยเพศอย่างลุ่มลึกไม่ว่าจะเป็นในการพิจารณาในวาระใดของสนช.หรือในคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ แสดงให้เห็นว่า ทัศนคติของรัฐ (ผ่านมุมมองของผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ) ยังมีความอ่อนไหวและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีไม่เพียงพอ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในกระบวนการดังกล่าว (ชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ) ว่า มีการเสนอให้มีการอภิปรายอย่างลุ่มลึกมากขึ้น (ในประเด็นเพศวิถี) โดยกรรมาธิการวิสามัญบางคน แต่การอภิปรายที่บันทึกไว้ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจอย่างแท้จริงในเรื่องเพศแม้กระทั่งในประเด็นการทำความเข้าใจ/การจำแนกเพศสถานะและเพศวิถี และยิ่งขับเน้นการขาดหายไปซึ่งทัศนคติในเรื่องเพศให้เด่นชัดยิ่งขึ้น ทั้งนี้ แม้การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดจะมีการกำหนดให้อยู่ในนิยาม ซึ่งมีแนวโน้มเป็นการยอมรับภาวะข้ามเพศ แต่ความไม่อ่อนไหวเรื่องเพศดังกล่าวที่ปรากฏในรายละเอียดของการอภิปรายก็แสดงให้เห็นแนวโน้มของความตื้นเขินของการอภิปรายในเรื่องเพศและจำกัดแนวโน้มของการที่รัฐจะตระหนักรู้-ยอมรับภาวะข้ามเพศมากยิ่งขึ้นกว่าในกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร (ที่การให้เหตุผลมุ่งเน้นไปที่การปฏิบัติให้เหมือนกับมนุษย์คนอื่น)

ทั้งนี้ การทบทวนแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยกรณีบนฐานความเท่าเทียม/การไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเกิดขึ้นระหว่างและหลังขอบเขตด้านเวลาของการศึกษาฉบับนี้ (พ.ศ. 2550-2562) ด้านบน แสดงให้เห็นว่าองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ลุ่มลึกไม่ใช่วาทกรรมที่มีพลังเพียงพอที่จะแทรกสอดเข้าไปมีอิทธิพลในวาทกรรมด้านกฎหมายและวาทกรรม (ชุดหนึ่ง) ที่อยู่ในทัศนคติของบุคคลที่เกี่ยวข้องในตัวอย่างกรณีที่ยกขึ้นมา อีกทั้ง ก็เป็นการแสดงให้เห็นในระดับหนึ่ง (ในกรณีของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564) ว่า การปรากฏขึ้นของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นระยะเวลาประมาณหกปี ไม่ได้สร้างทัศนคติแก่ (องค์กรหนึ่งของ) รัฐในทางสนับสนุนการยอมรับเพศที่มีความหลากหลายนอกขนบทวิเพศ-ต่างเพศเลย

3) ผลการวิเคราะห์ในข้อข้างต้นที่ว่าวาทกรรมองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ลุ่มลึกและสลับซับซ้อนไม่มีพลังอำนาจเพียงพอที่จะสอดแทรกไปในวาทกรรมในกระบวนการจัดทำกฎหมาย-การนำกฎหมายมาใช้นั้น อาจเห็นได้จากปรากฏการณ์การอภิปรายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ จากการทบทวนอย่างละเอียด

ในส่วนที่ 5.1 จะเห็นได้ว่ามีการปะทะกันระหว่างวิธีการคิดที่ไม่อ่อนไหวด้านเพศกับวิธีการคิดที่มีความเข้าใจเรื่องเพศอย่างลุ่มลึกขึ้น (โดยคนกลุ่มหลังมีจำนวนและระดับพลังอำนาจที่ต่ำกว่าเมื่อพิจารณาจากลักษณะการอภิปรายและผลลัพธ์ของการอภิปราย) ทั้งในเรื่องการพยายามปรับโครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อให้ดูเหมือนว่าการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่มีข้อยกเว้นหรือมีไม่มากนัก และเนื้อหาของข้อยกเว้นที่มีความชัดเจนว่าขัดหรือแย้งต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเป็นอย่างยิ่ง[154] ทั้งนี้ แม้จะมีการโต้แย้งโดยเฉพาะในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ทั้งในประเด็นเหตุทางศาสนาและเหตุแห่งความมั่นคงของประเทศ (ภายใต้ชื่อเหตุทางวิชาการในชั้นดังกล่าว) แต่พระราชบัญญัติฯ ที่ได้รับการจัดทำเสร็จสิ้นและประกาศใช้บังคับก็ยังมีเหตุเหล่านี้ปรากฏอยู่

4) นอกจากประเด็นเชิงเนื้อหาด้านบนแล้ว การศึกษามีความเห็นเพิ่มเติมในเรื่องความชอบธรรม/ความจริงใจในเชิงกระบวนการ ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากขอบวัตถุประสงค์ของการศึกษา กล่าวคือ บรรยากาศและบริบทของกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญซึ่งส่งผลให้พระราชบัญญัติฯ ถูกจัดทำขึ้นในลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยการเสนอเพิ่มเติมข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งในประเด็นข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาทางทหารที่จะกำหนดเกณฑ์การรับผู้เข้าศึกษาโดยระบุเพียงบางเพศ คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีมติให้ใช้ข้อยกเว้นด้วยเหตุด้านความปลอดภัยมาปรับใช้กับกรณีข้างต้น อย่างไรก็ตาม ข้อมูลจากบันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระสุดท้ายก่อนตราพระราชบัญญัติประกอบกับความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญบางคนแสดงให้เห็นว่ามีสมาชิกสภานิติบัญญัติเสนอเพิ่มเติมเหตุด้านความมั่นคงของประเทศเข้าไปด้วยโดยแจ้งว่ามีการหารือแล้วในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ทั้งนี้ ตามที่กล่าวไปว่าการวิเคราะห์อย่างละเอียดอยู่พ้นไปจากขอบเขตของการศึกษาฉบับนี้ อย่างไรก็ดี ปรากฏการณ์ดังกล่าวก็แสดงให้เห็นถึงระดับพลังอำนาจของวาทกรรมบางชุดและอำนาจในความเป็นจริงของบางสถาบันที่เข้ามาปะทะประสานกับประเด็นเกี่ยวกับเพศในกระบวนการจัดทำกฎหมายในรัฐไทย

---

[154] อาทิ ความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญจำนวนหนึ่งในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 18-19; United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 29; iLaw, “สมาคมเพศวิถีฯ ชำแหละกฎหมาย 3 ฉบับ ชี้รัฐเลือกปฏิบัติทางเพศ ไร้การมีส่วนร่วมของประชาชน,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 6
การวิเคราะห์วาทกรรมที่มีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

บทนี้แบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ ได้แก่ ส่วนที่ 6.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และส่วนที่ 6.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ โดยมีกฎหมายฉบับหลักที่พิจารณา คือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2562 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและนิยามของการกระทำชำเรา) ทั้งนี้ เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายนี้เกี่ยวข้องทั้งในพรมแดนของกฎหมายอาญาและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี การศึกษาจึงใช้ “หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)” ในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอาญา และใช้กรอบคิด “การใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)” เมื่อพิจารณาการปะทะกันระหว่างวาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี (ในลักษณะที่ให้ความหมายเกี่ยวกับเพศอย่างจำกัด) ที่มีบทบาทในปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่สองครั้ง ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับฐานคิดในช่วงระยะเวลา 13 ปี

6.1 การเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ภายหลังการมีผลใช้บังคับของประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันในปี พ.ศ. 2500 ความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในระดับรากฐานความคิดสองครั้ง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และในปี พ.ศ. 2562 กล่าวโดยย่อ การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 ทำให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำโดยชายต่อหญิงที่ไม่ใช่ภรรยาของตนเองอีกต่อไป แต่กฎหมายตระหนักรู้ว่าความรุนแรงทางเพศระหว่างสามีภรรยาเกิดขึ้นได้และผิดกฎหมายอาญา และตระหนักรู้ว่าความรุนแรงทางเพศกระทำโดยเพศใดก็ได้และกระทำต่อเพศใดก็ได้ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมให้กฎหมายอยู่ในลักษณะความเป็นกลางทางเพศ (gender neutrality) การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวทำให้เกิดข้อวิพากษ์จำนวนหนึ่งทั้งในแง่หลักกฎหมายอาญาและในแง่การให้ความหมายทางวัฒนธรรม จนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวในปี พ.ศ. 2562

Ref. code: 25645924030033WEF

6.1.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

ด้วยเหตุที่การศึกษาเน้นไปที่การวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของฐานความผิด (ในประเด็นการจัดระบบฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ และนิยามของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ) ดังนั้น การศึกษาจึงนำเนื้อหากฎหมายมาแสดงเฉพาะมาตราหลักและไม่ได้แสดงระวางโทษไว้ด้วย (ยกเว้นโทษของการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ซึ่งระวางโทษมีความสำคัญสำหรับการวิเคราะห์) เพื่อไม่ให้เนื้อหาส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องทำให้การทบทวนกฎหมายมีปริมาณมากเกินไปและก่อให้เกิดความสับสน ทั้งนี้ สำหรับการทบทวนบทบัญญัติของกฎหมายกลุ่มนี้ การศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบแสดงความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายในแต่ละช่วงเวลาประกอบด้วย เพื่อให้สามารถทำความเข้าใจได้ง่ายขึ้น

1) ประมวลกฎหมายอาญา ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550

ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ (เฉพาะความผิดฐานหลักเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร)

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (การข่มขืนกระทำชำเรา)

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ . . .

มาตรา 278 (การกระทำอนาจาร)

ผู้ใดกระทำอนาจารแกบุคคลอายุกวาสิบห้าปีโดยขูเข็ญด้วยประการใดๆ โดยใชกำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให บุคคลนั้นเขาใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ตองระวางโทษ . . .

นิยามของการกระทำชำเรา

ไม่มีการบัญญัติไว้ โดยศาลตีความจากองค์ประกอบของความผิดส่วนการกระทำและกรรมของการกระทำ “ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” ในคำพิพากษา เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 โจทก์ฟ้องและอุทธรณ์ว่าการที่จำเลยใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหายเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย แต่ศาลวินิจฉัยว่า “จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง”[1] กล่าวโดยสรุป การกระทำชำเราตามมาตรา 278 จึงหมายถึงการกระทำโดยชายต่อหญิงโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น[2]

---

[1] *พนักงานอัยการจังหวัดพิษณุโลก กับ นายกุหลาบ บุญคง*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 (ศาลฎีกา 2518).

[2] Ronnakorn Bunmee, “Examining Elements of Rape Offences in Thailand,” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 1 (มีนาคม 2562): 202-203.

Ref. code: 25645924030033WEF

2) ประมวลกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 และก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562

ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ (เฉพาะความผิดฐานหลักเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร)

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (การข่มขืนกระทำชำเรา)

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ . . .

มาตรา 278 วรรคหนึ่ง (การกระทำอนาจาร)

ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ . . .

นิยามของการกระทำชำเรา

มาตรา 276 วรรคสอง

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่าการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ทั้งนี้ คำนิยามดังกล่าวยังปรากฏในรูปแบบเดียวกันในมาตรา 277 วรรคสอง (การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี) ด้วย

การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 มีเหตุผลตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ ดังนี้[3]

> . . . บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศสมควรแกไขบทบัญญัติดังกล่าวให สอดคลองกับหลักการมีสิทธิเทาเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

[3] เหตุผลตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

Ref. code: 25645924030033WEF

ตารางที่ 6.1 “การกระทำชำเรา” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550

<table>
<tr><th>ผู้กระทำ</th><th>การกระทำ</th><th>ผู้ถูกกระทำ</th><th>หมายเหตุ</th></tr>
<tr><td rowspan="3">อวัยวะเพศ</td><td rowspan="6">กระทำกับ</td><td>อวัยวะเพศ</td><td rowspan="3">ผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำเป็นเพศใดก็ได้</td></tr>
<tr><td>ทวารหนัก</td></tr>
<tr><td>ช่องปาก</td></tr>
<tr><td rowspan="3">สิ่งอื่นใด</td><td>อวัยวะเพศ</td><td rowspan="3">• ผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำเป็นเพศใดก็ได้
• “สิ่งอื่นใด” หมายถึง อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศด้วย</td></tr>
<tr><td rowspan="2">ทวารหนัก</td></tr>
<tr></tr>
</table>

3) ประมวลกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ (เฉพาะความผิดฐานหลักเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร)

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (การข่มขืนกระทำชำเรา)

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

มาตรา 278 วรรคหนึ่ง (การกระทำอนาจาร)

ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ . . .

มาตรา 278 วรรคสอง (การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์)

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

นิยามของการกระทำชำเรา/การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์

มาตรา 1 (18) (การกระทำชำเรา)

“กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

Ref. code: 25645924030033WEF

มาตรา 278 วรรคสอง (การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์)

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ทั้งนี้ การกระทำตามมาตรา 278 วรรคสอง ดังกล่าว ยังปรากฏในรูปแบบเดียวกันในมาตรา 279 วรรคสี่ (การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี) ด้วย (แต่มีโทษที่หนักกว่าเนื่องจากเป็นการกระทำแก่เด็ก)

การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 มีเหตุผลตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ ดังนี้ “. . . โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า ‘กระทำชำเรา’ ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ . . .”[4]

ตารางที่ 6.2 “การกระทำชำเรา” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562

ผู้กระทำ	การกระทำ	ผู้ถูกกระทำ	หมายเหตุ
อวัยวะเพศ	ล่วงล้ำ	อวัยวะเพศ	เพศชายต่อเพศใดก็ได้ (กฎหมายไม่ได้ระบุเพศ แต่พิจารณาจากสภาพของการกระทำ) (บางความเห็นมองว่า กรณีนี้หญิงสามารถกระทำต่อชายได้ด้วย)
		ทวารหนัก	เพศชายต่อเพศใดก็ได้ (กฎหมายไม่ได้ระบุเพศ แต่พิจารณาจากสภาพของการกระทำ)
		ช่องปาก	เพศชายต่อเพศใดก็ได้ (กฎหมายไม่ได้ระบุเพศ แต่พิจารณาจากสภาพของการกระทำ)

[4] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

Ref. code: 25645924030033WEF

ตารางที่ 6.3 “การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์” ทางกฎหมายอาญา หลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562

ผู้กระทำ	การกระทำ	ผู้ถูกกระทำ	หมายเหตุ
อวัยวะอื่น/วัตถุ	ล่วงล้ำ	อวัยวะเพศ	เพศใดกระทำ/ถูกกระทำก็ได้
		ทวารหนัก	

ข้อสังเกตต่อบทบัญญัติในช่วงเวลาทั้งสามช่วงที่ทบทวนมา

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (บุคคลอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไป) (rape) ไม่ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ มีการกระทำสองส่วน คือ การข่มขืน (การปราศจากความยินยอม) และการกระทำชำเรา[5] โดยการกระทำส่วนที่มุ่งสนใจในการศึกษานี้ คือ การกระทำชำเรา

2) ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่กระทำโดยชายต่อหญิงที่มิใช่ภรรยาของตนเอง และมีวิธีการกระทำคือการสอดใส่อวัยวะเพศชายไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น

3) การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 เปลี่ยนมโนทัศน์ของความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างสำคัญในสองประเด็น คือ หนึ่ง การที่กฎหมายตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (marital rape) และสอง การที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากลายเป็นความผิดที่อยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ (gender neutrality) กล่าวคือ ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นเพศใดก็ได้ และวิธีการกระทำมีความหมายกว้างขึ้น ได้แก่ ในแง่วิธีการกระทำ บทบัญญัติ (ที่ยังไม่ผ่านการตีความโดยองค์กรผู้ใช้กฎหมาย) ไม่จำกัดเพียงการล่วงล้ำ/สอดใส่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำอื่น (เช่น การสัมผัส) ด้วย เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ”[6] ในแง่อวัยวะที่ใช้กระทำ ไม่จำกัดเพียงอวัยวะเพศชายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงอวัยวะเพศหญิง (เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “อวัยวะของผู้กระทำ”) และสิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศด้วย (เช่น อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศและวัตถุที่มิใช่ร่างกายมนุษย์) และในแง่อวัยวะที่ถูกกระทำ รวมไปถึงทวารหนักและช่องปากด้วย (แล้วแต่ว่าสิ่งที่ใช้กระทำเป็นอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศ)

---

[5] Ronnakorn Bunmee, “Examining Elements of Rape Offences in Thailand,” 202.

[6] ดู Ibid., 203-204.

Ref. code: 25645924030033WEF

4) การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ยังคงไว้ซึ่งกรอบคิดหลักว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถเกิดขึ้นได้กับทุกเพศ แต่มีการจัดระบบของฐานความผิดใหม่และส่งผลให้การข่มขืนกระทำชำมีเพียงบางเพศเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำได้ กล่าวคือ หนึ่ง นิยามของการกระทำชำเราได้รับการปรับปรุงใหม่ จากการกระทำที่ใช้คำว่า “กระทำกับ” เป็น “ล่วงล้ำ” เท่านั้น และอวัยวะที่ใช้กระทำชำเราคืออวัยวะเพศเท่านั้น (หากตีความตามตัวอักษร ผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ลงมือจึงเป็นได้เพียงเพศชาย)[7] และนิยามของการกระทำชำเราถูกย้ายจากมาตราที่เป็นฐานความผิด (มาตรา 276 และ 277) ไปอยู่ในมาตรา 1 ของประมวลกฎหมายซึ่งเป็นมาตราที่รวบรวมคำนิยามที่สำคัญไว้และปรับใช้ตลอดทั้งประมวลกฎหมายเมื่อมีการกล่าวถึงคำนิยามนั้นๆ และสอง การกระทำที่เคยเป็นการกระทำชำเราโดยใช้สิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศถูกย้ายไปไว้ในมาตราที่ว่าด้วยความผิดฐานกระทำอนาจารและมีการปรับปรุงถ้อยคำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น จาก “สิ่งอื่นใด” เป็น “วัตถุหรืออวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใด” โดยเป็นการกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์และมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา

5) ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 ไม่ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ไม่เคยบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์นอกขนบต่างเพศ (เช่น การมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนัก) โดยความสมัครใจเป็นความผิดอาญา ทั้งนี้ การกระทำในลักษณะดังกล่าวเคยเป็นความผิดอาญาในระยะเวลาสั้นๆ ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทย โดยถูกเรียกว่าการชำเราผิดธรรมดาโลกย์หรือการชำเราผิดมนุษย์ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในส่วนถัดไป

6) การกระทำอนาจาร ไม่ว่าจะในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใด ไม่เคยมีการกำหนดนิยามอย่างชัดเจน โดยการใช้กฎหมายเป็นไปตามการตีความขององค์กรผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป ทั้งนี้ บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอนาจารมีการแก้ไขอย่างต่อเนื่องเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นการแก้ไขในรายละเอียด มิใช่การแก้ไขในระดับรากฐานความคิด ดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

---

[7] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ความหมายของ ‘การกระทำชำเรา’ ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่,” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 3 (กันยายน 2562): 618-619. อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางคน เช่น เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และคณพล จันทน์หอม เห็นว่า หญิงก็สามารถใช้อวัยวะเพศหญิงล่วงล้ำอวัยวะเพศชายได้ เช่น การบังคับให้ชายนำอวัยวะเพศชายสอดใส่ไปในอวัยวะเพศหญิงของตน. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, ใบแทรก; คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*, 552. นอกจากนี้ ในกรณีคณพล คณพลยังมีความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า หญิงสามารถใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำผู้อื่นได้ด้วย เฉพาะกรณีการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำไปในช่องปากของผู้อื่น. คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*, 552.

Ref. code: 25645924030033WEF

ตารางที่ 6.4 การเปรียบเทียบการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลักในรัฐไทยในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

หัวข้อ	**ก่อน 20 ก.ย. 50 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1)**	**20 ก.ย. 50 - 27 พ.ค. 62 (หลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 - ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2)**	**28 พ.ค. 62 เป็นต้นไป (หลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2)**
เพศผู้กระทำ	ชาย	เพศใดก็ได้	เพศใดก็ได้ (ตามสภาพการกระทำ)
เพศผู้ถูกกระทำ	หญิง	เพศใดก็ได้	เพศใดก็ได้ (ตามสภาพการกระทำ)
วิธีการกระทำชำเรา	อวัยวะเพศชาย ล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง (ตีความตาม คำพิพากษาศาลฎีกา)	อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น หรือสิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือ ทวารหนักของผู้อื่น	อวัยวะเพศของผู้กระทำ ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น
ตำแหน่งของนิยาม “การกระทำชำเรา”	ไม่มี (ตีความ ตามคำพิพากษาศาลฎีกา)	มาตรา 276 และ 277	มาตรา 1 (18)
การใช้อวัยวะอื่นที่มิใช่ อวัยวะเพศหรือวัตถุเป็น ส่วนหนึ่ง ในการกระทำ	กระทำอนาจาร	กระทำชำเรา	กระทำอนาจาร ที่เป็นเหตุฉกรรจ์

6.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมาย

6.1.2.1 ข้อความทั่วไปว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ

ยุคสมัยของกฎหมายไทยอาจแบ่งเป็นสองช่วงใหญ่ ได้แก่ กฎหมายไทยเดิม และกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงให้อยู่ในรูปแบบตะวันตก กฎหมายที่สำคัญของยุคกฎหมายไทยเดิม คือกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเขียนโดยผู้เขียนหลายคนในสมัยอยุธยา โดยมีการรวบรวมและชำระอีกครั้ง ในสมัยรัชกาลที่ 1 ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายตราสามดวงที่รวบรวมและศึกษาในปัจจุบัน

Ref. code: 25645924030033WEF

คือกฎหมายตราสามดวงตามมุมมองของรัชกาลที่ 1[8] โดยกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงทางเพศอยู่ในส่วนที่เรียกว่า "พระอัยการลักษณะผัวเมีย" ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยาโดยไม่ได้แบ่งแยกกฎหมายแพ่งและอาญาออกจากกัน[9] กฎหมายในส่วนนี้จึงมีทั้งเนื้อหาว่าด้วยครอบครัว มรดก และการกระทำที่เป็นการล่วงประเวณี ในยุคถัดมา มีการแบ่งแยกกฎหมายอาญาและแพ่งอย่างชัดเจนตามแบบตะวันตก กฎหมายสำคัญที่ได้รับการปรับปรุงให้อยู่ในรูปแบบตะวันตกจึงอยู่ในประมวลกฎหมาย ซึ่งได้แก่ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) และต่อมาถูกปรับปรุงเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันที่มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2500 นอกจากนี้ในช่วงรอยต่อระหว่างการปรับปรุงประเทศให้เป็นแบบตะวันตก (ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญที่สุดของการปฏิรูป) ยังมีกฎหมาย (ในลักษณะพระราชกำหนด) ที่นำแบบอย่างมาจากตะวันตกเพื่อใช้ไปพลางก่อนด้วย กล่าวโดยสรุป กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรับปรุงตามแบบตะวันตก ได้แก่ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2443) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) และประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับปัจจุบัน)

ในกรณีการกระทำความรุนแรงทางเพศระหว่างชายหญิงที่เป็นความผิดอาญา พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี[10] และกฎหมายลักษณะอาญา[11] กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน คือ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำโดยชายต่อหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ลักษณะดังกล่าวยังคงดำเนินเรื่อยไป จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2550 ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีระดับความรุนแรงต่ำกว่า (การกระทำที่ไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศชายไปในอวัยวะเพศหญิง) คือ ความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างไปตามกฎหมายแต่ละชุด โดยพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีไม่ได้บัญญัติ

---

[8] Tamara Loos, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*, 33.

[9] ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), 7-8.

[10] มาตรา 3 และมาตรา 4. ทั้งนี้ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีมิได้ระบุว่าต้องเป็นหญิงที่มิใช่ภรรยาของตน แต่ในบริบทสังคมสมัยนั้น น่าจะหมายเฉพาะหญิงที่มิใช่ภรรยาของตน (ซึ่งชายไม่มีสิทธิบังคับมีเพศสัมพันธ์ด้วย) เท่านั้น. ดู เรื่องเดียวกัน, 35.

[11] หมวด 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา มาตรา 243 และ 244 (เฉพาะมาตราหลักที่เป็นฐานความผิด).

Ref. code: 25645924030033WEF

ความผิดฐานนี้ไว้ (ในช่วงเวลานั้นจึงใช้บทบัญญัติในกฎหมายตราสามดวง)[12] และมีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารอย่างชัดเจนตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญาจนกระทั่งถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

ในกรณีการมีเพศสัมพันธ์ที่อยู่นอกขนบแบบต่างเพศ กฎหมายไทยปัจจุบันไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิด โดยในยุคกฎหมายไทยเดิม ความสัมพันธ์ทางเพศแบบเพศเดียวกันในบางบริบทยังเป็นการกระทำที่ไม่ผิดธรรมดาด้วย[13] การมีเพศสัมพันธ์นอกขนบต่างเพศเป็นความผิดอาญาในประเทศไทยอยู่ในระยะเวลาสั้นๆ คือ ในระหว่างการมีผลใช้บังคับของพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีและกฎหมายลักษณะอาญา (ระหว่างปี พ.ศ. 2443-2499) โดยพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีกำหนดเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ และกฎหมายลักษณะอาญากำหนดเป็นความผิดฐานการกระทำชำเราผิดมนุษย์ โดยมีข้อความดังนี้

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี

มาตรา 5

ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤๅทำชำเราด้วยสัตวเดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเปนสัตย์ ให้ลงโทษ . . .

กฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 242

ผู้ใดทำชำเรา ผิดธรรมดามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสตหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการชำระกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งในท้ายที่สุดส่งผลให้เกิดการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ความผิดฐานทำชำเราผิดมนุษย์ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ ด้วยเหตุผลหลายประการ ได้แก่ 1) นักกฎหมายไทยไม่เข้าใจรากฐานความคิดของการกำหนดการกระทำดังกล่าวให้เป็นความผิดอาญา โดยนักกฎหมายหลายคนได้พยายามหาเหตุผลต่างๆ ที่ทำให้การกระทำเหล่านี้เป็นความผิดอาญา เช่น การกระทำดังกล่าวทำให้ขัดต่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศ[14] และ 2) มีการฟ้องร้องความผิดดังกล่าวเป็น

---

[12] ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา” 37.

[13] ดูเพิ่มเติมใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,”.

[14] เช่น พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), *คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2* (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, [2470?]), 1100.

Ref. code: 25645924030033WEF

จำนวนน้อย[15] กล่าวโดยสรุปในประเด็นนี้ ระบบกฎหมายอาญาซึ่งสะท้อนความคิดของวัฒนธรรมไทยจึงไม่ได้มุ่งเอาผิดการมีเพศสัมพันธ์/กระทำชำเราที่อยู่นอกขนบต่างเพศและพอจะเห็นได้ว่ารัฐไทยไม่ได้เห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์นอกขนบต่างเพศเป็นความผิดเช่นเดียวกับวัฒนธรรมแบบพวกคริสเตียนผิวขาว[16]

6.1.2.2 การปรับปรุงกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

(1) มูลเหตุของพัฒนาการ

การเคลื่อนไหวเพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเริ่มจากการเรียกร้องของกลุ่มเครือข่ายสตรีนิยมให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โดยเน้นไปที่ประเด็นการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (marital rape) เป็นความผิดอาญาโดยมิได้มุ่งเน้นไปที่การกระทำความรุนแรงทางเพศระหว่างคนเพศเดียวกัน (ดังนั้น จึงไม่มีประเด็นว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างคนเพศเดียวกันเป็นเพศสัมพันธ์หรือไม่) การเคลื่อนไหวของกลุ่มเครือข่ายสตรีนิยมและแนวร่วมนี้กินเวลาทั้งสิ้นประมาณ 20 ปี โดยเป็นการเคลื่อนไหวอย่างเข้มข้นประมาณ 10 ปี ระหว่างปี พ.ศ. 2540-2550 และช่วงห้าปีหลัง พ.ศ. 2545-2550 เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา การเคลื่อนไหวนี้มีประเด็นหลักคือ การผลักดันให้กฎหมายตระหนักรู้ว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา และมีประเด็นรองคือ การตระหนักรู้ว่าการข่มขืนกระทำชำเรากระทำโดยและเกิดขึ้นกับบุคคลใดก็ได้โดยไม่จำกัดเพศ[17]

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2550

ข้อเสนอของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในประเด็นความผิดเกี่ยวกับเพศถูกเสนอไปยังสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ชุดที่ดำเนินการระหว่างปี พ.ศ. 2549-2551[18] เพื่อพิจารณาในปี พ.ศ. 2549 โดยมีร่างพระราชบัญญัติสองฉบับ ได้แก่ ฉบับที่เสนอโดยรัฐบาลและฉบับที่เสนอโดยบวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ ทั้งนี้ เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับวางอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน[19] คือ การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศและไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (ซึ่งกรณีหลักการ

---

[15] กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” 93-94.

[16] เรื่องเดียวกัน.

[17] ดูเพิ่มเติมใน ปรีชญาภรณ์ จันทร์รักษ์, “กระบวนการขับเคลื่อนของสังคมต่อการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กับการสร้างวาทกรรมเรื่องสิทธิเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง”.

[18] กลุ่มบุคคลที่ทำการแทนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา หลังการรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2549 ด้วยอำนาจของมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549.

[19] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 21/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

ไม่เลือกปฏิบัติ มีขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก โดยบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันมีในรัฐธรรมนูญแหงราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ด้วย)

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งมีเนื้อหาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ และได้รับการตรวจพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นเรื่องเสร็จที่ 4/2550 ถูกเสนอพร้อมกับกฎหมายอีก 12 ฉบับ ที่เสนอโดยบวรศักดิ์และคณะ ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 12/2549 เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2549[20] ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติฯ เสนอให้การข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้กับทุกเพศแต่ยังคงไม่ตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (หมายความว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่มิใช่สามีหรือภรรยาของตนเอง)[21] โดยมุ่งแก้ไขประเด็นนี้ในบทบัญญัติสองมาตรา คือ มาตรา 276 (การข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปี) และมาตรา 277 (การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี) และมีการเสนอปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยผู้ที่เอาเปรียบผู้ขายบริการทางเพศด้วย ทั้งนี้ มาตรา 276 และมาตรา 277 ในส่วนองค์ประกอบของความผิดที่ถูกเสนอให้แก้ไข เป็นดังนี้[22]

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ . . .

มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ . . .

ในการประชุมครั้งนี้ คณะรัฐมนตรีขอรับไปพิจารณาก่อนว่าจะอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติทั้ง 12 ฉบับ หรือไม่ และสนช.เห็นชอบด้วยมติ 122 ต่อ 5 คะแนน[23]

ต่อมาในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 3/2550 เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2550[24] สนช.ได้พิจารณาว่าจะรับหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ หรือไม่ โดยมีสมาชิกสนช.

---

[20] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 12/2549.

[21] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 12/2549: 9/1-10/1.

[22] มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ในตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญากับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 4/2550.

[23] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 12/2549: 14/1.

[24] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550.

Ref. code: 25645924030033WEF

จำนวนหนึ่งแสดงความคิดเห็นในเบื้องต้นเพื่อที่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างต่อไป[25] ทั้งนี้ หลักการที่พิจารณาในการประชุมครั้งนี้เป็นดังนี้[26]

หลักการ

แกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ดังตอไปนี้

(1) แกไขเพิ่มเติมใหการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิด

(2) แกไขเพิ่มเติมใหการดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งคาประเวณีไม่วาชายหรือหญิงเป็นความผิด

เหตุผล

โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแหงราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติ มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตอบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้

สนช.ได้รับหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับของรัฐบาล ด้วยมติ 107 ต่อ 2 คะแนน และรับหลักการฉบับของบวรศักดิ์ และคณะ ด้วยมติ 106 ต่อ 2 คะแนน ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติฯ จะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมาธิการชุดเดียวกับที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย (กรณีประเด็นความเท่าเทียมเกี่ยวกับการสมรส) ต่อไป โดยใช้ร่างพระราชบัญญัติฯ ของรัฐบาลเป็นหลัก[27]

ต่อมาในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2550[28] สนช.ได้มีการแปรญัตติร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ได้รับการพิจารณาและปรับปรุงจากคณะกรรมาธิการ และอนุมัติร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วยมติ 118 ต่อ 5 คะแนน

---

[25] การศึกษาจะสรุปประเด็นนี้หลังจากได้กล่าวถึงความคืบหน้าของการเสนอต่อสนช.เรียบร้อยแล้ว

[26] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 20/4-20/5.

[27] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 33/1.

[28] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมาธิการได้มีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราแล้ว อย่างไรก็ตาม นิยามของการกระทำชำเรายังใช้คำว่า “สอดใส่เข้าไป” โดยนิยามดังกล่าวได้รับการปรับเปลี่ยนในชั้นการพิจารณาของสนช. ดังที่จะกล่าวต่อไป

ในที่สุด พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ก็ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 19 กันยายน 2550 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป[29]

ในการอภิปรายไม่ว่าจะเป็นในชั้นรับหลักการ (การประชุมสนช. ครั้งที่ 3/2550) หรือการอนุมัติร่างพระราชบัญญัติฯ ให้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย (การประชุมสนช. ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ) สามารถสรุปประเด็นสำคัญที่เกี่ยวกับการทำความเข้าใจทัศนคติต่อภาวะข้ามเพศได้เป็นสองประเด็น ได้แก่ ประเด็นว่าด้วยเพศที่จะเป็นผู้กระทำหรือถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ และประเด็นว่าด้วยนิยามของการกระทำชำเรา ตามรายละเอียดดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ การศึกษามิได้ทบทวนประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญที่สุดในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ เนื่องจากไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นศึกษาของการศึกษาฉบับนี้

ในกรณีประเด็นว่าด้วยเพศที่จะเป็นผู้กระทำหรือถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ เนื้อหาของการอภิปรายเน้นหนักไปที่คำถามต่อความเป็นไปได้ของการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยผู้หญิงต่อผู้ชาย[30] โดยมีประเด็นเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราโดยเพศเดียวกันไม่มากนัก ทั้งนี้ ผู้อภิปรายจำนวนหนึ่งไม่สนับสนุนด้วยเหตุผลต่างๆ อาทิ ความเห็นว่า เมื่อกรณีการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยหญิงต่อชายเกิดขึ้นน้อย จึงทำให้เกิดความสงสัยต่อความจำเป็นในการตรากฎหมายหรือความอับอายต่อกฎหมายที่ตราขึ้น[31] กฎหมายที่เปิดให้ทั้งชายและหญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้จะกลายเป็นเครื่องมือของผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ชายในการใช้เพื่ออ้างว่าผู้หญิงเป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราตน[32]

---

[29] มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

[30] อภิปรายโดยพลตำรวจเอก อิสระพันธ สนิทวงศ ณ อยุธยา. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 25/1.

[31] อภิปรายโดยคุณหญิงนันทกา สุประภาตะนันทน์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 11/1; พลตำรวจเอก อิสระพันธ สนิทวงศ ณ อยุธยา เสนอความคิดเห็นในทำนองเดียวกันว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อวัยวะเพศหญิงทำร้ายผู้อื่นได้ก่อให้เกิดความอับอายแก่หญิงหรือกระทั่งเป็นการลบหลู่หญิง. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 3/1-4/1.

