

แนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทย ผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ¹

The Guidelines for the Right to Gender Identity Recognition in Thailand Based on the Perspective of the Foreign Laws

อารยา สุขสม²

Araya Sooksom

(Received: October 27, 2022, Revised: December 13, 2022, Accepted: December 16, 2022)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่องนี้มุ่งศึกษาแนวทางการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยผ่านมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากตำรากฎหมายและเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสากลและกฎหมายของต่างประเทศ ผลจากการศึกษาพบว่า ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนสากล รัฐต่าง ๆ ย่อมมีหน้าที่รับรองสถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลพึงประสงค์ เพื่อให้บุคคลนั้นสามารถในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง โดยห้ามกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย ปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลซึ่งจำแนกตามเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ส่งผลทำให้บุคคลซึ่งมีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศได้กลายเป็นกลุ่มเป้าหมายจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในพื้นที่สาธารณะอย่างกว้างขวาง ดังนั้น จึงสมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และผลในทางกฎหมายของการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามเจตจำนงของบุคคลเหล่านั้น อันเป็นการสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

คำสำคัญ : สิทธิมนุษยชน, อัตลักษณ์ทางเพศ, การรับรองทางกฎหมาย

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง แนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากมูลนิธิเครือข่ายเพื่อนกะเทยเพื่อสิทธิมนุษยชน

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร., อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, เลขที่ 15 ถ.กาญจนวนิชย์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา 90110, araya.s@psu.ac.th

Assistant Professor Dr., Lecturer in Laws, Faculty of Law Prince of Songkla University, 15 Kamjanavanich Rd., Hat Yai, Songkhla 90110, araya.s@psu.ac.th

Abstract

This research aims to study the guidelines for the right to gender identity recognition in Thailand through the lens of foreign laws. It is conducted using the methodology of documentary research, from legal textbooks to documents related to the recognition of gender identity-diverse people based on viewpoints of international human rights law and other foreign laws. The results showed that, in accordance with the international human rights principles, states shall provide legal recognition for their people's gender identity self-determination and ensure that they can exercise rights based on that gender identity. In this regard, states shall not impose any conditions that violate these people's human rights to prevent them from obtaining legal gender recognition. Currently, Thailand only provides lawful gender recognition for individuals who identify as male and female. As a result, gender identity-diverse individuals continue to frequently face discrimination in public settings. It is, therefore, expedient for the society to have a law to establish rules, regulations, conditions and any legal consequences of gender identity recognition based on self-determination in order to comply with the international human rights principles to which Thailand is committed.

Keywords: Human Rights, Gender Identity, Legal Recognition

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2018 องค์การอนามัยโลกได้จัดทำบัญชีจำแนกทางสถิติระหว่างประเทศของโรคและปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องครั้งที่ 11 (ICD-11) โดยถอดเรื่องความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศออกจาก การเป็นโรคหรือความเจ็บป่วยทางจิตโดยการใช้คำว่า “ภาวะของการมีเพศสภาพไม่สอดคล้องกับเพศ ตามกำเนิดในวัยรุ่นและวัยเจริญพันธุ์ (Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood (GIAA))” ภายใต้มวดยใหม่ที่ชื่อว่า “เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ (Conditions Related to Sexual Health)” ใน ICD-11 แทนการใช้คำว่าความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity Disorder: GID) ซึ่งการระบุ เช่นนี้ส่งผลทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) สามารถเข้าถึงสิทธิด้านสุขภาพได้โดยไม่ต้องถูกตีตราว่าเป็นผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอีกต่อไป³ อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจดั้งเดิมเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลข้ามเพศ และกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กของสังคมไทยที่เห็นว่า กลุ่มบุคคลเหล่านี้คือผู้มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มของความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม ทำให้บุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็ก

³ World Health Organization, ICD-11 Conditions related to sexual health (17), 2018

ในประเทศไทยต้องถูกตีตราและถูกเลือกปฏิบัติจากสังคม ไม่ว่าจะเป็นการใช้ความรุนแรง รวมถึงการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหลายเรื่องทั้งในฐานะเป็น พลเมืองของรัฐ รวมถึงสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กในประเทศไทยมี รากฐานสำคัญมาจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับนโยบายของรัฐในการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย ประกอบกับ การขาดมาตรการทางกฎหมายในการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะมีข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษารหัสกรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมเรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 ซึ่งรับรองความเป็นไปได้ในการเข้าถึงกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อการรับรอง อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศก็ตาม แต่ก็มิได้กล่าวถึงการดูแลรักษาภายหลังจากระบวนการแปลงเพศ รวมถึงการได้รับสิทธิในด้านประกันสุขภาพจากรัฐซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิทธิในเรื่องสุขภาพของบุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด ในขณะที่การรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลอินเตอร์เซ็กในปัจจุบันยังคงเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติที่กำหนดขึ้นโดยหนังสือของกรมการปกครองท้องถิ่นซึ่งไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ หนังสือฉบับนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางที่องค์การสหประชาชาติได้ กำหนดไว้ว่าจะไม่มีบุคคลใดต้องได้รับการรักษาหรือผ่าตัดในทางการแพทย์โดยไม่มีเจตจำนง เพราะถือว่าเป็นรูปแบบของการกระทำทารุณอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์ของ บุคคลอินเตอร์เซ็กอย่างรุนแรง จึงถือว่าการกำหนดเงื่อนไขในการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคล อินเตอร์เซ็กตามหนังสือฉบับนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁴ กรณีจึงกล่าวได้ว่า ปัจจุบันประเทศไทยยังขาดมาตรการทางกฎหมายในการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศ และบุคคลอินเตอร์เซ็กเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อให้ ความคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งบุคคลในที่นี้มีความหมาย ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดด้วย แต่ในทางปฏิบัติพบว่าการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิดภายใต้กฎหมายความเท่าเทียม ระหว่างเพศนั้นมีข้อจำกัดซึ่งไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนที่มีความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ ได้อย่างเต็มที่ เช่น ปัญหาข่มขู่ของกลุ่มบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งอาจมีปัญหาวาบุคคลอินเตอร์เซ็กจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ หรือปัญหาขอบเขตเนื้อหาสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองที่ ยังคงขาดความชัดเจน หรือการดำรงไว้ซึ่งข้อยกเว้นการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมายดังกล่าวอาจกลายเป็น อุปสรรคสำคัญต่อการตรากฎหมายรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคล อินเตอร์เซ็กโดยอาศัยเหตุผลเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ เป็นต้น ด้วยเหตุผลข้อจำกัดต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้นไม่อาจเป็นกลไกที่จะทำให้

⁴ อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์ศษ.ภ.บ.บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 430.

การคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ครอบคลุมทุกประเด็น กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลแยกออกมาเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันความคุ้มครองและรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศให้เกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริง

2. วัตถุประสงค์

บทความวิจัยเรื่องนี้มุ่งเสนอแนวคิดทางทฤษฎีและการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นข้อเสนอแนะแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในประเทศไทย

3. ขอบเขตการวิจัย

ผู้วิจัยได้จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกอยู่ในขณะนี้ และในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ผู้วิจัยได้เน้นศึกษาประเทศที่มีความเป็นประชาธิปไตยสูงโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในแถบทวีปยุโรปและประเทศอื่น ๆ ซึ่งให้ความสำคัญต่อการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ เช่น ประเทศสเปน ประเทศมอลต้า ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

4. สมมติฐานการวิจัย

การศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติและการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองและรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กไว้เป็นการเฉพาะจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของประเทศไทยให้สอดคล้องตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลมากยิ่งขึ้น

5. ระเบียบวิธีวิจัย

บทความวิจัยเรื่องนี้มีการศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากตำรากฎหมายและเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศโดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับสากลและกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งที่เป็นเอกสารที่เป็นข้อมูลขั้นปฐมภูมิ (Primary Data) ได้แก่ รัฐธรรมนูญกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ คำพิพากษาของศาลในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายและเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคล

บนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ และเอกสารที่เป็นข้อมูลชั้นทุติยภูมิ (Secondary Data) ซึ่งค้นคว้าจากเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ เช่น รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ความเห็นทางกฎหมายของส่วนราชการและความเห็นของนักวิชาการ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ได้ทราบและเข้าใจถึงความหมาย สาระสำคัญ และมาตรการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

6.2 ได้ทราบถึงปัญหาการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศในประเทศไทย และสามารถเสนอแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศในประเทศไทย

7. การทบทวนวรรณกรรม

7.1 จากเพศสู่ความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ

พัฒนาการของความรู้อาจจากเพศสู่ความหลากหลายทางเพศทำให้ได้ข้อสรุปว่า เพศและชีวิตทางเพศของมนุษย์ไม่เพียงแต่เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ หากแต่ยังเป็นสิ่งที่ถูกหล่อหลอมขัดเกลาจากสังคมด้วย ในขณะที่เดียวกันความเท่าเทียมระหว่างเพศจึงมิได้เป็นเพียงเรื่องของความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิงในทางสังคม แต่ยังหมายถึงความถึงการที่บุคคลทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่นำเรื่องเพศตามกำเนิดและการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดมาใช้เป็นเหตุผล เพื่อทำให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันในการเข้าถึงและได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ⁵ ด้วยเหตุนี้ ในบางประเทศจึงให้การคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศแก่บุคคลทุกคน รวมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเห็นว่าเพศ (Sex) และความหลากหลายทางเพศ (Sexual/Gender Diversity) เป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งของบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (Naturalness) และเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด (Innateness) เช่นเดียวกับเชื้อชาติหรือถิ่นกำเนิด บุคคลจึงไม่ควรถูกลงโทษหรือเลือกปฏิบัติเพราะเหตุผลเพียงเพราะเขา “เกิดมาเป็นเช่นนั้น (Born that Way)”⁶ เวลาต่อมา ประเด็นเรื่องการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในองค์การสหประชาชาติ โดยได้รับการยืนยันว่าความเป็นเพศของมนุษย์นอกจากเพศสรีระแล้ว มนุษย์ยังมีความหลากหลายในวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) การแสดงออกทางเพศสภาพ (Gender Expression) และคุณลักษณะทางเพศ

⁵ อารยา สุขสม, คู่มือปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP), 2563, น. 6.

⁶ The Supreme Court of Kentucky, *Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487(1992), in Jeffrey M. Shaman, *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*, (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 61-63; and Constitutional Court of South Africa, *National Coalition of Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98, Judgment of 9 October 1998 in International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*, (Geneva: International Commission Of Jurists, 2009), p. 60.

(Sex Characteristics) หรือที่เรียกว่า “SOGIESC” อีกด้วย⁷ ในทางปฏิบัตินั้น ความหลากหลายทางเพศมักนำมาใช้เพื่อสื่อถึงเพศวิถีของคนส่วนน้อยเสียเป็นส่วนใหญ่ซึ่งหมายถึง หญิงรักหญิง (Lesbian) ชายรักชาย (Gay) บุคคลรักสองเพศ (Bisexual) บุคคลข้ามเพศ (Transgender) และบางครั้งยังรวมถึงบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) ซึ่งเกิดมาโดยมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบและมีความซับซ้อนในวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เราจึงมักรู้จักกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในอีกชื่อหนึ่งว่า “กลุ่ม LGBTI”⁸ อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการยังมีความเห็นว่าความหลากหลายทางเพศมิได้เป็นเรื่องเพศวิถีของคนส่วนน้อยเท่านั้น หากแต่ยังหมายถึงเพศวิถีทุกรูปแบบของบุคคลทุกกลุ่มอันรวมถึงเพศวิถีแบบรักต่างเพศ (Heterosexual) ที่เกิดขึ้นระหว่างเพศชายกับเพศหญิงได้อีกด้วย⁹ กล่าวได้ว่า บุคคลทุกคนในโลกนี้มีเพศและความหลากหลายทางเพศที่แตกต่างกันได้ และทุกคน

⁷ The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007); and The Yogyakarta Principles plus 10: Addition principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. (2017).

การคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศที่ปรากฏในหลักการ Yogyakarta Principles เป็นการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ โดยขยายมุมมองเรื่องเพศจาก “เพศสรีระ” ให้ครอบคลุมถึง “ความหลากหลายทางเพศ” อันได้แก่ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศ ดังนี้

วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจซึ่ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่และทางเพศ และในสัมพันธ์ภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์และในทางเพศที่มีต่อปัจเจกบุคคลซึ่งมีเพศสภาพที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกันหรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ วิถีทางเพศของบุคคลจึงเป็นสิ่งที่กำหนดแรงดึงดูดหรือความสนใจทางเพศของบุคคลนั้น ๆ โดยทั่วไปอาจแบ่งวิถีทางเพศของบุคคลออกเป็น 3 กลุ่มคือ (1) รักต่างเพศ (Heterosexual) (2) รักเพศเดียวกัน (Homosexual) และ (3) รักสองเพศ (Bisexual)

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับ การเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิถีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ และการแสดงออกต่าง ๆ ทางเพศสภาพ รวมถึงการแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่าง ๆ ได้แก่ การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักสองเพศ (Bisexuality) และการมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลข้ามเพศ (Transgender) ซึ่งในกลุ่มนี้อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อย ได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual)

การแสดงออกทางเพศสภาพ (Gender Expression) หมายถึง การนำเสนอเพศสภาพของบุคคลผ่านการแสดงออกทางกายภาพรวมถึง การแต่งกาย การไว้ทรงผม การสวมเครื่องประดับ การแต่งแต้มใบหน้า และกริยาท่าทาง การใช้วาจา พฤติกรรมการแสดงออก การอ้างอิงถึงชื่อและความเป็นตัวตนของบุคคล ตลอดจนการแสดงออกทางเพศสภาพอื่น ๆ ที่อาจไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ทั้งนี้ การแสดงออกทางเพศสภาพถือเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ทางเพศ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการกล่าวอ้างถึง “อัตลักษณ์เพศ” จึงเข้าใจได้ว่าหมายรวมถึง “การแสดงออกทางเพศ” ซึ่งได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นกัน

คุณลักษณะทางเพศ (Sex Characteristics) หมายถึง ลักษณะทางกายภาพของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเพศตามกำเนิด รวมถึงลักษณะทางพันธุกรรม หรือกายวิภาคศาสตร์ทางเพศและระบบสืบพันธุ์ โครโมโซม ฮอโมน และลักษณะทางกายภาพที่เกิดขึ้นมาพร้อมเมื่อแรกเกิด ตัวอย่างเช่น บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) คือ บุคคลที่เกิดมาโดยมีมีเพศสรีระได้มากกว่าหนึ่งแบบซึ่งจะเห็นว่าเป็นคุณลักษณะทางเพศของมนุษย์อีกรูปแบบหนึ่งที่แบ่งแยกออกจากวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอย่างชัดเจน

⁸ Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, A/HRC/19/41, 17 November 2011, para. 5.

