# ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย
# Problems of Protecting the Rights of Prisoners of Persons with Sexual Diversity according to Thai Law

**อัสสชิ เสื้อวิจิตร, สุธี อยู่สถาพร**
**Ussachi Survijit, Suthee Usathaporn**
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University
E-mail: oakach382@gmail.com,
Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University
E-mail: suthee3711@gmail.com

รับบทความ (Received): 6 พ.ค. 2567
ปรับแก้ไข (Revised): 3 ก.ค. 2567
ตอบรับบทความ (Accepted): 3 ก.ค. 2567

## บทคัดย่อ

บทความนี้ได้เสนอการศึกษาประวัติ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ และนำไปวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรค พร้อมทั้งเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษา พบว่า กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ยังคงยึดถือตามเพศกำเนิดเป็นสำคัญ โดยไม่ได้ยึดถือตามเพศสภาพ ประกอบกับกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับ

การผ่าตัดแปลงเพศ ให้ได้สิทธิตามเพศสภาพที่เป็นอยู่ ทำให้การปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะผู้ต้องขังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่อง การค้นตัว การแยกประเภทการคุมขังที่ใช้เกณฑ์ตามเพศกำเนิด สิทธิร้องเรียนของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศที่ให้การคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงเท่านั้น และสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะคู่สมรส ซึ่งจากการศึกษาหลักการยอกยาการ์ตา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร พบว่ามีกฎหมายที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น การที่ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมทำให้เกิดการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

ด้วยเหตุนี้ จึงบทความนี้ จึงเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31(1) โดยเพิ่มคำว่า “เพศสภาพ” และแก้ไขมาตรา 47, 59 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 85 วรรคสอง และมาตรา 132(1) ในขั้นตอนการจับของพนักงานสอบสวนเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล

**คำสำคัญ: สิทธิผู้ต้องขัง, บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ**

## Abstract

This article examines the history, concepts, and theories related to the protection of the rights of LGBTQ+ prisoners under Thai law, comparing these with legal measures from other countries. The study analyzes legal issues and obstacles, and provides recommendations for amending relevant laws.

The study found that Thai laws related to the rights of LGBTQ+ prisoners still primarily adhere to gender at birth rather than gender

identity. Furthermore, there are currently no laws in Thailand that recognize the rights of individuals who have undergone gender reassignment surgery to receive rights according to their current gender identity. Consequently, the treatment of LGBTQ+ individuals as prisoners is not legally protected, leading to issues such as body searches, classification of prisoners based on gender at birth, the right to file complaints in cases of sexual harassment (which only protects women), and visitation rights for LGBTQ+ individuals as partners additionally, the study examines the Yogyakarta Principles and the laws related to the rights of LGBTQ+ prisoners in Germany and the United Kingdom. These countries have laws that recognize and protect the rights of LGBTQ+ prisoners. Therefore, the absence of laws recognizing the rights of LGBTQ+ prisoners leads to unfair treatment based on gender, constituting a violation of human rights and gender equality.

Thus, it is recommended to amend the Correctional Act B.E. 2560 (2017), Section 31(1), by adding the term "gender identity" and amending Sections 47 and 59 to include the rights of LGBTQ+ prisoners. Furthermore, it is suggested to amend the Criminal Procedure Code, Section 85, Paragraph 2, and Section 132(1) to ensure the protection of the rights of LGBTQ+ individuals during the arrest process by investigators, in accordance with universal human rights principles.

**Keywords: Prisoners' Rights, LGBTQ+ Individuals**

## บทนำ

ในปัจจุบันประเทศไทยกำหนดแบ่งแยกเพศบุคคลออกเป็นสองเพศ (Binary) คือเพศชาย (Male) และเพศหญิง (Female) และถือการแบ่งแยกเพศดังกล่าวมาเป็นบรรทัดฐานในการระบุเอกสารประจำตัวบุคคล โดยการจัดหมวดหมู่นี้เรียกว่า ระบบสองเพศ (Binary) อันเป็นการแบ่งแยกเพศตามลักษณะทางกายภาพ แต่ทว่าใน

ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์นั้นหาได้ถูกแบ่งแยกออกเป็นเพียงสองเพศดังที่กำหนดไม่ การตั้งคำถามเกี่ยวกับเรื่องเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ ในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ก่อกำเนิดขึ้นในสังคม จนทำให้นานาอารยประเทศต่างก็มีความตื่นตัวในเรื่องดังกล่าว สำหรับสังคมไทย บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกมองว่าเป็นคนวิกลจริตผิดเพศ บุคคลกลุ่มนี้ จึงมักถูกกลั่นแกล้งและนำไปสู่การตกเป็นเป้าหมายที่ถูกคุกคามทางเพศ ซ้ำร้ายยิ่งกว่าคือ การที่ถูกเพิกเฉยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมักไม่รับแจ้งความ ตลอดจนการไม่ให้ความช่วยเหลืออย่างที่ควรจะเป็นแก่บุคคลดังกล่าว ทั้งยังปรากฏรูปแบบของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) ต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่ในประเทศไทยมีจำนวนมากกว่า 4,000 คน (อายุตม์ สินธพพันธ์, 2564) และมีแนวโน้มมากกว่าขึ้นอย่างต่อเนื่อง ก็มีความเสี่ยงต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศเมื่อถูกจับกุมซึ่งจะถูกกักขังในเรือนจำอีกด้วย แม้ปัจจุบันจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยยังปราศจากการรับรองเพศสภาวะที่บุคคลกำหนดให้ตนเองนอกเหนือจากเพศชายและเพศหญิง แม้ประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่มีบทบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล และต้องปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเท่าเทียม แต่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ยังปราศจากสิทธิ และความเสมอภาคของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยบทบัญญัติยังคงจำกัดอยู่เฉพาะเพศแต่กำเนิดนั้น และไม่มีกฎหมายใดที่ให้ความคุ้มครองสิทธิความเสมอภาคของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติในส่วนของระบบงานราชทัณฑ์ที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ยังไม่มีกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางเพศ อันเป็นที่มาของการกระทำด้วยความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นทางด้านร่างกาย ชีวิต หรือจิตใจ

2. ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้มีการจำแนกประเภท

ของเรือนจำและสถานที่ภายในเรือนจำ โดยใช้เพศกำเนิด และฐานความผิดเป็นเกณฑ์การแบ่งประเภท ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์จึงปราศจากการคำนึงถึงกรณีของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ส่งผลให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องถูกกลั่นแกล้งและถูกล่วงละเมิดทางเพศ จากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในเรือนจำหรือจากผู้ต้องขังอื่น

3. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากอคติและแนวคิดในสังคมไทยที่ว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนิยมชมชอบการมีเพศสัมพันธ์ ทำให้กลุ่มผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ สุ่มเสี่ยงต่อการที่จะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากกฎหมายราชทัณฑ์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร้องเรียนของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้ จึงทำให้สิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับความคุ้มครองในประเด็นนี้

4. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่รักซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ เพราะแม้ว่าคู่รักของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจะสามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังได้ในเวลาปกติก็ตาม หากแต่ในกรณีผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเจ็บป่วย สิทธิกรณีการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย ซึ่งเป็นการเยี่ยมอย่างใกล้ชิดตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้กำหนดให้บุคคลที่สามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยได้มี 2 ประเภท คือ ผู้เข้าเยี่ยมต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้ต้องขัง หรือผู้เข้าเยี่ยมต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้ต้องขัง คือเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง หากแต่ในกรณีของคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แม้บุคคลสองคนที่มีความหลากหลายทางเพศจะใช้ชีวิตร่วมกันเช่นคู่สมรสในความเป็นจริง หากแต่สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ทำให้ไม่อาจเข้าถึงสิทธิในการเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยอย่างใกล้ชิดได้ ปัญหาดังกล่าว จึงเป็นช่องโหว่ทางกฎหมายในการคุ้มครองและเข้าถึงสิทธิของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้สิทธิดังกล่าวเสมือนคู่สมรส

ปัญหาข้างต้นจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยกำลังมองข้ามการคุ้มครองสิทธิในความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อันขัดกับหลักสากลที่ว่าด้วยความเสมอภาคและเท่าเทียมทางเพศที่นานาประเทศให้การรับรอง

## วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
4. เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## สมมติฐานการวิจัย

ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักสิทธิมนุษยชนในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลเพศที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง จึงต้องมีการศึกษา ทำความเข้าใจ เพื่อหาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

## ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาอิสระฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบ เนื้อหาของแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อเปรียบเทียบกับหลักสิทธิมนุษยชนมีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกัน เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของหลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและแนวทางแก้ไขปัญหา

## วิธีดำเนินการวิจัย

ในการจัดทำรายงานการศึกษาอิสระฉบับนี้ ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยมีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำรา กฎหมาย วิทยานิพนธ์ งานวิจัย บทความ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลจากอินเตอร์เน็ต ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) และเสนอแนวทางแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

2. ทำให้ทราบถึงการเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร

3. ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

4 ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะ แนวทางปรับปรุงแก้ไข กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## ผลการวิจัย

### 1. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน

แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือกำเนิดขึ้นมา เนื่องจากการปฏิบัติที่มนุษย์ กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ การยืนยันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะความเป็นมนุษย์ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552) เป็นรากฐานที่มาของบรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงที่รัฐล่วงละเมิดมิได้ นักวิชาการประเทศไทยได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ว่า คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครอง รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว เป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ทุกคนมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐได้กระทำการใดไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมิสามารถกระทำได้ และแม้ในปัจจุบันจะมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่ความหลากหลายทางเพศในทางกฎหมาย อันทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถที่จะแสดงเพศสภาวะและเพศวิถีของตนได้มากขึ้น โดยไม่ต้องถูกควบคุมหรือกดทับจากระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิ ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลิดรอนสิทธิและมีอุปสรรคในการดำเนินชีวิตนานัปการ โดยเฉพาะสิทธิในทางกฎหมาย กรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีลักษณะทางกายภาพอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป อาทิ บุคคลที่มีเพศสภาวะไม่สัมพันธ์กับเพศในเอกสารประจำตัวบุคคลของตน และในบางรายได้พึงใจที่จะผ่าตัด เสริม เติมแต่งร่างกาย

หรือแม้กระทั่งสมัครใจที่จะผ่าตัดให้กลายเป็นเพศตรงกันข้ามซึ่งตนปรารถนา ด้วยเหตุนี้กฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้อง จึงจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการในการคุ้มครองสิทธิเฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่เป็นชายจริงหญิงแท้ การที่รัฐใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ต้องอยู่ภายใต้หลักระบบสองเพศของรัฐ จึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีรากฐานมาจากแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ดังนี้

**(1) หลักความเสมอภาค**

มีรากฐานมาจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ประกอบกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ทำให้หลักความเสมอภาคได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ ได้ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตลอดจนรัฐธรรมนูญแห่งรัฐในหลายประเทศ และเป็นหลักสำคัญของรัฐที่เป็นประชาธิปไตย

**(2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ**

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ไว้ความว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดีมีจน สถานะของแหล่งกำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ส่งผลกระทบหรือทำให้สูญเปล่า หรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป ซึ่งการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งมวล” (กุลพล พลวัน, 2547) ซึ่งหลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการพื้นฐานของหลักความเสมอภาคตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่กำหนดให้รัฐมุ่งคุ้มครองบุคคลโดยปราศจากการแบ่งแยกเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา และอื่น ๆ โดยถือว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

**(3) หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ**

เป็นหลักที่แยกย่อยมาจากหลักความเสมอภาค ที่มองว่าผู้หญิงต้องมีความเท่าเทียมกับผู้ชาย จากบทบัญญัติรับรองความเท่าเทียมระหว่างเพศก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐต้องจัดให้มีหลักประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และจัดการอุปสรรคในการเข้าถึงสิทธิเหล่านั้น โดยความเท่าเทียมนี้ ยังรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งความเท่าเทียมไม่จำต้องเท่าเทียมทุกด้าน แต่การที่รัฐจะปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รัฐต้องคำนึงถึงความสมเหตุสมผล ความได้สัดส่วน