[32] อภิปรายโดยตวง อันทะไชย. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 12/1-12/2; อภิปรายโดยวัลลภ ตังคณานุรักษ์. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 15/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

การไม่สนับสนุนของสมาชิกบางรายในการคุ้มครองชายให้เท่าเทียมกับหญิงในกรณีของการข่มขืนกระทำชำเรา (ทั้งกรณีของการคุ้มครองชายโดยการกระทำของหญิง และการคุ้มครองบุคคลเพศเดียวกันจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วแต่ความคิดเห็น) มีเนื้อหาคาบเกี่ยวกับปัญหารากฐานของการกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศด้วย (ไม่ว่าผู้อภิปรายจะรู้ตัวหรือไม่) เช่น พลตำรวจเอกอิสระพันธ สนิทวงศ ณ อยุธยา ไม่เห็นด้วยกับการคุ้มครองทั้งสองเพศจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างเท่าเทียมกัน เนื่องจาก 1) การข่มขืนกระทำชำเราคือ “การบังคับร่วมเพศ” และการร่วมเพศคือการกระทำระหว่างชายและหญิงเท่านั้น และ 2) เมื่อจำกัดเพียงการกระทำระหว่างชายกับหญิงประเด็นต่อมาคือสาระสำคัญของการทำร้ายทางเพศ ซึ่งอิสระพันธ์เห็นว่า “อวัยวะ” ของผู้กระทำเป็นสาระสำคัญของการข่มขืนกระทำชำเรา โดยอวัยวะเพศชายสามารถทำร้ายในทางเพศต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ ในขณะที่อวัยวะเพศหญิงไม่สามารถทำได้[33]

ในกรณีประเด็นว่าด้วยนิยามของการกระทำชำเรา เดิมร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอต่อสนช.ในชั้นรับหลักการ ไม่มีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ โดยข้อสังเกตให้มีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราตั้งขึ้นโดยคุณหญิงนันทกา สุประภาตะนันทน์ ในการประชุมสนช. ครั้งที่ 3/2550[34] และได้รับการสนับสนุน รวมถึงตั้งข้อสังเกตต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลเพศสรีระเดียวกันในการประชุมครั้งเดียวกันโดยพูลศักดิ์ อยู่ประเสริฐ[35] นอกจากนี้ สมาชิกสนช.บางคนยังกล่าวถึงการกระทำความผิดทางเพศในลักษณะของ “ความเจ็บปวดทางเพศ” โดยไม่คำนึงถึงอวัยวะเพศ แทนที่การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศที่วางอยู่บนฐานอวัยวะเพศด้วย (ตั้งข้อสังเกตโดยพรเพชร วิชิตชลชัย)[36]

ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ผ่านการพิจารณาโดยคณะกรรมาธิการได้เพิ่มคำนิยามของการกระทำชำเราและจะทำให้มีคำนิยามดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาเป็นครั้งแรก โดยมีคำนิยาม คือ “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำสอดเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

ในการประชุมสนช.เพื่อพิจารณาเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติฯ ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยคณะกรรมาธิการ ประเด็นเกี่ยวกับนิยามของการกระทำชำเราเน้นหนักไปที่ข้อสงสัยเกี่ยวกับ

---

[33] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 2/1-2/2.

[34] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 22/1-22/2; และกล่าวถึงในเชิงสนับสนุนโดยสมาชิกคนอื่น เช่น สมชาย แสวงการ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 32/1.

[35] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 27/1.

[36] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 3/2550: 27/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการบังคับกระทำความรุนแรงทางเพศโดยหญิงต่อชายตามที่ทบทวนไปแล้วก่อนหน้านี้ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นข้อสงสัยต่อความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการกระทำโดยบุคคลเพศเดียวกันที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ พอจะสรุปได้ว่า สมาชิกจำนวนหนึ่งเห็นว่า การใช้สิ่งอื่นใดสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักไม่ใช่การกระทำชำเรา แต่เป็นการทำร้ายร่างกาย[37] และอีกจำนวนหนึ่งกล่าวว่า การกระทำความรุนแรงทางเพศระหว่างเพศเดียวกัน (มักยกตัวอย่างเพศชายกับเพศชายตามเพศทางสรีระโดยกำเนิด) มีกฎหมายที่คุ้มครองอยู่แล้ว คือ กฎหมายว่าด้วยการกระทำอนาจาร (มาตรา 278) เนื่องจากเพศมีเพียงสองเพศคือเพศชายกับเพศหญิง[38]

หลังผ่านการแปรญัตติในประเด็นเหล่านี้ไประยะหนึ่ง ประธานสนช.ได้ตั้งข้อสังเกตถึงความชัดเจนและขอบเขตการตีความองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและคำนิยามของการกระทำชำเราในร่างพระราชบัญญัติฯ

> ผมหารือกรรมาธิการนิดหนึ่งวา ในวรรคหนึ่ง มาตรา 276 นี่มีความประสงคอย่างนี้ใชไหมครับวา ชายขมขืนหญิงก็ไม่ได้ ชายขมขืนชายก็ไม่ได้ หญิงข่มขืนชายก็ไม่ได้ ข่มขืนหญิงก็ไม่ได้ แต่พอเขียนคำนิยามแลวนี่จะใช้ได้กับกรณีอื่น แต่ใชไม่ได้กับหญิงข่มขืนชายและหญิงข่มขืนหญิง ลองอ่านคำนิยามเถอะครบไม่มีทางที่หญิงจะกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดตามคำนิยามนั้นกับชายได้เลย ยกเว้นจับผู้ชายมาขึงพืดแลวก็เอาไม้แหยเขาไปในทวารหนัก กรณีอื่นทำไมได้เลย เพราะต่องใชอวัยวะเพศของผู้กระทำสอดเขาไปในอวัยวะเพศของคนถูกกระทำ ฉะนั้นผู้หญิงจึงข่มขืนผู้ชายไม่ได้ และผู้หญิงก็ข่มขืนผู้หญิงไม่ได้ เพราะไม่มีอะไรจะสอดเขาไป ถาตั้งใจอย่างนั้นก็แลวไป เชิญครับ[39]

ในการนี้ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ด้วย ยืนยันว่าหญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราชายได้ โดยอ้างกฎหมายของประเทศต่างๆ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศอังกฤษ (อ้างเพียงชื่อประเทศโดยไม่ได้อ้างบทบัญญัติ) และเน้นไปที่การให้เหตุผลบนฐานที่การกระทำชำเราต้องมีการสอดใส่ กล่าวคือ หญิงสามารถใช้สิ่งอื่นใดที่มิใช่อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นได้

---

[37] อภิปรายโดยพลตำรวจเอก อิสระพันธ สนิทวงศ ณ อยุธยา. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 2/2-3/1. ทั้งนี้ สมาชิกสนช.คนดังกล่าวแสดงความเห็นในทำนองความลักลั่นในเชิงกฎหมายอาญา คือ เป็นการกระทำกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ได้แก่ การทำร้ายร่างกายและการข่มขืนกระทำชำเรา โดยการทำร้ายร่างกายเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ แต่การข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปี ในขณะนั้นเป็นความผิดที่ยอมความได้

[38] อภิปรายโดยพลตำรวจเอก อิสระพันธ สนิทวงศ ณ อยุธยา. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 4/1.

[39] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 9/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

และหญิงสามารถใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นได้ด้วย แม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม[40]

หลังการให้ความเห็นของสมาชิกสนช.อีกคนหนึ่ง (ซึ่งไม่ได้มุ่งไปที่ประเด็นวิธีการกระทำชำเราโดยเฉพาะ) ประธานสนช.ได้ถามย้ำในประเด็นนิยามของการกระทำชำเราอีกครั้งว่า ผู้ที่จะลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นเพศใดได้บ้าง โดยแม้องค์ประกอบส่วนผู้กระทำจะใช้คำว่า "ผู้ใด" แต่องค์ประกอบส่วนการกระทำใช้คำว่า "สอดใส่" ซึ่งทำให้โดยสภาพแล้วผู้หญิงไม่สามารถใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศชายได้ คงมีแต่กรณีที่หญิงใช้สิ่งอื่นใดที่มิใช่อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของเพศใดก็ได้เท่านั้น[41]

> คือรวมความวาถ้าผู้หญิงขมขืนผู้ชายด้วยวิธีการปกติธรรมชาติ จะไม่เป็นข่มขืนตามกฎหมายนี้ ไม่เป็น เพราะวาใชอวัยวะเพศของผู้กระทำสอดเขาไปในอวัยวะเพศของคนถูกกระทำ ไม่ได้สอดเขาไปในอวัยวะเพศของคนถูกกระทำนะ ในภาษาอังกฤษที่นิยามเขาจะใชสองข้างคอนแทรคบีทวีนเดอะเพนิสแอนดเดอะวาจินา (Contract between the penis and the vagina) คือข้างใดข้างหนึ่งได้ทั้งคูแต่ของเราได้ข้างเดียวนะ เพราะว่าผู้หญิงไม่สามารถจะสอดเขาไปในอวัยวะเพศของผู้ชายได้เพราะฉะนั้นต้องเข้าใจใหดี จะได้ตรงกัน เชิญครับ

บวรศักดิ์จึงให้ความเห็นในเชิงยืนยันว่า ผู้หญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายได้และมิใช่เฉพาะกรณีการใช้สิ่งอื่นใดที่มิใช่อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของเพศใดก็ได้เท่านั้น แต่รวมถึงการที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะที่กำหนดของผู้อื่นด้วย (เช่น การใช้อวัยวะเพศหญิงผ่านเข้าไปในช่องปากของผู้อื่น แม้จะเพียงเล็กน้อย) และเสนอให้ตัดคำว่า "สอด" ออกจาก "สอดเข้าไปใน" นิยามจึงจะกลายเป็น "โดยใชอวัยวะเพศของผู้กระทำเขาไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น . . ."[42] อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวก็ถูกติงว่ายังไม่เป็นไปในทิศทางที่เสนอ บวรศักดิ์จึงเสนอให้ใช้คำว่า "กระทำกับ" แทน

> กราบเรียนท่านประธานฯ ครับ ถากระผมขออนุญาตเปลี่ยนแปลงถ้อยคำ โดยตัดคำว่า "สอดเขาไปใน" เป็น "การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น" แลวก็ถ้อยคำหลังคำวา "หรือ" ก็แกใหสอดคล้อง "หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็นาจะครอบคลุม[43]

---

[40] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 9/1-9/2.

[41] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 10/1.

[42] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 10/1.

[43] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 11/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ เมื่อไม่มีผู้ใดคัดค้าน นอกจากการสอบถามและตั้งข้อสังเกตว่าควรใช้คำว่า “กระทำกับ” หรือ “กระทำต่อ”[44] คำนิยามของ “การกระทำชำเรา” ซึ่งเป็นคำนิยามที่สำคัญขององค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงได้รับการแก้ไขในชั้นสนช. ด้วยมติ 118 ต่อ 5 คะแนน และบัญญัติเป็นกฎหมายใช้บังคับเป็นระยะเวลาประมาณ 12 ปี ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562

รายงานการประชุมในประเด็นนี้กินพื้นที่เพียง 5 หน้ากระดาษ (โดยมีประเด็นอื่นปะปนเข้ามาด้วย) และไม่มีเหตุผลอื่นใดมากกว่านี้[45]

กล่าวโดยสรุป สำหรับการพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งนี้

1) การแก้ไขเพิ่มเติมให้กฎหมายอาญาตระหนักรู้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้กับทุกเพศ (อันแสดงนัยของการตระหนักรู้การร่วมเพศที่มากกว่าการร่วมเพศในกรอบชายหญิง) ได้รับการเสนอทั้งในร่างของบวรศักดิ์และร่างของรัฐบาลก่อนที่จะเสนอสนช.เพื่อพิจารณา

2) เมื่อสนช.รับหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ คณะกรรมาธิการได้ปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติฯ โดยประเด็นสำคัญที่ได้รับการปรับปรุงและส่งกลับไปที่สนช. คือ การทำให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญา และการเพิ่มนิยามของการกระทำชำเราไปในประมวลกฎหมายอาญา

3) นิยามของการกระทำชำเราส่วนการกระทำที่ใช้คำว่า “กระทำกับ” เพิ่งได้รับการแก้ไขในชั้นสนช.เมื่อพิจารณาอนุมัติให้ตราร่างพระราชบัญญัติฯ ขึ้นเป็นพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับได้ โดยเหตุผลสำคัญเน้นหนักไปที่การอภิปรายในประเด็นที่ว่าผู้หญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้ชาย (และเพศหญิงด้วยกัน) ได้หรือไม่ และอวัยวะเพศหญิงสามารถ “สอดใส่” เข้าไปในอวัยวะที่กำหนดได้หรือไม่

(3) ปฏิกิริยาหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2550

หลังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในประเด็นดังกล่าวในปี พ.ศ.2550 นักกฎหมายจำนวนมากวิพากษ์การแก้ไขเพิ่มเติม โดยแบ่งได้เป็นสองประเด็นหลัก คือ 1) ประเด็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายอาญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความคลุมเครือขององค์ประกอบของความผิด)

---

[44] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 11/1-12/1.

[45] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ: 9/1-11/1.

Ref. code: 25645924030033WEF

และ 2) ประเด็นเกี่ยวกับการให้ความหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นประเด็น "วัฒนธรรมกฎหมาย (legal culture)"[46]

ในประเด็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายอาญา ข้อวิพากษ์โดยหลักที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ รวมถึง

1) ประเด็นความคลุมเครือของคำว่า "กระทำกับ" ในนิยามของการกระทำชำเราซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ถ้อยคำขององค์ประกอบของความผิดในส่วนของการกระทำ ซึ่งใช้คำว่า "กระทำกับ" มีความไม่ชัดเจน และเมื่อตีความคำดังกล่าวตามตัวอักษร จึงเกิดเส้นแบ่งที่ไม่ชัดเจนระหว่างการพยายามข่มขืนกระทำชำเรากับการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ/การกระทำอนาจาร เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสอวัยวะเพศของผู้อื่น หากใช้กฎหมายอาญาที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550 โดยตีความตามตัวอักษร การกระทำนี้จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องมีการล่วงล้ำ/สอดใส่ ในขณะที่ภายใต้กฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม การกระทำนี้จะเป็นเพียงการข่มขืนกระทำชำเราในขั้นพยายามหรือการกระทำอนาจารที่เป็นความผิดสำเร็จ (ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำ) นอกจากนี้ นักวิชาการบางคน เช่น คณิต ณ นคร เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว "เกินพอดี" และ "มีความวิปริตอย่างมากจนยากที่จะเข้าใจได้ในทางภาษา และทำให้ไม่อาจแยกแยะระหว่าง 'การกระทำชำเรา' กับ 'การกระทำอนาจาร' ได้"[47]

2) การกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศแต่ละการกระทำที่เป็นความผิดอาญาภายใต้ร่ม "การกระทำชำเรา" ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละการกระทำ (เช่น การกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราโดยชายต่อหญิง และ/หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่น และ/หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเพศเดียวกันเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน) มีความรุนแรงไม่เท่ากันและก่อให้เกิดผลเสียต่างกัน จึงไม่สมควรอยู่เป็นความผิดฐานเดียวกันและ/หรือมีระวางโทษเท่ากัน

ตัวอย่างเช่น กฎหมายสมควรคุ้มครองหญิง (และเด็ก) จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมากกว่าชายเนื่องจากการกระทำความรุนแรงทางเพศมีแนวโน้มเกิดกับหญิง

---

[46] Tanarat Mangkud, "Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development," *International Journal for the Semiotics of Law* (2021): sections 2.2 and 4.1, https://doi.org/10.1007/s11196-020-09809-3.

[47] คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 518.

Ref. code: 25645924030033WEF

(และเด็ก) ได้มากกว่า[48] และผลกระทบที่ตามมา อาทิ ผลกระทบทางสังคม มักตกอยู่กับหญิง[49] การที่หญิงจะเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแทบไม่เกิดขึ้น[50] การที่องค์ประกอบของความผิดทำให้หญิงเป็นผู้ลงมือกระทำได้อาจทำให้เกิดการใช้ประโยชน์ในทางต่อสู้โดยชาย (อาทิ การให้การว่าตนถูกหญิงข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ใช่ตนเป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิง)[51] การข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงมีความรุนแรงมากกว่าการกระทำต่อชาย และก่อให้เกิดผลเสียอื่นตามมา เช่น การตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์[52] ด้วยเหตุนี้ การทำให้ชายและหญิงสามารถเป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นจึงไม่ใช่การคุ้มครองเพศชายและเพศหญิงภายใต้หลักความเสมอภาค เนื่องจากการกำหนดกฎหมายเหมือนกันสำหรับลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่แตกต่างกันขัดต่อหลักความเสมอภาค[53]

3) ประเด็นว่าด้วย "หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)"

หากตีความว่า "การกระทำกับ" คือ การสัมผัส (sexually touching) การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปราศจากการล่วงล้ำ/สอดใส่ (non-penetrative sexual offence) ซึ่งมีแนวโน้มมีความรุนแรงต่ำกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการล่วงล้ำ/สอดใส่ (penetrative sexual offence) จะอยู่ภายใต้ฐานความผิดเดียวกันและไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับกรณีความไม่ยุติธรรมที่มีการกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการล่วงล้ำ/สอดใส่โดยอวัยวะเพศชาย (penile penetration) และการกระทำ

---

[48] แม้ไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงแต่ก็เป็นการให้ความเห็นในภาพรวม ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะเทือนอารมณ์ !!," *มติชนรายวัน*, 26 กรกฎาคม 2550 คัดลอกเนื้อข่าว โดย hanayo_boyz, "หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะเทือนอารมณ์ !!," Bloggang, 21 สิงหาคม 2550, https://www.bloggang.com/m/viewdiary.php?id=legal&month=08-2007&date=21&group=1&gblog=80.

[49] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง," *วารสารนิติศาสตร์* 39, ฉ. 3 (กันยายน 2553): 696.

[50] ปรินดา เวทพิสัย, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ" (สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), 77.

[51] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง," 895.

[52] เรื่องเดียวกัน, 697; ปรินดา เวทพิสัย, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ" 77; รณกรณ์ บุญมี, "พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553," 169.

[53] ศิวดี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), 92-94.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการล่วงล้ำ/สอดใส่โดยสิ่งอื่นหรืออวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศชาย (non-penile penetration) อยู่ภายใต้ชื่อเดียวกันด้วย (โดยเห็นว่าการล่วงล้ำ/สอดใส่โดยอวัยวะเพศชายมีความรุนแรงมากกว่า)[54]

ในประเด็นเกี่ยวกับการให้ความหมายสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ข้อวิพากษ์โดยหลักที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ รวมถึง

1) การใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งได้แก่ "การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตตะวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่"[55]

2) การใช้วัตถุอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นมิใช่การกระทำชำเราตามธรรมชาติ การกระทำเหล่านี้จึงไม่สมควรเป็นความหมายของการกระทำชำเรา[56]

นอกจากนี้ ภายใต้บรรยากาศที่ยังไม่ตื่นตัวมากนักของสังคมเกี่ยวกับทัศนคติและความเข้าใจประเด็นความหลากหลายทางเพศ การวิพากษ์จำนวนหนึ่งมีน้ำเสียงออกไปในทางขบขันหรือเสียดสี เช่น ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ วิพากษ์การกำหนดให้ผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นชายได้ด้วย ด้วยถ้อยคำ อาทิ "พวกชอบไม้ป่าเดียวกันก็ถูกชำเราได้ทั้งๆ ที่ไม่อาจจะท้องได้เชนเดียวกับหญิง แต่เหมาเอาวา เสียหายเทาหญิง ..... เทากับลดความเป็นหญิงมาเทียบเท่า ตุด !!!"[57]

---

[54] Tanarat Mangkud, "Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development,".

[55] คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด*, 519.

[56] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "แพทย์ทำแท้งได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย !!!," *วารสารธรรมศาสตร์* 39, ฉ. 4 (ธันวาคม 2553): 895. ทั้งนี้ แม้เนื้อหาที่อ้างอิงจะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าผู้เขียนเห็นว่าการกระทำใดในนิยามของการกระทำชำเราหลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 ถือว่าผิดธรรมชาติ แต่น่าจะเป็นการกล่าวรวมๆ ถึงกรณีการกระทำชำเราตามคำนิยามที่นอกเหนือไปจากการกระทำชำเราที่ใช้อวัยวะเพศชายและอวัยวะเพศหญิง

[57] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง," 697. นอกจากนี้ในบทความกึ่งวิชาการเดียวกัน (ซึ่งได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารวิชาการทางกฎหมาย) ทวีเกียรติมองว่ากฎหมายอาญาว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราสมควรคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงและจำกัดเฉพาะการกระทำโดยอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น อีกทั้ง ทวีเกียรติไม่เห็นด้วยกับการผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออ้างฐานความเท่าเทียมระหว่างเพศ) และมีการใช้คำที่แสดงถึงทัศนคติทางลบต่อการเปลี่ยนแปลงในประเด็นเกี่ยวกับเพศ อาทิ "เป็นอีกกฎหมายหนึ่งที่ผู้หญิงควรรู้เอาไว้ ว่าตนเองกำลังเสียเปรียบผู้ชายมากขึ้นไปอีกด้วยการกระทำอันไร้วิสัยทัศนของกลุ่มสตรีที่มีอิทธิพลแต่ไร้สมอง" (หน้า 695)

Ref. code: 25645924030033WEF

นักวิชาการนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันไปในกรณีของนิยามของการกระทำชำเราหลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 นักวิชาการจำนวนหนึ่ง เช่น เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ตีความกฎหมายโดยพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติโดยตรง (เนื่องจากยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกา) ว่า เมื่อ "การกระทำกับ" เป็นนิยามของการกระทำชำเรา การกระทำทางเพศที่เป็นการสัมผัสจึงนำไปสู่การกระทำที่ผิดกฎหมายได้[58] ในขณะที่นักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งเห็นไปในทางตรงกันข้าม อาทิ รณกรณ์ บุญมี หลังจากพิจารณาความเป็นไปได้ของการกระทำชำเราโดยใช้คำว่า "กระทำกับ" ซึ่งรวมการกระทำแบบสัมผัสด้วยแล้ว เห็นว่า การกระทำชำเราสมควรจำกัดเพียงการกระทำที่มีการสอดใส่ (เช่น การใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ไปในอวัยวะเพศหญิง ฯลฯ) หรือสวมทับ (เช่น การนำอวัยวะเพศหญิงครอบอวัยวะเพศชาย) เท่านั้น เนื่องจากเป็นการกระทำที่รุนแรงกว่าการสัมผัสและก่อความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำมากกว่า ซึ่งสอดคล้องกับรากฐานความคิดของกฎหมายอาญา[59] ทั้งนี้ ในเวลาต่อมานักวิชาการที่ตีความอย่างกว้างที่เห็นว่าการสัมผัสเป็นการกระทำชำเราตามคำนิยามนี้ เช่น เกียรติขจร ก็เปลี่ยนแนวทางการตีความเมื่อศาลฎีกามีคำพิพากษาไปในแนวทางที่ต้องมีการล่วงล้ำ/สอดใส่[60]

ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 ดังกล่าว ในกรณีวิธีการกระทำชำเรา ศาลได้ตีความไปในทำนองเดียวกับข้อวิพากษ์ข้างต้นว่า แม้บทบัญญัติจะใช้คำว่า "กระทำกับ" แต่การข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จจะต้องมีการล่วงล้ำ คำนิยามที่เพิ่มเติมไปเป็นเพียงการขยายสิ่งที่ใช้กระทำและถูกกระทำในการกระทำชำเราเท่านั้น[61] และได้รับการยืนยัน

และ "ผมจะไล่ปล้ำพวก woman lib. ทั้งหลาย ให้อับอาย จนไม่มีโอกาสมาแก้กฎหมายเกี่ยวกับเพศจนยับเยินเช่นนี้" (หน้า 699). ทั้งนี้ ปรากฏการณ์นี้เป็นปรากฏการณ์ที่น่าสนใจ เนื่องจากข้อความเหล่านี้ที่เขียนในปี พ.ศ. 2553 เป็นกระแสในอินเทอร์เน็ตและมีการรับรู้ในวงกว้างในเดือนพฤศจิกายน 2564 หลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ที่วินิจฉัยว่าการสมรสที่ทำได้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งทวีเกียรติเป็นหนึ่งในตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะ.

[58] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, 437; Ronnakorn Bunmee, "Examining Elements of Rape Offences in Thailand," 203.

[59] รณกรณ์ บุญมี, "พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553," 169-171.

[60] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, 437; วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, "ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ," *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 1 (มีนาคม 2562): 120; Ronnakorn Bunmee, "Examining Elements of Rape Offences in Thailand," 206.

[61] "ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกัน". คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 (ศาลฎีกา 2555). ดูเพิ่มเติมใน *พนักงานอัยการจังหวัดสีคิ้ว กับ นายสวัสดิ์*

Ref. code: 25645924030033WEF

จากคำพิพากษาอื่นๆ อาทิ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557 ที่เห็นว่า การกระทำชำเรา (คำพิพากษานี้หมายถึงมาตรา 277) หมายถึงการร่วมประเวณีซึ่งจำเป็นต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศ และไม่เช่นนั้น การใช้อวัยวะเพศ (หรือสิ่งอื่น) สัมผัสกับอวัยวะที่กำหนดไว้ก็จะกลายเป็นการกระทำชำเราไปเสียหมด[62]

นอกจากนี้ นักวิชาการจำนวนหนึ่งใช้เหตุผลอื่นๆ มาพิจารณาการตีความนิยามของการกระทำชำเราที่ไม่ชัดเจนนี้และสอดคล้องกับแนวทางการตีความของศาล ยกตัวอย่างเช่น ปกป้อง ศรีสนิท นำกรอบคิดทางเศรษฐศาสตร์ “การยับยั้งส่วนเพิ่ม (marginal deterrence)” มาใช้ตีความว่า “การกระทำกับ” สมควรหมายถึง “การล่วงล้ำ/สอดใส่” เท่านั้น ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสังคม หากกำหนดให้ “การกระทำกับ” มีความหมายจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำ/สอดใส่ บุคคลที่ลงมือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในขั้นการสัมผัส (เช่น ใช้อวัยวะเพศถูไถอวัยวะเพศของผู้อื่น) ก็จะคิดคำนวณเพื่อไม่ให้ตนเองมีต้นทุนในความรับผิดเพิ่มขึ้นและมีแนวโน้มที่จะหยุดการกระทำความผิดไว้ในขั้นตอนนั้น เนื่องจากจะมีความผิดเพียงฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่การพิสูจน์องค์ประกอบภายใน และเป็นผลดีกับผู้ถูกกระทำมากกว่า ในทางกลับกัน หากตีความว่า “การกระทำกับ” คือการสัมผัส ผู้กระทำซึ่งเริ่มใช้อวัยวะเพศสัมผัสอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำไปแล้ว เมื่อผู้กระทำพิจารณาประโยชน์ของตนและพบว่าไม่ว่าจะใช้อวัยวะเพศสัมผัสหรือล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศของผู้อื่นก็มีความผิดและรับโทษในลักษณะเดียวกันอยู่ดี ผู้กระทำก็มีแนวโน้มน้อยกว่าที่จะหยุดกระทำ และส่งผลเสียต่อผู้ถูกกระทำมากกว่า[63]

(4) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2562

จากความคลุมเครือ (ในมุมมองของผู้ใช้กฎหมายอาญา) ดังกล่าว จึงมีแนวคิดปรับปรุงกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีการรวบรวมความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องตามขั้นตอนที่กำหนด เปิดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนซึ่งสิ้นสุดเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561 และผ่านการอนุมัติจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ชุดที่ตั้งขึ้นโดยคณะรัฐประหารที่เรียกตนเองว่า “คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.)” ซึ่งยึดอำนาจการปกครองเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557[64] ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2562 และถูกตราเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

เนยตะขบ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 (ศาลฎีกา 2555) และ *พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด กับ นายวิลเลียม เจอร์ราด น็อปเปียน กับพวก*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (ศาลฎีกา 2557).

[62] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557 (ศาลฎีกา 2557).

[63] ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 102-104.

[64] สนช.ชุดนี้ทำหน้าที่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2557 ถึงปี พ.ศ. 2562.

Ref. code: 25645924030033WEF

(ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาดังกล่าว[65] ทั้งนี้ ในชั้นของสนช. กระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่จัดทำร่างพระราชบัญญัติเสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อสนช.เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2561 สนช.รับหลักการในการประชุมสนช. ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 11 มกราคม 2562 โดยร่างพระราชบัญญัติฯ ที่ต่อสนช.มีสองฉบับ ได้แก่ ร่างที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี (โดยมีกระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำ) และร่างที่เสนอโดยสุวรรณี สิริเวชชะพันธ์ กับคณะ ทั้งนี้ สนช.มีมติรับหลักการของทั้งสองร่าง[66] แต่ใช้ร่างพระราชบัญญัติฯ ของคณะรัฐมนตรีเป็นหลัก[67] สนช.ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ในวันที่ 15 มกราคม 2562[68] และสนช.พิจารณาและอนุมัติร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวเป็นกฎหมายในการประชุมสนช. ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2562 (เป็นวาระที่เลื่อนพิจารณามาจากการประชุมสนช. ครั้งที่ 14/2562 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2562)

เอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มีสามชุด ได้แก่ 1) ร่างพระราชบัญญัติฯ พร้อมหลักการและเหตุผล และหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) จัดทำโดยกระทรวงยุติธรรม ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2560 โดยเอกสารทั้งหมดเสนอต่อสนช.โดยคณะรัฐมนตรี[69] 2) รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ

---

[65] มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

[66] ในกรณีร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี สนช.มีองค์ประชุม 129 คน มีมติรับหลักการ 128 ต่อ 0 คะแนน และงดออกเสียง 1 คะแนน และในกรณีร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยสุวรรณี สิริเวชชะพันธ์ กับคณะ สนช.มีองค์ประชุม 131 คน มีมติรับหลักการ 126 คน ไม่รับ 2 คน งดออกเสียง 2 คน และไม่ลงคะแนน 1 คน. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 134-135.

[67] ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยสุวรรณี สิริเวชชะพันธ์ กับคณะ มีเนื้อหาเน้นไปที่การปรับปรุงการคุ้มครองผู้หญิง เด็ก และผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำให้มากยิ่งขึ้น โดยไม่มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจในเชิงรากฐาน ดังนั้น การศึกษาฉบับนี้จึงเน้นไปที่การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ.

[68] ประกาศสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ลงวันที่ 15 มกราคม 2562.

[69] คณะรัฐมนตรี, บันทึกวิเคราะห์สรุป สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล

Ref. code: 25645924030033WEF

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่เสนอต่อสนช. ตามหนังสือลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2562[70] และ 3) รายงานการประชุมของสนช.ในการประชุมสนช. ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2562 และบันทึกการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกสนช. ในการประชุมสนช.ครั้งดังกล่าว

ในชั้นรับหลักการของสนช. หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีและสนช.มีมติรับหลักการ[71] เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ เป็นดังนี้[72]

หลักการ เป็นการแกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ดังตอไปนี้

1. เพิ่มบทนิยามคำวา “กระทำชำเรา” และแกไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนและสอดคลองกับลักษณะการกระทำตามธรรมชาติ ซึ่งเดิมความหมายของการกระทำชำเราจะมีอ้างอิงซ้ำกันในหลายมาตรา จึงนำมากำหนดเป็นคำนิยามในมาตรา 1 (18)

. . .

3. กำหนดให้การกระทำอนาจารโดยการลวงล้ำ ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นและเพิ่มอัตราโทษให้ได้สัดส่วนกัน โดยเพิ่มวรรคสองของมาตรา 278 และแกไขเพิ่มเติมมาตรา 277 และมาตรา 280 โดยเห็นวาลักษณะของการกระทำชำเราที่ไม่ใช่เป็นการกระทำตามธรรมชาติจะมีลักษณะความร้ายแรงเทียบเทากัน จึงกำหนดให้มีระวางโทษเทากับการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

. . .

เหตุผล โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำวา “กระทำชำเรา” ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคลองกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช

กฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสนอต่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561, 2561.

[70] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562).

[71] ร่างพระราชบัญญัติฯ ที่เสนอโดยสุวรรณี สิริเวชชะพันธ์ กับคณะ มีเนื้อหาเน้นไปที่การปรับปรุงการคุ้มครองผู้หญิง เด็ก และผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำให้มากยิ่งขึ้น โดยไม่มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจในเชิงรากฐาน จึงไม่ได้นำมาแสดงไว้ ตามเหตุผลในเชิงอรรถก่อนหน้านี้ที่กล่าวไว้แล้ว

[72] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 120-121.

Ref. code: 25645924030033WEF

กฎหมาย และเพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกกระทำทางเพศกลุ่มต่างๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำและผู้ซึ่งไม่สามารถปกปองตนเองได้ อีกทั้งเพื่อปองปรามมิให้มีการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบหรือรับประโยชน จากผู้ซึ่งค่าประเวณีหรือจากการคาประเวณี จึงจำเป็นตองตราพระราชบัญญัติแกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีทั้งหมด 15 มาตรา

ในแง่การอภิปรายในชั้นรับหลักการ มีการอภิปรายเล็กน้อยในประเด็นต่างๆ โดยไม่เกี่ยวข้องกับการประเด็นการจัดกลุ่มฐานความผิดเกี่ยวกับเพศอันเป็นประเด็นที่การศึกษานี้มุ่งสนใจ

ทั้งนี้ รายละเอียดของการแก้ไขเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ ได้แก่ ประเด็นการปรับปรุงนิยามของการกระทำชำเราในส่วนการกระทำ (จาก “กระทำกับ” เป็น “ล่วงล้ำ”) และย้ายตำแหน่งของคำนิยาม จากเดิมที่อยู่ในมาตราที่เป็นฐานความผิด (มาตรา 276 และ 277) ไปเป็นมาตราที่รวบรวมคำนิยามสำคัญที่ใช้ตลอดทั้งประมวลกฎหมาย (มาตรา 1) และประเด็นการนำการกระทำส่วนหนึ่งซึ่งเคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราด้วยผลของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2550 ไปเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์โดยมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา และปรับปรุงถ้อยคำให้ชัดเจนขึ้นด้วย ดังนี้

> มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (18) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
>
> “(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น
>
> . . .
>
> มาตรา 8 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
>
> “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”
>
> . . .

เมื่อพิจารณาเอกสารที่จัดทำประกอบการพิจารณาของสนช. (ทั้งร่างพระราชบัญญัติฯ พร้อมหลักการและเหตุผล และหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ที่เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยคณะรัฐมนตรีที่ใช้พิจารณาในชั้นรับหลักการ และรายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ใช้ในชั้นพิจารณาอนุมัติให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย) มีการให้เหตุผลกรณีการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลักเสียใหม่ ซึ่งแยกการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยการล่วงล้ำด้วยการใช้อวัยวะเพศชาย (penile penetration) และด้วยการใช้อวัยวะหรือสิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศ (non-penile penetration) ว่า

Ref. code: 25645924030033WEF

เป็นการปรับปรุงให้สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติอยู่หลายจุด (และเป็นเหตุผลที่ใช้ในเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติฯ ที่พิจารณา และหมายเหตุประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่ประกาศใช้บังคับแล้วด้วย) ทั้งนี้ โดยไม่มีการระบุว่าการกระทำชำเราตามธรรมชาติและไม่ตามธรรมชาติเป็นอย่างไร

นอกจากนี้ ในเอกสารดังกล่าว มีการนำกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส และอังกฤษ มาเปรียบเทียบด้วย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศอังกฤษ คือ การกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) เป็นการกระทำโดยการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเท่านั้น ส่วนการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำโดยการล่วงล้ำของอวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นๆ เป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยการล่วงล้ำ (assault by penetration) ซึ่งมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา และการการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำโดยการสัมผัสเป็นการล่วงละเมิดทางเพศธรรมดา (sexual assault)[73] โดยไม่มีการให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงต้องดำเนินตามแนวทางนี้ และไม่ดำเนินตามแนวทางของประเทศเยอรมนีหรือฝรั่งเศสที่ไม่ได้เน้นไปที่การล่วงล้ำ แต่เน้นไปที่ลักษณะทางเพศของการกระทำ (sexual nature of the commission)[74]

นอกจากนี้ ตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 3.1.3 ของบทที่ 3 ว่า ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 หรือการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 คำว่า “อวัยวะเพศ” เป็นคำที่ไม่มีบทนิยาม ซึ่งทำให้เกิดคำถามว่าอวัยวะเพศที่ผ่านการเปลี่ยนแปลงหรือทำขึ้นด้วยวิธีการทางการแพทย์เป็นอวัยวะเพศที่เป็นองค์ประกอบภายนอก (ทั้งส่วนผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ และขับเน้น “การไม่ปรากฏ” ของบุคคลข้ามเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศในระบบกฎหมายไทยด้วย สำหรับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 เป็นที่น่าสังเกตว่าหากการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้เป็นการดำเนินการตามแนวทางของกฎหมายอังกฤษจริง “การไม่ปรากฏ” ของบุคคลข้ามเพศนี้ก็ยิ่งชัดเจนขึ้น เนื่องจากพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Act 2003) ของอังกฤษ มีบทบัญญัติที่เป็นการตีความคำที่สื่อถึงร่างกายของ

---

[73] คณะรัฐมนตรี, บันทึกวิเคราะห์สรุป สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสนอต่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561, 2561, 5-7.