⁹ อารยา สุขสม, เรื่องเดิม, น. 33.

ล้วนแต่เป็นสมาชิกของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งสิ้น การพิจารณาเรื่องความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศในเบื้องต้นนั้นสามารถพิจารณาได้จากหลักการยกยอการเคารพว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2007 (The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity 2007) ซึ่งได้ให้ความหมายของอัตลักษณ์ทางเพศไว้ว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกายซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิถีทางการแพทย์ การศัลยกรรม หรือวิธีการอื่นใด ทั้งที่โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ และการแสดงออกต่าง ๆ ทางเพศสภาพ รวมถึงการแต่งกาย คำพูด และกริยาท่าทางต่าง ๆ”¹⁰

โดยทั่วไปแล้ว อัตลักษณ์ทางเพศของมนุษย์อาจมีความสัมพันธ์หรือไม่สัมพันธ์กับวิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ของมนุษย์เลยก็ได้ กล่าวได้ว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” เป็นการอธิบายถึงคุณลักษณะทางเพศอย่างหนึ่งของบุคคลในทางสังคมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเพศสภาพและเพศวิถีของบุคคลนั้น ดังนั้น การที่บุคคลคนหนึ่งจะมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นไรย่อมไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิดของตนเสมอไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการนำเสนอของบุคคลเหล่านั้นว่าต้องการให้สังคมรับรู้ว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเช่นไร ตัวอย่างเช่น การมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลรักต่างเพศ (Heterosexuality) บุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuality) บุคคลรักสองเพศ (Bisexuality) บุคคลข้ามเพศ (Transgender) ซึ่งแบ่งออกเป็นบุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (Transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (Transsexual) นอกจากนี้ยังรวมถึงการมีอัตลักษณ์เป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) และกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้ต้องการระบุว่าตนเป็นเพศใดหรือที่เรียกว่า “กลุ่มนอนไบนารี (Non-binary)” ซึ่งมักเป็นคำที่ใช้อ้างอิงถึงอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบซึ่งแตกต่างไปจากเพศกำเนิดชายและเพศกำเนิดหญิง และมุ่งหมายใช้แทนคำว่า “เพศที่สาม (Third Gender)”¹¹

7.2 สิทธิมนุษยชนในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศ

หากพิจารณาถึงอัตลักษณ์ทางเพศในแง่ของการเป็นสิทธิมนุษยชน จะพบว่าอัตลักษณ์ทางเพศถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Rights to Privacy) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยสิทธิในความเป็นส่วนตัว หมายถึง พื้นที่ชีวิตส่วนตัวของบุคคลซึ่งบุคคลนั้นสามารถแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ความเป็นตัวตนของบุคคลนั้น ซึ่งนอกจากรวมถึงความสามารถในการสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลหรือการอยู่อาศัยตามลำพังแล้ว ยังหมายความรวมถึงสิทธิในความแตกต่างระหว่างบุคคล

¹⁰ ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล), หลักการยกยอการเคารพว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2551), น. 11.

¹¹ Lena Holzer, Non-Binary gender registration models in Europe report on third gender marker or no gender marker options, (ILGA Europe, 2018), p. 52.

(Right to be Different) อีกด้วย¹² ในแง่ “สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ (The Right to Gender Identity)” จึงมีขอบเขตภายใต้ความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งสามารถจำแนกแยกย่อยออกสิทธิต่าง ๆ ที่สำคัญ¹³ ดังนี้

7.2.1 สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-definition)

การกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ถือเป็นการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเกี่ยวกับเรื่องเพศ (The Right to Sexual Self-definition) เพื่อพัฒนาเป็นอัตลักษณ์ทางเพศของตน การใช้สิทธิในการกำหนดตนเองจึงมุ่งหมายเพื่อกำหนดว่าตนเองเป็นใครมากกว่าจะพิจารณาจากวิธีปฏิบัติทางเพศของบุคคลนั้น ในแง่สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นการกำหนดเพศสภาพของตนเองโดยมีรากฐานสำคัญมาจากอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น¹⁴ และเป็นสิทธิตามธรรมชาติของทุกคนโดยรัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิดังกล่าวได้อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากสิทธิในการแสดงออกซึ่งตัวตนทางเพศของบุคคลอีกด้วย

7.2.2 สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-express)

สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศนี้ หมายถึง สิทธิจะได้รับการยอมรับใน อัตลักษณ์ทางเพศของตนจากสังคมหรือในที่สาธารณะ โดยบุคคลนั้นอาจแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นไปโดยสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับเพศสรีระตามกำเนิดเพื่อสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นตามที่บุคคลนั้นคิดว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสมก็ได้ โดยทั่วไปแล้วการใช้สิทธิในการแสดงออกซึ่งตัวตนทางเพศมักเป็นเรื่องภายในขอบเขตพื้นที่ส่วนตัว อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของสังคมในฐานะพลเมืองของรัฐ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับอัตลักษณ์และรูปแบบของการใช้ชีวิตทางเพศของตนเองในพื้นที่สาธารณะด้วยเช่นกัน ในแง่สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความหมายครอบคลุมถึงสิทธิในการกำหนดตนเองและวิถีชีวิตของตนในที่สาธารณะด้วย กล่าวคือ หากบุคคลใดสามารถกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศในที่สาธารณะว่าตนเป็นชายรักชาย หญิงรักหญิง ชายข้ามเพศ หญิงข้ามเพศ หรือเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็กได้ ฯลฯ บุคคลนั้นย่อมมีความสามารถในการแสดงออกซึ่งความเป็นอัตลักษณ์ทางเพศให้สาธารณะเป็นที่ประจักษ์ได้เช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเปิดเผยตัวโดยไม่ต้องได้รับการลงโทษนั่นเอง

7.2.3 สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (The Right to Self-realization)

สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองถือเป็นสิทธิที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับสิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล เนื่องจากสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการพัฒนาอัตลักษณ์ทางเพศของตนโดยปราศจากการซ่อนเร้นหรือปิดบัง ในแง่นี้พลเมืองของรัฐย่อมมีฐานะเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย บุคคลทุกคนจึงย่อมมีสิทธิพลเมืองในฐานะการเป็นผู้บริโภคที่มีอัตลักษณ์

¹² Human Rights Committee, A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands, Communication No. 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, 31 October 1994, para. 10.2; and Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, stigma and the realization of the human rights to water and sanitation, A/HRC/21/42, 2 July 2012, para. 55.