ทั้งนี้ ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้แก่

**(1) ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model)** คือ การใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล ตามกฎหมายในรัฐประชาธิปไตย ซึ่งดำเนินไปแต่ละขั้นตอน ต้องปฏิบัติอย่างถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสม (ประธาน วัฒนวาณิชย์, 2520) ทฤษฎีนี้ ให้ความสำคัญในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ และยึดถือกฎหมายหรือหลักนิติธรรมมากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม เป็นหลักการที่ว่ากระบวนการที่มีคุณภาพต้องเป็นกระบวนการที่ละเอียดอ่อน ซับซ้อน และสามารถที่จะแก้ไขจุดบกพร่องได้ นั่นคือ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีความเป็นธรรมในทุกขั้นตอน และจะมีอุปสรรคขัดขวางผู้ต้องหาไม่ได้ ซึ่งขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ชั้นตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล และราชทัณฑ์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและผลประโยชน์ ของประชาชน โดยมีกฎหมายที่บัญญัติกระบวนการ ตลอดจนวิธีการนำกฎหมายอันเป็นเนื้อหาสาระต้องยึดหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึง หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมาย

**(2) ทฤษฎีความยุติธรรม (Theory of Justice)** จอห์น รอลส์ เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีดังกล่าว โดยพัฒนาจากแนวคิดพันธสัญญา (Contractarian) ที่ถูกวางรากฐานปรัชญาทางการเมือง โดยฮ็อบส์ ล็อค และรุสโซ ที่นำเสนอความคิดในทางจริยธรรมเพื่ออธิบายความยุติธรรม (สมชาย อัศวพันธุ์ธนกุล, 2533) และให้ความสำคัญกับความยุติธรรมทางสังคม ความยุติธรรมของรอลส์ที่เรียกว่า โครงสร้างพื้นฐานของสังคม อธิบายไว้ หมายความว่า “สำหรับเราสิ่งที่ศึกษาเป็นอันดับแรก เกี่ยวกับความยุติธรรม คือ โครงสร้างพื้นฐานของสังคม หรือกล่าวให้ชัดเจนกว่านั้น คือ วิธีที่สถาบันหลักของ

สังคมกระจายสิทธิมูลฐานและหน้าที่ รวมถึงกำหนดการจัดแบ่งผลประโยชน์จากความร่วมมือทางสังคม” (Robert B. Talisse, 2001) ทฤษฎีความยุติธรรมจึงอยู่บนพื้นฐานความคิด เรื่องสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในการทำความเข้าใจพัฒนาการทางทฤษฎีดังกล่าวของรอลส์ ที่เกี่ยวกับอุดมคติที่เป็นจริงของความยุติธรรม (Realistic Ideal of Justice) ที่รอลส์เรียกว่า “Realistic Utopia” (John Rawls, 1999) ทฤษฎีความยุติธรรมจึงต้องพิจารณาหลักความยุติธรรมจากจุดกำเนิดของความเป็นธรรม อย่างที่เราไม่ต้องคำนึงถึงฐานะทางสังคม เศรษฐกิจของเรา ไม่คำนึงถึงชาติพันธุ์ของเรา เพศ หรือความสามารถที่ติดตัวเรามา ตลอดจนข้อเท็จจริงทางสังคมอื่น ๆ โดยประการแรกต้องให้ความสำคัญกับเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน และโอกาสที่เป็นธรรมสำหรับทุกคนในสังคม (เนื่องน้อย บุณยเนตร, 2544) ประการที่สองต้องแบ่งสันปันส่วนรายได้และความมั่งคั่งไปยังกลุ่มคนที่ยากจนให้ได้อย่างทั่วถึงที่สุด

**2. กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ**

กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญกับสิทธิทางเพศ และมีหลักการที่สำคัญที่รับรองสิทธิของบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติทางเพศ ได้แก่ หลักการยอกยาการ์ตาว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งประเทศไทยยังเป็น 1 ใน 25 ประเทศที่ออกสียงให้การสนับสนุนหลักการดังกล่าว

โดยหลักการยอกยาการ์ตามีเป้าหมายเพื่อยืนยันว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและสิทธิเสรีภาพเสมอภาคกัน มนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ เป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ สำหรับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิตามหลักการยอกยาการ์ตากำหนดให้สิทธิมนุษยชนเป็นสากล เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมเสรีภาพและความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชนมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีความโน้มเอียงทาง