[74] นอกจากนี้ ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลัก (การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร) ในประเทศไทย หลังการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550 และก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2562 ใกล้เคียงกับประเทศแคนาดา และกฎหมายของประเทศแคนาดาจึงสมควรนำมาวิเคราะห์ประกอบด้วย. Tanarat Mangkud, “Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

บุคคลว่า "การกล่าวถึงส่วนของร่างกายรวมถึงการกล่าวถึงส่วนที่สร้างขึ้นโดยการศัลยกรรมด้วย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยการศัลยกรรมแปลงเพศ) (References to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular, through gender reassignment surgery).)"[75] แต่การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ไม่มีการพิจารณาการกำหนดคำนิยามหรือการตีความในลักษณะนี้ และไม่มีผลเป็นการเพิ่มเติมหลักการในทำนองเดียวกันนี้ไปในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

ต่อมา เมื่อมีการประชุมของสนช.เพื่อแปรญัตติและพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติฯ ในการประชุมสนช. ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2562 การอภิปรายสรุปได้ดังนี้

1) ไม่มีการอภิปรายเกี่ยวกับประเด็นความหลากหลายทางเพศ (การแยกการกระทำที่เคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราให้เป็นการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 18 (1) และการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ซึ่งมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 278 และ 279) เป็นการเฉพาะ โดยประเด็นสำคัญของการแปรญัตติ คือ

1.1) กรณีมาตรา 4 แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ซึ่งมุ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประเด็นการกำหนดให้การกระทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดทั้งที่ไม่มีจริงเป็นเหตุฉกรรจ์[76]

1.2) กรณีมาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ซึ่งมุ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ หนึ่ง การกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นความผิดที่ต้องรับโทษในราชอาณาจักร สอง การเปลี่ยนให้การกระทำที่เคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ (โปรดดูข้อ 2) ด้านล่างต่อไป) และสาม การนำหลักการที่ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุเกิน 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี สมรสกันได้ ออกไปจากมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[77]

2) ประเด็นที่เกี่ยวข้องในระดับหนึ่งกับประเด็นที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจ ได้แก่ การเปลี่ยนให้การกระทำที่เคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ โดยมีสองประเด็นย่อย คือ

---

[75] Section 79 (3) of the Sexual Offences Act 2003 of the United Kingdom.

[76] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ: 102-130.

[77] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ: 140-155.

Ref. code: 25645924030033WEF

2.1) การแยกการกระทำที่เคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราออกเป็นสองกลุ่ม (การกระทำหนึ่งอยู่ในมาตรา 1 (18) อีกการกระทำหนึ่งอยู่ในมาตรา 278 และ 279)[78] โดยคำตอบของกรรมาธิการวิสามัญ (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์) ได้ให้เหตุผลบนฐาน "ความเป็นธรรมชาติ" ของการกระทำทางเพศระหว่างอวัยวะเพศ ที่ทำให้เป็นการกระทำชำเรา (ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ออกมาก่อนหน้านั้น ตามคำกล่าวของสุรสิทธิ์) และ "ความไม่เป็นธรรมชาติ" ของการกระทำทางเพศแบบอื่น และย้ำให้เห็นถึงความไร้ปัญหาในแง่กฎหมายอาญาด้วยผลทางกฎหมาย (อัตราโทษ) ที่เท่ากันระหว่างการกระทำสองรูปแบบดังกล่าว[79]

2.2) ในกรณีของการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ การเปลี่ยนถ้อยคำเดิมจาก "สิ่งอื่นใด" เป็น "วัตถุ"[80] (ทั้งนี้ ในบทบัญญัติเดียวกัน ยังมี "อวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ" ด้วย) โดยพลเรือเอก ธราธร ผู้ตั้งคำถาม ตั้งข้อสังเกตว่า คำว่า "วัตถุ" นี้ จะรวมทั้งของแข็ง ของเหลว และแก๊สด้วยหรือไม่ โดยเห็นว่าถ้อยคำเดิมมีความหมายกว้างกว่า ทั้งนี้ กรรมาธิการวิสามัญ (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์) ได้ตอบสั้นๆ ว่า เป็นการปรับปรุงถ้อยคำให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยไม่ทำให้ความหมายเดิมเปลี่ยนไปแต่อย่างใด[81]

6.1.2.3 ข้ออภิปรายในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายที่เป็นประเด็นสำคัญในการวิเคราะห์ของการศึกษาฉบับนี้

ตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 6.1.2.2 การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญสองครั้งในระดับรากฐานความคิดของความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2550 และ 2562 (ในส่วนถัดๆ ไปของบทนี้ จะใช้แทนด้วยคำว่า "การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1" และ "การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2" ตามลำดับ) เป็นผลมาจากหลายสาเหตุและส่งผลให้ลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมแตกต่างกัน ซึ่งการศึกษาฉบับนี้แบ่งเป็นสาเหตุใหญ่ๆ สองประการ คือ 1) สาเหตุในเชิงกฎหมายอาญา และ 2) สาเหตุในเชิงสังคมวัฒนธรรมว่าด้วยกรอบคิดเกี่ยวกับเพศและการกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศ ส่วนนี้สรุปสาเหตุเหล่านี้ในภาพรวมอีกครั้ง ก่อนจะคัดเลือกมาเพียงบางสาเหตุที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ และแยกแยะข้ออภิปราย/กรอบคิดเบื้องหลังการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสองครั้งดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ต่อไป

---

[78] อภิปรายโดยพลเรือเอก ธราธร ขจิตสุวรรณ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 145.

[79] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 148-149.

[80] อภิปรายโดยพลเรือเอก ธราธร ขจิตสุวรรณ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 145.

[81] *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ: 154.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ แม้ประเด็นหลักของการศึกษาฉบับนี้ทั้งฉบับ คือ ประเด็นว่าด้วยเพศสถานะ (gender) ได้แก่ ภาวะข้ามเพศ อย่างไรก็ตาม ประเด็นว่าด้วยเพศวิถี (sexuality) (รวมถึงการกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศ) ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่สุดในกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศก็มีความสำคัญและไม่สามารถตัดออกไปจากการวิเคราะห์ได้ นอกจากนี้ เมื่อ "ภาวะข้ามเพศ" ไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ที่ไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศด้วย (กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บุคคลที่มิได้อยู่ภายใต้ร่มของภาวะตรงเพศ (cisgender)) และความสัมพันธ์เชิงเพศวิถีก็มีความสำคัญกับการใช้ชีวิตของคนกลุ่มนี้ อีกทั้ง ทั้งสองประเด็นนี้เคยถูกนำมาวินิจฉัยร่วมกันด้วยเมื่อพิจารณาจากประสบการณ์ในต่างประเทศ (เช่น กรณีการพิจารณาทางศาลในประเด็นภาวะข้ามเพศและการร่วมเพศ (แบบชายหญิง) ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามที่ทบทวนในส่วนที่ 4.2) ดังนั้น ทัศนคติของรัฐที่มีต่อความหมายของการมีเพศสัมพันธ์ (ว่าจะอยู่บนฐานทวิเพศหรือกว้างขวางกว่านั้น) จึงเป็นส่วนสำคัญของการศึกษาฉบับนี้ในการสร้างบทวิเคราะห์กฎหมายเพื่อแสดงให้เห็นถึงทัศนคติของรัฐไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562

(1) สาเหตุ/ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมระบบความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2550

1) การเปลี่ยนแปลงไปของความคิดในเรื่อง "ความเป็นเจ้าของประเวณี" ของคู่สมรส ซึ่งส่งผลให้การบังคับมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ (marital rape)

2) การเปลี่ยนแปลงไปของความคิดในเรื่องลักษณะของการกระทำความรุนแรงทางเพศที่สามารถเกิดขึ้นกับเพศใดก็ได้ ไม่ใช่เรื่องของการกระทำโดยชายต่อหญิงเท่านั้น ส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในลักษณะ "เป็นกลางทางเพศ (gender neutrality)" ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงในเชิงเพศวิถี (sexuality) (ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของกฎหมายอาญาที่เข้ามาจัดการการกระทำทางเพศ)

3) การเปลี่ยนแปลงไปของความผิดในเรื่องบทบาททางเพศ (gender role) หรือลักษณะที่เป็น "ธรรมชาติ" ของแต่ละเพศ (ชาย/หญิง) โดยชายไม่ใช่ผู้กระทำและหญิงเป็นผู้ถูกกระทำเสมอไป ส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในลักษณะ "เป็นกลางทางเพศ (gender neutrality)" ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงในเชิงเพศสถานะ (gender)

4) ลักษณะสำคัญของกฎหมายอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราที่อยู่ในลักษณะ "เป็นกลางทางเพศ (gender neutrality)" ของการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 นี้ ปรากฏในองค์ประกอบภายนอกทุกส่วน ได้แก่ ผู้กระทำ (เพศใดก็ได้) การกระทำ (ใช้คำว่า "กระทำกับ" ซึ่งหากตีความตามบทบัญญัติโดยไม่พิจารณาคำพิพากษาของศาลซึ่งมีออกมาภายหลัง ทำให้ไม่จำกัดเพียง

"การล่วงล้ำ/สอดใส่" เท่านั้น และสิ่งที่ "กระทำกับ" ก็มิใช่การกระทำโดยอวัยวะเพศชายสู่อวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการใช้ "สิ่งอื่นใด" ซึ่งตีความได้ว่าคืออวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศและวัตถุอื่นด้วย) และผู้ถูกกระทำ (เพศใดก็ได้)

(2) สาเหตุ/ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมระบบความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2562

การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ทำให้ความเป็นไปได้ของความกว้างขวางของการกระทำซึ่งจะทำให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศอันเป็นผลจากการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 แคบลง แต่ยังคงกว้างกว่าประมวลกฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 โดยหากกล่าวเฉพาะประเด็นนิยามของการกระทำชำเราซึ่งส่งผลให้เกิดการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลัก (ข่มขืนกระทำชำเรา/กระทำอนาจาร) เสียใหม่ สามารถทบทวนได้ดังนี้

1) องค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกจำกัดลง โดยจากเดิมใช้คำว่า "กระทำกับ" เปลี่ยนไปเป็นคำว่า "ล่วงล้ำ" อีกทั้ง สิ่ง (ของผู้กระทำ) ที่จะใช้ล่วงล้ำได้ถูกจำกัดเพียง "อวัยวะเพศ" เท่านั้น ส่วนอวัยวะ (ของผู้ถูกกระทำ) ที่จะถูกล่วงล้ำได้ มีทั้งอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก ในภาพรวม การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 นี้จึงสอดคล้องกับกรอบคิดก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 เมื่อปี พ.ศ. 2550

2) อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ถูกจำกัดลงไปด้วย โดยทั้งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำยังคงเป็นเพศใดก็ได้เช่นเดิม ในแง่นี้ทัศนคติในเชิงเพศสถานะจึงยังไม่เปลี่ยนไป

3) อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ลักษณะของการกระทำชำเราถูกจำกัดลงเป็นเพียง "การล่วงล้ำ" และมีการปรับปรุงอวัยวะของผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำในการกระทำชำเราให้อยู่ในลักษณะดังกล่าว จึงมีแนวโน้มที่ผู้กระทำจะเป็นได้เพียงเพศชาย (ซึ่งสามารถใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำได้) ส่วนผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ขึ้นอยู่กับอวัยวะที่ถูกกระทำ (อาทิ กรณีอวัยวะเพศต่ออวัยวะเพศเป็นได้เพียงเพศชายกระทำต่อหญิงหรืออาจรวมถึงหญิงข้ามเพศที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว กรณีอวัยวะเพศกระทำต่อทวารหนักและช่องปากเป็นได้เพียงเพศชายกระทำต่อเพศใดๆ เป็นต้น) แม้จะมีความเห็นในเชิงวิชาการบางความเห็นมองว่าหญิงตามเพศสรีระก็สามารถเป็นผู้กระทำได้ในลักษณะของการบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่ง (ชาย) ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศของตนก็ตาม[82]

---

[82] เช่น เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า เพศหญิงก็สามารถใช้อวัยวะเพศหญิงล่วงล้ำอวัยวะเพศชายได้ เช่น การบังคับให้ชายนำอวัยวะเพศชายสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงของตน, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, ใบแทรก.

4) การที่ผู้กระทำ (เพศใดก็ได้) ใช้อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุล่วงล้ำ (มิใช่เพียง "กระทำกับ") อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น (เพศใดก็ได้) ซึ่งก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ได้ถูกขจัดไปจากระบบความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ถูกจัดระบบใหม่ให้เป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ (หรือ "การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ"[83] ที่มีเหตุฉกรรจ์) ซึ่งแม้ตามหลักแล้วจะเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่เบากว่าการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ความผิดฐานนี้มีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำดังกล่าวยังคงเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรง แต่ก็ไม่อาจถูกนับรวมให้เป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ด้วยเหตุผลหนึ่ง ซึ่งตามเอกสารประกอบการพิจารณาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 นั้น เป็นเหตุผลในเรื่องความเป็น "ธรรมชาติ" ของการกระทำชำเรา

ทั้งนี้ อาจกล่าวในเบื้องต้นได้ว่า แม้การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ส่งผลดีในแง่กฎหมายอาญาที่ทำให้ฐานความผิดมีความชัดเจนมากขึ้น (แยกแยะการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ การพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำอนาจารได้ชัดเจนขึ้น) และโทษของการกระทำในรูปแบบต่างๆ โดยส่วนใหญ่ก็ยังคงอยู่ในระดับเดิม (ยกเว้นการกระทำบางประเภทที่เมื่อพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรเคยเป็นการกระทำชำเรากลายเป็นการกระทำอนาจารธรรมดา เช่น การใช้อวัยวะวะเพศหญิงสัมผัสอวัยวะเพศหญิง) อย่างไรก็ตาม ในแง่เพศสถานะและเพศวิถีนั้นมีประเด็นที่น่าสนใจเกิดขึ้นจากการจัดระบบความผิดใหม่ดังกล่าว ดังที่จะได้ศึกษาต่อไป

(3) ส่วนของการอภิปรายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ซึ่งจะนำไปใช้วิเคราะห์ต่อไป

นิยาม "การกระทำชำเรา" ในความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ถูกอภิปรายและให้ความหมายภายใต้กรอบคิดที่ว่า "การร่วมเพศ/การมีเพศสัมพันธ์" และ "การกระทำชำเรา" คือสิ่งเดียวกัน โดยเริ่มจากการไม่มีคำนิยามของการกระทำชำเราเลย (ประมวลกฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 / ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในชั้นรับหลักการในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 1) ไปเป็นการมีคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา ตั้งแต่การสื่อถึงลักษณะของการกระทำเฉพาะที่เป็น "การสอดใส่ (เข้าไป)" โดยอวัยวะ (เพศชาย) / สิ่งอื่นใด ต่ออวัยวะอื่นๆ (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่ได้รับการปรับปรุงโดยคณะกรรมาธิการหลังชั้นรับหลักการในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 1) ไปเป็นการใช้อวัยวะ/สิ่งอื่นใด "กระทำกับ" อวัยวะที่กำหนด ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรโดยไม่คำนึงถึงคำพิพากษาที่มีในเวลาต่อมาจะกว้างขวางกว่าการล่วงล้ำ/สอดใส่

---

[83] *พนักงานอัยการ กรมอัยการ กับ นายแฉล้ม โคก เที่ยง*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 (ศาลฎีกา 2534).

Ref. code: 25645924030033WEF

(การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) จนกระทั่งสุดท้าย มีการเปลี่ยนแปลงทั้งในแง่อวัยวะที่ใช้กระทำ (จำกัดเฉพาะอวัยวะเพศ) และในแง่ลักษณะของการกระทำ (เฉพาะการ "ล่วงล้ำ") (การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2)

เมื่อมุ่งสนใจไปที่การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ในปี พ.ศ. 2550 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงไปของการรับรู้ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการร่วมเพศได้บ้าง การทบทวนทำให้เห็นได้ว่า การอภิปรายที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำ จาก "สอดใส่ (เข้าไป)" ไปเป็น "กระทำกับ" เกิดขึ้นระหว่างบุคคลไม่กี่คน ได้แก่ ประธานสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและประธานคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) ในขณะนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ โดยเกิดจากการที่การอภิปรายโดยสมาชิกหลายคนเป็นไปในทิศทางที่ว่าเพศใดก็สามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น (เพศใดๆ) ก็ได้ ดังนั้น หากใช้คำว่า "สอดใส่" ในองค์ประกอบของความผิด เพศหญิงก็จะมีความผิดเฉพาะในกรณีการใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่อทวารหนักของผู้อื่นเท่านั้น ทั้งนี้ โดยเป็นบวรศักดิ์ที่ยืนยันความคิดว่าเพศหญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นได้ด้วยการใช้อวัยวะเพศของตน จึงได้มีการเปลี่ยนการกระทำเป็น "กระทำกับ" ดังกล่าว และไม่มีการอภิปรายที่ลุ่มลึกกว่านี้แต่อย่างใด

ต่อมา เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2562 การเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ใช้กระทำชำเราและลักษณะการกระทำของการกระทำชำเราผ่านการอภิปรายและการค้นคว้าข้อมูลสนับสนุนน้อยกว่าเดิม โดยประเด็นสำคัญของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอยู่ที่การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำชำเราที่สอดคล้องกับลักษณะ "การกระทำชำเราตามธรรมชาติ" หรือไม่ นอกจากนี้ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่ก็ไม่มีการแสดงเหตุผลที่ชัดเจนที่ตัดสินใจดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวและไม่เลือกแนวทางแบบประเทศเยอรมนีหรือฝรั่งเศสแต่อย่างใด[84] ยิ่งกว่านั้น หากพิจารณาพ้นไปจากระบบของฐานความผิดเกี่ยวกับเพศของสามประเทศดังกล่าว ก็พบว่ามีวิธีการวางระบบอย่างหลากหลาย และมีประเทศที่ไม่ได้ยึดเฉพาะการล่วงล้ำ (โดยอวัยวะเพศชาย) ที่จะก่อให้เกิดความผิดเกี่ยวกับเพศฐานที่รุนแรงที่สุด แต่มุ่งพิจารณา "ธรรมชาติ (nature)" ของการกระทำในเชิงเพศ โดยพิจารณา

---

[84] คณะรัฐมนตรี, บันทึกวิเคราะห์สรุป สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสนอต่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561, 2561, 5-7.

Ref. code: 25645924030033WEF

กำหนดโทษแตกต่างไปตามความรุนแรง/ลักษณะที่กำหนดไว้ของการกระทำนั้นๆ เช่น ประเทศแคนาดา[85] ด้วยเหตุนี้ จึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่าการจัดวางระบบฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทยใหม่ในปี พ.ศ. 2562 แม้จะทำให้ปัญหาในทางหลักกฎหมายอาญาคลี่คลายไปได้บ้าง แต่ก็ไม่ได้เป็นการจัดระบบที่เป็น "สากล" หรือเป็นที่เห็นพ้องต้องกันทั่วทั้งโลก กล่าวอีกนัยหนึ่ง การจัดระบบใหม่นี้เป็นผล (ในระดับหนึ่ง) มาจากปัจจัยอื่นๆ เช่น ปัจจัยเชิงสังคมวัฒนธรรมและทัศนคติ ฯลฯ ด้วย

ทั้งนี้ สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการไม่มีการให้คำนิยามหรือการตีความส่วนของร่างกาย (เช่น อวัยวะเพศ) ในความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศว่ารวมถึงส่วนของร่างกายที่ถูกเปลี่ยนแปลงหรือสร้างขึ้นโดยการศัลยกรรมหรือไม่ แม้จะเป็นประเด็นสำคัญที่แสดงให้เห็นการไม่ปรากฏของบุคคลข้ามเพศในกฎหมายอาญาและในระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อไม่มีการพิจารณาเพิ่มเติมไปในประมวลกฎหมายอาญาในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 เมื่อปี พ.ศ. 2562 อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงทางบวกในช่วงระยะเวลา 13 ปี ตามขอบเขตการศึกษาในการศึกษาฉบับนี้ เนื่องจากเป็นลักษณะที่ดำรงอยู่มาตั้งแต่แรกและไม่เป็นประเด็นในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น การศึกษาจึงจะไม่นำไปเป็นส่วนหนึ่งของการวิเคราะห์ในส่วนถัดไป

จากที่ทบทวนไปข้างต้น การวิเคราะห์วาทกรรมในประเด็นกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจึงจะไม่ใช่การวิเคราะห์คำพูดหรือข้ออภิปรายใดเป็นสำคัญ แต่จะเป็นการวิเคราะห์ "จุดตัด" ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาในประเด็นนี้ทั้งสองครั้งที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในระดับรากฐานความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศและการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศเสียใหม่ ดังที่จะได้ทำต่อไป

6.2 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ส่วนที่ 6.2 แบ่งออกเป็นสามส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 6.2.1 กฎหมายอาญาไทยและทัศนคติในภาพรวมต่อประเด็นเพศสถานะและเพศวิถี ส่วนที่ 6.2.2 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: การวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายอาญา และส่วนที่ 6.2.3 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: กรอบคิดในเชิงเพศสถานะและเพศวิถี ทั้งนี้ โดยมีประเด็นศึกษาสำคัญตามที่ได้กล่าวไว้ในส่วนที่ 6.1.2.3

---

[85] ดูเพิ่มเติมใน Tanarat Mangkud, "Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development,".

Ref. code: 25645924030033WEF

6.2.1 กฎหมายอาญาไทยและทัศนคติในภาพรวมต่อประเด็นเพศสถานะและเพศวิถี

ตามที่ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 6.1 ยุคสมัยของกฎหมายไทยอาจแบ่งเป็นสองช่วงใหญ่ ได้แก่ กฎหมายไทยเดิมและกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงให้อยู่ในรูปแบบตะวันตก ในยุคกฎหมายไทยเดิมที่มีกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่สำคัญ ไม่มีการกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศสรีระเดียวกันโดยกำเนิดเป็นความผิดแต่อย่างใด[86] ในยุคกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงให้อยู่ในรูปแบบตะวันตก แม้ว่าจะมีการกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิด แต่ก็เป็นการกำหนดไว้เป็นช่วงสั้นๆ และเป็นผลมาจากการดำเนินตามแนวทางของประเทศตะวันตกเท่านั้น กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์นอกขนบแบบต่างเพศเป็นความผิดที่ได้รับการปรับปรุงตามแบบตะวันตกเหล่านี้ ได้แก่ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2443) และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งทั้งสองฉบับใช้บังคับระหว่างปี พ.ศ. 2443-2499 ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดความผิดลักษณะดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 จนกระทั่งทุกวันนี้ (มกราคม 2565)

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์และกฎหมายลักษณะอาญากำหนดให้เป็นความผิดฐานการกระทำชำเราผิดมนุษย์ โดยมีข้อความดังนี้

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี

มาตรา 5

ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤๅทำชำเราด้วยสัตวเดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเปนสัตย์ ให้ลงโทษ . . .

กฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 242

ผู้ใดทำชำเรา ผิดธรรมดามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสตหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการชำระกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งในท้ายที่สุดส่งผลให้เกิดการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ความผิดฐานทำชำเราผิดมนุษย์ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ ด้วยเหตุผลหลายประการ ได้แก่ 1) นักกฎหมายไทยไม่เข้าใจรากฐานความคิดของการกำหนดการกระทำดังกล่าวให้เป็นความผิดอาญา โดยนักกฎหมายหลายคน

---

[86] ดูเพิ่มเติมใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,”.

ได้พยายามหาเหตุผลต่างๆ ที่ทำให้การกระทำเหล่านี้เป็นความผิดอาญา เช่น การกระทำดังกล่าวขัดต่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศ[87] และ 2) มีการฟ้องร้องความผิดดังกล่าวเป็นจำนวนน้อย[88]

กล่าวโดยสรุปในประเด็นนี้ ระบบกฎหมายอาญาซึ่งสะท้อนความคิดของวัฒนธรรมไทยจึงไม่ได้มุ่งเอาผิดการมีเพศสัมพันธ์/กระทำชำเราที่อยู่นอกขนบต่างเพศและพอจะเห็นได้ว่ารัฐไทยไม่ได้เห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์นอกขนบต่างเพศเป็นความผิดเช่นเดียวกับวัฒนธรรมแบบพวกคริสเตียนผิวขาว[89]

6.2.2 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: การวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายอาญา

จากการทบทวนในส่วนที่ 6.1 การศึกษาฉบับนี้ได้ชี้ให้เห็นแล้วว่า สาเหตุหลักในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศในปี พ.ศ. 2562 (การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) เป็นไปตามเหตุผลในเชิงการใช้และการตีความกฎหมายอาญา กล่าวคือ การกำหนดให้องค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำของ “การกระทำชำเรา” ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็น “การกระทำกับ” ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ การกระทำใดเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำใดเป็นการกระทำอนาจาร[90] โดยการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ขจัดปัญหาดังกล่าวให้หมดสิ้นไป อย่างไรก็ตาม การกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศที่รุนแรงบางรูปแบบ (การใช้อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหรือการใช้วัตถุอื่นล่วงล้ำไปในอวัยวะที่กำหนดของผู้ถูกกระทำ) ซึ่งเคยเป็นการข่มขืนกระทำชำเราในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 แม้จะไม่ได้อยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ก็ยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่และมีโทษในระดับเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ดังนั้น คำถามสำคัญจึงไม่ใช่คำถามว่าการกระทำนี้สมควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่และมีความรุนแรงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ (เนื่องจากมีโทษเท่ากัน) คำถามสำคัญในเชิงหลักการทางอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจทัศนคติของรัฐไทยในประเด็นเกี่ยวกับเพศ จึงเป็นคำถามเกี่ยวกับการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานสำคัญเสียใหม่ ซึ่งเป็นไปได้ว่าจะเกี่ยวข้องกับหลักการที่เรียกว่า “การกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)”[91]

---

[87] เช่น พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), *คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2*, 1100.

[88] กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” 93-94.

[89] เรื่องเดียวกัน.

[90] รณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553,”; วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” 107-137.

[91] เนื่องจากไม่มีคำในภาษาไทยที่เหมาะสมและสื่อความหมายได้อย่างครอบคลุม การศึกษาจึงใช้การเขียนในภาษาอังกฤษ (fair labelling) เมื่อกล่าวถึงกรอบคิดนี้ในส่วนถัดๆ ไปตลอดทั้งการศึกษา

Ref. code: 25645924030033WEF

จากการกล่าวนำข้างต้น ในส่วนที่ 6.2.2 ซึ่งแบ่งออกเป็นสองส่วนย่อยนี้ การศึกษาจึงเริ่มจากการพิจารณากรอบคิดทฤษฎีในเชิงหลักการทางอาญา ได้แก่ หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรมข้างต้น (ส่วนที่ 6.2.2.1) จากนั้น จึงวิเคราะห์ปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลง (ส่วนที่ 6.2.2.2) ทั้งนี้ ผลการวิเคราะห์ในส่วนนี้จะนำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไปในส่วนที่ 6.2.3 เนื่องจากการศึกษาจะชี้ว่าตรรกะของการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่สนใจมิได้วางอยู่บนฐานหลักการ Fair Labelling เพียงเท่านั้น แต่มีการเก็บกักกดทับองค์ความรู้ว่าด้วยเพศอยู่ในปรากฏการณ์นี้ด้วย

6.2.2.1 กรอบคิดในเชิงหลักการทางอาญา: หลักการ Fair Labelling

หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling) เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่าฝ่ายผู้ใช้กฎหมาย[92] ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการดังกล่าวมิใช่วัตถุสำหรับศึกษาหลักในการศึกษาวิชากฎหมายอาญาของรัฐไทย การศึกษาฉบับนี้จึงทบทวนกรอบคิดนี้จากการศึกษาในต่างประเทศ

แอนดรูว์ แอชเวิร์ธ และเจเรมี ฮอร์ดเดอร์ (Andrew Ashworth and Jeremy Horder) ทบทวนหลักการนี้ไว้เพียงสั้นๆ ในตำราว่าด้วยหลักการทางอาญาผ่านการศึกษาของนักวิชาการอื่น ซึ่งมีความเห็นทั้งประโยชน์/บทบาท/หน้าที่ในเชิงกฎหมายอาญาและในเชิงที่เกี่ยวข้องกับทัศนคติของสังคม[93] การศึกษาฉบับนี้ทบทวนความเห็นของเจมส์ ชาร์ลเมอร์ส และฟิโอนา เลเวอริค (James Charmers and Fiona Leverick) ใน *Fair Labelling in Criminal Law* (2008) ซึ่งแอชเวิร์ธและฮอร์ดเดอร์ได้อ้างอิงถึงอย่างสำคัญ ประกอบความเห็นอื่นอีกเล็กน้อย จากนั้น จึงทบทวนข้อสังเกตของแอชเวิร์ธและฮอร์ดเดอร์ต่อไป

ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคพยายามพิจารณาว่า หลักการ Fair Labelling คืออะไรและมีความสำคัญอย่างไรในระบบกฎหมายอาญา และเสนอว่า บทบาทหลักของหลัก Fair Labelling คือ “การสื่อสาร”[94] และหลักการนี้มีหน้าที่สองประการขึ้นอยู่กับว่าการสื่อสารนั้นเป็นการสื่อสารกับคนกลุ่มใด หน้าที่สองประการนี้ ได้แก่ “การอธิบาย (description)” (ความผิดฐานนั้นๆ) และ “การจำแนก (differentiation)” (ความผิดแต่ละฐาน)[95]

---

[92] Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th Ed. (Oxford, UK: Oxford University Press, 2013), 77.

[93] Ibid., 77-79.

[94] James Chalmers and Fiona Leverick, “Fair Labelling in Criminal Law,” *Modern Law Review* 71, no. 2 (March 2008): 226.

[95] Ibid., 246.

Ref. code: 25645924030033WEF

หน้าที่ “การอธิบาย” เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดและสังคมส่วนรวม กล่าวโดยสรุป ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคเห็นว่า

1) หลักการ Fair Labelling มีหน้าที่ในเชิงสัญลักษณ์ ในทางกลับกัน การกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างไม่ยุติธรรม (unfair labelling) จึงอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดถูกตีตรา และอาจเกี่ยวข้องกับชื่อเสียงของผู้กระทำความผิดที่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดฐานหนึ่งฐานใด เนื่องจากเป็นการสื่อสารโดยรัฐไปยังสังคมส่วนรวม ยกตัวอย่างเช่น การรวมการกระทำที่เป็นการทำให้คนตายโดยเจตนา (murder) และไม่เจตนา (manslaughter) เข้าด้วยกัน อาจเป็นการไม่ยุติธรรมต่อผู้ทำให้ผู้อื่นตายโดยไม่เจตนา จากการที่ผู้นั้นถูกนับรวมในการกระทำประเภทมีเจตนาฆ่าด้วย แม้ว่าระวางโทษจะแตกต่างกันก็ตาม[96]

2) หลักการ Fair Labelling เกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวผู้กระทำความผิด ในแง่การสื่อสาร โดยผู้กระทำความผิดมีความชอบธรรมที่จะได้รับการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ถูกต้อง และมีความหมายต่อตัวเขา รวมถึงเหตุผลที่ถูกลงโทษ ไม่ใช่เพียงการพิพากษาอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ[97]

3) หลักการ Fair Labelling อาจเกี่ยวข้องกับผู้ถูกกระทำ โดยมีความเห็นในหลายแง่ ตัวอย่างเช่น ในแง่ “การตีตรา (stigmatisation)” ผู้ถูกกระทำความผิดทางเพศที่มีการล่วงล้ำ อาจถูกตีตราหากถูกเรียกว่า “เหยื่อของการข่มขืนกระทำชำเรา” หรือด้วยเหตุผลทำนองเดียวกัน แต่ในแง่ตรงกันข้าม อาทิ ความเห็นว่าผู้ถูกกระทำอาจประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการล่วงล้ำถูกลงโทษในฐานะ “ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา (rape)” มากกว่าจะเป็น “การล่วงละเมิดทางเพศ (sexual assault) ที่มีความรุนแรง”[98]

ในกรณีหน้าที่ “การจำแนก” กลุ่มคนที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นสองกลุ่มย่อย กลุ่มแรก ได้แก่ หน่วยงานที่ทำงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และอีกกลุ่มหนึ่งคือองค์กรนอกกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

1) ในกรณีของกลุ่มแรก (หน่วยงานที่ทำงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) อาจกล่าวได้ว่า หลักการ Fair Labelling ช่วยให้ข้อมูลแก่ผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานเหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ทำงานในกระบวนการกำหนดโทษ (ว่าควรกำหนดโทษเช่นไร ควรเพิ่มโทษหรือไม่) และการบริหารโทษ ซึ่งหลักการ Fair Labelling จะมีประโยชน์ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิด

---

[96] Ibid., 226-227. ทั้งนี้ แม้อาจไม่สามารถนำมาเทียบได้โดยตรงเสียทีเดียว แต่ก็อาจทำเทียบเคียงได้กับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (มาตรา 288 และ 289) และความผิดฐานทำร้ายเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (มาตรา 290) ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

[97] Ibid., 229.

[98] Ibid., 236-236.

Ref. code: 25645924030033WEF

สมควรที่จะถูกเพิ่มโทษหรือไม่และสมควรมีการวางแผนการบริหารโทษอย่างไร โดยจะก่อให้เกิดความยุติธรรมกับบุคคลสองกลุ่ม คือ ผู้กระทำความผิด ที่จะได้รับโทษอย่างเหมะสม และสังคมส่วนรวม ที่จะได้รับความปลอดภัยจากการบริหารโทษที่ดำเนินการโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง[99]

2) ในกรณีของกลุ่มที่สอง (องค์กรนอกกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) เมื่อนำข้ออภิปรายของกลุ่มแรกมาปรับใช้ อาจกล่าวได้ว่า หลักการ Fair Labelling มีความสำคัญกับคนกลุ่มนี้มากกว่า เนื่องจากคนกลุ่มนี้มิใช่ผู้ที่มีวิชาชีพทางกฎหมายและไม่ได้มีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดในระดับเดียวกับคนกลุ่มแรกซึ่งอยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น นายจ้างมีความชอบธรรมที่จะเข้าถึงข้อมูลประวัติอาชญากรของผู้สมัครงานได้ ด้วยเหตุนี้ ชื่อฐานความผิดที่ยุติธรรมซึ่งสามารถทำความเข้าใจได้โดยผู้ที่ไม่ได้รับการฝึกฝนทางกฎหมายจึงสมควรนำมาใช้ ทั้งนี้ เนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลอย่างละเอียดเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมที่ผู้สมัครเคยกระทำก็เป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับผู้ที่เคยกระทำความผิดเช่นกัน[100]

แอชเวิร์ธและฮอร์ดเดอร์แสดงความเห็นว่า มีลักษณะสี่ประการที่ควรพิจารณาเมื่อจะตัดสินใจว่าการกำหนดชื่อฐานความผิดฐานหนึ่งควรเป็นอย่างไร[101]

1) ชื่อฐานความผิดบางฐานสะท้อนการกระทำที่รุนแรงกว่าที่จำเลยมีเจตนาหรือยอมเข้าเสี่ยงโดยรู้อยู่แล้วว่าจะเกิดภยันตราย ยกตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนาด้วยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (manslaughter by unlawful act) ซึ่งเป็นความผิดในกฎหมายอังกฤษ ความจริงแล้วการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองนั้นมีเพียงเล็กน้อย แต่ชื่อฐานความผิดมุ่งสะท้อน “ผล” (ความตาย) แทนที่จะเป็น “การกระทำ” (การทำร้ายร่างกาย)[102]

2) การแบ่งความผิดฐานหนึ่งย่อยลงไปเป็นระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันอาจเพียงพอแล้วสำหรับผู้ทำงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่อาจถูกคัดค้านโดยบุคคลนอกกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำความผิดและสังคมส่วนรวม ยกตัวอย่างเช่น การแบ่งการฆาตกรรมเป็นระดับที่หนึ่งและสอง และการฆ่าโดยไม่เจตนา (first degree and second degree murder, and manslaughter) อาจถือว่าสอดคล้องกับหลักการ Fair Labelling ในมุมมองของผู้ทำงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่เมื่อมีการจัดประเภทการกระทำความผิดต่างๆ

---

[99] Ibid., 231.

[100] Ibid.234-235.

[101] Ashworth and Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th Ed. (Oxford, UK: Oxford University Press, 2013), 78-79.