¹³ Diane Richardson, Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights, *Critical Social Policy*, 20(1) (2000), pp. 116-122.

¹⁴ Diane Richardson, *Ibid.*, p. 118.

ทางเพศและมีรูปแบบการใช้ชีวิตเป็นของตนเองผ่านทาง การซื้อสินค้าและบริการต่าง ๆ ทั้งในพื้นที่ส่วนตัวและพื้นที่สาธารณะ ซึ่งการเป็นผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านี้จะสะท้อนให้เห็นถึงตัวตนอัตลักษณ์และรูปแบบการใช้ชีวิตของกลุ่มคนเหล่านี้ด้วย

จากที่ได้กล่าวมา จะเห็นว่าสิทธิในกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยสิทธิแยกย่อย ได้แก่ (1) สิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง (2) สิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศ และ (3) สิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง โดยสิทธิย่อย ๆ ดังกล่าวนี้นี้จะมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ อย่างเป็นระบบ เช่น สิทธิในการรับรองสถานภาพทางกฎหมาย สิทธิในการทำงาน สิทธิในสุขภาพ สิทธิในการศึกษา และสิทธิในเสรีภาพเกี่ยวกับการแสดงออก การก่อตั้งสมาคม และการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลจะถูกจำกัดจากรัฐได้มากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับว่าสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าวนี้มีความเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนเรื่องอื่น ๆ เช่นไร กล่าวคือ หากการใช้สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศมีความสัมพันธ์กับสิทธิมนุษยชนที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวบุคคลทุกคนมาแต่กำเนิด เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงปลอดภัย และสิทธิในเสรีภาพจากการกระทำทารุณกรรมและการปฏิบัติที่โหดร้าย กรณีนี้รัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดได้ หรือที่เรียกว่าสิทธิสมบูรณ์ (Absolute Rights) ดังนั้น เมื่อสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตและร่างกาย ย่อมต้องถือว่ารัฐไม่อาจแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศได้ ไม่ว่าจะรัฐจะตกอยู่ในสถานการณ์เช่นไรนั่นเอง ในทางกลับกันสิทธิในการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศและสิทธิในการตระหนักซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองในพื้นที่สาธารณะจัดว่าเป็นสิทธิพลเมืองอย่างหนึ่งที่รัฐอาจแทรกแซงหรือจำกัดได้ โดยบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีเหตุผลสำคัญเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นหรือเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น การรับรองสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีขอบเขตภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุและหลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ หรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” อีกด้วย

8. ผลการวิจัย

8.1 การคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยองค์การสหประชาชาติ

เนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศเป็นสิ่งที่มีความใกล้ชิดกับชีวิตส่วนตัวและก่อให้เกิดเป็นบุคลิกภาพของบุคคล องค์การสหประชาชาติจึงให้การรับรองว่าอำนาจตัดสินใจและทางเลือกในการดำเนินชีวิตของบุคคลในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตส่วนตัว (Private Life) ซึ่งอยู่ในขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งไม่ว่าจะมีวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศในรูปแบบใดย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสิ้น โดยสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าวนี้ จะมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ อย่างเป็นระบบ อาทิ สิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐ สิทธิในทางการเมือง สิทธิในทางเศรษฐกิจ สิทธิในทางสังคม และสิทธิในทางวัฒนธรรม

ในเรื่องนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (Committee on Economic, Social and Cultural Rights) ได้ให้การรับรองว่าอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁵ รัฐจึงมีหน้าที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมายตามความประสงค์ของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็ก โดยกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสถานภาพทางกฎหมายให้บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศของตนได้โดยการออกใบรับรองสูติบัตรใหม่ รวมทั้งกำหนดกระบวนการสำหรับการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในบัตรประชาชน¹⁶ และดำเนินการต่าง ๆ ด้วยการอนุญาตให้มีการออกเอกสารทางราชการเพื่อแสดงถึงอัตลักษณ์ที่สอดคล้องกับเพศภาพและชื่อของบุคคล โดยจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ¹⁷ ทั้งนี้เพื่อสร้างหลักประกันว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และจะได้รับความเคารพต่อความสมบูรณ์ในความเป็นมนุษย์¹⁸ เมื่อรัฐให้การรับรองสิทธิในการเปลี่ยนชื่อและเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กในเอกสารทางราชการ ย่อมมีผลเป็นการรับรองสถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลนั้นพึงประสงค์ และทำให้บุคคลดังกล่าวมีความสามารถในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง รวมถึงสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวตามมาตรา 23 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง ค.ศ. 1966 เช่นกัน¹⁹ จากที่ได้กล่าวมา รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก การรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งได้แก่ การรับรองสิทธิในการเปลี่ยนชื่อและเพศในเอกสารทางราชการ และการห้ามกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ได้การรับรองสถานภาพทางกฎหมาย

ประการที่สอง การคุ้มครองและป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจากความหลากหลายในอัตลักษณ์ทางเพศ โดยการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในเรื่องต่าง ๆ เช่น ด้านการทำงานและการได้รับผลประโยชน์ทางสังคม การศึกษา ด้านการดูแลสุขภาพสุภาพ รวมถึงการแสดงออก การสมาคม และการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น

8.2 การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว กลุ่มบุคคลข้ามเพศและกลุ่มบุคคลอินเตอร์เซ็กถือเป็นกลุ่มบุคคลส่วนใหญ่ที่มีความประสงค์ต้องการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิใน

¹⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011, para. 26.

¹⁶ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Addendum: Mission to Kyrgyzstan, A/HRC/14/22/Add. 2, 28 May 2010, para. 92.

¹⁷ Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, A/HRC/19/41, 17 November 2011, para. 84.

¹⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011, para. 26.

¹⁹ Human Rights Committee, Concluding observations on Ireland, CCPR/C/IRL /CO/3, 30 July 2008, para. 8.

อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเทอร์เซ็กนั้นมีความแตกต่างกัน เนื่องจากลักษณะเฉพาะของกลุ่มบุคคลเหล่านี้ซึ่งอาจแยกพิจารณาโดยแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ

กรณีบุคคลข้ามเพศ ผลจากการศึกษาพบว่า แม้ว่าจะในบางประเทศจะอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารทางราชการได้ก็ตาม แต่รัฐส่วนใหญ่ยังคงกำหนดเงื่อนไขบางอย่างให้บุคคลข้ามเพศต้องกระทำก่อนการเปลี่ยนแปลงเพศซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน ได้แก่ (1) การกำหนดเงื่อนไขทางการแพทย์ เช่น การผ่าตัดแปลงเพศต้องมีการทำหมันด้วย หรือต้องผ่านกระบวนการวินิจฉัยตรวจสุขภาพทางจิต หรือต้องได้รับความเห็นในทางการแพทย์จากนักจิตเวชเสียก่อน (2) การกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมาย เช่น ต้องได้รับอนุญาตจากศาล หรือหากมีคู่สมรสต้องไปทำการจดทะเบียนหย่าเสียก่อน เป็นต้น (3) การกำหนดเงื่อนไขทางธรรมชาติในเรื่องอื่น ๆ เช่น ต้องเป็นผู้ไม่มีบุตร หรือต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ชีวิตจริงหรือมีความประสงค์ตั้งใจที่จะอยู่กินอาศัยร่วมกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามในช่วงระยะเวลาหนึ่ง นอกจากนี้ หากพิจารณาในเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่ายสำหรับกระบวนการแปลงเพศนั้น พบว่ามีความสำคัญเป็นอันมากและทำให้บุคคลข้ามเพศแล้วนี้ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศได้ ส่วนใหญ่ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นมักเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมในการวินิจฉัยตรวจโรค การดูแลรักษาทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีในกระบวนการทางศาล ซึ่งค่าใช้จ่ายทั้งหมดล้วนแต่เป็นภาระแก่บุคคลข้ามเพศทั้งสิ้น

กรณีบุคคลอินเทอร์เซ็ก ผลที่เกิดขึ้นในอดีตจากการที่องค์การอนามัยโลกกำหนดให้การเป็นบุคคลอินเทอร์เซ็กคือความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศอย่างหนึ่งที่ต้องได้รับการแก้ไขโดยการผ่าตัดให้เหลือเพียงเพศใดเพศหนึ่งตามความเห็นในทางวิทยาศาสตร์ ทำให้บุคคลอินเทอร์เซ็กต้องได้รับการรักษาหรือผ่าตัดในทางการแพทย์โดยไม่มีความจำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทารกหรือบุคคลที่อยู่ในวัยเด็ก โดยปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกับบุคคลอินเทอร์เซ็กมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลเพื่อให้บุคคลอินเทอร์เซ็กยินยอมเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเลือกเพศ ซึ่งการให้ความยินยอมนี้อาจเกิดขึ้นโดยบุคคลอินเทอร์เซ็กซึ่งบรรลุนิติภาวะที่กำลังเข้าสู่กระบวนการผ่าตัด หรือจากเด็กที่มีลักษณะเป็นอินเทอร์เซ็ก หรือจากบิดามารดาของเด็กในกรณีของทารก ซึ่งหากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับการแจ้งข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอสำหรับการให้ความยินยอม ย่อมถือว่าการปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อร่างกาย ต่ออำนาจอิสระในการกำหนดตนเอง และเป็น การละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลอีกด้วย

ผลจากการศึกษาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ พบว่าการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกอาจจำแนกแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มคือ **กลุ่มที่หนึ่ง** การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุดในหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญประเทศอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ศาลสูงสุดของประเทศปากีสถาน ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และ**กลุ่มที่สอง** การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐ ทั้งในระดับพระราชบัญญัติหรือโดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง เช่น ประเทศฟินแลนด์ ประเทศอังกฤษ ประเทศสเปน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น กล่าวได้ว่าในหลายประเทศได้เริ่มทยอยกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศเพิ่มมากขึ้น

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายว่าด้วยเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศและการดูแลสุขภาพของบุคคลข้ามเพศ (The Argentinean Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012) ของประเทศอาร์เจนติน่า และการตรากฎหมายว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศ (The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015) ของประเทศมอลต้า ซึ่งมีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2018 นั้น ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ รวมถึงกำหนดกระบวนการขั้นตอนเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเทอร์เซ็กไว้อย่างชัดเจนซึ่งนับว่ามีความก้าวหน้ามากที่สุดในยุคปัจจุบัน

สำหรับการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น หากพิจารณาจากกฎหมายของหลายประเทศจะพบว่ามี ความแตกต่างกันอย่างน้อย 2 ประเด็น กล่าวคือ

ประเด็นแรก การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ รวมถึงการหย่าร้าง เพื่อให้ได้การรับรองสถานภาพในทางกฎหมาย ซึ่งทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ มีการกำหนดที่แตกต่างกันโดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ (1) กลุ่มประเทศที่มีการบังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ เช่น การผ่าตัดแปลงเพศ การบังคับทำหมัน รวมถึงการหย่าร้างกับคู่สมรสก่อน เพื่อให้ได้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมาย และ (2) กลุ่มประเทศที่ไม่ได้บังคับให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ รวมถึงการหย่าร้าง เพื่อให้ได้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย

ประเด็นที่สอง การยื่นหลักฐานทางการแพทย์เพื่อขอรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายซึ่งในทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ พบว่าบางประเทศมีการเรียกร้องให้บุคคลต้องมีการยื่นเอกสารทางการแพทย์เพื่อเป็นหลักฐานแสดงถึงความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล ในขณะที่บางประเทศกลับไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องการยื่นเอกสารทางการแพทย์เพื่อเป็นหลักฐานแสดงถึงความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ผลในทางกฎหมายของการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ สามารถสรุปได้เป็น 3 ประเด็นสำคัญคือ

(1) การระบุเพศในเอกสารทางราชการ

กรณีบุคคลข้ามเพศ

จากการศึกษาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลข้ามเพศพบว่าส่วนใหญ่มีกระบวนระบุเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการโดยจัดอยู่ในกลุ่มที่มีเพศชายและเพศหญิง แต่จะอยู่ในกลุ่มของ “เพศที่สาม (Third Sex/Third Gender)” หรือ “เพศที่มีความคลุมเครือหรือไม่แน่นอน (Indeterminate)” โดยในบางประเทศจะระบุเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการโดยระบุคำว่า “เพศที่สาม (Third Sex / Third Gender)” หรือ “เพศอื่น (Other)” หรือ “เพศทางเลือกที่สาม (Third Gender Option)” เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

ในปี ค.ศ. 2009 ศาลสูงสุดของประเทศปากีสถานได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการ โดยกำหนดให้ระบุถึงเพศที่สาม (Third Column)

สำหรับบุคคลข้ามเพศ ทั้งนี้เพื่อให้ได้การรับรองรายชื่อเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (Voter Lists) ต่อมาในปี ค.ศ. 2011 ประเทศอินเดียได้มีการปรับปรุงระบบเลขทะเบียนในบัตรประจำตัวประชาชน และมีการอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศระบุเพศในบัตรประชาชนโดยใช้คำว่า “เพศทางเลือกที่สาม (Third Gender Option)” และในปี ค.ศ. 2013 ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียได้ตัดสินให้รัฐบาลเปิดโอกาสให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนโดยใช้คำว่า เพศทางเลือกที่สามในเอกสารต่าง ๆ ได้เช่น หนังสือเดินทางบัตรเลือกตั้ง ใบขับขี่ แบบฟอร์มในการสมัครเข้ารับการศึกษาคือ เป็นต้น²⁰