[102] Ibid., 78.

Ref. code: 25645924030033WEF

และกำหนดให้การกระทำที่เป็นการฆ่าโดยถูกยั่วยุให้เป็นการฆ่าระดับที่สอง (second degree murder) ซึ่งรุนแรงกว่าการทำให้ผู้อื่นตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ก็อาจถูกทักท้วงจากผู้กระทำความผิดและสังคมส่วนรวมได้[103]

3) หลักการ Fair Labelling อาจมีผลในเรื่องข้อต่อสู้ (defence) ที่ทำให้ไม่ต้องมีความรับผิดในทางอาญา โดยข้อต่อสู้ประเภทอำนาจกระทำ (justificatory defence) (เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นและการป้องกัน) สมควรถูกกำหนดให้เป็นการกระทำความผิด เนื่องจากชื่อฐานความผิดจะเป็นตัวชี้นำการกระทำของผู้ที่จะมีข้อต่อสู้ดังกล่าว ส่วนข้อต่อสู้ประเภทข้อแก้ตัว (excusatory offence) (การกระทำไปเพราะไม่มีเจตนาชั่วร้ายในทางอาญา เช่น เหตุอายุ ความบกพร่องทางจิตใจ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ฯลฯ) หลักการ Fair Labelling ก็มีความจำเป็น เนื่องจากเป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงกระบวนการได้มาซึ่งคำตัดสินนั้น[104]

4) ลักษณะข้อนี้เป็นข้อสังเกตในเชิงสังคมมิใช่หลักกฎหมาย คือ ภารกิจในการทำให้สังคมหันมาสนใจความน่าตำหนิของการกระทำหนึ่งโดยที่มิได้จำกัดเพียงประโยชน์ในเชิงการพิจารณาลงโทษเท่านั้น อาทิ การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับชาติพันธุ์สีผิวเพิ่มเติมเข้ามาเป็นพิเศษในความผิดบางฐานที่มีอยู่แล้ว เป็นต้น[105]

6.2.2.2 การวิเคราะห์บทบาทของหลักการ Fair Labelling และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2562

การศึกษาฉบับนี้ยึดการศึกษาของชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคข้างต้นเป็นหลักสำหรับการวิเคราะห์เหตุผลสนับสนุนถึงการมีอิทธิพลของหลักการ Fair Labelling ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2

(1) กรณีหน้าที่ “การอธิบาย (description)” (ความผิดฐานนั้นๆ)

1) หลักการ Fair Labelling มีหน้าที่ในเชิงสัญลักษณ์ โดยเป็นการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ไม่เหมาะสมเป็นการตีตราและกระทบต่อชื่อเสียงของผู้กระทำความผิด ในกรณีนี้ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคได้แสดงข้อสงสัยว่าเหตุผลนี้อาจไม่ถูกต้องเสียทีเดียว และการศึกษาฉบับนี้ก็เห็นพ้องด้วย ทั้งนี้ ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคตั้งข้อสังเกตว่าการสื่อสารระหว่างองค์กรที่ทำหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสื่อสารมวลชนไม่ใช่สิ่งที่สามารถเข้าใจได้โดยง่าย กล่าวคือ บุคคลทั่วไปไม่ได้ติดตามการดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมอย่างใกล้ชิดและอาจไม่คุ้นเคยกับคำศัพท์ทางการที่ใช้แบบทางการ ซึ่งส่วนหนึ่งก็อาจส่งผลให้สื่อนำเสนอข่าวโดยไม่ได้ใช้ชื่อฐาน

---

[103] Ibid., 78.

[104] Ibid., 79.

[105] Ibid., 79.

ความผิดตามกฎหมาย หรือหากใช้ ก็อาจไม่ใช่ประเด็นที่เป็นที่สนใจที่สุดในมุมมองของบุคคลทั่วไป ดังนั้น ผลกระทบที่มีต่อชื่อเสียงก็สามารถถูกหลีกเลี่ยงได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการกำหนดชื่อฐานความผิด แต่ขึ้นอยู่กับการสื่อสารระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมและสังคมส่วนรวมในเรื่องการกระทำความผิดนั้นๆ[106]

นอกจากนี้ การศึกษานี้เห็นด้วยว่า การกำหนดชื่อฐานความผิดที่แตกต่างไปจากการกระทำของผู้กระทำเลยย่อมไม่ยุติธรรมแน่นอน เช่น ผู้กระทำลักทรัพย์ แต่ไปกำหนดว่ามีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น หรือแม้กระทั่งตามตัวอย่างของชาร์ลเมอร์สและเลเวอริค การฆาตกรรมและการทำให้ผู้อื่นตายโดยไม่เจตนามีความแตกต่างในสาระสำคัญ คือ “เจตนา” ของการทำให้ผู้อื่นตาย อย่างไรก็ตาม เมื่อประเด็นในส่วนนี้ของการศึกษาฉบับนี้ คือ ข้อสงสัยในการแยกการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเจตนาโดยใช้อวัยวะ (เพศชาย) ล่วงล้ำไปในร่างของผู้อื่น และกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยใช้อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศชายหรือวัตถุล่วงล้ำไปในร่างของผู้อื่น (ซึ่งต่างก็อยู่ภายใต้ปริมาณโทษเท่ากัน) ทั้งที่หากกำหนดให้การกระทำทั้งสองประเภทอยู่ภายใต้ “การข่มขืนกระทำชำเรา” แบบเดียวกันเหมือนในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 ก็ไม่น่าจะทำให้การถูกตีตราหรือชื่อเสียงของผู้กระทำได้รับความกระทบกระเทือนเนื่องจากเป็นการกระทำที่มีพื้นฐานมาจากเพศและมีการล่วงล้ำซึ่งน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพไม่ต่างกัน ดังนั้น หน้าที่ของหลักการ Fair Labelling ตามความเห็นนี้จึงไม่น่าจะเป็นเหตุผลสำคัญของการแยกฐานความผิดในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ดังกล่าว

2) หลักการ Fair Labelling เกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวผู้กระทำความผิดในแง่การสื่อสาร โดยผู้กระทำความผิดมีความชอบธรรมที่จะได้รับการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ถูกต้องและเหตุผลที่ถูกลงโทษ การศึกษาฉบับนี้เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคต่อน้ำหนักของข้อเสนอนี้เช่นกัน ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคเสนอว่า ข้อเสนอนี้ไม่เกี่ยวข้องกับหลักการ Fair Labelling นัก เนื่องจากการสื่อสารที่ถูกต้องกับผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดผลเชิงบวกในทางอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถทำได้ด้วยวิธีการอื่นซึ่งมีประสิทธิภาพมากกว่า ได้แก่ การอธิบายให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจถึงรายละเอียดการกระทำของตน (มิใช่เพียงการสื่อสารผ่านชื่อฐานความผิด) เพื่อให้เกิดผลดีในเชิงการแก้ไขฟื้นฟู (เช่น ด้วยการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับการกระทำและการให้เหตุผลของการกำหนดความผิดและโทษนั้นโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง) และการบอกกล่าวที่ยุติธรรม (fair notice) ซึ่งเป็นเรื่องในเชิงกระบวนการ และการให้คำอธิบายอย่างละเอียดก็เพียงพอแล้วที่จะเป็นการบอกกล่าวอย่างยุติธรรม[107]

---

[106] Chalmers and Leverick, “Fair Labelling in Criminal Law,” 227-229.

[107] Ibid., 229-230.

Ref. code: 25645924030033WEF

3) หลักการ Fair Labelling เกี่ยวข้องกับการสื่อสารที่ยุติธรรมกับผู้ถูกกระทำ (ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ไม่เหมาะสมจะเป็นการตีตราผู้ถูกกระทำหรือการกำหนดชื่อฐานความผิดที่เหมาะสมจะสมประสงค์กับความต้องการผู้ถูกกระทำมากกว่า) ในกรณีนี้ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคเห็นว่า การสื่อสารกับผู้ถูกกระทำอย่างยุติธรรมกับสิ่งที่ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องทำผ่านการกำหนดชื่อฐานความผิดที่เหมาะสมก็ได้ แต่ความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้มากกว่าหากผู้กระทำความผิดได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดจากการกระทำของตนเอง มิใช่ว่าการกำหนดชื่อของฐานความผิดอย่างยุติธรรมเท่านั้น[108] นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประเด็นของการศึกษาในส่วนนี้หากใช้ตรรกะเดียวกับข้อเสนอว่าด้วยความยุติธรรมของผู้ถูกกระทำ การศึกษานี้เห็นไปในทิศทางว่าการกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเจตนาที่มีการล่วงล้ำไปในร่างของผู้ถูกกระทำซึ่งเห็นได้ชัดถึงความเหมือนกันขององค์ประกอบภายในและความรุนแรงทางกายภาพ/จิตใจที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำได้ มีชื่อฐานความผิดต่างกัน โดยชื่อฐานความผิดหนึ่งดูรุนแรงน้อยกว่า (การกระทำอนาจาร) น่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับผู้ถูกกระทำมากกว่าการรวมไว้ในฐานความผิดเดียวกัน

(2) กรณีหน้าที่ “การจำแนก (differentiation)” (ความผิดแต่ละฐาน)

1) ในกรณีประโยชน์ด้าน “การจำแนก” สำหรับหน่วยงานที่ทำงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (การให้ข้อมูลที่ถูกต้องแก่ผู้ปฏิบัติงานในการกำหนดโทษและบริหารโทษ) การศึกษาฉบับนี้เห็นไปในแนวทางเดียวกับชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคว่า หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีหน้าที่ในการกำหนดโทษหรือปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดนั้นๆ มีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเชิงลึกของผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น บทบาทของหลักการ Fair Labelling จึงอาจไม่ได้สำคัญมากนัก ยิ่งกว่านั้น หากพิจารณาเฉพาะกรณีของการกำหนดโทษในเรื่องการเพิ่มโทษความเห็นนี้ไม่สามารถปรับใช้ในบริบทของประเทศไทยได้ เนื่องจากการพิจารณาว่าจะเพิ่มโทษแก่จำเลยหรือไม่ ไม่ได้วางอยู่บนฐานการใช้ดุลพินิจที่กว้างขวางของผู้มีอำนาจพิจารณา ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่มาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการเพิ่มโทษอย่างละเอียดและกำหนดมาตราต่างๆ ที่ผู้กระทำความผิดเคยถูกพิพากษาว่ามีความผิด ซึ่งจะทำให้เพิ่มโทษได้โดยที่ชื่อของฐานความผิดไม่มีส่วนในการพิจารณาข้างต้นแต่อย่างใด[109]

2) ในกรณีประโยชน์ด้าน “การจำแนก” สำหรับองค์กรนอกกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งไม่มีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเท่ากับหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การศึกษาฉบับนี้เห็นสอดคล้องกับชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคว่า ชื่อฐานความผิดที่ยุติธรรมและเข้าใจได้

---

[108] Ibid., 236-237.

[109] มาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

ง่ายสำหรับบุคคลหรือองค์กรนอกกระบวนการยุติธรรมมีความสำคัญ เนื่องจากบุคคลหรือองค์กรเหล่านี้ (เช่น นายจ้าง) ไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ที่ต้องการทราบข้อมูล (เช่น ผู้สมัครงาน) ได้

จากการทบทวนและแสดงความเห็นข้างต้น การศึกษาเห็นว่า เฉพาะความเห็นข้างต้นของชาร์ลเมอร์สและเลเวอริค (หน้าที่การจำแนกข้อที่ 2)) ประกอบความเห็นเกี่ยวกับหลักการนี้ข้อ 4) ของแอชเวิร์ธและฮอร์ดเดอร์ (ภารกิจในการทำให้สังคมหันมาสนใจความน่าตำหนิของการกระทำหนึ่งโดยที่มิได้จำกัดเพียงประโยชน์ในเชิงการพิจารณาลงโทษเท่านั้น)[110] มีแนวโน้มที่จะมีบทบาทในการจัดกลุ่มฐานความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 มากกว่าบทบาทอื่นๆ

นักวิชาการนิติศาสตร์ เช่น วิคเตอร์ ทาดรอส (Victor Tadros) เคยวิเคราะห์บทบาทในลักษณะดังกล่าวของหลักการนี้ไว้[111] ทาดรอสเห็นว่า แอชเวิร์ธมีความเห็นในเรื่องบทบาทของหลักการ Fair Labelling อยู่สองประการ ประการแรกเกี่ยวข้องกับผลกระทบในทางปฏิบัติของการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ไม่ยุติธรรม แต่เป็นบทบาทประการที่สอง (ซึ่งแอชเวิร์ธกล่าวเป็นนัย) ที่ทาดรอสนำมาวิเคราะห์เพิ่มเติม โดยบทบาทนี้ ได้แก่ การสะท้อนคุณค่าบางประการในสังคม ทั้งนี้ ทาดรอสมิได้เห็นว่า กฎหมายอาญามีความชอบธรรมสูงสุดในการสะท้อนคุณค่าเหล่านี้ และสังคมส่วนรวมก็อาจมีความเห็นที่ไม่เหมาะสมได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาก็มีความชอบธรรมในระดับหนึ่งในการทำหน้าที่สะท้อนทัศนคติเหล่านี้ เป็นต้นว่า การกำหนดให้มีฐานความผิดว่าด้วย “การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (marital rape)” และการกำหนดให้มีชื่อฐานความผิดที่แสดงให้เห็นการเกลียดชังชาติพันธุ์สีผิวของผู้กระทำความผิด[112] ทาดรอสพยายามแสวงหาความสำคัญของหลักการ Fair Labelling โดยโยงไปยังความคิดเกี่ยวกับ “ความยุติธรรมทางสังคม (social justice)” เมื่อมุ่งสนใจเฉพาะในแง่บทบาทของกฎหมายอาญาในการกำหนดความน่าตำหนิ (condemnatory function) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการศึกษาฉบับนี้ สำหรับทาดรอส เรา “อาศัยอยู่ในแบบแผนที่ยุติธรรมของกฎหมายส่วนรวมซึ่งรับรองให้ทุกคนมีความเชื่อมั่นว่าการให้ความสำคัญทางศีลธรรมของแต่ละคนจะได้รับความคุ้มครองและผลประโยชน์ส่วนตนจะได้รับการทำให้ก้าวหน้าอย่างเท่าเทียม

---

[110] Ashworth and Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th Ed. (Oxford, UK: Oxford University Press, 2013), 79.

[111] Victor Tadros, “Fair Labelling and Social Solidarity,” in *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, ed. Lucia Zedner and Julian V. Roberts (Oxford, UK: Oxford University Press, 2012), 67–68.

[112] Ibid., 70-71.

Ref. code: 25645924030033WEF

กันกับสมาชิกคนอื่นในสังคมการเมือง”[113] นอกจากนี้ การกำหนดความผิดอาญายังมีความสำคัญในการตำหนิการกระทำที่เป็นการข่มขู่คุกคามพื้นที่ในอุดมคติของคนในสังคม[114] หลักการ Fair Labelling จึงสมควร “สืบสาวไปยังความเชื่อมั่นเชิงศีลธรรมที่มีเหตุมีผลของสังคม”[115]

เมื่อพิจารณาข้ออภิปรายของทาดรอสและนักวิชาการอื่นที่ได้ทบทวนมาก่อนหน้า หากหลักการ Fair Labelling มีสาระสำคัญและบทบาทหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวจริง การกำหนดชื่อฐานความผิดจึงเกี่ยวข้องกับทัศนคติของคนในสังคม ทั้งนี้ ในประเด็นศึกษาของการศึกษาฉบับนี้ อาจมีข้อโต้แย้งอยู่บ้างในเรื่องความชอบธรรมของกระบวนการหรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 อย่างไรก็ดี ประเด็นเหล่านี้อยู่พ้นไปจากการศึกษาฉบับนี้ โดยการศึกษาเห็นว่า อย่างน้อยที่สุด การวิเคราะห์ว่าการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ “ยุติธรรม” โดยอ้างอิงไปยัง “ความเป็นธรรมชาติ” ของการกระทำชำเรานี้ มีศักยภาพในระดับหนึ่งในการสะท้อนทัศนคติเชิงศีลธรรมและสังคมวัฒนธรรมของผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ได้

6.2.3 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: กรอบคิดในเชิงเพศสถานะและเพศวิถี

การทบทวนและการวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงการจัดระบบความผิดอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลักด้วยวิธีการคิดบนฐานหลักการ Fair Labelling ข้างต้นทำให้ตระหนักว่าเนื้อหาของหลักการ Fair Labelling ไม่ได้เกี่ยวข้องเฉพาะในทางกฎหมายอาญา แต่อาจเกี่ยวข้องกับทัศนคติของสังคม และ/หรือวัตถุประสงค์ทางสังคมของผู้ตรากฎหมายอาญาด้วย อีกทั้ง นอกจากหลักการในเชิงกฎหมายอาญาโดยเฉพาะหลักการ Fair Labelling แล้ว การตัดสินใจของรัฐในการจัดระบบใหม่ให้แก่ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาอาจเป็นผลมาจากปัจจัยที่กว้างขวางกว่านั้น ได้แก่ การพยายามทำความเข้าใจ “ธรรมชาติ” ของการกระทำชำเราทั้งในเชิงภาษาศาสตร์และในเชิงสังคมวัฒนธรรม (เพศสถานะและเพศวิถี) ซึ่งถูกเน้นย้ำเป็นอย่างยิ่งในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2

ส่วนนี้แบ่งออกเป็นสองส่วน โดยเริ่มในส่วนที่ 6.2.3.1 ด้วยการทบทวนสถานะ “ความเป็นธรรมชาติ” ของการกระทำชำเราที่ถูกอ้างในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ในเชิงภาษาศาสตร์และการปรากฏตัวในกฎหมายอาญา จากนั้นในส่วนที่ 6.2.3.2 การศึกษาทบทวนกรอบคิดทฤษฎีย่อย

---

[113] “. . . live by a fair scheme of shared public laws that provide each with confidence that her moral significance is protected and her interests are advanced on equal terms with all other members of the political community”. Ibid., 73.

[114] Ibid.

[115] “track the reasonable moral convictions of the community”. Ibid., 79.

Ref. code: 25645924030033WEF

เกี่ยวกับเพศที่จะนำมาใช้กับการวิเคราะห์ส่วนนี้ ได้แก่ "กรอบคิดการใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)"[116] พร้อมทั้งใช้ทฤษฎีดังกล่าววิเคราะห์กฎหมายกลุ่มนี้อันเป็นการเสร็จสิ้นการวิเคราะห์ของบทนี้

6.2.3.1 การกระทำชำเรา "ตามธรรมชาติ": การทบทวนในเชิงภาษาศาสตร์และการปรากฏตัวในกฎหมายอาญา

ตามการทบทวนในส่วนที่ 6.1 และส่วนที่ 6.2.1 และการวิเคราะห์ในส่วนที่ 6.2.2 การแยกการกระทำที่เคยเป็นการกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาในช่วงระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 มีผลใช้บังคับ และก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 เกิดขึ้น (ช่วงปี พ.ศ. 2550-2562) ออกจากกันนั้น หากกล่าวว่าปรากฏการณ์นี้มุ่งไปที่การทำให้การพิจารณาความรับผิดในทางอาญาชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น คำกล่าวนี้ควรจำกัดเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนการกระทำที่ถูกปรับปรุง จาก "การกระทำกับ" เป็น "การล่วงล้ำ" มากกว่า เนื่องจากการแยก "การกระทำโดยใช้อวัยวะเพศ" ออกจาก "การกระทำโดยใช้อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุ" โดยนำออกจากฐานความผิดเดียวกัน ยังคงอยู่ภายใต้ระวางโทษเท่ากัน ในแง่นี้ การกำหนดให้การกระทำหนึ่งเป็นการข่มขืนกระทำชำเราและอีกการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำอนาจารจึงเป็นเรื่อง "ความเหมาะสม" ในเชิงสังคมวัฒนธรรม (อย่างน้อยในมุมของผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ซึ่งได้แก่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดที่ตั้งขึ้นหลังการรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557) ส่วนนี้จึงทบทวนการให้ความหมายแก่ "การกระทำชำเรา" ซึ่งถูกอ้างว่ามีแก่นแกนของการเป็นธรรมชาติอยู่จริง ทั้งนี้ โดยจะพิจารณาในแง่ภาษาและในกระบวนการเชิงกฎหมายเป็นสำคัญ

ในเชิงภาษาศาสตร์ เมื่อพิจารณาตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ชำเรา หมายความว่า "ลึก, ล่วงเข้าไป, เช่น ชายใดข่มขืนภิริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยปรถมผิดเมีย (สามดวง พระไอยการลักษณผัวเมีย) (ข. เชฺรา, ชำเรา, ว่า ที่ลึก)."[117] ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาความหมายข้างต้นเฉพาะในส่วนของความหมายโดยทั่วไป เห็นได้ว่าการชำเรานั้นไม่ได้ผูกติดอยู่กับเรื่องทางเพศ นอกจากนี้ หากพิจารณาแหล่งข้อมูลเชิงนิติศาสตร์ที่มุ่งเน้นไปที่การพิจารณา/ศึกษาศัพท์ทางกฎหมายแล้ว แสวง บุญเฉลิมวิภาส ยืนยันว่า

---

[116] เนื่องจากไม่มีคำในภาษาไทยที่เหมาะสมและสื่อความหมายได้อย่างครอบคลุม การศึกษาจึงใช้การเขียนในภาษาอังกฤษ (phallocentrism) เมื่อกล่าวถึงกรอบคิดนี้ในส่วนถัดๆ ไปตลอดทั้งการศึกษา

[117] *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554*, อ้างคำว่า "ชำเรา," สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2564, https://dictionary.orst.go.th/.

Ref. code: 25645924030033WEF

คำว่าชำเราถูกใช้หลายจุดในกฎหมายตราสามดวง มิใช่เฉพาะส่วนที่ว่าด้วยการกระทำเกี่ยวกับเพศเท่านั้น[118] การพิจารณาในแง่นี้จึงทำให้พอเห็นได้ว่า "ธรรมชาติ" ในเชิงภาษาศาสตร์ (หากมองในแง่จุดกำเนิดทางประวัติศาสตร์) ของการกระทำชำเราในตอนแรก จึงสอดคล้องกับคำว่า "ลึก" แต่ยังไม่มีนัยทางเพศแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาแหล่งข้อมูลเชิงนิติศาสตร์ที่แม้ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การพิจารณา/ศึกษาศัพท์ทางกฎหมายแต่เกี่ยวข้องกับคำว่าการกระทำชำเรา เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 242 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาที่กำหนดความผิดฐานชำเราผิดมนุษย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด" รวมการกระทำชำเราแก่หญิงด้วย ทั้งนี้ การที่ชายมีเพศสัมพันธ์กับหญิงด้วยการใช้อวัยวะเพศของตนย่อมไม่เป็นการชำเราผิดมนุษย์อยู่แล้ว (ส่วนจะมีความผิดฐานข่มขืนทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญาหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง) คำถามที่น่าสนใจคือ หากการชำเราต้องมีการล่วงเข้าไปตามความหมายทั่วไป การที่หญิงกระทำการทางเพศต่อหญิงด้วยกันโดยการใช้อวัยวะเพศของตนก็จะไม่ใช่การทำชำเรา (ผิดมนุษย์) และการทำชำเราผิดมนุษย์ที่ผู้กระทำเป็นหญิงก็จะมีเพียงกรณีการใช้สิ่งที่มิใช่อวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ประเด็นนี้อาจพอเห็นภาพชัดขึ้นผ่านการทบทวนคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (ที่ใช้ระหว่างปี พ.ศ. 2451-2499) และข้ออภิปรายในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาในช่วงทศวรรษ พ.ศ. 2480 ซึ่งเป็นผลให้มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันซึ่งมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2500 แทน

ในตำรา *คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2* อำมาตย์โท พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช) ได้เขียนคำอธิบายมาตรา 242 ไว้สั้นๆ ว่า

> เช่นชายต่อชายตามธรรมดาย่อมกระทำชำเรากันไม่ได้ ถ้าผู้ใดขืนกระทำก็เรียกว่าผิดธรรมดามนุษย์ หรือกระทำชำเราแก่หญิงในทางอื่นนอกจากทางสังวาศเช่นกระทำในทางเวจมรรค ก็เรียกว่าผิดธรรมดามนุษย์เหมือนกัน ส่วนการกระทำชำเราด้วยสัตว์เดียรัจฉานก็เปนการผิดวิสัยธรรมดาของมนุษย์ เป็นการอุบาทว์เลวทราม เพราะถ่อมตนลงส้องเสพย์กับสัตว์ เปนการกระทำที่น่าอับอายขายหน้ายิ่งนัก[119]

คำอธิบายข้างต้นแสดงให้เห็นว่า คำว่า "ชำเรา" เมื่อนำมาใช้ในทางกฎหมาย (อาญา) ในขณะนั้น ยังคงสอดคล้องกับการต้องมีการล่วงเข้าไป และต้องเป็นการล่วงเข้าไป

---

[118] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, "คำโบราณในกฎหมายปัจจุบัน," ใน *ภาษาไทยในกฎหมายตราสามดวง*, บรรณาธิการโดย วินัย พงศ์เพียร (กรุงเทพฯ: สามลดา, 2550), 27–31.

[119] พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), *คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2*, 1099.

Ref. code: 25645924030033WEF

โดยอวัยวะเพศชายด้วย ได้แก่ การใช้อวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในทวารหนักของผู้อื่น (ชาย/หญิง) และสัตว์ (ซึ่งน่าจะเป็นได้ทั้งอวัยวะของสัตว์เพศเมียและทวารหนักของสัตว์)

นอกจากการยึดโยงในแง่ภาษาศาสตร์แล้ว คำอธิบายของพระอินทปรีชาก็กินความในเชิงสังคมวัฒนธรรม (เพศ) ด้วย โดยเห็นได้ในข้อความข้างต้น คือ "ชายต่อชายตามธรรมดาย่อมกระทำชำเรากันไม่ได้ ถ้าผู้ใดขืนกระทำก็เรียกว่าผิดธรรมดามนุษย์"[120] นอกจากนี้ยังเห็นได้จากคำอธิบายกฎหมายมาตรานี้ที่มีต่อไป ดังนี้

> ความเสียหายของการทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์นี้เปนเหตุให้ถ่วงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเปนการลามกโดยนอกเรื่องแล้ว ยังกระทำให้เสียเชื้อพืชน์พันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำตามธรรมดามนุษย์ทั้งหลายแล้วจะได้ผู้คนพลเมืองเพิ่มขึ้นอีก เมื่อผู้คนพลเมืองทวีมากขึ้น ก็จะทำความเจริญของบ้านเมืองให้มากขึ้นตามส่วน เพราะฉนั้นท่านจึงได้บัญญัติห้ามไว้[121]

นอกจากนี้ พระอินทปรีชายังได้เขียนปิดท้ายด้วยว่าพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีก็มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ การศึกษาฉบับนี้ได้ทบทวนไว้แล้วในส่วนที่ 6.1 ว่า พระราชกำหนดดังกล่าวมิได้สะท้อน "ความเป็นไทยแบบดั้งเดิม" เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อใช้ไปพลางก่อนระหว่างที่สยามกำลังปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ให้เป็นสมัยใหม่แบบตะวันตก

ในมาตราถัดไปที่กล่าวถึงการกระทำชำเรา (โดยชายต่อหญิงที่มิใช่ภรรยาของตนเท่านั้นตามกฎหมายสมัยนั้น) พระอินทปรีชาได้เขียนเกี่ยวกับความหมายของการชำเราไว้ว่า "การส้องเสพย์สังวาศ หรือผสมเพศซึ่งกันและกัน ตามความหมายในมาตรานี้เปนการที่ชายกระทำชำเราแก่หญิงตามลักษณของการร่วมประเวณีอย่างธรรมดา"[122]

ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาของในช่วงทศวรรษ พ.ศ. 2480 (ผลลัพธ์คือการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันแทน) มีการอภิปรายเกี่ยวกับการคงไว้ ปรับปรุง หรือยกเลิกความผิดฐานชำเราผิดมนุษย์ตามมาตรา 242 อยู่พอสมควร ซึ่งสะท้อนความเห็นทั้งในเชิงภาษาศาสตร์และนิติศาสตร์ โดยทบทวนเป็นตัวอย่างพอให้เห็นภาพเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้อง (ธรรมชาติของการชำเรา) ผ่านการพิจารณาของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้เมื่อปี พ.ศ. 2482 ดังนี้

---

[120] เรื่องเดียวกัน, 1099.

[121] เรื่องเดียวกัน, 1100.

[122] เรื่องเดียวกัน, 1102.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ครั้งที่ 46, 147/2482 เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2482 มีการอภิปรายว่า มาตรา 242 นี้ คัดลอกมาจากกฎหมายอาญาของอินเดีย โดยกฎหมายอาญาในประเทศตะวันตก (ที่มีการพูดถึงคือกฎหมายอาญาสวิส) ที่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากคริสต์ศาสนา และกำหนดให้การร่วมเพศระหว่างคนเพศเดียวกันเท่านั้นเป็นความผิดอาญา ไม่รวมถึงการร่วมเพศกับสัตว์อย่างกฎหมายอาญาอินเดีย ประเด็นน่าสนใจที่เกี่ยวกับการศึกษาฉบับนี้คือ หญิงร่วมเพศกับหญิง (โดยไม่มีการสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่น) ก็อาจอยู่ในความหมายของการกระทำความผิดมาตรานี้ด้วย ทั้งนี้ การกล่าวถึงนี้ปรากฏขึ้นหลังมีการกล่าวถึงกฎหมายอาญาสวิส ซึ่งมุ่งกำหนดให้การร่วมเพศของคนเพศเดียวกันเป็นความผิดอาญา[123] ทั้งนี้ ไม่ว่าการอภิปรายต่อไปจะเป็นอย่างไร แต่กรณีนี้ทำให้พอเห็นได้ว่าการรับรู้รากฐานความคิดของความผิดอาญาฐานหนึ่ง (โดยอนุกรรมการบางคนที่อาจไม่ได้ศึกษาค้นคว้าเชิงลึกมาก่อน) มิได้พิจารณาจากความหมายของถ้อยคำเท่านั้น แต่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ (หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย”) ของความผิดฐานนั้นๆ ด้วย

ในการประชุมครั้งต่อมา (การประชุมฯ ครั้งที่ 47, 150/2482 เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2482) มีการอภิปรายในประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 242 ต่อจากครั้งก่อนหน้า ซึ่งความเห็นโน้มเอียงไปในทางดำเนินการตามกฎหมายอาญาสวิสซึ่งใช้คำว่า “carnal intercourse”[124] การศึกษาตัดตอนที่เกี่ยวข้องมาได้ ดังนี้[125]

> พระยาลัดพลีฯ “คำว่า carnal intercourse ภาษาไทยแปลยาก เพราะถ้าสตรีทำต่อสตรีจะเรียกว่า ‘ชำเรา’ ไม่ได้”
>
> พระยาอรรถกรมฯ “ใช้คำ ‘ร่วมประเวณี’”
>
> ประธานฯ “ใช้คำว่า ‘ทำสังวาส’ จะได้หรือไม่ . . .”

นอกจากนี้ ยังมีการเสนอคำว่า “ความผิดต่อศีลธรรมในทางประเวณี” “อัชฌาจาร” และ “ร่วมประเวณี” ด้วย[126]

---

[123] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 46, 147/2482: 13-16.

[124] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 47, 150/2482: 10.

[125] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 47, 150/2482: 10.

[126] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 47, 150/2482: 10.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในการประชุมครั้งถัดมา (ครั้งที่ 48, 152/2482 ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2482) มีการอภิปรายเรื่องชื่อหมวดรวมถึงคำว่า “ชำเรา” โดยคำว่า “ชำเรา” หากเป็นกริยาจะแปลว่า “ลับ” การชำเราจึงอาจหมายถึง “กระทำในที่ลับ” ได้[127] (ในการประชุมครั้งก่อนหน้ามีการอภิปรายเรื่องนี้แล้ว โดยคำว่า “ชำเรา” หากใช้เป็นคำนามที่ใช้ทั่วไปในภาษาปาก จะแปลว่า “ลึก”)[128] ทั้งนี้ ที่ประชุมมีมติในท้ายที่สุดว่า การใช้ในกรณีมาตรา 242 นี้เป็นการใช้ในฐานะคำนามที่แปลว่าลึก[129]

ทั้งหมดทั้งมวลที่ทบทวนมาโดยสังเขปนี้ การศึกษานี้ไม่ได้พยายามแสวงหาว่าการชำเราตามธรรมชาติมีความหมายอย่างไร แต่การศึกษามีความเห็นว่า ความหมายของการกระทำชำเราในกฎหมายลักษณะอาญา (อย่างน้อยในการอภิปรายว่าด้วยมาตรา 242 นี้) มิได้อยู่ภายใต้ความเห็นที่เป็นหนึ่งเดียว โดยอนุกรรมการบางคนเห็นว่าการกระทำชำเราต้องสอดคล้องกับความหมายที่ใช้โดยทั่วไปคือการกระทำที่ต้องมีการล่วงล้ำลึกเข้าไป แต่อนุกรรมการบางคนมีความเห็นโดยพยายามมองไปที่รากฐานของความผิดฐานดังกล่าวด้วย การทบทวนนี้จึงแสดงให้เห็นได้ว่าแต่เดิมการชำเราในทางภาษาศาสตร์ยังไม่มีนัยทางเพศ ต่อมาเมื่อถูกใช้ในทางกฎหมายซึ่งสะท้อนการใช้โดยทั่วไปในขณะนั้นด้วย การชำเราจึงมีความหมายไปในทางเพศซึ่งสื่อถึงการร่วมเพศที่ต้องมีการล่วงเข้าไป ซึ่งหมายถึงการร่วมเพศโดยใช้อวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิง (รวมถึงการใช้สิ่งอื่นๆ ที่สามารถล่วงเข้าไปได้) โดยหากพิจารณาเพียงถึงจุดนี้ (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) อาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยการชำเราจึงเป็นต้องมีการล่วงล้ำเข้าไป (ในร่างของอีกฝ่ายหนึ่ง)

อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ที่อย่างน้อยในทางลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ที่ปรากฏในการอภิปรายระหว่างการยกร่างการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา การกระทำชำเราได้กินความกว้างกว่าการล่วงล้ำเข้าไปแล้ว ปรากฏการณ์การให้ความหมายต่อคำว่า “ชำเรา” นี้ จึงแสดงให้เห็นว่า คำว่าชำเราที่ใช้ในกฎหมายอาญาสามารถเปลี่ยนแปลงได้และอาจไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับการกระทำทางเพศที่มีการล่วงลึกเข้าไปก็ได้ (เช่น ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 หลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 และก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) และในกรณีที่ยังคงกำหนดให้มีความหมายในทำนองลึก/ล่วงเข้าไป การล่วงลึกเข้าไปนี้ก็ยิ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการล่วงลึกโดยอวัยวะเพศชายก็ได้ (และตรงกับความหมายทางภาษาศาสตร์แบบดั้งเดิมด้วย)

---

[127] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 48, 152/2482: 2.

[128] *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา*, ครั้งที่ 47, 150/2482: 11.

[129] *มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา การประชุมครั้งที่ 48, 152/2482*: 1.