นอกจากนั้น ในบางประเทศจะระบุเพศของบุคคลข้ามเพศในเอกสารทางราชการ โดยจัดอยู่ในกลุ่มของ “เพศที่มีความคลุมเครือหรือไม่แน่นอน (Indeterminate)” ตัวอย่างเช่น

ในประเทศออสเตรเลียอนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนในเอกสารทางราชการ โดยใช้คำว่า X หมายถึง บุคคลที่ไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิง (Indeterminate) ซึ่งในที่นี้รวมถึงบุคคลมีเพศสภาพที่ไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานหรือธรรมเนียมปฏิบัติของสังคมหรือบุคคลข้ามเพศ นอกจากนี้ การระบุคำว่า X ยังหมายถึง บุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) และบุคคลที่ไม่ต้องการระบุเพศ (Unspecified) อีกด้วย ส่วนบุคคลที่เป็นเพศชาย (Male) จะระบุคำว่า M และหากเป็นเพศหญิง (Female) จะระบุคำว่า F

ในขณะที่ประเทศนิวซีแลนด์อนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถระบุเพศของตนในหนังสือเดินทางของตน โดยใช้คำว่า (X) ซึ่งหมายถึงกรณีที่ไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ทางเพศได้ (Indeterminate) โดยในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2012 ประเทศนิวซีแลนด์ให้สิทธิดังกล่าวขยายขอบเขตครอบคลุมถึงการระบุเพศในใบขับขี่อีกด้วย²¹

กรณีบุคคลอินเตอร์เซ็ก

ในประเทศที่ให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลอินเตอร์เซ็ก ส่งผลทำให้บุคคลอินเตอร์เซ็กสามารถเปลี่ยนแปลงรายละเอียดเกี่ยวกับเพศในเอกสารทางราชการได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลียได้อนุญาตให้บุคคลอินเตอร์เซ็กสามารถระบุเพศของตนในหนังสือเดินทางโดยใช้คำว่า X ซึ่งหมายถึงบุคคลอินเตอร์เซ็ก (Intersex) ด้วย²² โดยจะต้องมีเอกสารรับรองแพทย์เพื่อยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลอินเตอร์เซ็ก²³

สำหรับการระบุเพศของเด็กที่เป็นอินเตอร์เซ็กในใบสูติบัตร (Birth Certificates) ตามกฎหมายของต่างประเทศ พบว่าในบางประเทศกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ดำเนินการแจ้ง จดทะเบียนการเกิดของเด็กทันทีเมื่อแรกเกิด แต่อย่างไรก็ดี ยังมีประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปอย่างน้อย 18 ประเทศที่อนุญาตให้มีการเลื่อนการจดทะเบียนในใบสูติบัตรของเด็กที่เป็นอินเตอร์เซ็ก โดยยังไม่มีกการระบุเพศของเด็กใน

²⁰ United Nations Development Programme (UNDP), Discussion Paper Transgender Health and Human Rights, (New York: United Nations Development Programme, 2013), pp. 26-27.

²¹ United Nations Development Programme (UNDP), Ibid, p. 27.

²² Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 19.

²³ Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 24.

ใบสูติบัตรเมื่อแรกเกิด หรือที่เรียกว่าใช้นโยบาย Wait-and-See ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นการหลีกเลี่ยงความสับสนทางเพศและทางร่างกายอันเป็นผลมาจากการผ่าตัดเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการให้โอกาสแก่เด็กได้มีพัฒนาการเจริญเติบโตถึงวัยที่เขาสามารถแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของตน และสามารถเลือกได้ว่าเขาต้องการที่จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

ในประเทศมอลต้าได้กำหนดให้การระบุเพศของเด็กแรกเกิดที่เป็นอินเตอร์เซ็กจะถูกเลื่อนไปจนกว่าเด็กจะตัดสินใจเลือกอัตลักษณ์ทางเพศของตน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ย่อมมีสิทธิร้องขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในใบสูติบัตรได้²⁴

ในประเทศเยอรมนีและเนเธอร์แลนด์จะมีการเลื่อนจดทะเบียนเพศของเด็กแรกเกิดที่เป็นอินเตอร์เซ็กได้ก็ต่อเมื่อแพทย์นั้นไม่อาจลงความเห็นได้ว่าเด็กแรกเกิดนั้นเป็นเพศใดระหว่างเพศชายหรือเพศหญิง ซึ่งนั่นหมายความว่า เด็กแรกเกิดอาจจะยังไม่ได้รับการระบุเพศในทางกฎหมายจนกว่าจะสามารถเลือกได้ว่าตนเป็นเพศใดในอนาคต²⁵ เป็นต้น

(2) การได้รับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ๆ

ผลจากการที่กฎหมายได้ให้การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศแก่บุคคลย่อมทำให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัว รวมทั้งไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายของประเทศมอลต้าย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ (1) สิทธิของบุคคล ความสัมพันธ์ และหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากการดำรงสถานะของการเป็นบิดามารดาหรือการสมรส (2) สิทธิในการรับมรดกและสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งบุคคลนั้นได้รับมาก่อนการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ และ (3) บุคคลสิทธิหรือสิทธิทางทรัพย์สินซึ่งบุคคลที่สามได้รับหรือสิทธิพิเศษอื่นใดที่เจ้าหน้าที่ได้รับมาก่อนหน้าที่บุคคลนั้นได้เปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศ²⁶

ตามกฎหมายว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศของของประเทศอาร์เจนตินาได้กำหนดผลในทางกฎหมายของการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลข้ามเพศไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติรับรองว่า บุคคลที่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงเพศและชื่อแรกในเอกสารแสดงตนแล้วย่อมสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ โดยอาศัยเพศสภาพที่กฎหมายให้การรับรอง และไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งมีอยู่ก่อนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลดังกล่าว รวมทั้งไม่ถูกเพิกถอนเรื่องความสัมพันธ์อันศักดิ์สิทธิ์ที่มีอยู่ตามกฎหมายครอบครัว รวมถึงเรื่องการรับบุตรบุญธรรม (Adoption) จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่ได้รับการรับรองเพศสภาพตาม

²⁴ Article 8 (1) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018.

²⁵ Lena Holzer, Op. cit., p. 52.