Ref. code: 25645924030033WEF

ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับข้อความคิดเกี่ยวกับลายลักษณ์อักษรของกฎหมายที่ว่า ความหมายของคำศัพท์คำหนึ่งในทางกฎหมายอาจไม่สอดคล้องกับความหมายที่ใช้โดยทั่วไปก็ได้[130]

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การให้เหตุผลต่อการให้คำจำกัดความแก่ "การกระทำชำเรา" ให้กลับไปอยู่ในลักษณะเดียวกับก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 บนฐาน "(การกระทำชำเรา) ตามธรรมชาติ" โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี พ.ศ. 2562 ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 จึงไม่ได้สื่อถึงความหมายในเชิงภาษาศาสตร์เพียงอย่างเดียว (โดยเห็นได้จากความหมายที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เมื่อคำว่า "ชำเรา" ปรากฏในกฎหมาย) แต่ "ความเป็นธรรมชาติ" ที่ถูกอ้างถึงนี้ เกี่ยวข้องกับปัจจัยอื่นๆ ด้วย ในส่วนถัดไป การศึกษาจะนำกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับเพศมาวิเคราะห์ปรากฏการณ์นี้ โดยการศึกษาเห็นว่า ไม่มากก็น้อย ปรากฏการณ์นี้มีโอกาสที่จะส่งผลถึงทัศนคติเรื่องเพศของกฎหมายในภาพกว้างซึ่งรวมถึงภาวะข้ามเพศด้วย

6.2.3.2 กรอบคิดทฤษฎีย่อยและบทวิเคราะห์: การวิเคราะห์ในเชิงเพศสถานะและเพศวิถี

ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 รัฐไทยแยกการกระทำที่รุนแรงในระดับใกล้เคียงกันและอาจรวมอยู่ในฐานความผิดเดียวกันได้ออกจากกัน โดยมีฐานการให้เหตุผลอยู่ที่ "ความเป็นธรรมชาติ" โดยที่การใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำในทางเพศไปในร่างของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการใช้อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุล่วงล้ำในทางเพศไปในร่างของผู้อื่นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร (ที่มีระวางโทษเท่ากัน) จากที่ในส่วนที่ 6.2.2 การศึกษานี้ให้ความเห็นแล้วว่า บทบาทหน้าที่ของหลักการ Fair Labelling ตามความเห็นในมุมมองที่โน้มเอียงไปในทางหลักการพื้นฐานทางกฎหมายอาญาไม่สามารถตอบประเด็นคำถามนี้ได้ แต่บทบาทหน้าที่ของหลักการดังกล่าวในมุมที่เชื่อมโยงกับสังคมวัฒนธรรมมีแนวโน้มที่จะมีบทบาทมากขึ้น อีกทั้ง การทบทวนและการวิเคราะห์เบื้องต้นในส่วนที่ 6.2.3.1 ทำให้พอเห็นภาพว่า การอ้างอิง "ธรรมชาติ" นั้น น่าจะเป็นการอ้างอิงทั้งในเชิงภาษาศาสตร์และในเชิงมุมมองของรัฐเกี่ยวกับขนบของการร่วมเพศ (แบบต่างเพศ - heteronormativity) การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า การทบทวนกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในเชิงเพศสถานะ/เพศวิถีอย่าง "กรอบคิดการใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)" มีความสำคัญและเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับประเด็นที่วิเคราะห์ เนื่องจากเป็นที่สังเกตว่า การแบ่งแยกฐานความผิดดังกล่าววางอยู่บนฐานของการกระทำโดยมนุษย์ซึ่งมีสิ่งที่ใช้กระทำคืออวัยวะเพศชายเป็นสาระสำคัญ (ทำให้เพียงเพศชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้) และมีแนวโน้มส่งผลต่อวิธีการคิดเกี่ยวกับหลักการ Fair Labelling (การแบ่งแยก

---

[130] สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, 180-181.

Ref. code: 25645924030033WEF

ฐานความผิดโดยการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) หรือไม่ยุติธรรม (การแบ่งแยกฐานความผิดโดยการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) ซึ่งอาจแสดงถึงทัศนคติเกี่ยวกับ "การร่วมเพศที่ถูกต้อง" (ตามธรรมชาติ) ด้วย

การศึกษาฉบับนี้ตระหนักดีว่า การนำกรอบคิดดังกล่าวมาใช้วิเคราะห์ในประเด็นนี้นั้นไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างตรงไปตรงมา เนื่องจากกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศของไทยมิได้จำกัดเฉพาะการกระทำโดยอวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิง (กฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) เท่านั้น อีกทั้ง แม้การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 จะส่งผลให้การใช้อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุล่วงล้ำไปในร่างของผู้อื่นเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร แต่ก็เป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ ซึ่งสื่อให้เห็นถึงภาวะที่กฎหมายยังคงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีความรุนแรงเท่ากับการกระทำความรุนแรงทางเพศด้วยอวัยวะเพศชาย อย่างไรก็ดี การศึกษาเห็นว่า กรอบคิด Phallocentrism มีศักยภาพในการแสดงให้เห็นถึงวิธีการคิดและทัศนคติของกฎหมายที่ลึกซึ้งกว่านั้น

ด้วยเหตุที่การศึกษาฉบับนี้ไม่ได้มุ่งใช้กรอบคิด Phallocentrism เป็นกรอบคิดทฤษฎีหลักในการวิเคราะห์สิ่งที่ศึกษา การศึกษาจึงจะทบทวนกรอบคิดนี้พอสังเขปเพียงเพื่อนำมาวิเคราะห์กฎหมายชุดนี้เท่านั้น โดยมุ่งทบทวนจากแหล่งข้อมูลที่ศึกษาประเด็นกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศ ซึ่งทำให้สามารถนำมาปรับใช้กับประเด็นที่สนใจได้โดยตรง

คาโรล สมาร์ท (Carol Smart) อธิบายกรอบคิด Phallocentrism ในการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายและความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ว่า

> คำว่า "Phallocentrism" นำไปสู่ภาวะไม่ตระหนักรู้และก่อให้เกิดคำถามลึกซึ้งเกี่ยวกับบทบาทของจิตวิญญาณ (psyche) และความรู้สึกนึกคิด (subjectivity) ที่มีในการผลิตซ้ำความสัมพันธ์เชิงปิตาธิปไตย กรอบคิด Phallocentrism พยายามสร้างความเข้าใจที่ลึกซึ้งเกี่ยวกับวิธีการที่ปิตาธิปไตยเป็นส่วนหนึ่งของภาวะไม่ตระหนักรู้ของผู้หญิง (และผู้ชาย) มิใช่เพียงระบบตื้นเขินที่เข้าควบคุมจากภายนอกและทำให้เข้าที่เข้าทางด้วยสถาบันทางสังคม การขู่เข็ญ หรือกำลังบังคับ กรอบคิดนี้พยายามชี้ให้เห็นปัญหาของการประกอบสร้างอัตลักษณ์และความรู้สึกนึกคิดทางเพศสถานะ ดังนั้น กฎหมายต้องถูกทำความเข้าใจทั้งในแง่ส่วนร่วมที่มีในการประกอบสร้างความหมายและความรู้สึกนึกคิด และต้องทำภายใต้กรอบคิดวัฒนธรรมแบบ Phallocentrism[131]

---

[131] "The term 'phallocentrism' invokes the unconscious and raises profound questions on the part that the psyche and subjectivity play in reproducing patriarchal relations. Phallocentrism attempts to give some insight into how patriarchy is part of women's (as well as men's) unconscious, rather than a superficial system imposed from outside and kept in place by social institutions,

Ref. code: 25645924030033WEF

ในบริบทของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ "ภายใต้วัฒนธรรมแบบ Phallocentrism เพศวิถีถูกอนุมานว่าวางอยู่บนบรรทัดฐานแบบต่างเพศเสมอ (heteronormativity)"[132] และบรรทัดฐานแบบต่างเพศถูกจัดวางอย่างล้นเกินโดยยึดโยงกับกิจกรรมเชิงเพศสัมพันธ์ ซึ่งไม่มีอะไรมากไปกว่าการล่วงล้ำ/สอดใส่และความพึงพอใจของลึงค์ (phallus)[133]

ใน *The Legal Language of Rape* (1994)[134] ไคลี สตีเฟน (Kylie Stephen) วิเคราะห์การเคลื่อนไหวของกลุ่มสตรีนิยมในยุคทศวรรษ ค.ศ. 1990 ในออสเตรเลีย ซึ่งแม้จะล่วงเลยมาแล้วกว่า 30 ปี นับจนถึงเวลานี้ (มกราคม 2565) และกฎหมายต่างๆ ก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงไปแล้ว แต่ปรากฏการณ์ดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในรัฐไทยในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 จึงทำให้สามารถนำมาศึกษาและปรับใช้ได้ สตีเฟนเห็นว่าข้อเสนอของสตรีนิยมแต่ละกลุ่มต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในขณะนั้นจำกัดเฉพาะการกระทำโดยชายต่อหญิงด้วยการใช้อวัยวะเพศเท่านั้น (คล้ายการข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาไทยก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) แม้จะมีเป้าประสงค์เชิงบวกและมีระดับความก้าวหน้าที่แตกต่างกัน แต่ก็ไม่มีข้อเสนอใดที่พยายามจัดการกับวิธีคิดแบบ Phallocentrism ซึ่งยึดแน่นอยู่กับรากฐานของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ข้อเสนอต่างๆ เหล่านี้อาจประสบความสำเร็จในการทำลาย "การเหยียดเพศ (sexism)" แต่ไม่ได้ขุดรากถอนโคน Phallocentrism ไป และกฎหมายในเชิงรากฐานความคิดก็จะยังเป็นกฎหมายที่ประกอบสร้าง "ความจริง" เชิงเพศสถานะและเพศวิถีที่วางอยู่บนบรรทัดฐานแบบต่างเพศอยู่ กลุ่มเหล่านี้แบ่งได้คร่าวๆ ออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่มองว่าสมควรคงไว้ซึ่งชื่อฐานความผิด "การข่มขืนกระทำชำเรา (rape)" แต่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบของความผิดให้ครอบคลุมลักษณะของการกระทำและผู้กระทำ/ผู้ถูกกระทำอย่างกว้างขวางขึ้น (คล้ายการข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาไทยหลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) และกลุ่มที่ให้ละทิ้งชื่อฐานความผิด "การข่มขืนกระทำชำเรา (rape)" และกำหนดชื่อฐานความผิด/กำหนดรายละเอียดความผิดใหม่ (คล้ายการข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาไทยหลัง

---

threats, or force. It attempts to address the problem of the construction of gendered identities and subjectivities. Law must, therefore, be understood both to participate in the construction of meanings and subjectivities and to do so within the terms of a phallocentric culture.". Carol Smart, "Law's Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse," *Journal of Law and Society* 17, no. 2 (1990): 201.

[132] ". . . within phallocentric culture sexuality is always presumed to be heterosexuality . . .". Ibid.

[133] Ibid., 202.

[134] Kylie Stephen, "The Legal Language of Rape," *Alternative Law Journal* 19, no. 5 (October 1994).

Ref. code: 25645924030033WEF

การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) นอกจากนี้ ยังมีกลุ่มที่ต้องการให้คงไว้ซึ่งฐานความผิด "การข่มขืนกระทำชำเรา (rape)" ด้วย เนื่องจากเห็นว่าเป็นการย้ำเตือนการเอาเปรียบและการครอบงำโดยเพศชายต่อเพศหญิง และการเปลี่ยนชื่อฐานความผิดจะเป็นการปิดบังข้อเท็จจริงที่ยังคงดำรงอยู่จริงว่าผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิง[135]

สตีเฟนวิพากษ์ว่า ไม่ว่าจะเป็นข้อเสนอของสตรีนิยมกลุ่มใดต่างก็มองข้ามการถอดรื้อวิธีคิดแบบ Phallocentrism ที่อยู่ในรากฐานของกฎหมายว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าข้อเสนอมีเป้าหมายร่วมกันในการสร้างความเท่าเทียมและคุ้มครองสังคมจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศก็ตาม สตีเฟนเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศทางอาญาไม่ได้มีผลเฉพาะในเชิงกฎหมาย (ได้แก่ การคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความรุนแรงทางเพศ) เท่านั้น แต่กฎหมายอาญา (เช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ) ยังมีบทบาทในการประกอบสร้างความจริง (ในบริบทนี้คือทางเพศ) ด้วย เช่น การกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำโดยชายต่อหญิงเท่านั้น นอกจากจะเป็นการสะท้อนกรอบคิดของความผิดฐานนี้ที่มีจุดกำเนิดในทางประวัติศาสตร์ของโลกตะวันตกแล้ว (หญิงเป็นเพียงทรัพย์สินของชายและการข่มขืนกระทำชำเราคือการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่น) ยังเป็นการประกอบสร้าง "ความจริง" เชิงเพศสถานะและเพศวิถีของปัจเจกด้วย กล่าวคือ ผู้ชายมีพลังอำนาจทางเพศและเป็นฝ่ายกระทำการ ส่วนผู้หญิงเป็นเพียงส่วนเสริมในการกระทำทางเพศของชายและเป็นฝ่ายถูกกระทำ และยังสะท้อนให้เห็นภาวะที่กฎหมายถูกตราขึ้นเพื่อควบคุมความต้องการทางเพศอย่างล้นเกินของชาย หรือกล่าวยิ่งกว่านั้น ผู้ชายที่ไม่กระทำความผิดทางเพศคือผู้ชายที่ควบคุมลักษณะ "ตามธรรมชาติ" นี้ของตนได้ และกฎหมายถูกตราขึ้นเพื่อมาควบคุมลักษณะตามธรรมชาตินี้ ในกรณีข้อเสนอที่ให้ยกเลิกชื่อของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราข้างต้น องค์ประกอบที่ถูกปรับปรุงก็ยังคงติดยึดอยู่กับลึงค์หรืออวัยวะ/วัตถุคล้ายลึงค์ที่สามารถล่วงล้ำ/สอดใส่ได้ ดังนั้นในแง่นี้ ข้อเสนอเหล่านี้จึงถูกสร้างขึ้นจากฐานคิดตั้งต้นที่มีต่อเพศวิถีแบบเดียวกัน คือ การสั่นสะเทือนวิธีคิดแบบเหยียดเพศ (sexism) แต่ไม่ได้แตะต้อง Phallocentrism แต่อย่างใด[136]

ด้วยเหตุนี้ ในการทำความเข้าใจกฎหมายและวิพากษ์กฎหมาย สมาร์ทจึงกล่าวว่า

> เราจำเป็นต้องพิจารณาวิธีการที่กฎหมายประกอบสร้างและประกอบสร้างซ้ำซึ่งความเป็นชายและความเป็นหญิง (masculinity and femininity) และความเป็นเพศชายและความเป็นเพศหญิง (maleness and femaleness) และการมีบทบาทอย่างต่อเนื่องต่อการรับรู้ทั่วไป

---

[135] Ibid., 226.

[136] Ibid., 226-227.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในเรื่องความแตกต่าง ซึ่งส่งผลให้ดำรงไว้ซึ่งปฏิบัติการเชิงสังคมและเพศ ซึ่งสตรีนิยมพยายามที่จะท้าทาย[137]

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาประเด็นการปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศของรัฐไทยในปี พ.ศ. 2562 หลังจากที่การศึกษาฉบับนี้มีความเห็นในเบื้องต้นแล้วว่า ในบริบทนี้ หลักการ Fair Labelling มีบทบาทในการสะท้อนทัศนคติบางประการของสังคม (หรืออย่างน้อยที่สุด ของผู้อยู่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) การจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรงใหม่โดยมีการอ้างอิงไปยัง "ความเป็นธรรมชาติ" อาจถูกวิเคราะห์ให้เห็นถึงนัยของทัศนคติในเรื่องเพศในภาพรวมของกฎหมายไทยได้ดังนี้

1) ในแง่หนึ่ง "ธรรมชาติ" ของการกระทำชำเรา สามารถทำความเข้าใจได้จากมุมมองทางภาษาศาสตร์ กล่าวคือ การกระทำชำเราในความหมายทางภาษาศาสตร์มีความหมายในเชิงการล่วงลึกเข้าไป การปรับปรุงให้การกระทำชำเราเหลือเพียง "การล่วงล้ำ" แทนที่จะเป็น "การกระทำกับ" จึงสอดคล้องกับความหมายนี้ ทั้งนี้ โดยที่การกระทำชำเราอยู่ในความหมายนี้ทั้งในเชิงทางการและในทางปฏิบัติ จากการตรวจสอบการอภิปรายความหมายของคำศัพท์นี้ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ในยุคทศวรรษ พ.ศ. 2480 เรื่อยมาจนถึงการตรวจสอบความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานในปัจจุบัน

2) เมื่อพิจารณาในอีกแง่หนึ่งคือในแง่สังคมวัฒนธรรม ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดที่มีลำดับชั้น โดยประกอบด้วยการกระทำความผิดฐานหลัก ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราถูกวางให้เป็นความผิดที่มีความรุนแรงมากกว่าการกระทำอนาจาร (ที่เป็นเพียง "การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ" เท่านั้น) การจัดวางให้การกระทำความรุนแรงทางเพศด้วยการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายแตกต่างจากการกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศด้วยการล่วงล้ำโดยสิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศชาย ไม่ว่าสิ่งที่ถูกกระทำจะเป็นอวัยวะใดของเพศใดโดยวางอยู่บนเหตุผลของ "ความเป็นธรรมชาติ" ที่น่าจะเชื่อมโยงไปยังความหมายอื่นนอกจากความหมายในเชิงภาษาศาสตร์ตามที่กล่าวไปแล้วในข้อ 1) นั้น จึงเป็นปรากฏการณ์ที่สมควรนำมาวิเคราะห์

3) ทั้งนี้ อาจมีข้อโต้แย้งว่า "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (ที่เป็นฐานความผิดตามกฎหมาย ไม่ใช่คำศัพท์ "ชำเรา" เท่านั้น) โดยธรรมชาติของฐานความผิดนี้ย่อมต้องมีการล่วงล้ำอยู่แล้ว (สอดคล้องกับความหมายเชิงภาษาศาสตร์ของคำศัพท์ "ชำเรา")

---

[137] "We need instead to consider the ways in which law constructs and reconstructs masculinity and femininity, and maleness and femaleness, and contributes routinely to a common-sense perception of difference which sustains the social and sexual practices which feminism is attempting to challenge.". Smart, "Law's Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse," 201.

Ref. code: 25645924030033WEF

อย่างไรก็ตาม การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ไม่มี “ความเป็นธรรมชาติ” ในตัวเอง คือ การล่วงล้ำหรือไม่ล่วงล้ำ หรือการกำหนดให้การกระทำความผิดโดยอวัยวะใดของเพศใดต่ออวัยวะใดของเพศใด ไม่จำเป็นต้องเป็นสาระสำคัญของการข่มขืนกระทำชำเราก็ได้ โดยอาจเห็นได้จากหลายปรากฏการณ์ประกอบกัน อาทิ หนึ่ง ความเห็นของอนุกรรมการคณะหนึ่งที่พิจารณาชำระกฎหมายลักษณะอาญาในยุคทศวรรษ พ.ศ. 2480 แสดงให้เห็นว่า การรับรู้ของอนุกรรมการบางคนที่มีต่อความหมายของ “ชำเรา” ในทางกฎหมายอาญานั้น เป็นการรับรู้ในความหมายของ “การร่วมเพศ” ในภาพรวม มิได้จำกัดเฉพาะ “การร่วมเพศบนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ” เท่านั้น สอง การที่ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาไทยหลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (ในปี พ.ศ. 2550) ไม่ได้จำกัดเฉพาะ “การล่วงล้ำ” โดยเห็นได้ทั้งในตัวบทกฎหมายและในการอภิปรายของผู้ยกร่างในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 โดยเฉพาะความเห็นของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ และสาม ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายในบางประเทศไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (หรือเทียบเท่าการข่มขืนกระทำชำเรา) มีสาระสำคัญของการกระทำเป็นการกระทำโดยอวัยวะเพศชายด้วยการล่วงล้ำ/สอดใส่เท่านั้น เป็นต้น

4) จากความเห็นของการศึกษาฉบับนี้ในข้อ 3) ข้างต้น กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจึงมิได้มีบทบาทเพียงการห้ามมิให้บุคคลล่วงละเมิดในทางเพศซึ่งกันและกัน แต่ยังมีบทบาทในการสร้าง “ความจริง” ของลักษณะของการร่วมเพศด้วย ดังนั้น เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (ในปี พ.ศ. 2562) อ้างว่า “ความจริง” นั้น คือ “ความเป็นธรรมชาติ” กรอบคิด Phallocentrism จึงอาจเปิดเผยทัศนคติของรัฐไทยในเรื่องเกี่ยวกับเพศผ่านกฎหมายเกี่ยวกับเพศให้เห็นได้

5) จากการทบทวนกรอบคิด Phallocentrism ปรากฏการณ์การวางระบบความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่โดยการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2562 จึงมีแนวโน้มสะท้อนวิธีการคิดแบบ Phallocentrism ของกฎหมาย/ผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย กล่าวคือ แม้การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ดังกล่าว สามารถตอบโจทย์ข้อขัดข้องในเชิงกฎหมายอาญาได้ และยังคงไว้ซึ่งการทำลาย “การเหยียดเพศ (sexism)” เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 อย่างไรก็ตาม วิธีการคิดในเรื่องการจัดระบบนี้กลับย้อนไปวางตัวอยู่ภายใต้กรอบคิด Phallocentrism (แบบกฎหมายก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) ซึ่งให้ความสำคัญกับการกระทำของลึงค์/แบบลึงค์ ไม่ว่าจะเป็น หนึ่ง การจำกัดให้การกระทำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดที่มีความรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำชำเรา (การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์) เป็นเพียง “การล่วงล้ำ” เท่านั้น (ซึ่งเฉพาะอวัยวะเพศชายและสิ่งที่มีศักยภาพในการล่วงล้ำเหมือนอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่จะทำแบบนี้ได้) หรือสอง การจัดลำดับชั้นเชิงสัญลักษณ์ของความรุนแรงไว้คนละฐานความผิด คือ การล่วงล้ำด้วยการใช้อวัยวะเพศชายเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการล่วงล้ำด้วยอวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศ

Ref. code: 25645924030033WEF

หรือวัตถุเป็นการกระทำอนาจาร ทั้งนี้ ภายใต้กรอบคิด Phallocentrism การจัดระบบดังกล่าวอาจมิใช่การแสดงให้เห็นว่า การใช้อวัยวะเพศชายในการกระทำความผิดมีความรุนแรงมากกว่า (ซึ่งทำให้เฉพาะการกระทำแบบนี้เท่านั้นที่ถูกกำหนดให้อยู่ในชื่อ “การกระทำชำเรา” ได้) แต่เป็นการกลับไปสู่การรับรู้ที่ว่า เฉพาะการร่วมเพศโดยอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่เป็นการร่วมเพศที่แท้จริง ส่วนการกระทำทางเพศอื่นๆ ที่มิใช่การร่วมเพศ จึงถูกจัดไว้ได้เพียงในชื่อ “การกระทำอนาจาร” โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการอ้างอิง “ความเป็นธรรมชาติ” หรือ “ความไม่เป็นธรรมชาติ” ขึ้นมาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2

6) การวิเคราะห์ในส่วนที่ 6.2 ทั้งหมดนี้ แม้ไม่ได้มุ่งไปที่ประเด็น “ภาวะข้ามเพศ” ซึ่งเป็นเรื่องในเชิงเพศสถานะโดยตรง แต่การเปิดเผยทัศนคติในภาพกว้างในเรื่องเพศของกฎหมายไทย ก็ทำให้พอมองเห็นลักษณะและระดับความรับรู้และความอ่อนไหวของรัฐในเรื่องความหลากหลายทางเพศในอนาคต ทั้งนี้ กล่าวได้ว่า แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความเปิดกว้างในเรื่องเพศมากขึ้น แต่ทัศนคติ วิธีการคิด และตรรกะของกฎหมาย ก็อาจไม่ได้สอดคล้องกับกรอบคิดทฤษฎีในเรื่องเพศอย่างลึกซึ้งเสมอไป

Ref. code: 25645924030033WEF

บทที่ 7
บทสรุป

ในบทนี้ การศึกษาต่อยอดจากบทที่ 4-6 ด้วยการวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ (รวมถึงความหลากหลายทางเพศในภาพกว้าง) ในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายทั้งสามกลุ่มอย่างเชื่อมโยงกันในส่วนที่ 7.1 และสรุปผลการศึกษาทั้งหมดในลักษณะการรวบยอดความคิดในส่วนที่ 7.2

7.1 การวิเคราะห์วาทกรรมเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศในการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายทั้งสามกลุ่ม

ในส่วนนี้ การศึกษาเริ่มในส่วนที่ 7.1.1 ด้วยการทบทวนผลการศึกษากฎหมายแต่ละกลุ่มแบบแยกจากกันที่ได้ทำไปในบทที่ 4-6 อีกครั้ง จากนั้นในส่วนที่ 7.1.2 จึงวิเคราะห์นัยของทัศนคติของกฎหมาย/รัฐไทยต่อภาวะข้ามเพศที่ปรากฏผ่านการเปลี่ยนแปลงเชิงบวกของกฎหมายทั้งสามกลุ่ม

7.1.1 ผลการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละกลุ่ม

ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ปี พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งจะทำให้เข้าใจลักษณะของการปะทะประสานของวาทกรรมซึ่งก่อให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในบรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) และนำไปสู่การเข้าใจความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีของกฎหมายไทย ซึ่งส่งผลต่อภาวะข้ามเพศ ต่อไป การศึกษานี้จึงมุ่งทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทยผ่านระบบกฎหมายและบริบทแวดล้อมผ่านการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งได้จัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 จนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2562 รวมทั้งสิ้นเป็นระยะเวลา 13 ปี ซึ่งเป็นห้วงเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีในระบบกฎหมายไทยค่อนข้างมาก โดยประกอบด้วย 1) กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่คนข้ามเพศ) 2) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ และ 3) กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเปลี่ยนไปในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และนิยามของการกระทำชำเรา)

Ref. code: 25645924030033WEF

ในการศึกษากฎหมายสามกลุ่มดังกล่าว การศึกษาได้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology) ซึ่งเมื่อนำมาใช้ประกอบกรอบคิดด้านเพศที่มีการประยุกต์ใช้ในปริมณฑลกฎหมาย และการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) ซึ่งช่วยชี้ให้เห็นความไม่ต่อเนื่อง ขาดตอน แตกหัก ความไม่เป็นเหตุเป็นผล และการปะทะประสานของวาทกรรมต่างๆ ในบริบทของพื้นที่และเวลาหนึ่ง การใช้ระเบียบวิธีวิจัยดังกล่าวได้เปิดเผยให้เห็นความขาดตอนไม่ต่อเนื่องและฐานคิด-ทัศนคติในเรื่องเพศของรัฐไทยที่ไม่กลมกลืนเป็นเนื้อเดียวกัน โดยมีบทบาทของวาทกรรมต่างๆ อาทิ วาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยา วาทกรรม “ความเป็นธรรมชาติ” ของการร่วมเพศผ่านการให้ความหมายแก่คำว่าการกระทำชำเรา เป็นต้น เข้ามาปะทะประสานอยู่ตลอดเวลาในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ดังที่ได้เห็นแล้วในบทที่ 4-6

ภายใต้วัตถุประสงค์และระเบียบวิธีวิจัยข้างต้น ในกรณีกรอบคิดทฤษฎี นอกจากกรอบคิดทฤษฎีใหญ่ ได้แก่ 1) กรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี 2) ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย และ 3) กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี ได้แก่ นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) และนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ในบทที่ 4-6 ซึ่งเป็นการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่มแบบแยกจากกัน การศึกษาได้ใช้กรอบคิดทฤษฎีเฉพาะสำหรับวิเคราะห์กฎหมายแต่ละชุด คือ 1) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร การศึกษาได้ประยุกต์ใช้กรอบคิดว่าด้วย “อสูรกาย (Monster)” ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[1] เพื่อทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของวาทกรรมการแพทย์และกฎหมายในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย 2) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การศึกษาได้ทบทวนลักษณะการปรากฏตัวของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)” ในกฎหมายไทยและใช้กรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าว เพื่อหาคำตอบว่าการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยวางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติมีข้อจำกัดอย่างไรในประเด็นความหลากหลายทางเพศซึ่งเป็นภาพกว้างของภาวะข้ามเพศ และ 3) ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เมื่อเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องทั้งในพรมแดนของกฎหมายอาญาและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี การศึกษาจึงใช้ “หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)” ในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอาญา และใช้กรอบคิด “การใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)” เมื่อพิจารณาการปะทะของวาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี (ในลักษณะที่ให้ความหมายเกี่ยวกับเพศอย่างจำกัด)

---

[1] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*.

Ref. code: 25645924030033WEF

ที่มีบทบาทในปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่สองครั้ง ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับฐานคิดในช่วงระยะเวลา 13 ปี ดังกล่าว

การวิเคราะห์ของการศึกษาฉบับนี้นำมาซึ่งผลการศึกษาโดยสรุป ดังนี้

7.1.1.1 กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร[2]

(1) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการยอมรับภาวะข้ามเพศที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554

ในกรณีที่ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 ใช้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นฐานในการมีคำพิพากษาว่า เหตุ “โรคจิตถาวร” ที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น การศึกษาฉบับนี้มีความเห็นว่า แม้จะเป็นแนวโน้มเชิงบวกที่ศาลพยายามพัฒนาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาใช้ในเชิงสนับสนุนสิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเชิงรากฐานความคิดนั้นไม่มีคำจำกัดความและขอบเขตเนื้อหาที่แน่นอนและที่เห็นพ้องต้องกันเป็นหนึ่งเดียว แม้แต่ในประเทศหรือภูมิภาคที่ใช้และมีการพัฒนาหลักการนี้มาอย่างยาวนาน (เช่น ประเทศเยอรมนีที่ยึดหลักการนี้ในระดับรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐมากว่า 70 ปี) ในกรณีประเทศไทยนั้น ด้วยเหตุผลหลายประการ ทั้งการที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเชิงรากฐานความคิดยังไม่มีความชัดเจน การที่เนื้อของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (หากพอจะให้ความหมายได้) โดยรวมนั้นคือการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยแนวทางเดียวกันและไม่เลือกปฏิบัติ ความถี่ของการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลให้มีการปรับปรุงรายละเอียดของหลักการนี้ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา ระยะเวลาอันจำกัดที่หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ปรากฏตัวในระบบกฎหมายมหาชนของไทย (นับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา) ที่ส่งผลอย่างยิ่งต่อการพัฒนาหลักการนี้ในทางปฏิบัติ ทั้งในการนำมาใช้ของศาลและการพัฒนาเคียงคู่ไปกับปัจจัยเชิงสังคมวัฒนธรรม และปริมาณอันจำกัดของคำพิพากษาที่มีเนื้อหาบนฐานหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สามารถนำมาศึกษาเพื่อทำความเข้าใจแนวทางของการประยุกต์ใช้หลักการนี้ได้ การศึกษาฉบับนี้จึงเห็นว่าหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงไม่น่าจะมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้เกิดการยอมรับภาวะข้ามเพศในทางกฎหมายได้ ภายใต้การวิเคราะห์ในกรอบเวลาที่การศึกษาฉบับนี้มุ่งสนใจ (พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งไม่มีจุดเปลี่ยนสำคัญอื่นเกิดขึ้นแต่อย่างใด

---

[2] บางส่วนของการวิเคราะห์ในการศึกษาส่วนนี้ ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์ได้นำเสนอไว้แล้วใน ธนรัตน์ มังคุด, “ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คุ้ยรากวาทกรรม ‘จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง’ ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ”.

Ref. code: 25645924030033WEF

(2) วาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมายที่ปรากฏในเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่แสดงนัยถึงการยอมรับบุคคลข้ามเพศ

ในกรณีการเปลี่ยนแปลงเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร จาก "โรคจิตถาวร" ไปเป็น "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" ในบทบัญญัติทางกฎหมาย ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน (และมีผลซึ่งกันและกัน) กับคำพิพากษาของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 ข้างต้น การศึกษาได้นำกรอบคิด Monster โดยฟูโกต์ ผ่านการศึกษาของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) มาใช้ ซึ่งการศึกษาของชาร์ปดังกล่าวมีขึ้นเพื่อวิเคราะห์การปะทะกันของวาทกรรมทางการแพทย์และกฎหมายในการทำความเข้าใจปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศ กล่าวโดยย่อได้ว่า ฟูโกต์เห็นว่า สาระสำคัญที่ทำให้ Monster เป็น Monster คือ "การละเมิดกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน (a double breach of law and nature)" โดยการละเมิดสองชั้นนี้ทำให้เกิดความกระอักกระอ่วนในกฎหมาย เช่น ภาวะข้ามเพศ ฝาแฝดตัวติดกัน สิ่งมีชีวิตที่เป็นการผสมผสานระหว่างมนุษย์และสัตว์ ส่วนการละเมิดเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งจะไม่ทำให้เกิดความเป็น Monster ขึ้น อาทิ แม้ความพิการจะละเมิดธรรมชาติ แต่ยังคงมีที่ทางในกฎหมาย[3] แม้ความเป็น "กะเทยแท้ (hermaphrodite)" จะละเมิดธรรมชาติและท้าทายระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ความท้าทายกฎหมายก็หมดสิ้นไปตั้งแต่ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ความเป็นกะเทยแท้จึงไม่ใช่ Monster ในสายตาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์[4]

เมื่อนำกรอบคิดดังกล่าวมาใช้เพื่อทำความเข้าใจปรากฏการณ์ในประเทศไทยในเบื้องต้นก่อนไปสู่การวิเคราะห์การยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศ รวมถึงภาวะสองเพศ/เพศกำกวม ปรากฏการณ์นี้สอดคล้องกับปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในอังกฤษ/ประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ชาร์ปวิเคราะห์ การวิเคราะห์ความเป็นอื่นโดยใช้กรอบคิด Monster ของชาร์ปจึงสามารถนำมาเปรียบเทียบและทำความเข้าใจได้โดยตรง ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ที่กล่าวว่า "เพศของบุคคลธรรมดานั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความถึงคนที่ออกลูกได้"[5] กล่าวได้ว่า ในสายตาของกฎหมายไทยที่ยึดกับกรอบคิดแบบทวิเพศอย่างชัดแจ้ง ภาวะข้ามเพศเป็น Monster เนื่องจากมีลักษณะ Monstrousness (การทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในกฎหมายที่ตามลายลักษณ์อักษรวางอยู่บนฐานทวิเพศ) และเมื่อพิจารณาประกอบเหตุผลในคำพิพากษาที่ยึดโยงกับธรรมชาติของเพศหญิง

---

[3] Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, 32.

[4] Ibid., 37.

[5] *นายชุมพล ศิลประจำพงษ์ (ผู้ร้อง)*, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 (ศาลฎีกา 2524).

Ref. code: 25645924030033WEF

ซึ่งต้อง “ออกลูกได้” จึงมีลักษณะแบบ Monstrosity ดังนั้น เมื่อภาวะข้ามเพศละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน ภาวะข้ามเพศจึงกลายเป็นอื่นตามกรอบคิด Monster ของฟูโกต์

ในแนวทางเดียวกับการวิเคราะห์ของชาร์ป เมื่อพิจารณากรณีของภาวะสองเพศ/เพศกำกวม ลักษณะของความเป็นอื่นตามกรอบคิด Monster ก็สามารถปรับใช้ได้เช่นกัน ในรัฐไทย การขอเปลี่ยนเพศของบุคคลที่มีสองเพศ/เพศกำกวมโดยกำเนิด กระทรวงมหาดไทยอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเป็น “เพศที่ถูกต้อง” และมีสิทธิขอเปลี่ยนเพศในเอกสารระดับทางการได้[6] ปรากฏการณ์นี้ทำให้เห็นว่า กฎหมายไทยวางตัวบนฐานทวิเพศ โดยไม่อนุญาตให้มีการระบุเพศอื่นนอกจากชายหญิงในเอกสารทางการ การอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศดังกล่าวไม่ได้วางอยู่บนฐานการยอมรับเพศที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดหรือเสรีภาพในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตน แต่หมายถึงการทำให้เพศของตนเองสอดคล้องกับธรรมชาติ (naturalisation) ด้วยเหตุนี้ ร่างกายที่มีสองเพศ/เพศกำกวมซึ่งเคยละเมิดธรรมชาติจึงไม่ละเมิดธรรมชาติอีกต่อไป เพศของบุคคลกลุ่มนี้จึงกลายเป็นชายหรือหญิงและถูกจัดให้อยู่ในระเบียบทางกฎหมายบนฐานคิดแบบทวิเพศได้

เมื่อพิจารณาเฉพาะสองประเด็นข้างต้น การวิเคราะห์ของชาร์ปจึงทำให้พอเข้าใจวิธีคิดแบบทวิเพศของกฎหมายและการยึดโยงกฎหมายกับปัจจัยทางชีวภาพได้ คือ 1) แม้กฎหมายมิได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ในทางข้อเท็จจริงของบุคคลที่อยู่ในภาวะข้ามเพศ แต่จะพิจารณาอย่างเคร่งครัดบนฐานของกฎหมายที่ยึดอยู่ในกรอบคิดแบบทวิเพศและเชื่อมโยงกับ “ความเป็นธรรมชาติ” และ 2) การใช้ตรรกะของศาลในคำพิพากษาที่ยึดโยงอยู่กับปัจจัยทางชีวภาพและ “ความเป็นธรรมชาติ” นั้นมิได้แสดงให้เห็นถึงการยึดเพศกำเนิดตามอวัยวะเพศในการพิจารณาเพศของบุคคลเท่านั้น แต่ยังแสดงให้เห็นถึงกระบวนทัศน์ของกฎหมาย (และองค์กรผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาลและกระทรวงมหาดไทย) ด้วยอาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างความคลุมเครือทางเพศและการเคลื่อนไปที่ไปหา “ธรรมชาติ” บนฐานคิดแบบทวิเพศ ซึ่งทำให้บุคคลที่กระทำการตามแนวทางนี้ได้รับการยอมรับทางกฎหมายในเรื่องเพศซึ่งแตกต่างจากบุคคลที่มีองค์ประกอบทางกายภาพทุกประการเป็นเพศหนึ่งแต่เลือกที่จะระบุตนเองเป็นอีกเพศหนึ่ง ซึ่งไม่ได้รับการยอมรับทางทางกฎหมายในเรื่องเพศ

เมื่อมุ่งพิจารณากฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร แม้จะมีการตระหนักถึงความแตกต่างระหว่าง “ผู้ชาย” และ “ผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” และมีการยกเลิกการใช้ถ้อยคำ “โรคจิตถาวร” มาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แต่เมื่อพิจารณาประกอบข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการรับราชการทหาร การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า วิธีคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นให้แก่บุคคลประเภทใด ตั้งอยู่บนฐานที่ว่าบุคคลที่ได้รับการยกเว้นคือกลุ่มคนที่

---

[6] United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 59-61.

Ref. code: 25645924030033WEF

"คุณสมบัติไม่ถึงเกณฑ์" มิใช่การตระหนักรู้ภาวะข้ามเพศอย่างแท้จริง[7] โดยพิจารณาได้จากการที่ผู้อยู่ในภาวะ"เพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด" ถูกจัดอยู่ในบุคคล "จำพวกที่ 2 ได้แก่ คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ"[8]

หากมุ่งสนใจไปที่ถ้อยคำ "ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)" ซึ่งได้ทบทวนไปแล้วว่าเป็นถ้อยคำที่ผ่านการต่อรองทั้งโดยองค์กรของรัฐและภาคประชาสังคม ซึ่งรวมถึงผู้อยู่ในภาวะข้ามเพศซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงด้วย เมื่อนำการวิเคราะห์ของชาร์ปมาปรับใช้ การศึกษามีข้อสังเกตดังต่อไปนี้[9]

1) การที่รัฐไทยใช้ถ้อยคำในภาษาไทยเพื่อยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศว่า "ภาวะเพศสภาะไม่ตรงกับเพศกำเนิด" แต่ใช้ถ้อยคำในภาษาอังกฤษว่า "Gender Identity Disorder" ซึ่งเป็นถ้อยคำทางการแพทย์และสอดคล้องกับบัญชีโรค ICD-10 ขององค์การอนามัยโลกนั้น แม้เหตุผลขององค์การอนามัยโลกที่ยังกำหนดให้ภาวะข้ามเพศอยู่ในบัญชีโรค ICD-10 จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการมีสิทธิรับสวัสดิการจากรัฐในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลที่เกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ (ซึ่งถูกวิพากษ์ว่าเป็นประโยชน์เฉพาะกับกลุ่มคนข้ามเพศในประเทศชนชั้นนำที่จัดให้มีสวัสดิการดังกล่าวเท่านั้น อีกทั้ง ในประเทศเหล่านั้นความรับรู้ผ่านความเป็นโรคก็ยังทำให้เกิดผลกระทบ อาทิ บุคคลกลุ่มนี้ต้องได้รับการปฏิบัติทางการแพทย์เป็นพิเศษ โดยมองข้ามการได้รับบริการด้านการดูแลในระดับที่ต่ำกว่านั้น)[10] แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าภาวะข้ามเพศยังคงเป็นโรคทางจิตเวช

---

[7] Ibid., 47-49.

[8] ข้อ 3 วรรคสาม แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

[9] แม้จะไม่สามารถปรับใช้การวิเคราะห์นี้ของชาร์ปได้โดยสิ้นเชิงก็ตาม (ไม่ว่าจะเป็นในช่วงเวลาที่ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยึดวิธีการที่ยึดติดอยู่กับชีวภาพหรือช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว) ทั้งนี้ ที่กล่าวว่าไม่สามารถปรับใช้ได้นั้น นอกจากเหตุผลของการที่กฎหมายที่ศึกษาเป็นคนละเรื่องแล้วก็ยังเนื่องมาจากเหตุผลอื่นด้วย ได้แก่ ในช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้วนั้น ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยอมรับการข้ามเพศของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ แต่ไม่ยอมรับเพศของผู้ข้ามเพศที่ยังไม่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารของรัฐไทย "ตระหนักรู้" การข้ามเพศทั้งกรณีของบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศและบุคคลที่ยังไม่ผ่านการแปลงเพศแต่ได้รับการตรวจทางจิตโดยจิตแพทย์ด้วยวิธีการตามที่กำหนดไว้แล้ว. United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 49-50.

[10] ดู Reed et al., "Disorders Related to Sexuality and Gender Identity in the ICD-11: Revising the ICD-10 Classification Based on Current Scientific Evidence, Best Clinical Practices, and Human Rights Considerations," 209-210.

Ref. code: 25645924030033WEF

โรคหนึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในภาษาอังกฤษและยังสอดคล้องกับกรอบคิดรากฐานของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารในรัฐไทยอีกด้วย

2) ปรากฏการณ์ที่การใช้ถ้อยคำในภาษาไทยและภาษาอังกฤษไม่ตรงกันนั้น แม้อาจกล่าวได้ว่ารัฐไทยยอมรับเพศของบุคคลยิ่งกว่ากรอบคิดในเชิงระหว่างประเทศ[11] แต่การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า เมื่อมีการใช้ถ้อยคำที่ส่งผลเชิงบวกและลบในระดับที่แตกต่างกันในคำคำเดียว ไม่อาจทำให้สรุปได้ว่าเป็นการที่รัฐไทยก้าวหน้าในเชิงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้านเพศยิ่งกว่าตราสารระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นรัฐไทยเองที่เลือกใช้ถ้อยคำในสองภาษาอังกล่าว อีกทั้ง ยังแสดงให้เห็นความไม่สอดคล้องกันในตัวเองของกฎหมายตามที่กฎหมาย (หรือนักกฎหมาย) มักกล่าวอ้างด้วย[12] ข้อสังเกตประการหนึ่งที่ได้รับจากการวิเคราะห์ปรากฏการณ์นี้ คือ เพื่อที่จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย รัฐมักอ้างอิงวาทกรรมต่างๆ ประกอบการพิจารณาและตัดสินใจ ทั้งนี้ เมื่อบริบทที่ศึกษาได้แก่กฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับเพศสถานะ ซึ่งเกี่ยวข้องกับร่างกายและจิตใจของปัจเจก รัฐมักอ้างอิงวาทกรรมทางการแพทย์-จิตวิทยามาหนุนเสริมความชอบธรรมในการแก้ไขเพิ่มเติมต่างๆ

เมื่อมุ่งพิจารณาในกรณีถ้อยคำและวิธีการที่ใช้ในทางปฏิบัติในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศ ในกรณีผู้ที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศหรือหน้าอกมาแล้ว แพทย์ทหารสามารถพิจารณาได้ทันทีว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ในภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งตามมโนทัศน์ Monster ของฟูโกต์ (ที่ชาร์ปวิเคราะห์ในช่วงเวลาของหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้ว) ได้ว่า การทำให้ร่างกายและจิตใจของตนสอดคล้องกับธรรมชาติ (จากผู้มีร่างกายเป็นชายที่มีสภาพจิตใจเป็นหญิงไปเป็นเพศหญิง) และไม่ละเมิดธรรมชาติ ส่งผลให้ไม่ละเมิดกฎหมายและหมดสิ้นไปซึ่งการสร้างความกระอักกระอ่วนในกฎหมาย กฎหมายจึงยอมรับบุคคลกลุ่มนี้ได้

ในขณะเดียวกัน แม้รัฐไทยในบริบทของการยกเว้นการเกณฑ์ทหารจะยอมรับว่าการไม่เปลี่ยนแปลงร่างกายแต่ผ่านการตรวจจากจิตแพทย์ตามกระบวนการที่กำหนดแล้วจะเป็นผู้อยู่ในภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายคอมมอนลอว์ในช่วงหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปแล้วนั้น อย่างไรก็ตาม อาจวิเคราะห์ประเด็นนี้ได้ว่า รัฐยังคงตรวจสอบ “ความจริงแท้” ของภาวะข้ามเพศด้วยการพึ่งพิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์ ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นผลเชิงบวกกับผู้ข้ามเพศในประเด็นเฉพาะนี้ แต่ในภาพกว้าง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับร่างกายและจิตใจของบุคคลจึงต้องพึ่งพิงองค์ความรู้ทางการแพทย์เป็นอย่างยิ่ง ทั้งที่องค์ความรู้ทางการแพทย์เองก็มิได้ปราศจากการประกอบสร้างจากปัจจัยต่างๆ โดยอาจเห็นตัวอย่างได้จากกระบวนการจัดวางภาวะข้ามเพศ

---

[11] อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย”419-420.

[12] Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 10-11.

Ref. code: 25645924030033WEF

ในองค์ความรู้ทางการแพทย์ของตะวันตกที่ชาร์ปศึกษาที่การศึกษานี้ได้ทบทวนไปในส่วนที่ 4.2.3 ของบทที่ 4 และการต่อสู้ต่อรองในการกำหนดถ้อยคำและจำแนกแยกแยะ gender dysphoria / gender identity disorder / Gender Incongruence ในเอกสารขององค์การต่างๆ ตามที่ได้ทบทวนไปในบทที่ 4

7.1.1.2 กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ

การศึกษาได้ทบทวนและพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ซึ่งเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจเรื่องความเท่าเทียม (equality) ก่อนที่จะแสดงความเห็นในเชิงวิพากษ์ต่อการปรากฏตัวของหลักการดังกล่าวในรัฐไทยและในบริบทของกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 (“พระราชบัญญัติฯ”) เฉพาะกรณีคำจำกัดความว่าด้วยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในมาตรา 3 และข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในมาตรา 17 เพื่อที่จะทำความเข้าใจนัยของคำว่าเพศและท่าทีของกฎหมาย/ผู้จัดทำกฎหมาย/รัฐต่อภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศ

การทบทวนหลักการและกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ สรุปโดยสังเขปได้ว่า ในกรณีกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ กระบวนการดังกล่าวปรากฏข้ออภิปรายว่าด้วยความหมายของคำว่าเพศน้อยมาก ประเด็นที่พอจะเห็นได้ชัดเจนเป็นการเสนอเรื่องขึ้นมาระหว่างการประชุมของคณะกรรมาธิการวิสามัญครั้งหนึ่งซึ่งเป็นประเด็นที่ไม่ได้ถูกตั้งไว้ล่วงหน้า[13] โดยเป็นการสอบถามโดยกรรมาธิการวิสามัญคนหนึ่งว่า ข้อความ “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” รวมถึงกรณีรสนิยมทางเพศซึ่งอยู่ภายใต้ร่มของเพศวิถีหรือไม่ การอภิปรายดังกล่าวเป็นไปอย่างรวบรัดและแม้ประธานคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ จะแจ้งว่า ข้อความดังกล่าวครอบคลุมเพศวิถีด้วยและตนจะจัดให้มีการอภิปรายเพื่อเสนอให้มีการระบุเพิ่มเติมให้ชัดเจนไว้ในข้อสังเกตท้ายร่างพระราชบัญญัติฯ ในการประชุมครั้งถัดไป แต่สุดท้ายก็ไม่มีการดำเนินการแต่อย่างใด[14] ทั้งนี้ แม้ประเด็นนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับภาวะข้ามเพศซึ่งอยู่ภายใต้ร่มของเพศสถานะโดยตรง แต่ก็แสดงให้เห็นลักษณะการอภิปรายประเด็นเกี่ยวกับเพศและความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับเพศในกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ นอกจากนี้การอภิปรายส่วนอื่นๆ ที่พอจะเกี่ยวข้องกับประเด็นว่าด้วยเพศเป็นการอภิปรายว่าด้วยข้อยกเว้นของการกระทำที่ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศซึ่งเน้นหนักไปที่ประเด็นการยกเว้นสำหรับสถาบันวิชาการทางทหาร ส่วนในส่วนอื่นๆ นอกเหนือจากนั้นเป็นการอภิปรายในเนื้อหาไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศและการอภิปรายในเรื่องการจัดทำกฎหมายในเชิงเทคนิค

---

[13] *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557.

[14] สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, (7)-(8).

Ref. code: 25645924030033WEF

ในกรณีการทบทวนหลักการไม่เลือกและความเท่าเทียมนั้น การศึกษาทบทวนโดยสังเขปทั้งในเชิงรากฐานความคิดของหลักการและการปรากฏตัวในกฎหมายไทย โดยได้ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า แม้หลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติจะมีผลในเชิงบวกสำหรับบุคคลข้ามเพศและบุคคลเพศหลากหลายอื่นๆ แต่เนื้อหาของหลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (ที่มีบทบาทขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีอย่างจำกัด) ก็เป็นเพียงการกำหนดให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหมือนมนุษย์คนอื่นๆ เท่านั้น แต่มิได้สร้างหน้าที่ในเชิงบวกแก่รัฐ

ต่อปรากฏการณ์ดังกล่าวที่ทบทวนมานี้ การศึกษาเห็นว่าแสดงให้เห็นข้อจำกัดของการทำความเข้าใจเพศที่หลากหลายมากขึ้นและอาจส่งผลต่อกฎหมายอื่นๆ ในภาพกว้างออกไป ดังนี้

1) การวิเคราะห์ในเรื่องการสร้างกรอบคิด/การทำความเข้าใจหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยทั่วไปในรัฐไทย ซึ่งไม่ชัดเจนแน่นอนทั้งในระดับบทบัญญัติและการให้ความหมาย-การตีความ-การพิจารณาวินิจฉัยประเด็นการเลือกปฏิบัติ รวมถึงภาวะที่ไร้การจำแนกการเลือกปฏิบัติทางตรงและทางอ้อม ประกอบกับการไม่ปรากฏอย่างมีนัยสำคัญขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี (หรือกระทั่งใช้เหตุผลด้าน “ธรรมชาติ” บนบรรทัดฐานแบบทวิเพศ-ต่างเพศ) หลักการไม่เลือกปฏิบัติในบริบทของพระราชบัญญัติฯ จึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดเพียงหน้าที่ในทางลบแก่รัฐและไม่นำไปสู่การที่รัฐมีหน้าที่ในทางบวก

2) การไม่ปรากฏการพินิจพิจารณาคำนิยามว่าด้วยเพศอย่างลุ่มลึกไม่ว่าจะเป็นในการพิจารณาในวาระใดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) หรือในคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ แสดงให้เห็นว่า ทัศนคติของรัฐ (ผ่านมุมมองของผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ) ยังมีความอ่อนไหวและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีไม่เพียงพอ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในกระบวนการดังกล่าว (ชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ) ว่า มีการเสนอให้มีการอภิปรายอย่างลุ่มลึกมากขึ้น (ในประเด็นเพศวิถี) โดยกรรมาธิการวิสามัญบางคน แต่การอภิปรายที่บันทึกไว้ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นความเข้าใจอย่างแท้จริงในเรื่องเพศแม้กระทั่งในประเด็นการทำความเข้าใจ/การจำแนกเพศสถานะและเพศวิถี และยิ่งขับเน้นการขาดหายไปซึ่งทัศนคติในเรื่องเพศให้เด่นชัดยิ่งขึ้น ทั้งนี้ แม้การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิดจะมีการกำหนดให้อยู่ในนิยาม ซึ่งมีแนวโน้มเป็นการยอมรับภาวะข้ามเพศ แต่ความไม่อ่อนไหวเรื่องเพศดังกล่าวที่ปรากฏในรายละเอียดของการอภิปรายก็แสดงให้เห็นแนวโน้มของความตื้นเขินของการอภิปรายในเรื่องเพศและจำกัดแนวโน้มของการที่รัฐจะตระหนักรู้-ยอมรับภาวะข้ามเพศมากยิ่งขึ้นกว่าในกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร (ที่การให้เหตุผลมุ่งเน้นไปที่การปฏิบัติให้เหมือนกับมนุษย์คนอื่น)

ทั้งนี้ การทบทวนแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยกรณีบนฐานความเท่าเทียม/การไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเกิดขึ้นระหว่างและหลังขอบเขตด้านเวลาของการศึกษาฉบับนี้ (พ.ศ. 2550-2562)

Ref. code: 25645924030033WEF

ด้านบน แสดงให้เห็นว่าองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ลุ่มลึกไม่ใช่วาทกรรมที่มีพลังเพียงพอที่จะแทรกสอดเข้าไปมีอิทธิพลในวาทกรรมด้านกฎหมายและวาทกรรม (ชุดหนึ่ง) ที่อยู่ในทัศนคติของบุคคลที่เกี่ยวข้องในตัวอย่างกรณีที่ยกขึ้นมา อีกทั้ง ก็เป็นการแสดงให้เห็นในระดับหนึ่ง (ในกรณีของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสที่ทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิง) ว่า การปรากฏขึ้นของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นระยะเวลาประมาณหกปี ไม่ได้สร้างทัศนคติแก่ (องค์กรหนึ่งของ) รัฐในทางสนับสนุนการยอมรับเพศที่มีความหลากหลายนอกขนบทวิเพศ-ต่างเพศเลย

3) ผลการวิเคราะห์ในข้อข้างต้นที่ว่าวาทกรรมองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ลุ่มลึกและสลับซับซ้อนไม่มีพลังอำนาจเพียงพอที่จะสอดแทรกไปในวาทกรรมในกระบวนการจัดทำกฎหมาย-การนำกฎหมายมาใช้นั้น อาจเห็นได้จากปรากฏการณ์การอภิปรายเกี่ยวกับข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ จากการทบทวนอย่างละเอียดในส่วนที่ 5.1 ของบทที่ 5 จะเห็นได้ว่ามีการปะทะกันระหว่างวิธีการคิดที่ไม่อ่อนไหวด้านเพศกับวิธีการคิดที่มีความเข้าใจเรื่องเพศอย่างลุ่มลึกขึ้น (โดยคนกลุ่มหลังมีจำนวนและระดับพลังอำนาจที่ต่ำกว่าเมื่อพิจารณาจากลักษณะการอภิปรายและผลลัพธ์ของการอภิปราย) ทั้งในเรื่องการพยายามปรับโครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อให้ดูเหมือนว่าการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่มีข้อยกเว้นหรือมีไม่มากนัก และเนื้อหาของข้อยกเว้นที่มีความชัดเจนว่าขัดหรือแย้งต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเป็นอย่างยิ่ง[15] ทั้งนี้ แม้จะมีการโต้แย้งโดยเฉพาะในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ทั้งในประเด็นเหตุทางศาสนาและเหตุแห่งความมั่นคงของประเทศ (ภายใต้ชื่อเหตุทางวิชาการในชั้นดังกล่าว) แต่พระราชบัญญัติฯ ที่ได้รับการจัดทำเสร็จสิ้นและประกาศใช้บังคับก็ยังมีเหตุเหล่านี้ปรากฏอยู่

4) นอกจากประเด็นเชิงเนื้อหาด้านบนแล้ว การศึกษามีความเห็นเพิ่มเติมในเรื่องความชอบธรรม/ความจริงใจในเชิงกระบวนการ ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากขอบวัตถุประสงค์ของการศึกษา กล่าวคือ บรรยากาศและบริบทของกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติฯ เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญซึ่งส่งผลให้พระราชบัญญัติฯ ถูกจัดทำขึ้นในลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยการเสนอเพิ่มเติมข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

---

[15] อาทิ ความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญจำนวนหนึ่งในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*, ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557: 18-19; United Nations Development Programme and Asia Pacific Transgender Network, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 29; iLaw, “สมาคมเพศวิถีฯ ชำแหละกฎหมาย 3 ฉบับ ชี้รัฐเลือกปฏิบัติทางเพศ ไร้การมีส่วนร่วมของประชาชน,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

ระหว่างเพศ ซึ่งในประเด็นข้อยกเว้นสำหรับสถาบันการศึกษาทางทหารที่จะกำหนดเกณฑ์การรับผู้เข้าศึกษาโดยระบุเพียงบางเพศ คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ มีมติให้ใช้ข้อยกเว้นด้วยเหตุด้านความปลอดภัยมาปรับใช้กับกรณีข้างต้น อย่างไรก็ตาม ข้อมูลจากบันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระสุดท้ายก่อนตราพระราชบัญญัติประกอบกับความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญบางคนแสดงให้เห็นว่ามีสมาชิกสภานิติบัญญัติเสนอเพิ่มเติมเหตุด้านความมั่นคงของประเทศเข้าไปด้วยโดยแจ้งว่ามีการหารือแล้วในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ทั้งนี้ ตามที่กล่าวไปว่าการวิเคราะห์อย่างละเอียดอยู่พ้นไปจากขอบเขตของการศึกษาฉบับนี้ อย่างไรก็ดี ปรากฏการณ์ดังกล่าวก็แสดงให้เห็นระดับพลังอำนาจของวาทกรรมบางชุดและอำนาจในความเป็นจริงของบางสถาบันที่เข้ามาปะทะประสานกับประเด็นเกี่ยวกับเพศในกระบวนการจัดทำกฎหมายในรัฐไทย

7.1.1.3 กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลงกรอบคิดว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2550 (“การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1”) และปี พ.ศ. 2562 (“การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2”) ในประเด็นการเปลี่ยนแปลงไปของผู้กระทำ/ถูกกระทำและนิยามของการกระทำชำเรา ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในระดับรากฐานของความผิด การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 เปลี่ยนแปลงฐานความผิดให้การกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศอย่างรุนแรงไม่จำกัดเฉพาะการกระทำโดยชายต่อหญิงด้วยการใช้อวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้นอีกต่อไป แต่กลายเป็นการกระทำโดยเพศใดก็ได้ต่อเพศใดก็ได้ โดยไม่จำกัดเฉพาะการล่วงล้ำ/สอดใส่ (ให้คำจำกัดความส่วนการกระทำของการกระทำชำเราว่า “กระทำกับ”) และด้วยการใช้อวัยวะเพศของเพศใดๆ หรือสิ่งอื่นใด (อวัยวะอื่น/วัตถุ) ทั้งนี้ โดยพิจารณาความคิดรากฐานเฉพาะจากถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติและในการอภิปรายในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเท่านั้น อีกทั้ง การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวยังแสดงให้เห็นทัศนคติในภาพกว้างของรัฐไทยในแง่เพศสถานะด้วยว่าผู้หญิงไม่จำเป็นต้องเป็นฝ่ายถูกกระทำ/อยู่ในภาวะเชิงรับเสมอไป กล่าวโดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในทางกฎหมายอาญา โดยไม่จำเป็นต้องอิงกับ “ธรรมชาติ” (หากมีอยู่จริง) ของการกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นในแง่ภาษาศาสตร์ (ที่แปลว่าลึก) และในแง่สังคมวัฒนธรรม (การร่วมเพศที่ต้องมีลักษณะของการล่วงลึกเข้าไป) ต่อมา ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 กฎหมายจำกัดขอบเขตของการกระทำดังกล่าวลง (ด้วยการปรับปรุงคำนิยามของการระทำชำเรา) และจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหลักเสียใหม่ โดยการกระทำชำเรากลับไปอยู่ในความหมายของการล่วงล้ำ/สอดใส่เช่นเดิม (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) ซึ่งทำให้การกระทำบางประการไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา (พิจารณาเฉพาะทางลายลักษณ์อักษร) อีกต่อไป (การกระทำโดยหญิงต่อหญิงด้วยการใช้อวัยวะเพศหญิง) และการล่วงล้ำนี้จำกัดเฉพาะการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายเท่านั้น ทั้งนี้ การล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น (อวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศ/วัตถุต่างๆ) กลายเป็นการกระทำอนาจารที่มี

เหตุฉกรรจ์ ที่แม้จะมีระวางโทษเท่ากับการกระทำชำเรา แต่เมื่อโดยรากฐานความคิดแล้วการกระทำอนาจารเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีระดับความรุนแรงต่ำกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา การจัดระบบที่ว่านี้จึงแสดงแสดงนัยของความรุนแรงที่ต่ำกว่าของการกระทำที่มีความรุนแรงเท่าๆ กัน (การล่วงล้ำร่างของผู้ถูกกระทำด้วยการใช้อวัยวะเพศชายและการล่วงล้ำร่างของผู้ถูกกระทำด้วยการใช้อวัยวะอื่น/วัตถุ) ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและข้อความในหมายเหตุประกอบพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฯ ระบุว่า การปรับปรุงดังกล่าวเป็นการแก้ไขให้คำว่าการกระทำชำเราสอดคล้องกับธรรมชาติมากขึ้น

การศึกษาได้ทบทวนวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมในทางหลักการทางกฎหมายอาญา และเข้าใจการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว (โดยเฉพาะการขจัดความคลุมเครือของการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ การพยายามข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารที่เป็นความผิดสำเร็จ โดยการเปลี่ยนถ้อยคำส่วนการกระทำของความผิดจาก “กระทำกับ” เป็น “ล่วงล้ำ”) อย่างไรก็ตาม ในแง่การจัดระบบฐานความผิดใหม่ให้การกระทำหนึ่งที่มีการล่วงล้ำไปในร่างของผู้อื่นเช่นเดียวกัน (ต่างกันที่เป็นการใช้อวัยวะเพศ (ชาย) หรืออวัยวะอื่น/วัตถุ) ไปอยู่ในฐานความผิดที่แตกต่างกัน โดยอยู่ภายใต้ระวางโทษเดียวกัน ซึ่งนัยหนึ่งก็แสดงให้เห็นว่าการกระทำทั้งสองรุนแรงเสมอกัน เพียงแต่อยู่ในความผิดฐานเดียวกันไม่ได้เท่านั้น การศึกษาเห็นว่าตรรกะการให้เหตุผลสำหรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีแนวโน้มเกี่ยวข้องกับหลักการ Fair Labelling ที่มีสาระสำคัญว่า การกำหนดชื่อฐานความผิดต่างๆ สมควรที่จะยุติธรรมกับผู้ที่เกี่ยวข้อง/สังคมส่วนรวม ดังนั้น การศึกษาจึงได้วิเคราะห์ผลในเบื้องต้นก่อนด้วยการใช้หลักการนี้ ก่อนที่จะไปวิเคราะห์ในเชิงสังคมวัฒนธรรม (ทัศนคติของรัฐ/ผู้อยู่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย) ต่อไป

ในการใช้หลักการ Fair Labelling การศึกษาได้ทบทวนการศึกษาเพื่อแสวงหาสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวโดยเจมส์ ชาร์ลเมอร์ส และฟิโอนา เลเวอริค (James Charmers and Fiona Leverick) ใน *Fair Labelling in Criminal Law* (2008) [16] ซึ่งได้วิเคราะห์บทบาทหน้าที่ของหลักการดังกล่าว โดยแบ่งเป็นหน้าที่ใน “การอธิบาย (description)” (ความผิดฐานนั้นๆ) และหน้าที่ใน “การจำแนก (differentiation)” (ความผิดแต่ละฐาน) ในการพิจารณาแต่ละหน้าที่ ชาร์ลเมอร์สและเลเวอริคได้พยายามวิเคราะห์ประกอบผู้เกี่ยวข้องกับบทบาทที่เป็นไปได้ดังกล่าวของหลักการ Fair Labelling ด้วย การศึกษาเห็นว่า เฉพาะความเห็นในเรื่องหน้าที่การจำแนกข้อที่ 2) (การจำแนกการกระทำที่เป็นความผิดสำหรับองค์กรนอกกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (เช่น นายจ้างในกรณีการคัดเลือกลูกจ้างในกระบวนการสมัครงาน) ซึ่งไม่มีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเท่ากับหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ให้สามารถเข้าใจการกระทำนั้นๆ ได้) ประกอบ

---

[16] Chalmers and Leverick, “Fair Labelling in Criminal Law,”.

Ref. code: 25645924030033WEF

ความเห็นเกี่ยวกับหลักการนี้ข้อที่ 4) ของแอนดรูว์ แอชเวิร์ธ และเจเรมี ฮอร์ดเดอร์ (Andrew Ashworth and Jeremy Horder) (ภารกิจในการทำให้สังคมหันมาสนใจความน่าตำหนิของการกระทำหนึ่งโดยที่มิได้จำกัดเพียงประโยชน์ในเชิงการพิจารณาลงโทษเท่านั้น)[17] มีแนวโน้มจะมีบทบาทในการจัดกลุ่มฐานความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 มากกว่าบทบาทอื่นๆ อย่างไรก็ดี เมื่อการจัดกลุ่มฐานความผิดในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 เป็นการแยกความผิดที่มีความรุนแรงใกล้เคียงกันออกจากกัน (ซึ่งก็ทำให้ไม่ส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อความยุติธรรมของผู้กระทำความผิดในแง่การถูกตีตรา) ความคิดเห็นของนักทฤษฎีนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งที่มีความเห็นว่า หลักการ Fair Labelling สะท้อนคุณค่าบางประการในสังคมด้วยผลของการกำหนดชื่อฐานความผิดด้วย[18] จึงเกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ส่วนนี้และนำไปสู่การวิเคราะห์ปัจจัยเชิงสังคมวัฒนธรรมต่อไป

เมื่อพิจารณาข้ออภิปรายว่าด้วยหลักการ Fair Labelling ข้างต้น หากหลักการ Fair Labelling มีสาระสำคัญและบทบาทหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวจริง การกำหนดชื่อฐานความผิดจึงเกี่ยวข้องกับทัศนคติของคนในสังคม ทั้งนี้ ในประเด็นศึกษาของบทความนี้ อาจมีข้อโต้แย้งอยู่บ้างในเรื่องความชอบธรรมของกระบวนการหรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 อย่างไรก็ดี ประเด็นเหล่านี้อยู่พ้นไปจากการศึกษาฉบับนี้ โดยการศึกษาเห็นว่า อย่างน้อยที่สุด การวิเคราะห์ว่าการกำหนดชื่อฐานความผิดที่ “ยุติธรรม” โดยอ้างอิงไปยัง “ความเป็นธรรมชาติ” ของการกระทำชำเรานี้ มีศักยภาพในระดับหนึ่งในการสะท้อนทัศนคติเชิงศีลธรรมและสังคมวัฒนธรรมของกฎหมาย/รัฐ (ผ่านผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2)

ต่อมา การศึกษาจึงทบทวนความหมายของคำว่า “ชำเรา/กระทำชำเรา” ในทางภาษาศาสตร์ และคำว่า “ชำเรา/กระทำชำเรา” เมื่อปรากฏในกฎหมายอาญา (รวมถึงการใช้ทั่วๆ ไปในสังคมในอดีต) ผ่านการอภิปรายในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) กล่าวโดยสรุปในความเห็นของการศึกษาฉบับนี้ได้ว่า ความหมายของการกระทำชำเราในกฎหมายลักษณะอาญา (อย่างน้อยในการอภิปรายว่าด้วยมาตรา 242) มิได้อยู่ภายใต้ความเห็นที่เป็นหนึ่งเดียว โดยอนุกรรมการบางคนเห็นว่าการกระทำชำเราต้องสอดคล้องกับความหมายที่ใช้โดยทั่วไปคือการกระทำที่ต้องมีการล่วงล้ำลึกเข้าไป แต่อนุกรรมการบางคนมีความเห็นโดยพยายามมองไปที่รากฐานของความผิดฐานดังกล่าวด้วย การทบทวนนี้จึงแสดงให้เห็นว่า แต่เดิมการชำเราในทางภาษาศาสตร์ยังไม่มีนัยทางเพศ ต่อมาเมื่อถูกใช้ในทางกฎหมายซึ่งสะท้อนการใช้โดยทั่วไป

---

[17] Ashworth and Horder, *Principles of Criminal Law*, 7th Ed. (Oxford, UK: Oxford University Press, 2013), 79.

[18] เช่น Tadros, “Fair Labelling and Social Solidarity,”. ทั้งนี้ ส่วนคุณค่าเหล่านี้จะเป็นอะไร/จะสอดคล้องกับกรอบคิดว่าด้วยเพศหรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

Ref. code: 25645924030033WEF

ในขณะนั้นด้วย การชำเราจึงมีความหมายในทางเพศซึ่งสื่อถึงการร่วมเพศที่ต้องมีการล่วงเข้าไป และหมายถึงการร่วมเพศโดยใช้อวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิง (รวมถึงการใช้สิ่งอื่นๆ ที่สามารถล่วงเข้าไปได้) โดยหากพิจารณาเพียงถึงจุดนี้ (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) อาจกล่าวได้ว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยการชำเราจึงเป็นต้องมีการล่วงล้ำเข้าไป (ในร่างของอีกฝ่ายหนึ่ง)

อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ที่อย่างน้อยในทางลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ที่ปรากฏในการอภิปรายระหว่างการยกร่างการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา การกระทำชำเราได้กินความกว้างกว่าการล่วงลึกเข้าไปแล้ว ปรากฏการณ์การให้ความหมายต่อคำว่า “ชำเรา” นี้ จึงแสดงให้เห็นว่า คำว่าชำเราที่ใช้ในกฎหมายอาญาสามารถเปลี่ยนแปลงได้และอาจไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับการกระทำทางเพศที่มีการล่วงลึกเข้าไปก็ได้ (เช่น ในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 หลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 และ ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2) รวมทั้งแม้จะยังคงกำหนดให้มีการล่วงลึก ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการล่วงลึกโดยใช้อวัยวะเพศชาย ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับข้อความคิดเกี่ยวกับการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ว่า ความหมายของคำคำหนึ่งในทางกฎหมายอาจไม่สอดคล้องกับความหมายที่ใช้โดยทั่วไปก็ได้ ซึ่งรูปแบบหนึ่งคือ โดยการให้คำจำกัดความที่แตกต่างจากการใช้ทั่วๆ ไป[19]

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การให้เหตุผลต่อการเปลี่ยนคำจำกัดความของ “การกระทำชำเรา” ให้กลับไปอยู่ในทำนองเดียวกับก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 บนฐาน “(การกระทำชำเรา) ตามธรรมชาติ” โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี พ.ศ. 2562 ในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 จึงไม่ได้สื่อถึงความหมายในเชิงภาษาศาสตร์เพียงอย่างเดียว (เห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงได้ของความหมายของคำว่า “ชำเรา” เมื่อปรากฏในกฎหมาย โดยไม่จำต้องจำกัดอยู่ที่ความหมายแบบดั้งเดิมเท่านั้น) แต่ “ความเป็นธรรมชาติ” ที่ถูกอ้างถึงนี้ เกี่ยวข้องกับปัจจัยอื่นๆ ด้วย เมื่อพิจารณาความหมายที่เปลี่ยนไปมาในช่วงปี พ.ศ. 2550-2562 “ความเป็นธรรมชาติ” ที่ถูกอ้างถึงในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 จึงมิใช่ “ความเป็นธรรมชาติ” ตามหลักภาษาศาสตร์ แต่อาจเป็น “การถูกทำให้เป็นธรรมชาติ” เมื่อประเด็นเกี่ยวกับเพศเข้ามาปะทะประสานกับวาทกรรมทางกฎหมายในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

ในขั้นตอนนี้ การศึกษานำกรอบคิด Phallocentrism มาใช้ในการวิเคราะห์ โดยสาระสำคัญของกรอบคิดดังกล่าว คือ รากฐานความคิดของปรากฏการณ์ทางสังคมต่าง ๆ อาจถูกประกอบสร้างด้วยมุมมองแบบหนึ่งเป็นพิเศษ ได้แก่ กรอบคิดปิตาธิปไตย โดยผลการวิเคราะห์ไม่มากก็น้อย ชี้ให้เห็นถึงนัยของทัศนคติในเรื่องเพศในภาพรวมของกฎหมายไทย ดังนี้

---

[19] สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, 180-181.