²⁶ Article 3(2)(a)(b)(c) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018

กฎหมายฉบับนี้ย่อมสามารถใช้สิทธิในการสมรสและก่อตั้งครอบครัวได้ ในทางกลับกันกฎหมายฉบับนี้มิได้บังคับให้บุคคลต้องทำการเลือกระหว่างการได้สิทธิในการรับรองเพศสภาพในทางกฎหมายกับการดำรงสถานภาพการสมรสของตน ดังนั้น การหย่าร้างซึ่งเป็นเงื่อนไขของการรับรองเพศสภาพตามกฎหมายในหลายประเทศจึงไม่ถูกนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการรับรองเพศสภาพตามกฎหมายของประเทศอาร์เจนตินาเช่นกัน²⁷

(3) การรักษาความลับส่วนบุคคล

โดยทั่วไปแล้ว ในประเทศที่ให้การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายแก่บุคคลจะมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นส่วนตัวในเรื่องข้อมูลเกี่ยวกับเพศเดิมและการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในเอกสารทางราชการซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องรักษาเป็นความลับ (Confidentiality) ซึ่งการขอข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้จะต้องได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเป็นสำคัญ ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลีย²⁸ ประเทศอาร์เจนตินา²⁹ และประเทศมอลต้า³⁰

สำหรับประเด็นเรื่องการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของ “กลุ่มนอนไบนารี (Non-binary)” ซึ่งหมายถึง กลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของอัตลักษณ์ทางเพศในระบบสองเพศที่แบ่งออกเป็นเพศชายและเพศหญิง โดยอัตลักษณ์ทางเพศเช่นนี้อาจเป็นส่วนผสมระหว่างอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชายและเพศหญิง หรืออยู่ระหว่างการมีอัตลักษณ์เป็นชายและหญิงก็ได้ หรืออยู่นอกขอบเขตอัตลักษณ์ทางเพศเช่นนี้ก็ได้อีก โดยทั่วไปมักใช้กับกลุ่มบุคคลข้ามเพศ รวมถึงบุคคลที่นิยามตนเองว่าเป็นนอนไบนารีโดยการมีอัตลักษณ์ทางเพศแบบใดแบบหนึ่งหรือมากกว่านั้นด้วยอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลาย³¹ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า กลุ่มบุคคลข้ามเพศและบุคคลอินเตอร์เซ็กอาจไม่ได้อยู่ในกลุ่มบุคคลนอนไบนารีเสมอไป เพราะเหตุว่ากลุ่มบุคคลข้ามเพศหรือบุคคลอินเตอร์เซ็กอาจมีความประสงค์ที่จะนิยามตนเองว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิงตามอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันของตน กรณีจึงไม่เป็นธรรมเนียมหากคนกลุ่มนี้ถูกบังคับให้ต้องอยู่ในกลุ่มบุคคลนอนไบนารี³²

ในทางปฏิบัติพบว่าบางประเทศให้การยอมรับเรื่องการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลนอนไบนารีโดยการระบุเพศ X ในบัตรประชาชน และยังคงไว้ซึ่งการระบุเพศตามกำเนิดในระบบทะเบียนราษฎรของรัฐ ซึ่งหมายความว่า การระบุเพศ X จะปรากฏในบัตรประชาชนรวมถึงหนังสือเดินทาง ในขณะที่เพศกำเนิดของบุคคลเหล่านี้จะยังคงอยู่ในระบบทะเบียนราษฎรของรัฐ ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายตามเพศกำเนิด ตัวอย่างเช่น ประเทศมอลต้า และประเทศเดนมาร์ก ซึ่งให้การรับรองว่า

²⁷ Article 7 of The Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012.

²⁸ Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender 2013, para. 38.

²⁹ Article 9 of The Gender Identity and Health Comprehensive Care for Transgender People Act 2012.

³⁰ Article 4(6) and (7) of Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act No. XI of 2015, as amended by Acts XX of 2015 and LVI of 2016 and XIII of 2018.

³¹ Peter R. Dunne and Stephen Clark, *Comparative Legal Review of Gender Recognition Laws Across the Commonwealth*, (London: Equality & Justice Alliance, 2019), p. 10.

³² Lena Holzer, Op. cit., p. 4.

บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศโดยระบุ X เพื่อสื่อถึงการเป็นบุคคลนอนไบนารีได้ในบัตรประชาชน รวมถึงหนังสือเดินทางในขณะที่ยังคงรักษาเพศเดิมในใบสูติบัตร ซึ่งหมายความว่าในการเข้ารับบริการบางอย่าง เช่น การรักษาสุขภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศใดเพศหนึ่งเป็นการเฉพาะ การเข้ารับบริการต้องเป็นไปตามเพศกำเนิดเท่านั้น โดยที่เพศ X จะไม่ถูกนำมาใช้ในเรื่องเหล่านี้ นอกจากนี้ การระบุเพศ X ในทางปฏิบัติจะพบว่ามี ความยากลำบากในการเดินทางข้ามแดนระหว่างประเทศ ซึ่งจะเห็นว่าปัญหามีได้เกิดจากการระบุตัว X ในเอกสารโดยตัวของมันเอง แต่ขึ้นอยู่กับอำนาจพิจารณาในการเข้าออกของแต่ละประเทศว่าจะกำหนดเงื่อนไขในการเดินทางเข้าสู่ประเทศของตนอย่างไร ด้วยเหตุนี้ ในประเทศมอลต้าจึงกำหนดให้ประชากรสามารถถือ Passport ได้ 2 เล่มคือ เล่มที่หนึ่งระบุเพศตามเพศกำเนิด และเล่มที่สองคือระบุว่าคุณเป็นบุคคลนอนไบนารี โดยระบุเพศ X นั่นเอง³³

กล่าวได้ว่า ปัจจุบันยังไม่มีประเทศใดที่ยกเลิกการจดทะเบียนเพศ (Gender Registration) หากแต่ยอมรับในการระบุเพศของบุคคลโดยแบ่งออกเป็นชาย (Male) หญิง (Female) และเพศสำหรับกลุ่มนอนไบนารี (Non-binary) ซึ่งบางประเทศต้องอาศัยเอกสารทางกฎหมายสำหรับการพิสูจน์เพศหรือการประกาศเจตจำนงของบุคคลนั้น ขณะเดียวกันหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่จัดเก็บข้อมูลทะเบียนราษฎรย่อมต้องมีหน้าที่เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเพศสภาพของบุคคลเหล่านี้ด้วย

9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้วางแนวทางว่า รัฐต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับรองสถานภาพทางกฎหมายให้บุคคลสามารถเปลี่ยนเพศของตนได้โดยการออกใบรับรองสูติบัตรใหม่ รวมทั้งกำหนดกระบวนการสำหรับการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ทางเพศในบัตรประชาชน ซึ่งย่อมมีผลเป็นการรับรองสถานภาพทางกฎหมายตามอัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลนั้นพึงประสงค์ และทำให้บุคคลดังกล่าวมีความสามารถในการใช้สิทธิต่าง ๆ บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศที่กฎหมายให้การรับรอง เมื่อประเทศไทยในยุคปัจจุบันมีเพียงการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของบุคคลซึ่งจำแนกตามเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ส่งผลทำให้บุคคลซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด หรือมีการแสดงออกทางเพศแตกต่างไปจากอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น หรือเป็นเพราะบุคคลนั้นมีเพศสรีระมากกว่าหนึ่งแบบ ได้กลายเป็นกลุ่มเป้าหมายจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในพื้นที่สาธารณะอย่างกว้างขวาง บทความวิจัยเรื่องนี้จึงมีข้อเสนอแนะแนวทางการตรากฎหมายเพื่อรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลในประเทศไทย ดังนี้

(1) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศของกลุ่มบุคคลข้ามเพศ (Transgender) กลุ่มบุคคลอินเทอร์เซ็ก (Intersex) และบุคคลนอนไบนารี (Non-binary) ตามหลักการแสดงเจตจำนงของบุคคล (Self-determination)

³³ Lena Holzer, *Ibid.*, pp. 22-23.

(2) หลักการสำคัญของกฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของการรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ และสิทธิในสุขภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้รับการรับรองโดยองค์การสหประชาชาติ ได้แก่

(2.1) บุคคลย่อมมีสิทธิในการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย และมีเสรีภาพในการพัฒนาตนเองให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่ตนเป็นอยู่ รวมทั้งต้องได้รับการรับรองชื่อตัว ภาพถ่าย และเพศที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนในเอกสารแสดงตน

(2.2) บุคคลทุกคนจะต้องไม่ถูกบังคับให้เข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็วิธีกรผ่าตัดแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วน รวมถึงการรักษาด้วยวิธีการใช้ฮอร์โมน หรือวิธีการรักษาทางจิตวิทยาหรือทางการแพทย์อื่นใดเพื่อเป็นเงื่อนไขในการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย

(2.3) ห้ามมิให้ทำการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศหรือใช้กระบวนการผ่าตัดในการแทรกแซงลักษณะทางเพศของเด็กอินเทอร์เซ็กจนกว่าบุคคลนั้นจะแสดงความยินยอมได้ด้วยตนเอง และหากเด็กมีความประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศ การให้ความยินยอมจะต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนโดยชอบธรรม

(2.4) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับคำปรึกษาทางด้านจิตวิทยา และได้รับการสนับสนุนเกี่ยวกับการใช้วิธีทางการแพทย์เพื่อแทรกแซงเพศสภาพโดยนักจิตวิทยาและผู้เชี่ยวชาญอย่างเหมาะสม รวมถึงการวินิจฉัยตามความจำเป็นด้วย

(2.5) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการเข้าถึงและได้รับบริการด้านสุขภาพตามมาตรฐานสูงสุด รวมถึงสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ทุกประเภท โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในระบบประกันสุขภาพ

(3) การรับรองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศควรมีเงื่อนไขและกำหนดผลในทางกฎหมาย ดังนี้

(3.1) การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมายจะต้องกระทำบนพื้นฐานของเจตจำนงของคุณ (Self-determination) โดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศในทางกฎหมาย และเรียกเอกสารได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

(3.2) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศไม่ควรกำหนดเงื่อนไขให้บุคคลต้องเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์เพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย แต่หากบุคคลใดมีความประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ด้วยวิธีการผ่าตัดหรือรักษาด้วยฮอร์โมนเพื่อเปลี่ยนแปลงเพศสภาพก็ย่อมสามารถกระทำได้ โดยการรับรองสิทธิของคุณในการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ต้องเป็นไปตามเจตจำนงของคุณนั้นอย่างเหมาะสมและปลอดภัย ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเกี่ยวกับเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากการเข้าสู่กระบวนการรักษาทางการแพทย์ทุกประเภท โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในระบบประกันสุขภาพของรัฐด้วย

(3.3) กรณีเด็กอินเทอร์เซ็ก ห้ามมิให้ทำการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศหรือใช้กระบวนการผ่าตัดในการแทรกแซงลักษณะทางเพศของเด็กจนกว่าบุคคลนั้นจะแสดงความยินยอมได้ด้วยตนเอง และหากเด็กมีความ

ประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการผ่าตัดเพื่อเลือกเพศ การให้ความยินยอมจะต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนโดยชอบธรรม

(3.4) ผลของการจดทะเบียนรับรองอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ บุคคลนั้นสามารถขอเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศและชื่อตัวในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร มีสิทธิใช้คำนำนามที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน ตลอดจนมีสิทธิและหน้าที่ตามอัตลักษณ์ทางเพศนั้น ทั้งนี้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศย่อมไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง ระบุ หรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลที่มีอยู่ก่อนการเปลี่ยนแปลงข้อมูล นอกจากนี้ ภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศไปแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิยื่นคำขอเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพศและชื่อตัวในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎรใหม่ได้โดยอาศัยคำสั่งจากศาล ทั้งนี้ด้วยความช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด และประการสุดท้ายต้องกำหนดให้ข้อมูลเกี่ยวกับเพศและชื่อตัวบุคคลในใบสูติบัตร รวมถึงข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร เป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลส่วนบุคคลและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

(4) กฎหมายรับรองอัตลักษณ์ทางเพศควรกำหนดมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติและการส่งเสริมความเสมอภาคแก่บุคคลบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางเพศ ได้แก่ การกำหนดห้ามมิให้กำหนดมาตรการหรือดำเนินการใด ๆ ที่มีผลต่อการจำกัดหรือควบคุมการใช้สิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล หรือลดทอนคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะเหตุแห่งอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเดียวในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในอัตลักษณ์ทางเพศ ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงกำหนดให้การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การแสดงออกทางเพศ และคุณลักษณะทางเพศของบุคคล เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งเพศ และให้ถือเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” รูปแบบหนึ่งตามกฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศด้วย นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ควรกำหนดให้มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน โดยหน่วยงานภาครัฐและเอกชนมีหน้าที่ต้องเตรียมความพร้อมเพื่อปฏิบัติการตามร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว เช่น การเตรียมจัดทำแบบฟอร์มต่าง ๆ รวมถึงการจัดบันทึกหรือจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลในบัตรประจำประชาชนและเอกสารทางราชการจะต้องมีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับมาตรฐานใหม่ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจะต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ด้วย

บรรณานุกรม

- ไพศาล ลิขิตปรีชากุล (ผู้แปล) (2551). *หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ*. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- อารยา สุขสม (2559). สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).
- อารยา สุขสม. (2563). *คู่มือปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองความเท่าเทียมระหว่างเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP).*
- Committee on Economic Social and Cultural Rights, Concluding observations on Germany, E/C.12/DEU/CO/5, 20 May 2011.
- Dunne, Peter R., and Clark, Stephen. (2019). *Comparative Legal Review of Gender Recognition Laws Across the Commonwealth*. London: Equality & Justice Alliance.
- Holzer, Lena. (2018). Non-Binary gender registration models in Europe report on third gender marker or no gender marker options. ILGA Europe.
- Human Rights Committee. *Concluding observations on Ireland*. CCPR/C/IRL /CO/3, 30 July 2008.
- Human Rights Council. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. A/HRC/19/41, 17 November 2011.
- International Commission of Jurists. (2009). *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 4*. Geneva: International Commission of Jurists.
- Report of the Special Rapporteur on violence against women. *its causes and consequences. Addendum: Mission to Kyrgyzstan*. A/HRC/14/22/Add.2, 28 May 2010.
- Richardson, Diane. (2000). Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights. *Critical Social Policy*, 20(1), 105-135.
- Shaman, Jeffrey. M. (2008). *Equality and Liberty in the golden age of state constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007)

The Yogyakarta Principles plus 10: *Addition principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles.* (2017)

United Nations Development Programme (UNDP) (2013). *Discussion Paper Transgender Health and Human Rights.* New York: United Nations Development Programme.

World Health Organization. (2018). ICD-11 Conditions related to sexual health (17).