Ref. code: 25645924030033WEF

1) ในแง่หนึ่ง “ธรรมชาติ” ของการกระทำชำเรา สามารถทำความเข้าใจได้จากมุมมองทางภาษาศาสตร์ กล่าวคือ การกระทำชำเราในความหมายทางภาษาศาสตร์มีความหมายในเชิงการล่วงลึกเข้าไป การปรับปรุงให้การกระทำชำเราเหลือเพียง “การล่วงล้ำ” แทนที่จะเป็น “การกระทำกับ” จึงสอดคล้องกับความหมายนี้ ทั้งนี้ โดยที่การกระทำชำเราอยู่ในความหมายนี้ทั้งในเชิงทางการและในทางปฏิบัติ จากการตรวจสอบการอภิปรายความหมายของคำศัพท์นี้ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ในยุคทศวรรษ พ.ศ. 2480 เรื่อยมาจนถึงการตรวจสอบความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถานในปัจจุบัน

2) เมื่อพิจารณาในอีกแง่หนึ่งคือในแง่สังคมวัฒนธรรม ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดที่มีลำดับชั้น โดยประกอบด้วยการกระทำความผิดฐานหลัก ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราถูกวางให้เป็นความผิดที่มีความรุนแรงมากกว่าการกระทำอนาจาร (ที่เป็นเพียง “การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ” เท่านั้น) การจัดวางให้การกระทำความรุนแรงทางเพศด้วยการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายแตกต่างจากการกระทำด้วยความรุนแรงทางเพศด้วยการล่วงล้ำโดยสิ่งอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศชาย ไม่ว่าสิ่งที่ถูกกระทำจะเป็นอวัยวะใดของเพศใดโดยวางอยู่บนเหตุผลของ “ความเป็นธรรมชาติ” ที่น่าจะเชื่อมโยงไปยังความหมายอื่นนอกจากความหมายในเชิงภาษาศาสตร์ตามที่กล่าวไปแล้วในข้อ 1) นั้น จึงเป็นปรากฏการณ์ที่สมควรนำมาวิเคราะห์

3) ทั้งนี้ อาจมีข้อโต้แย้งว่า “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” (ที่เป็นฐานความผิดตามกฎหมาย ไม่ใช่คำศัพท์ “ชำเรา” เท่านั้น) โดยธรรมชาติของฐานความผิดนี้ย่อมต้องมีการล่วงล้ำอยู่แล้ว (สอดคล้องกับความหมายเชิงภาษาศาสตร์ของคำศัพท์ “ชำเรา”) อย่างไรก็ตาม การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ไม่มี “ความเป็นธรรมชาติ” ในตัวเอง คือ การล่วงล้ำหรือไม่ล่วงล้ำ หรือการกำหนดให้การกระทำความผิดโดยอวัยวะใดของเพศใดต่ออวัยวะใดของเพศใด ไม่จำเป็นต้องเป็นสาระสำคัญของการข่มขืนกระทำชำเราก็ได้ โดยอาจเห็นได้จากหลายปรากฏการณ์ประกอบกัน อาทิ หนึ่ง ความเห็นของอนุกรรมการคณะหนึ่งที่พิจารณาชำระกฎหมายลักษณะอาญาในยุคทศวรรษ พ.ศ. 2480 แสดงให้เห็นว่า การรับรู้ของอนุกรรมการบางคนที่มีต่อความหมายของ “ชำเรา” ในทางกฎหมายอาญานั้น เป็นการรับรู้ในความหมายของ “การร่วมเพศ” ในภาพรวม มิได้จำกัดเฉพาะ “การร่วมเพศบนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ” เท่านั้น สอง การที่ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาไทยหลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (ในปี พ.ศ. 2550) ไม่ได้จำกัดเฉพาะ “การล่วงล้ำ” โดยเห็นได้ทั้งในตัวบทกฎหมายและในการอภิปรายของผู้ยกร่างในการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 โดยเฉพาะความเห็นของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ และสาม ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายในบางประเทศไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (หรือเทียบเท่าการข่มขืนกระทำชำเรา) มีสาระสำคัญของการกระทำเป็นการกระทำโดยอวัยวะเพศชายด้วยการล่วงล้ำ/สอดใส่เท่านั้น เป็นต้น

Ref. code: 25645924030033WEF

4) จากความเห็นของการศึกษาฉบับนี้ในข้อ 3) ข้างต้น กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจึงมิได้มีบทบาทเพียงการห้ามมิให้บุคคลล่วงละเมิดในทางเพศซึ่งกันและกัน แต่ยังมีบทบาทในการสร้าง “ความจริง” ของลักษณะของการร่วมเพศด้วย ดังนั้น เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) อ้างว่า “ความจริง” นั้น คือ “ความเป็นธรรมชาติ” กรอบคิด Phallocentrism จึงอาจเปิดเผยทัศนคติของรัฐไทยในเรื่องเกี่ยวกับเพศผ่านกฎหมายเกี่ยวกับเพศให้เห็นได้

5) จากการทบทวนกรอบคิด Phallocentrism ปรากฏการณ์การวางระบบความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่โดยการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) จึงมีแนวโน้มสะท้อนวิธีการคิดแบบ Phallocentrism ของกฎหมาย/ผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย กล่าวคือ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 ดังกล่าว สามารถตอบโจทย์ข้อขัดข้องในเชิงกฎหมายอาญาได้ และยังคงไว้ซึ่งการทำลาย “การเหยียดเพศ (sexism)” เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 อย่างไรก็ตาม วิธีการคิดในเรื่องการจัดระบบนี้กลับย้อนไปวางตัวอยู่ภายใต้กรอบคิด Phallocentrism (แบบกฎหมายก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1) ซึ่งให้ความสำคัญกับการกระทำของลึงค์/แบบลึงค์ ไม่ว่าจะเป็น หนึ่ง การจำกัดให้การกระทำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดที่มีความรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำชำเรา (การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุฉกรรจ์) เป็นเพียง “การล่วงล้ำ” เท่านั้น (ซึ่งเฉพาะอวัยวะเพศชายและสิ่งที่มีศักยภาพในการล่วงล้ำเหมือนอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่จะทำแบบนี้ได้) หรือสอง การจัดลำดับชั้นเชิงสัญลักษณ์ของความรุนแรงไว้คนละฐานความผิด คือ การล่วงล้ำด้วยการใช้อวัยวะเพศชายเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการล่วงล้ำด้วยอวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุเป็นการกระทำอนาจาร ทั้งนี้ ภายใต้กรอบคิด Phallocentrism การจัดระบบดังกล่าวอาจมิใช่การแสดงให้เห็นว่า การใช้อวัยวะเพศชายในการกระทำความผิดมีความรุนแรงมากกว่า (ซึ่งทำให้เฉพาะการกระทำแบบนี้เท่านั้นที่ถูกกำหนดให้อยู่ในชื่อ “การกระทำชำเรา” ได้) แต่เป็นการกลับไปสู่การรับรู้ที่ว่าเฉพาะการร่วมเพศโดยอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่เป็นการร่วมเพศที่แท้จริง ส่วนการกระทำทางเพศอื่นๆ ที่มิใช่การร่วมเพศ จึงถูกจัดไว้ได้เพียงในชื่อ “การกระทำอนาจาร” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีการอ้างอิง “ความเป็นธรรมชาติ” หรือ “ความไม่เป็นธรรมชาติ” ขึ้นมาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2

7.1.2 ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ปี พ.ศ. 2550-2562): การทำความเข้าใจผ่านกฎหมายทั้งสามกลุ่มร่วมกัน

ในการศึกษาฉบับนี้ กรอบคิดทฤษฎีใหญ่ที่ครอบคลุมการศึกษาทั้งฉบับ ได้แก่ 1) กรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี 2) ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย และ 3) กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี ได้แก่ นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) และนิติทฤษฎี

แบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) เมื่อพิจารณาผลการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่มแบบแยกจากกันในภาพรวม กรอบคิดทฤษฎีใหญ่ข้างต้นสามารถตอบคำถามในภาพรวมได้ว่า

1) ในกรณีกรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี การศึกษาได้ทบทวนกรอบคิดดังกล่าวเพื่อเป็นรากฐานเริ่มต้นของการศึกษาฉบับนี้โดยแบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ ส่วนที่หนึ่ง การวางกรอบคิดว่าด้วยเพศที่มีความหลากหลายมากกว่าเพศในระบบทวิเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การวางกรอบคิดเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ (transgenderism) ซึ่งในความหมายของการศึกษาฉบับนี้ คือภาวะที่อยู่ตรงข้ามกับภาวะ/บรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgenderism / cisgender norm) และไม่สอดคล้อง (แต่ไม่ถึงกับตรงข้าม) กับการจัดระบบภายใต้บรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) ภาวะข้ามเพศในการศึกษานี้จึงรวมถึงผู้ที่มิได้มีสำนึกทางเพศแบบสองเพศ (non-binary) และผู้ที่มีเพศเลื่อนไหลไปมา (gender-fluid) ฯลฯ ด้วย และส่วนที่สอง การทบทวนข้อความคิดเกี่ยวกับเพศพอสังเขปทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ที่มองว่าเพศชายและหญิงถูกกำหนดโดยธรรมชาติ และข้อความคิดที่วิพากษ์ความคิดเหล่านี้ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีเป็นสิ่งที่ถูกประกอบสร้างขึ้นด้วยบทบาทของหลากหลายปัจจัยในสังคม ทั้งนี้ การทบทวนและการวิเคราะห์ในบทที่ 4-6 แสดงให้เห็นแล้วว่า แม้ความคืบหน้าของกฎหมายทั้งสามกลุ่มที่วิเคราะห์เป็นความคืบหน้าเชิงบวกจริง แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้วิธีการคิดแบบตรงเพศและแบบต่างเพศอยู่ อาทิ การยังไม่สามารถยอมรับภาวะข้ามเพศได้อย่างเต็มที่ในเชิงทางการ รวมถึงการมีบทบาทอย่างสำคัญของวาทกรรมทางการแพทย์ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการพิจารณาอัตลักษณ์ของบุคคลข้ามเพศ (วิธีคิดแบบตรงเพศ) และการกำหนดให้เฉพาะการร่วมเพศโดยมีอวัยวะเพศชายเป็นสิ่งที่ใช้กระทำเท่านั้นเป็นการร่วมเพศ (การกระทำชำเรา) ที่สอดคล้องกับธรรมชาติ (บรรทัดฐานแบบต่างเพศ) เป็นต้น

2) ในกรณีปิตาธิปไตยและกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย กรอบคิดปิตาธิปไตยแสดงให้เห็นรากฐานความของสังคมในบริบทของเวลาหนึ่งว่ามีโอกาสที่จะได้รับอิทธิพลจากปัจจัยทางเพศ โดยเป็นการกำหนดรูปแบบของวิธีการคิด การสร้างความจริงให้แก่บางสิ่งบางอย่าง (เช่นความเป็นชายและความเป็นหญิง เพศวิถีของปัจเจกที่ต้องสอดคล้องกับคุณลักษณะของแต่ละเพศและบทบาททางเพศ) การยึดถือบรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) และระบบทวิเพศ (sex dualism) ถัดมาการศึกษาจึงนำเสนอกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตยโดยมุ่งนำเสนอกรอบคิดสตรีนิยมซึ่งมีหลายรูปแบบและแต่ละรูปแบบก็มีข้อวิพากษ์-ข้อเสนอในรายละเอียดที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ แม้สตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ (postmodern model) จะมีบทบาทสำคัญกับการศึกษาฉบับนี้มากที่สุดเนื่องจากเป็นกลุ่มสตรีนิยมที่มุ่งวิพากษ์ “ความจริง” ให้ความสำคัญแก่ความแตกต่างหลากหลายและปัจจัยต่างๆ ที่ซ้อนทับกัน (intersectionalities) และเปิดรับโดย/ถูกนำไปพัฒนาเป็นกรอบคิดในเรื่องเพศที่หลากหลาย แต่สตรีนิยมกลุ่มอื่นๆ ก็มีบทบาทสำคัญในการทำความเข้าใจและวิพากษ์ปิตาธิปไตย อีกทั้ง แม้จะมีความแตกต่างของข้อความคิดในรายละเอียด แต่สตรีนิยมไม่ว่ากลุ่มใดก็มีจุดร่วมกัน

Ref. code: 25645924030033WEF

เป็นต้นว่า ความอ่อนไหวและการให้ความสำคัญแก่ปัจจัยด้านเพศ (sex/gender) ที่มีบทบาทในการประกอบสร้างสังคม และความเชื่อว่าความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศเป็นวัฒนธรรม (culture) ที่ถูกประกอบสร้างขึ้น มิใช่ธรรมชาติ (nature) ลักษณะเหล่านี้เห็นได้ในเบื้องต้นจากผลการศึกษาในบทที่ 4-6 อาทิ กฎหมายอย่างน้อยสองกลุ่มในการศึกษาฉบับนี้เกี่ยวข้องกับ/มีการพิจารณาหรืออ้างถึง "ความเป็นธรรมชาติ" โดยการศึกษาได้แสดงให้เห็นแล้วว่า ความเป็นธรรมชาติที่เกี่ยวข้อง/มีการพิจารณาหรืออ้างถึงนั้นเป็นผลผลิตของวัฒนธรรม ได้แก่ การปะทะประสานของวาทกรรมที่ทรงพลัง (โดยเฉพาะวาทกรรมทางกฎหมายและการแพทย์) และวาทกรรมที่ไม่ทรงพลัง (อาทิ องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี) ที่ถูกเบียดขับให้ไปอยู่ตรงพื้นที่ชายขอบไม่สามารถสอดแทรกขึ้นมาสร้าง "ความจริง" ได้

3) ถัดจากกรอบคิดสองกลุ่มข้างต้น การศึกษาได้ทบทวนกรอบคิดที่เฉพาะเจาะจงขึ้นเมื่อนำกรอบคิดด้านเพศมาใช้พิจารณาในปริมณฑลนิติศาสตร์ ได้แก่ กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี ได้แก่ นิติทฤษฎีสตรีนิยมและนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ สำหรับนิติทฤษฎีสตรีนิยมซึ่งการศึกษาทบทวนข้อวิพากษ์ของนิติทฤษฎีสตรีนิยมต่อกฎหมายที่มักวางอยู่บนฐานคิดแบบเสรีนิยม (liberalism) พอสังเขป (ได้แก่ ความเชื่อ/การกล่าวอ้างว่ากฎหมายมีความเป็นเอกเทศและเป็นกลาง กฎหมายมีความเป็นภาวะวิสัย กฎหมายมีความเป็นเหตุเป็นผล กฎหมายเป็นศูนย์กลางของการควบคุมสังคมและแก้ปัญหา กฎหมายเป็นระบบแห่งแบบแผนที่เป็นบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้และกฎหมายมีความเป็นเอกภาพและสอดประสานเป็นอย่างดี) ผลการศึกษาในบทที่ 4-6 แสดงให้เห็นว่ากฎหมายในความเป็นจริงอาจมีหรือไม่มีลักษณะตามที่มักถูกเชื่อ/กล่าวอ้างก็ได้ อาทิ กฎหมายมิใช่สิ่งที่ดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศและมีความเป็นกลางอันอาจเห็นได้จากข้ออภิปรายในการจัดทำกฎหมายแต่ละกลุ่ม ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การกำหนดข้อยกเว้นของการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศข้อยกเว้นหนึ่งถูกกำหนดภายใต้การชี้นำขององค์กรที่มีพลังอำนาจสูงในทางการเมืองของรัฐไทยองค์กรหนึ่ง (สถาบันความมั่นคงของรัฐ) กฎหมาย/การปฏิบัติการของกฎหมายมิได้เป็นเหตุเป็นผล (เช่น กรณีการกล่าวอ้างความเป็นธรรมชาติในการแก้ไขคำนิยามว่าด้วยการกระทำชำเรา ซึ่งไม่ปรากฏเหตุผลที่ลุ่มลึกว่าความเป็นธรรมชาติคือความเป็นธรรมชาติในแง่ใดและเป็นอย่างไร) เป็นต้น

ในกรณีนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ แม้การศึกษาฉบับนี้มิได้มุ่งใช้กรอบคิดทฤษฎีของแอนดรูว์ ชาร์ป ใน *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law* (2002) แต่การศึกษานี้ใช้งานของชาร์ปดังกล่าวในลักษณะของแนวทางการวิเคราะห์วาทกรรมในกระบวนการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายทั้งสามกลุ่มตามที่กล่าวไป ทั้งนี้ การวิเคราะห์รากฐานความคิดของกฎหมายที่มีต่อเพศ/ภาวะข้ามเพศ/ความหลากหลายทางเพศตามแนวทางการวิเคราะห์ของชาร์ปได้ถูกใช้ในการวิเคราะห์

Ref. code: 25645924030033WEF

กฎหมายทั้งสามกลุ่ม โดยอาจเห็นตัวอย่างได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารที่การศึกษาฉบับนี้นำข้อความคิดในงานอีกชิ้นหนึ่งของชาร์ป (*Foucault's Monsters and the Challenge of Law* (2010)) มาใช้ และการศึกษาได้แสดงความเห็นว่า ภายใต้กรอบคิด Monster แบบฟูโกต์ การเป็น Monster ซึ่งอยู่ที่การละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติอันเป็นผลมาจากการปะทะประสานของวาทกรรมทางกฎหมายและการแพทย์ ได้เบียดขับให้ภาวะข้ามเพศ/ความหลากหลายทางเพศ กลายเป็นอื่นในปริมณฑลนิติศาสตร์ และแม้อาจถูก "ตระหนักรู้" ในกฎหมายบางเนื้อหา (เช่น การเป็นคนที่มีลักษณะไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเป็นทหารได้) แต่ก็ไม่มีแนวโน้มที่จะถูก "ยอมรับ" ในกฎหมายที่เป็นไปในทางสนับสนุนเพศนอกขนบมากขึ้น (การยอมรับการเปลี่ยนเพศ)

ในท้ายที่สุด เมื่อนำกรอบคิดทฤษฎีใหญ่ทั้งหมดมาวิเคราะห์ผลการศึกษาของกฎหมายทั้งสามกลุ่มในภาพรวม การศึกษาจำแนกประเด็นเกี่ยวกับความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมาย/รัฐไทยต่อประเด็นเกี่ยวกับเพศที่มีร่วมกันซึ่งมีแนวโน้มแสดงให้เห็นถึงทิศทางที่กฎหมาย/รัฐไทยจะตระหนักรู้/ยอมรับ (หรือไม่ตระหนักรู้/ยอมรับ) ภาวะข้ามเพศในเชิงทางการ ดังนี้

7.1.2.1 ภาวะข้ามเพศ (transgenderism) เพศ/เพศสถานะ/เพศวิถี (sex/gender/sexuality) และความเป็นธรรมชาติ (nature)

ในการทบทวนกรอบคิดทฤษฎีในบทที่ 2 เมื่อมุ่งสนใจไปที่อุดมการณ์/สภาวะแบบปิตาธิปไตย การศึกษาได้ทบทวนและแสดงให้เห็นว่า ปิตาธิปไตยมีผลในระดับโครงสร้างและสถาบันในสังคมการเมือง ดังนั้น วิธีการคิด อุดมการณ์ และการให้คุณค่าต่างๆ ที่ยังไม่ถูกวิพากษ์โดยกรอบคิดเกี่ยวกับเพศ จึงมีแนวโน้มที่จะได้รับอิทธิพลจากวิธีการคิดแบบปิตาธิปไตย นอกจากนี้การศึกษาได้ทบทวนวิธีการคิดแบบสตรีนิยม (ซึ่งต่อมาจะส่งผล-เป็นแรงบันดาลใจให้เกิดการสร้างทฤษฎีและการต่อสู้เคลื่อนไหวในประเด็นว่าด้วยเพศที่หลากหลายนอกเหนือจากการแบ่งขั้วชายหญิง) และหนึ่งในจุดร่วมของกรอบคิดสตรีนิยมไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใด คือ การวิพากษ์ท้าทายปิตาธิปไตย ทั้งนี้ ปิตาธิปไตยมิได้ปฏิบัติการอย่างโดดเดี่ยว แต่ปฏิบัติการร่วมกับกรอบคิด-อุดมการณ์อื่นๆ อาทิ เสรีนิยมและการแบ่งขั้วตรงข้ามอย่างเด็ดขาด การตีความ-นำไปไปใช้ซึ่งกรอบคิด-อุดมการณ์เหล่านี้โดยปิตาธิปไตยก็เป็นการหนุนเสริมการเอาเปรียบ ครอบงำ เก็บกับกดทับ ทำให้ไร้เสียง และเบียดตกไปที่ชายขอบ ซึ่งเพศอื่นๆ ที่มิใช่เพศชาย (รวมถึงเพศชายที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นชายในบรรทัดฐานแบบปิตาธิปไตย) ด้วย จากการทบทวนข้างต้น หากมุ่งสนใจไปที่การแบ่งขั้วตรงข้ามอย่างเด็ดขาดบนฐานคิดแบบปิตาธิปไตย การศึกษามองว่าจะสามารถเห็นนัยของการเชื่อมโยงธรรมชาติกับปรากฏการณ์การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายระหว่างปี พ.ศ. 2550-2562 ในการศึกษาฉบับนี้ได้เด่นชัดยิ่งขึ้น โดยมุ่งพิจารณาปรากฏการณ์การแบ่งขั้วตรงข้ามที่ส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมชาติและความไม่เป็นธรรมชาติเป็นหลัก

Ref. code: 25645924030033WEF

เมื่อพิจารณาการแบ่งขั้วตรงข้ามดังกล่าว ในบทที่ 2 การศึกษาได้ชี้ให้เห็นตัวอย่าง (ซึ่งไม่เหมือนกับการวิเคราะห์ในส่วนนี้เนื่องจากเป็นคนละประเด็น) ว่า ปิตาธิปไตยเชื่อมโยงผู้หญิงเข้ากับธรรมชาติ ผลักให้อยู่ในพื้นที่ส่วนตัว และผูกโยงผู้หญิงกับลักษณะ “ความเป็นหญิง” ในขณะเดียวกันก็สร้าง “ความเป็นชาย” ขึ้นมาให้เป็นขั้วตรงข้าม โดยเชื่อมโยงกับวัฒนธรรม (เช่น การทำกิจกรรมทางการเมือง) และจัดให้อยู่ในพื้นที่สาธารณะ การแบ่งขั้วตรงข้ามแบบปิตาธิปไตยดังกล่าวจึงส่งผลเป็นการกีดกันผู้หญิงออกจากพื้นที่สาธารณะและทำให้การจัดระบบดังกล่าว “เป็นความจริง” อย่างไรก็ดี ในส่วนนี้ การศึกษาเสนอว่า การแบ่งขั้วตรงข้ามแบบปิตาธิปไตยที่เห็นได้ในการศึกษานี้ คือ การแบ่งเรื่องที่เกี่ยวกับเพศให้เป็นแบบที่ “ถูกต้องตาม/สอดคล้องกับธรรมชาติ” และ “ไม่ถูกต้องตาม/ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติ” ซึ่งสามารถเห็นจุดร่วมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการศึกษาประเด็นกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารและกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และเห็นนัยเล็กน้อยได้ในประเด็นกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ

การวิเคราะห์ของการศึกษาฉบับนี้ในประเด็นกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหารเสนอว่า การยกเว้นการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดแม้จะเป็นการตระหนักรู้ว่า ภาวะข้ามเพศ (ไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงแพศแล้วหรือไม่) ดำรงอยู่ แต่การดำรงอยู่นั้นก็เป็นเพียงการดำรงอยู่ในฐานะบุคคลที่มีคุณสมบัติไม่เพียงพอที่จะเป็นทหาร และการยกเว้นให้ไม่ต้องเกณฑ์ทหารด้วยเหตุที่ดีขึ้น (กว่าเหตุบนฐานการเป็นโรคทางจิตเวช) ก็มีแนวโน้มที่จะอยู่บนฐานของการตระหนักรู้ว่าคนข้ามเพศเป็นมนุษย์เหมือนกับคนอื่นๆ นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังแสดงให้เห็นความจำเป็นในการดำเนินตามองค์ความรู้-วาทกรรมทางด้านการแพทย์และจิตวิทยาด้วย โดยไม่ถึงขั้นมีนัยของแนวโน้มที่กฎหมาย/รัฐจะยอมรับอัตลักษณ์ของคนข้ามเพศในเชิงทางการได้ (การเปลี่ยนเพศ) การศึกษาได้พยายามวิเคราะห์ปรากฏการณ์ของการยอมรับในเชิงทางการไม่ได้ดังกล่าวภายใต้การพึ่งพิงวาทกรรมทางการแพทย์โดยใช้ทฤษฎี “อสูรกาย (Monster)” แบบฟูโกต์ ด้วยการวิเคราะห์ดังกล่าว การศึกษานี้จึงมีความเห็นว่าการปรับปรุงกฎหมายให้มีผลไปในทิศทางที่ดีขึ้นจนดูราวกับว่าสอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีอย่างเต็มที่นั้นมิได้เป็นไปในแนวทางดังกล่าวเสียทีเดียว (แม้ว่า “ความสอดคล้องบางส่วน” จะเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้) โดยรัฐไทยพยายามต่อรองการตระหนักรู้-ยอมรับคนข้ามเพศผ่านกฎหมายด้วยการพิจารณาความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับธรรมชาติ ทั้งนี้ หากใช้ทฤษฎีของฟูโกต์ดังกล่าว การที่ภาวะข้ามเพศยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจึงเป็นเพราะภาวะข้ามเพศ (แม้จะเป็นมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีเหมือนผู้อื่น) ละเมิดทั้งธรรมชาติและกฎหมายในเวลาเดียวกัน

ในส่วนกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ หลังจากพยายามทำความเข้าใจการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) ที่มีการจัดระบบฐานความผิดใหม่โดยอาศัยตรรกะ “เพื่อให้การกระทำชำเราสอดคล้องกับธรรมชาติ” ทั้งในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญา

Ref. code: 25645924030033WEF

(หลักการ Fair Labelling) และเชิงภาษาศาสตร์ และเห็นว่าการใช้ตรรกะดังกล่าวนั้นมิได้สอดคล้องกับหลักการในสองอาณาบริเวณข้างต้นเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทของสังคมวัฒนธรรม ได้แก่ ทัศนคติในเรื่องเพศมาเกี่ยวข้องด้วย การศึกษาได้ใช้กรอบคิด Phallocentrism มาวิเคราะห์ และเห็นว่า แม้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในทางลายลักษณ์อักษร จะมิได้สร้างข้อเสียเปรียบแก่ผู้หญิงหรือกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศมากนัก (เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราในเชิงหลักการใหญ่ยังคงเกิดขึ้นได้กับทุกเพศอยู่เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาหลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (พ.ศ. 2550)) อย่างไรก็ตาม การไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 ดังกล่าวแสดงนัยของรากฐานความคิดและทัศนคติของกฎหมาย/รัฐในเรื่องเพศ กล่าวคือ การดำเนินตามรากฐานความคิด-ทัศนคติแบบปิตาธิปไตยด้วยการมองลึงค์ (ในฐานะสัญลักษณ์ที่สะท้อนอุดมการณ์แบบปิตาธิปไตย) เป็นศูนย์กลาง ดังนั้น การร่วมเพศ (การกระทำชำเรา) ที่สอดคล้องกับธรรมชาติจึงต้องเป็นการกระทำที่ทำโดยอวัยวะเพศชายและมีลักษณะการกระทำแบบล่วงล้ำ/สอดใส่ แต่การร่วมเพศที่ใช้สิ่งอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นอวัยวะอื่นที่มิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุต่างๆ ที่แม้จะมีการล่วงล้ำ/สอดใส่เช่นเดียวกันและอาจมีความรุนแรงเสมอกัน เป็นได้เพียง “การกระทำอนาจาร” เท่านั้น (แม้จะมีโทษเท่ากันก็ตาม)

นอกจากนี้ หากพิจารณารายละเอียดวิธีการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2564 ที่วินิจฉัยว่าการสมรสที่ทำได้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้จะอยู่พ้นขอบเขตด้านเวลาของการศึกษาฉบับนี้ แต่ก็พอเป็นเครื่องยืนยันผลการศึกษาได้ในระดับหนึ่งว่า รัฐไทย โดยองค์กรที่สำคัญที่สุดองค์กรหนึ่งมีตรรกะการให้เหตุผลเกี่ยวกับเพศและความเป็นธรรมชาติไปในทิศทางอนุรักษ์นิยมอย่างยิ่งและไม่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี โดยเชื่อมโยงเพศ ครอบครัว และ “ข้อเท็จจริงตามธรรมชาติ” แบบทวิเพศและบรรทัดฐานต่างเพศเข้าด้วยกัน ทั้งนี้ แม้จะถูกวิพากษ์จากภาคประชาสังคมและภาควิชาการ แต่ก็ไม่ปรากฏว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวถูกวิพากษ์โดยองค์กรภาครัฐอย่างจริงจัง หรือองค์กรผู้ออกคำวินิจฉัยตระหนักรู้ว่าการแสดงตรรกะดังกล่าวไม่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีและไม่ควรใช้ตรรกะดังกล่าววินิจฉัยแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ แม้ผลการศึกษาซึ่งเน้นหนักไปที่การพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ จะไม่ได้แสดงนัยที่ชัดเจนในประเด็นนี้มากนัก แต่การดำรงอยู่ของกฎหมายดังกล่าวก็ทำให้พอเห็นได้ว่า ทัศนคติทั่วๆ ไปของรัฐ/เอกชน/สังคม ยังคงเห็นว่าความไม่เท่าเทียมด้านเพศดำรงอยู่จริง จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นมาเพื่อมุ่งขจัดความไม่เท่าเทียมออกไปจากสังคม

Ref. code: 25645924030033WEF

7.1.2.2 การเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายเกี่ยวกับเพศที่ปราศจากบทบาทอย่างมีความหมายขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี

สำหรับประเด็นนี้ การศึกษาเสนอว่า ในกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มุ่งสนใจในการศึกษาฉบับนี้ มีบทบาทขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีในทางสังคมศาสตร์น้อยมาก ทั้งที่กฎหมายเหล่านี้มีเรื่องเพศเป็นสาระสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศและกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ในประเด็นนี้ การศึกษามุ่งเสนอในเรื่องการปรากฏหรือไม่ปรากฏขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีเท่านั้น โดยยังไม่แสดงความเห็นเกี่ยวกับบทบาทเชิงอำนาจของวาทกรรมต่างๆ ที่ปะทะประสานกันอยู่ในกระบวนการเหล่านี้

ทั้งนี้ แม้จะสามารถเห็นข้อเสนอในประเด็นนี้ได้บ้างจากการวิเคราะห์ในบทที่ 4-6 ในส่วนที่เป็นการวิเคราะห์ อย่างไรก็ดี ประเด็นนี้สามารถเห็นได้ชัดเจนที่สุดในส่วนการทบทวนการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายในบทเหล่านี้ (ได้แก่ ส่วนที่ 4.1, 5.1 และ 6.1) ที่การศึกษาทบทวนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับความคืบหน้าของกฎหมายแต่ละกลุ่มอย่างละเอียด

ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การทบทวนในบทที่ 5 แสดงให้เห็นว่า ประเด็นอภิปรายโดยหลักในกระบวนการจัดทำกฎหมายเกี่ยวข้องกับประเด็นต่างๆ ที่ทำให้ดูราวกับว่าการอภิปรายประเด็นเกี่ยวกับเพศอย่างลึกซึ้งเป็นที่ยุติแล้ว โดยประเด็นหลักๆ เหล่านี้ได้แก่ ประเด็นข้อยกเว้นของการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ (โดยมุ่งไปที่ “เหตุผลทางวิชาการ” ซึ่งหมายถึงสถาบันทางวิชาการด้านการทหาร รวมถึงการจัดวางตำแหน่งของข้อยกเว้นฯ ในพระราชบัญญัติฯ) และประเด็นอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ/ประเด็นในเชิงเทคนิคทางกฎหมาย อย่างไรก็ดี ในการอภิปรายดังกล่าว กลับปรากฏส่วนที่แสดงให้เห็นว่า ประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับเพศยังไม่เป็นที่ยุติโดยยังคงคลุมเครือไม่ชัดเจนซึ่งจะเห็นได้ในประเด็นสุดท้ายของส่วนนี้

เช่นเดียวกันในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจากการทบทวนเอกสารที่มีการบันทึกไว้และสามารถสืบค้นได้เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) บทบาทของการอภิปรายเรื่องเกี่ยวกับเพศโดยตรงมีน้อยมากจนดูราวกับว่าการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศให้แตกต่างไปจากกฎหมายอาญาในช่วงหลังการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (พ.ศ. 2550) แทบไม่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับเพศเลย โดยเนื้อหาที่อภิปรายส่วนใหญ่เน้นหนักไปในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญา ทั้งนี้ สามารถเห็นภาพได้ชัดเจนขึ้นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 (พ.ศ. 2550) ซึ่งไม่ว่าเนื้อหาที่อภิปรายจะสอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีหรือไม่ แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ คือ มีการอภิปรายประเด็นเกี่ยวกับเพศอย่างค่อนข้างละเอียดและหลากหลาย หรือกระทั่งมีผู้แสดงทัศนคติเกี่ยวกับการร่วมเพศที่ไม่ต้องยึดโยงอยู่กับการล่วงล้ำ/สอดใส่และเป็นผลให้คำนิยามของการกระทำชำเราอยู่ในลักษณะดังกล่าวด้วย (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการไม่ปรากฏการพิจารณาในเรื่องการให้คำนิยามหรือการตีความอวัยวะ (เช่น อวัยวะเพศ) ว่ารวมถึงอวัยวะที่ถูกเปลี่ยนแปลงหรือสร้างขึ้นด้วยวิธีการศัลยกรรมไม่ว่าจะในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใด สภาวะการปราศจากบทบาทอย่างมีความหมายขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีก็ยิ่งชัดเจนขึ้น

สำหรับกรณีกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารนั้น อาจเห็นภาพข้อสังเกตนี้ได้ไม่ชัดเจนนัก เนื่องจากเรื่องเกี่ยวกับเพศถูกอภิปรายในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย รวมถึงกระบวนการได้เปิดโอกาสให้กลุ่มผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากกฎหมาย (กลุ่มคนข้ามเพศและผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ) เข้าไปมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ดี อาจพอเห็นบทบาทที่จำกัดขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีได้บ้างจากการอ่านคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1540/2554 อย่างละเอียด โดยคำพิพากษาดังกล่าวเน้นไปที่การพิจารณาศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกันในฐานะมนุษย์มากกว่าเรื่องเกี่ยวกับเพศ

7.1.2.3 วาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจ (กฎหมาย/การแพทย์) และวาทกรรมที่ไม่ทรงพลังอำนาจ (องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี)

ในกระบวนการปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายทั้งสามกลุ่ม ปรากฏบทบาทของวาทกรรมต่างๆ ที่เข้ามาปะทะประสาน และก่อให้เกิดข้ออภิปรายและผลการอภิปรายตามที่ได้ทบทวนไป ทั้งนี้ การศึกษาฉบับนี้เห็นว่า ภาพรวมที่ครอบกระบวนการเหล่านี้ของกฎหมายทั้งสามชุดในประเด็นอำนาจของวาทกรรม คือ วาทกรรมบางชุด ได้แก่ วาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมทางการแพทย์ เป็นวาทกรรมที่มีพลังอำนาจสูง ในการสร้าง “ความจริง” หรือ “สิ่งที่ควรจะเป็น” และวาทกรรมบางชุด คือ องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี (ในทางสังคมศาสตร์) มีพลังอำนาจต่ำ ดังที่เห็นได้ในระดับหนึ่งแล้วจากการไม่มีบทบาทสำคัญในกระบวนการต่างๆ ในประเด็นก่อนหน้านี้

ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร การศึกษาได้แสดงให้เห็นตั้งแต่ในขั้นเริ่มต้นที่การยกเว้นการเกณฑ์ทหารด้วยเหตุภาวะข้ามเพศถูกระบุโดยใช้ถ้อยคำบนฐานการเป็นโรคทางจิตเวช และต่อมาเมื่อเข้าสู่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งเป็นประเด็นที่การศึกษานี้วิเคราะห์ วาทกรรมต่างๆ ได้เข้ามาปะทะแข่งขันกันอยู่ตลอดเวลา โดยอาจเห็นได้จากข้อเสนอในช่วงเริ่มต้นของกระทรวงกลาโหมที่ถ้อยคำที่ปรับปรุงยังไม่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีนัก แม้ในที่สุด ถ้อยคำที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบันจะค่อนข้างสอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีและไม่เป็นการตีตราคนข้ามเพศโดยใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวในเชิงทางการที่ปรากฏในกฎหมายก็ไม่สามารถดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยวในภาษาไทยได้ แต่กลับต้องปรากฏร่วมกับภาษาอังกฤษซึ่งเป็นชื่อโรคตามบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (ICD-10) คือ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)” ทั้งนี้ ไม่ว่าการกำหนดให้ภาวะเพศสภาพไม่ตรง

กับเพศกำเนิดยังคงเป็นโรคจนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2564 (ใน ICD-10) อยู่จะเป็นไปเพราะเหตุใด แต่นัยดังกล่าวของปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในกฎหมาย/รัฐไทยก็แสดงให้เห็นถึงความทรงพลังของวาทกรรมทางการแพทย์และความย้อนแย้งในตัวเองของกฎหมาย (ที่ต้องพึ่งพิงวาทกรรมทางการแพทย์) ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบการขาดหายไปของการใช้ตรรกะด้านเพศสถานะและเพศวิถีอย่างลึกซึ้งในคำพิพากษาของศาลปกครอง ประกอบการวิเคราะห์โดยใช้ทฤษฎี Monster ของฟูโกต์ ปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารก็แสดงให้เห็นการปฏิบัติการร่วมกันของวาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจสองวาทกรรม ได้แก่ วาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมทางการแพทย์

ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การขาดหายไปของการอภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับเพศที่เป็นข้อเสนอในประเด็นก่อนหน้านี้แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าวาทกรรมด้านเพศสถานะและเพศวิถีมีพลังอำนาจไม่สูงนักแม้แต่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศโดยตรงจนดูราวกับว่าหลักการพื้นฐานด้านเพศสถานะและเพศวิถีได้ถูกอภิปรายอย่างลึกซึ้งและเป็นที่ยุติแล้ว อย่างไรก็ตามความไม่เป็นที่ยุติของการอภิปรายว่าด้วยหลักการพื้นฐานเหล่านี้ดำรงอยู่และแสดงให้เห็นนัยของระดับพลังอำนาจของวาทกรรมขององค์ความรู้เพศสถานะและเพศวิถี โดยเห็นได้ในการทบทวนและการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ในส่วนคำถามและข้อสังเกตของรณภูมิ สามัคคีคารมย์อย่างน้อยสองครั้ง (จากเอกสารที่ทบทวน) ที่ว่า การ “มีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ที่อยู่ในคำนิยามของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศในร่างพระราชบัญญัติฯ รวมถึงกรณีเพศวิถี (รสนิยมทางเพศ) ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ การอภิปรายในประเด็นนี้เป็นไปเพียงสั้นๆ ไม่ใช่ประเด็นสำคัญอะไร (สำหรับกรรมาธิการวิสามัญส่วนใหญ่) และไม่ถูกบันทึกเป็นข้อสังเกตท้ายพระราชบัญญัติฯ ว่าข้อความดังกล่าวรวมถึงกรณีเพศวิถีด้วย ทั้งที่มีการให้สัญญาโดยประธานอนุกรรมาธิการวิสามัญในกระบวนการอภิปราย ปรากฏการณ์นี้จึงแสดงให้เห็นภาวะไร้ซึ่งพลังอำนาจของวาทกรรมด้านเพศสถานะและเพศวิถีที่ไม่สามารถขึ้นไปเบียดแทรกวาทกรรมอื่นๆ ที่มีพลังอำนาจมากกว่าได้ (เช่น ประเด็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติฯ ประเด็นเชิงเทคนิคทางกฎหมาย)

ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศที่ระดับพลังอำนาจของวาทกรรมด้านเพศสถานะและเพศวิถีเห็นได้จากปริมาณประเด็นเกี่ยวกับเพศในการอภิปราย/ข้อมูลประกอบการพิจารณา/ข้อสังเกตท้ายพระราชบัญญัติฯ ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) นอกจากนี้การที่การอภิปราย/เอกสารประกอบการพิจารณา/ข้อสังเกตท้ายพระราชบัญญัติฯ เน้นย้ำไปมาถึง “ความเป็นธรรมชาติ” ของการกระทำชำเรา ก็แสดงให้เห็นระดับพลังอำนาจของวาทกรรมทางกฎหมายที่อยู่ภายใต้อุดมการณ์ปิตาธิปไตยได้อย่างชัดเจน เมื่อประกอบกับภาวะที่การจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศเน้นไปที่การแก้ไขปัญหาในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญา จึงเป็นกระบวนการปรับปรุงกฎหมาย

อีกชุดหนึ่งที่วาทกรรมด้านเพศสถานะและเพศวิถีไม่สามารถเบียดแทรกขึ้นไปอยู่ในกลุ่มวาทกรรมที่มีพลังอำนาจสูงได้

นอกจากนี้ การทบทวนและการวิเคราะห์ทั้งหมดในการศึกษาฉบับนี้ยังแสดงนัยหนึ่งเกี่ยวกับมูลเหตุของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสามกลุ่มและอาจรวมไปถึงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถีด้วย นัยที่กล่าวถึงนี้ คือ คำถามว่าการปรับปรุงกฎหมายไปในทางที่สอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีของรัฐไทยนั้นเป็นไปบนฐานองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีหรือไม่ หรือเป็นการดำเนินการด้วยเหตุผลอื่น อาทิ ความจำยอมจากการที่รัฐเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การประสานประโยชน์ระหว่างบุคคลหลายกลุ่มโดยที่ไม่กระทบต่อหลักการใหญ่ที่ครอบทัศนคติของรัฐในเรื่องเพศสถานะและเพศวิถี เป็นต้น ทั้งนี้ การศึกษาฉบับนี้ไม่สามารถตอบคำถามนี้ได้อย่างครอบคลุมเนื่องจากเป็นประเด็นที่พ้นไปจากขอบเขตของการศึกษา แต่การทบทวนและการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ในการศึกษาฉบับนี้ก็น่าจะเป็นส่วนหนึ่งสำหรับการค้นคว้าวิจัยอื่นต่อไปได้

7.2 บทสรุป

การศึกษานี้มุ่งทำความเข้าใจมุมมองของรัฐไทยผ่านกฎหมายและบริบทแวดล้อมผ่านการเปลี่ยนแปลงทางบวกของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถี ซึ่งได้จัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติม ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 จนถึงสิ้นปี พ.ศ. 2562 รวมทั้งสิ้นเป็นระยะเวลา 13 ปี ซึ่งเป็นห้วงเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางบวกในแง่ความหลากหลายทางเพศทั้งบนฐานเพศสถานะและเพศวิถีในระบบกฎหมายไทยค่อนข้างมาก โดยประกอบด้วย 1) กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่คนข้ามเพศ) 2) กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ และ 3) กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเปลี่ยนไปในเรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและนิยามของการกระทำชำเรา) ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ปี พ.ศ. 2550-2562) ซึ่งจะทำให้เข้าใจลักษณะของการปะทะประสานของวาทกรรมซึ่งก่อให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไข ปัจจัย และอุดมคติที่ทำให้ความเข้าใจและทัศนคติของกฎหมายไทยต่อภาวะข้ามเพศยังจำกัดอยู่ในบรรทัดฐานแบบตรงเพศ (cisgender norm) และนำไปสู่การเข้าใจความคลุมเครือและความสลับซับซ้อนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีของกฎหมายไทย ซึ่งส่งผลต่อภาวะข้ามเพศ

ในการศึกษากฎหมายสามกลุ่มภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าว การศึกษาได้ใช้ระเบียบวิธีวิจัย (ในบทที่ 1) ญาณวิทยาสตรีนิยม (feminist epistemology) ประกอบกรอบคิดด้านเพศที่มีการประยุกต์ใช้

Ref. code: 25645924030033WEF

ในปริมณฑลกฎหมาย และการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) เพื่อเปิดเผยให้เห็นความขาดตอนไม่ต่อเนื่องและฐานคิด-ทัศนคติในเรื่องเพศของรัฐไทยที่ไม่กลมกลืนเป็นเนื้อเดียวกัน โดยมีบทบาทของวาทกรรมต่างๆ และใช้กรอบคิดทฤษฎีใหญ่ที่ครอบคลุมกฎหมายทั้งสามกลุ่ม (ในบทที่ 2) ได้แก่ 1) กรอบคิดว่าด้วยเพศสถานะและเพศวิถี 2) ปิตาธิปไตย (patriarchy) และกรอบคิดที่วิพากษ์ปิตาธิปไตย (กรอบคิดสตรีนิยม) และ 3) กรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยการวิเคราะห์ปรากฏการณ์ทางกฎหมายด้วยองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี ได้แก่ นิติทฤษฎีสตรีนิยม (feminist jurisprudence / feminist legal theory) และนิติทฤษฎีแบบข้ามเพศ (transgender jurisprudence) นอกจากนี้ ในการวิเคราะห์กฎหมายแต่ละกลุ่ม การศึกษาได้ใช้กรอบคิดทฤษฎีย่อยๆ ประกอบกรอบคิดทฤษฎีใหญ่ข้างต้นด้วย (ในบทที่ 4-6 ในส่วนการวิเคราะห์กฎหมายกลุ่มนั้นๆ) คือ 1) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร การศึกษาได้ประยุกต์ใช้กรอบคิดว่าด้วย “อสูรกาย (Monster)” ของมิเชล ฟูโกต์ (Michel Foucault)[20] เพื่อทำความเข้าใจความสัมพันธ์ของวาทกรรมการแพทย์และกฎหมายในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย 2) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ การศึกษาได้ทบทวนลักษณะการปรากฏตัวของ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)” ในกฎหมายไทย และกรอบคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการดังกล่าวเพื่อวิเคราะห์ว่า การตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศโดยวางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติมีข้อจำกัดอย่างไรต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นภาพกว้างของภาวะข้ามเพศ และ 3) ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เมื่อเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องทั้งในพรมแดนของกฎหมายอาญาและองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถี การศึกษาจึงใช้ “หลักการกำหนดชื่อฐานความผิดอย่างยุติธรรม (Fair Labelling)” ในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักการทางกฎหมายอาญา และใช้กรอบคิด “การใช้ลึงค์เป็นศูนย์กลาง (Phallocentrism)” เมื่อพิจารณาการปะทะของวาทกรรมทางกฎหมายและวาทกรรมเกี่ยวกับเพศสถานะและเพศวิถี (ในลักษณะที่ให้ความหมายเกี่ยวกับเพศอย่างจำกัด) ที่มีบทบาทในปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งใหญ่สองครั้งซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับฐานคิดในช่วงระยะเวลา 13 ปี ดังกล่าว

ผลการศึกษากฎหมายแต่ละกลุ่มอย่างแยกขาดจากกัน (การทบทวนและการวิเคราะห์ในบทที่ 4-6 และการสรุปผลการวิเคราะห์อีกครั้งในส่วนที่ 7.1.1 ของบทที่ 7) แสดงให้เห็นว่า 1) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แม้เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารสำหรับบุคคลข้ามเพศที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม (“ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)”) จะสอดคล้องกับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีมากขึ้นและไม่เป็นการตีตรา แต่มุมมองและทัศนคติของ

---

[20] Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*.

Ref. code: 25645924030033WEF

กฎหมายก็ยังคงไม่ยอมรับภาวะข้ามเพศในเชิงทางการอย่างเต็มที่ เห็นได้จากปรากฏการณ์ อาทิ การอิงอยู่กับวาทกรรมทางการแพทย์เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศและคำพิพากษาที่เน้นความเหมือนกันของมนุษย์มากกว่าการเพิ่มเติมการใช้เหตุผลที่อิงอยู่กับองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีให้มากขึ้น เป็นต้น ในความเห็นของการศึกษา ปรากฏการณ์ข้างต้นอาจเกิดขึ้นจากรากฐานความคิดที่มองว่าภาวะข้ามเพศละเมิดทั้งกฎหมายและธรรมชาติในเวลาเดียวกัน 2) ในกรณีกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ แม้จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศโดยตรง แต่กลับไม่ปรากฏการอภิปรายที่ลุ่มลึกเกี่ยวกับเพศ และในกรณีของหลักการสำคัญ (ความเสมอภาค/การไม่เลือกปฏิบัติ) ก็อาจไม่ได้สร้างการยอมรับภาวะข้ามเพศและความหลากหลายทางเพศที่มากกว่าการยอมรับว่าคนข้ามเพศ/ที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับมนุษย์คนอื่น ทั้งในระดับกรอบคิดทฤษฎีและทางปฏิบัติในการปรากฏตัวของหลักการดังกล่าวในรัฐไทย และ 3) ในกรณีกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2562) ซึ่งเป็นการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศในระดับรากฐานความคิดจากการแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (พ.ศ. 2550) นอกจากเหตุผลในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญาและในเชิงภาษาศาสตร์แล้ว การกระทำชำเราที่ถูกแก้ไขให้ “สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ” มีแนวโน้มจะเป็นผลมาจากปัจจัยเชิงทัศนคติเกี่ยวกับเพศของกฎหมาย/รัฐไทยด้วย ผลของบทบาทดังกล่าวเห็นได้จากการจัดระบบให้การกระทำชำเราเป็นได้เพียงการร่วมเพศที่เป็นการกระทำโดยอวัยวะเพศในรูปแบบของการล่วงล้ำ/สอดใส่ ซึ่งน่าจะหมายเฉพาะอวัยวะเพศชาย ส่วนการร่วมเพศที่เป็นการล่วงล้ำ/สอดใส่โดยการใช้อวัยวะอื่นหรือมิใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดเป็นได้เพียงการกระทำอนาจาร แม้ในเชิงหลักการทางกฎหมายอาญาความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวจะมีระวางโทษเท่ากันก็ตาม

จากผลการศึกษาข้างต้น (การทบทวนและการวิเคราะห์ในบทที่ 4-6 และการสรุปผลการวิเคราะห์อีกครั้งในส่วนที่ 7.1.1 ของบทที่ 7) การศึกษาได้นำผลของการศึกษาแต่ละกลุ่มมาวิเคราะห์เชื่อมโยงกันและเห็นลักษณะร่วมกันที่มีในการเปลี่ยนแปลงเชิงบวก (แต่ยังคงมีข้อจำกัด) ของกฎหมายทั้งสามกลุ่ม ในส่วนที่ 7.1.2 ของบทที่ 7) ได้แก่ 1) ด้วยเหตุที่ทัศนคติของกฎหมาย/รัฐอยู่ภายใต้อุดมการณ์ปิตาธิปไตย (หรืออย่างน้อยที่สุด ภายใต้อุดมการณ์ที่ไม่มีความอ่อนไหวด้านเพศสถานะและเพศวิถี) วิธีการคิดของกฎหมาย/รัฐจึงสร้างขั้วตรงข้ามระหว่าง “ความถูกต้องตามธรรมชาติ” และ “ความไม่ถูกต้องตามธรรมชาติ” ขึ้น ซึ่งเห็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในผลการวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร (การยอมรับบุคคลข้ามเพศในกฎหมายอย่างเป็นทางการไม่ได้) และกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (การจัดระบบให้การร่วมเพศโดยไม่ใช้อวัยวะเพศชายเป็นการร่วมเพศตามธรรมชาติไม่ได้) 2) กระบวนการปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายปราศจากบทบาทอย่างมีความหมายขององค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีทั้งที่สาระสำคัญของกฎหมายเป็นเรื่องเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในผลการทบทวนและวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียม

Ref. code: 25645924030033WEF

ระหว่างเพศและกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และ 3) ในกระบวนการปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับภาวะข้ามเพศ/ความหลากหลายทางเพศ วาทกรรมทางกฎหมายและการแพทย์เป็นวาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจ ส่วนวาทกรรมองค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีเป็นวาทกรรมที่ไร้พลังอำนาจ โดยเห็นได้จากการเบียดขับโดยวาทกรรมที่ทรงพลังอำนาจไม่ให้องค์ความรู้ด้านเพศสถานะและเพศวิถีมีบทบาทอย่างมีนัยสำคัญในกระบวนการเกี่ยวกับกฎหมายทั้งสามกลุ่ม

Ref. code: 25645924030033WEF

รายการอ้างอิง

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*. พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557 แก้ไขเพิ่มเติม 2562.

คณพล จันทน์หอม. *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.

คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ. *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.

คณาธิป ทองรวีวงศ์, กัณฑิมา ช่างทำ, ภคมน สืบไชย, กุสุมา สุนประชา, และ ชลธิชา สมสอาด. *โครงการวิจัยเรื่องกฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560.

คณิต ณ นคร. *กฎหมายอาญา ภาคความผิด*. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

เครือข่ายผู้หญิงพลิกโฉมประเทศไทย และ เครือข่ายผู้หญิงเพื่อความก้าวหน้าและสันติภาพ. *ร่าง พ.ร.บ.ส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ (ฉบับประชาชน)*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิผู้หญิง, [2554?].

โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) และเครือข่ายบุคคลข้ามเพศแห่งเอเชียแปซิฟิก (APTN). *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ สำนักงานประเทศไทย, 2561.

จรัญ โฆษณานันท์. *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*. พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.

ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ "ความจริง" ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2550.

ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร. *บทแนะนำสกุลความคิดหลังโครงสร้างนิยม (Introducing Poststructuralism)*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สมมติ, 2560.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

ธงชัย วินิจจะกูล. รายงานโครงการวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง วิธีการศึกษาประวัติศาสตร์แบบวงศาวิทยา (Genealogy). กรุงเทพฯ: คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

ธงชัย วินิจจะกูล. *ออกนอกขนบประวัติศาสตร์ไทย*. นนทบุรี: ฟ้าเดียวกัน, 2562.

Ref. code: 25645924030033WEF

ธนัย เกตวงกต. *ประวัติศาสตร์การเกณฑ์ทหารในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท, 2560.

เนื่องน้อย บุณยเนตร. *ความยุติธรรมในตัณหาอาชญากรรม*. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2557.

บรรเจิด สิงคะเนติ. *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2564. https://dictionary.orst.go.th/.

พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช). *คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2*. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, [2470?].

มุนินทร์ พงศาปาน. *ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2562.

รณกรณ์ บุญมี. “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553.” ใน *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ*, บรรณาธิการโดย สุรศักดิ์ มณีศร, 151-189. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

วราภรณ์ แช่มสนิท. *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความเข้าใจเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.), 2551.

วิระดา สมสวัสดิ์. นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม. เชียงใหม่: วนิดาเพรส, 2549.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *เพศวิถีในคำพิพากษา*. พิมพ์ครั้งที่ 2. เชียงใหม่: เกวลีพริ้นติ้ง, 2558.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. *รายงานการวิจัย เรื่อง เพศวิถีในคำพิพากษา*. เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2550.

สมยศ เชื้อไทย. *ความรู้กฎหมายทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 23 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

สามชาย ศรีสันต์. *ว่าด้วยการวิเคราะห์วาทกรรมแนววิพากษ์*. กรุงเทพฯ: สมมติ, 2561.

สุรสิทธิ์ วชิรขจร, และ ธนรัตน์ มังคุด. *รายงานวิจัย เรื่อง การศึกษากลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “คำโบราณในกฎหมายปัจจุบัน.” ใน *ภาษาไทยในกฎหมายตราสามดวง*, บรรณาธิการโดย วินัย พงศ์เพียร, 27-31. กรุงเทพฯ: สามลดา, 2550.

Ref. code: 25645924030033WEF

บทความวารสาร

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ตำนานรักร่วมเพศ.” *วารสารนิติศาสตร์* 13, ฉ. 12 (2527): 85-95.

นฤพนธ ด่วงวิเศษ. “เพศหลากหลายในสังคมไทยกับการเมืองของอัตลักษณ์.” *วารสารสังคมศาสตร์* 25, ฉ. 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556): 137-168.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง.” *วารสารนิติศาสตร์* 39, ฉ. 3 (กันยายน 2553): 695-699.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “ความหมายของ ‘การกระทำชำเรา’ ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่.” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 3 (กันยายน 2562): 618-619.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “แพทย์ทำแท้งได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย !!!.” *วารสารธรรมศาสตร์* 39, ฉ. 4 (ธันวาคม 2553): 892-898.

วัชรินทร์ สังสีแก้ว. “คำสั่งทางปกครองกับผู้แปลงเพศ.” *วารสารกฎหมาย สุโขทัยธรรมาธิราช* 18, ฉ. 2 (ธันวาคม 2549): 95-104.

วัชรินทร์ สังสีแก้ว. “สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ.” *วารสารกฎหมาย สุโขทัยธรรมาธิราช* 17, ฉ. 1 (มิถุนายน 2548): 17-41.

วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์. “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ.” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 1 (มีนาคม 2562): 107-137.

วิทยานิพนธ์

กนกนันท์ ศรีคชา. “การรับรองสถานะทางกฎหมายศึกษากรณีการใช้คำนำหน้านามของบุคคลที่แปลงเพศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2559.

จักรพันธ์ สอนสุภาพ. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ณัฐวุฒิ ชัยสายัณห์. “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน.” วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.

ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557.

ธนัย เจริญกุล. “การขนานนามสกุล: กลไกของรัฐในการสร้างสำนึกชาตินิยมและอัตลักษณความเป็นชาย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2551.

ปรินดา เวทพิสัย. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ.” สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ปรีชญาภรณ์ จันทร์รักษ์. “กระบวนการขับเคลื่อนของสังคมต่อการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กับการสร้างวาทกรรมเรื่องสิทธิเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาสตรีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ภาณพ มีชำนาญ. “การศึกษาสภาพปัญหาความเสียเปรียบของคู่ความหลากหลายทางเพศอันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสในประเทศไทย.” สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555.

วัชรินทร์ สังสีแก้ว. “สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ.” สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

วิภาดา เอี่ยมคง. “ผลสะเทือนของขบวนการเคลื่อนไหวทางสังคมของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, สาขาวิชาการปกครอง ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

วสิทธิ์ เส้งเลี่ยม. “สิทธิในการแต่งงานของคนรักเพศเดียวกันในประเทศไทย.” ภาคนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ศิวดี เกิดเจริญ. “ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแกไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

อารยา สุขสม. “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย.” ดุษฎีนิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

Ref. code: 25645924030033WEF

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.” สิทธิมนุษยชน กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. 20 สิงหาคม 2564. https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/iccprt.pdf.

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. “อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ.” สิทธิมนุษยชน กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. 20 สิงหาคม 2564. https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/cedawt.pdf.

กฤษฎา ศุภวรรธนะกุล. “ร่าง พ.ร.บ.คู่ชีวิต ฉบับกรมคุ้มครองสิทธิ์ เมื่อรักเรา (ศักดิ์ศรี) ไม่เท่ากัน.” ประชาไท. 7 มิถุนายน 2560. https://prachatai.com/journal/2017/06/71823.

ธีรนัย จารุวัสตร์. “คดีทางเพศมีทุกวัน แต่ ‘พนักงานสอบสวนหญิง’ ยังเป็นอาชีพที่ขาดแคลน.” ประชาไท. 12 เมษายน 2565. https://prachatai.com/journal/2022/04/98108.

ประชาไท. “ยื่นแล้ว 15,636 ชื่อ เสนอกฎหมายความเสมอภาคระหว่างเพศ ฉบับ ปชช.” 31 ตุลาคม 2555. https://prachatai.com/journal/2012/10/43415.

ผกามาศ เลียงธนะฤกษ์. “‘การเมืองเรื่อง Performativity’: คำประกาศจาก Judith Butler ใน Gender Trouble จเร สิงหโกวินท์.” ประชาไท. 18 พฤศจิกายน 2554. https://prachatai.com/journal/2014/11/56551.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “เวทีสาธารณะ เรื่อง “พ.ร.บ.ความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับสิทธิของบุคคลหลากหลายทางเพศ.” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2564. https://bit.ly/3ws8sLY.

Chanan Yodhong. “มหรสพกะเทยเกณฑ์ทหาร.” The Matter. 13 เมษายน 2560. https://thematter.co/thinkers/human-zoo/22138.

duiza. “เจาะคดีสาวประเภท2ฟ้องกลาโหมศาลปกครอง ปลดล็อกหรือ ตอกฝาโลง.” มูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน. 10 กันยายน 2554. http://thaitga.org/2020/?p=1555.

duiza. “การจัดภาวะข้ามเพศให้เป็น ‘ความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ’ คุ้มค่าต่อการทำให้เกิดความรังเกียจต่อคนข้ามเพศหรือไม่?.” มูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน. 13 กันยายน 2552. http://thaitga.org/2020/?p=1404.

hanayo_boyz. “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะเทือนอารมณ์ !!.” Bloggang, 21 สิงหาคม 2550. https://www.bloggang.com/m/viewdiary.php?id=legal&month=08-2007&date=21&group=1&gblog=80.

iLaw. “สมาคมเพศวิถีฯ ชำแหละกฎหมาย 3 ฉบับ ชี้รัฐเลือกปฏิบัติทางเพศ ไร้การมีส่วนร่วมของประชาชน.” 13 ตุลาคม 2558. https://ilaw.or.th/node/3867.

iLaw. “Pride Month: สำรวจ ร่าง พ.ร.บ.คู่ชีวิต-กฎหมายแพ่งว่าด้วยการสมรส.” 18 มิถุนายน2563. https://ilaw.or.th/node/5695.

Thaipublica. “ครม.เสนอ ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิตต่อสภา ครั้งแรกของไทยมีกม.รองรับคู่สมรสเพศเดียวกัน.” 8 กรกฎาคม 2563. https://thaipublica.org/2020/07/lgbtq-law/.

เอกสารอื่นๆ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 227/2560 เรื่อง การปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมกรณีกล่าวอ้างว่ากรมการขนส่งทางบกตัดสิทธิบุคคลที่มีอาการตาบอดสีในการมีใบอนุญาตขับรถ*.

คณะรัฐมนตรี. บันทึกวิเคราะห์สรุป สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสนอต่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561, 2561.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*. ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2557.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*. ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2557.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*. ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2557.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 12/2549, 2549.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 3/2550, 2550.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 31/2550 เป็นพิเศษ, 2550.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 24/2557, 2557.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 2/2558, 2558.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*. ครั้งที่ 2/2562 เป็นพิเศษ, 2562.

ไทย. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแหงชาติ*, ครั้งที่ 15/2562 เป็นพิเศษ, 2562.

ธงชัย วินิจจะกูล. “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย.” *บทความฉบับเต็มสำหรับการปาฐกถาพิเศษป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17 วันที่ 9 มีนาคม 2563* (2563). https://www.econ.tu.ac.th/uploads/archive/file/20200826/adfopqruy469.pdf.

ธนรัตน์ มังคุด. “ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คุ้ยรากวาทกรรม ‘จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง’ ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ.” การนำเสนอผลงานในการประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒน์-ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3 ณ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 8 กันยายน 2561.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน (ร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางเปล่งมณี เร่งสมบูรณ์สุข กับคณะเป็นผู้เสนอ)) เรื่องเสร็จที่ 94/2556 ลงวันที่ 28 มกราคม 2556.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน (ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (นางสาวอุษา เลิศศรีสันทัด กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 14,953 คน)) เรื่องเสร็จที่ 1061/2556 ลงวันที่ เดือนสิงหาคม 2556.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 747/2553 ลงวันที่เดือนธันวาคม 2553.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาคระหว่างเพศ พ.ศ. .... (ร่างฉบับประชาชน) เรื่องเสร็จที่ 948/2555 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555.

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา การประชุมครั้งที่ 48. 152/2482, 2482.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา. ครั้งที่ 46, 147/2482, 2482.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา. ครั้งที่ 47, 150/2482, 2482.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของคณะกรรมการกฤษฎีกา. ครั้งที่ 48, 152/2482, 2482.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. *พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ ขั้นตอน ในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ก.ป. 166/2558)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2558.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา*, 2562.

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. *รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2558.

หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0310.1/25058 เรื่อง หารือการขอแก้ไข เพศและคำนำหน้านามในทะเบียนบ้าน ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2544.

หนังสือกระทรวงกลาโหม ด่วนที่สุด ที่ กห 0202/126 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 จำนวน 2 ฉบับ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2552.

หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0901/1334 ถึง เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2554.

หนังสือสำนักงานทะเบียนกลาง ที่ มท 0322/9185 เรื่อง การแก้ไขเพศในเอกสารการทะเบียนราษฎร ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2535.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/3234 ถึง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2552.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/24881 ถึง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เรื่อง ร่างกฎกระทรวง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 รวม 2 ฉบับ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2554.

Books and Book Articles

Altman, Andrew. “Discrimination.” The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Accessed March 30, 2019. https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/.

Arneson, Richard. “Egalitarian.” The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Accessed August 22, 2021. https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/egalitarianism/.

Ashworth, Andrew, and Jeremy Horder. *Principles of Criminal Law*. 7th Ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

Beauvoir, Simone de. *The Second Sex*. Translated by H. M. Parshley. London, UK: Jonathan Cape, 1953.

Bettcher, Talia. "Feminist Perspectives on Trans Issues." The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Accessed March 4, 2018. https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/feminism-trans/.

Duanghathai Buranajaroenkij. *Political Feminism and the Women's Movement in Thailand: Actors, Debates and Strategies*. Bangkok: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017.

Freeman, Michael. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. 9th Ed. London, UK: Sweet & Maxwell, 2014.

Garland, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1991.

Gilligan, Carol. *Law in a Difference Voice: Psychological Theory and Women's Development.* London, UK: Harvard University Press, 1982.

Gosepath, Stephen. "Equality." The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Accessed September 12, 2021. https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/equality/.

Hunter, Rosemary, Clare McGlynn, and Erika Rackley. *Feminist Judgments: From Theory to Practice.* Oxford, UK: Hart Publishing, 2010.

Lacey, Nicola. *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Oxford, UK: Hart Publishing, 1998.

Loos, Tamara. *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*. Chiang Mai: Silkworm Books, 2006.

Mikkol, Mari. "Feminist Perspectives on Sex and Gender." The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Accessed September 27, 2019. https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/feminism-gender/.

Monro, Surya. "Transgender: Destabilising Feminisms?." In *Sexuality and the Law: Feminist Engagements*, edited by Vanessa E. Munro, and Carl F. Stych, 125-149. Oxon, UK: Routledge-Cavendish, 2007.

Munro, Vanessa. *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2007.

Ref. code: 25645924030033WEF

Napikoski, Linda. “Patriarchal Society According to Feminism.” ThoughtCo. Last modified January 24, 2020. https://www.thoughtco.com/patriarchal-society-feminism-definition-3528978.

Riley, Stephen, and Gerhard Bos. “Human Dignity.” The Internet Encyclopedia of Philosophy. Accessed September 12, 2021. https://iep.utm.edu/hum-dign/.

Romero, Adam P. “Methodological Descriptions: ‘Feminist’ and ‘Queer’ Legal Theories.” In *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, edited by Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson, and Adam P. Romero, 179-198. Surrey, UK: Ashgate, 2009.

Sharpe, Andrew N. *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law*. Oxon, UK: Routledge, 2010.

Sharpe, Andrew N. *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law.* London, UK: Cavendish Publishing Limited, 2002.

Smart, Carol. *Feminism and the Power of Law.* London, UK: Routledge, 1989.

Solis, Michael. *What is Patriarchy?*, Translated by Alda Facio. “ What is Patriarchy?.” Women's Human Rights Institute. 2013. http://www.learnwhr.org/wp-content/uploads/D-Facio-What-is-Patriarchy.pdf.

Tadros, Victor. “Fair Labelling and Social Solidarity.” In *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, edited by Lucia Zedner, and Julian V. Roberts, 67-80. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

Thiem, Annika. “Human Dignity and Gender Inequalities.” In *The Cambridge Handbook of Human Dignity Interdisciplinary Perspectives*, edited by Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, and Dietmar Mieth, 498-504. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

United Nations Development Programme, and Asia Pacific Transgender Network. *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*. Bangkok: United Nations Development Programme Thailand, 2018.

Ref. code: 25645924030033WEF

Articles

Cain, Patricia. “Feminism and the Limits of Equality.” *Georgia Law Review* 24 (1990): 803-847.

Chalmers, James, and Fiona Leverick. “Fair Labelling in Criminal Law.” *Modern Law Review* 71, no. 2 (March 2008): 217-246.

Connell, R. W., and James W. Messerschmidt. “ Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept.” *Gender and Society* 19, no. 6 (2005): 829-859.

Jackson, Peter A. “An Explosion of Thai Identities: Global Queering and Re-Imagining Queer Theory.” *Culture, Health & Sexuality* 2, no. 4, (2000): 405-424.

Nedelsky, Jennifer. “Reconceiving Rights as Relationship.” *Review of Constitutional Studies* 1, no. 1 (1993): 1-26.

Reed, Geoffrey M., Jack Drescher, Richard B. Krueger, Elham Atalla, Susan D. Cochran, Michael B. First, Peggy T. Cohen-Kettenis, Iván Arango-de Montis, Sharon J. Parish, Sara Cottler, Peer Briken, and Shekhar Saxena. “Disorders Related to Sexuality and Gender Identity in the ICD-11: Revising the ICD-10 Classification Based on Current Scientific Evidence, Best Clinical Practices, and Human Rights Considerations.” *World Psychiatry* 15, no. 3 (October 2016): 205-221.

Ronnakorn Bunmee. “Examining Elements of Rape Offences in Thailand.” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ. 1 (มีนาคม 2562): 200-219.

Smart, Carol. “Law's Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse.” *Journal of Law and Society* 17, no. 2 (1990): 194-210.

Smith, Anne Smith. “Equality Constitutional Adjudication in South Africa.” *African Human Rights Law Journal* 14, no. 2 (2014): 609-632.

Stephen, Kylie. “The Legal Language of Rape.” *Alternative Law Journal* 19, no. 5 (October 1994): 224-228.

Tanarat Mangkud. “Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development.” *International Journal for the Semiotics of Law* (2021). https://doi.org/10.1007/s11196-020-09809-3.

Ref. code: 25645924030033WEF

Electronic Media

Bryant, Karl. “gender dysphoria.” Encyclopedia Britannica. Accessed May 18, 2021, https://www.britannica.com/science/gender-dysphoria.

National Center for Transgender Equality, “TRANSGENDER TERMINOLOGY.” May 2019. https://www.courts.ca.gov/documents/Transgender_Terminology.pdf.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. “Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights.” Accessed November 5, 2020. https://www.ohchr.org/Documents/ Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf.

United Nations Free & Equal. “Definitions.” Accessed January 31, 2022. https://www.unfe.org/definitions/.

United Nations General Assembly. Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity: Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity. A/73/152. United Nations, July 12, 2018. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/220/41/PDF/N1822041.pdf?OpenElement.

World Health Organization. “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD).” Accessed May 18, 2021. https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases.

Ref. code: 25645924030033WEF

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	ธนรัตน์ มังคุด
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2554: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2557: Master of Laws in Criminal Justice, Family and Social Welfare University College London

ผลงานทางวิชาการ

ธนรัตน์ มังคุด. “อ่าน Irigaray’s.” *จุลสารหอจดหมายเหตุธรรมศาสตร์*, ฉ.21 (มิถุนายน 2560 - พฤษภาคม 2561): 90-95.

ธนรัตน์ มังคุด. “ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คุ้ยรากวาทกรรม ‘จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง’ ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ.” การนำเสนอผลงานในการประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒน์-ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3 ณ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 8 กันยายน 2561.

ธนรัตน์ มังคุด. “เครื่องแบบและเที่ยวบิน: การสำรวจเบื้องต้นเกี่ยวกับปัจจัยทางเพศสถานะที่มีผลต่อสายการบินในการให้ทางเลือกแก่พนักงานต้อนรับหญิงบนเครื่องบินใช้กางเกงเป็นเครื่องแบบ.” *วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชยนาวี*. 14 (2562): 1-20.

ธนรัตน์ มังคุด. “เรือนกายของนักศึกษาวิชานิติศาสตร์: การประกอบสร้างวิถีชีวิตทางนิติศาสตร์แบบวิชาชีพในมหาวิทยาลัยที่เน้นการสหกิจศึกษาและการมุ่งสู่การศึกษาวิชานิติศาสตร์ที่เชื่อมโยงกับสังคม.” การนำเสนอผลงานในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์แห่งชาติ หัวข้อ “จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย” จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ณ โรงแรม Furama จังหวัดเชียงใหม่, 20 พฤศจิกายน 2563.

สุรสิทธิ์ วชิรขจร, และ ธนรัตน์ มังคุด. *รายงานการวิจัย เรื่อง การศึกษากลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563.

Ref. code: 25645924030033WEF

Tanarat Mangkud. “Different Paradigms in the 2007 and 2019 Definitional Reforms of Sexual Offences under the Thai Penal Code: A Unique Development.” *International Journal for the Semiotics of Law* (2021). https://doi.org/10.1007/s11196-020-09809-3.

ธนรัตน์ มังคุด, และ สุรสิทธิ์ วชิรขจร. “กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ: การศึกษาเพื่อปรับปรุงกลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามแนวทางของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้.” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 51, ฉ. 2 (2565): 314-354.