เพศแบบใด และมีอัตลักษณ์ทางเพศแบบใด ย่อมมีสิทธิมนุษยชนอย่างครบถ้วนบริบูรณ์เช่นเดียวกันทุกคน สิทธิดังกล่าวจึงถือเป็นหลักการสำคัญที่ทุกรัฐต้องกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท และกฎหมายลำดับรองจะต้องวางหลักการของกฎหมายสอดรับกับสิทธิดังกล่าว เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้การใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลสัมฤทธิ์ผลอย่างครบถ้วนบริบูรณ์ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ประกอบกับแก้ไขกฎหมายใด ๆ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลอย่างครบถ้วนบริบูรณ์

สำหรับสิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติที่มีสาเหตุมาจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หมายรวมถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การยกเว้น การจำกัด หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อันมีจุดประสงค์ หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิ การมีสิทธิ การใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างบริบูรณ์ต้องหมดสิ้น หรือขาดตกบกพร่องการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศมักจะเกิดขึ้นพร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่น ๆ รวมทั้งเพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ รัฐจักต้องบรรจุหลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศลงในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่เหมาะสมหากยังไม่มีบัญญัติอยู่ก่อน รวมไปถึงการแก้ไขและตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักการดังกล่าวนี้บังเกิดผลอย่างแท้จริง และยกเลิกบทบัญญัติทางอาญาหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ห้าม หรือใช้ห้ามการมีเพศสัมพันธ์อย่างยินยอมพร้อมใจระหว่างคนเพศเดียวกัน ที่มีอายุครบตามเกณฑ์ ที่กฎหมายกำหนดอนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ และกฎหมายต้องกำหนดเกณฑ์อายุที่อนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ไว้เท่ากันสำหรับกรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกัน หรือต่างเพศ รวมทั้งการนำมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ มาใช้เพื่อห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุของความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ทั้งในภาครัฐและเอกชน ประกอบกับต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการสร้างความก้าวหน้าให้กับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศตามจำเป็น เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลดังกล่าวสามารถมีและใช้สิทธิมนุษยชนได้อย่างเสมอภาค มาตรการดังกล่าวต้องไม่ถือว่า

เป็นการเลือกปฏิบัติในการที่รัฐแก้ไขการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ รัฐควรระลึกว่าการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุดังกล่าวอาจเกิดร่วมกับ การเลือกปฏิบัติรูปแบบอื่น ๆ ตลอดจนใช้มาตรการที่เหมาะสม รวมทั้งการให้การศึกษา และการฝึกอบรม เพื่อมุ่งหวังให้เกิดผลในการจำกัดอคติ ทัศนคติ หรือพฤติกรรมเลือกปฏิบัติที่สืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่า ความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เป็นรูปแบบที่ต่ำต้อยกว่าหรือสูงกว่ารูปแบบอื่นในสังคม

นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดของสหประชาชาติ สำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ และมาตรการที่มิใช่การคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิง หรือข้อกำหนดกรุงเทพ ที่เป็นมีจุดเริ่มต้นจากประเด็นความอ่อนไหวที่เกิดจากการแตกต่างทางเพศและสหประชาชาติได้ผ่านข้อมติที่ประเทศไทยได้ผลักดันให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังหญิงในด้านความแตกต่างทางเพศ ในประการแรก สถานที่คุมขังและการแยกประเภทการคุมขัง ต้องมิวิธีการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังที่ตอบสนองต่อความต้องการเฉพาะเพศหญิง และสถานการณ์ที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังหญิง รวมถึงการแยกประเภทต้องจัดให้มีการประเมินความเสี่ยงทางเพศด้วย ประการที่สอง การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อผู้ต้องขังหญิง กำหนดให้ต้องเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีของผู้ต้องขังหญิงระหว่างที่มีการตรวจค้นตัว ผ่านกรอบการบริหารที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน เป็นอีกหนึ่งข้อกำหนดที่สามารถนำมาปรับใช้กับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนไหวจากความแตกต่างทางเพศเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิงที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิให้เท่าเทียมกัน

**สิทธิของผู้ต้องขัง**

สิทธิสำคัญที่สำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องขัง คือ สิทธิในร่างกายและสิทธิทางศีลธรรม ที่แม้จะถูกริดลอนสิทธิเสรีภาพจากการคุมขัง แต่ผู้ต้องขังก็ยังมีสิทธิที่จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยปราศจากการกระทำที่ลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่เป็นบุคคลที่การกำหนดสิทธิตามเพศสภาพให้มีความชัดเจน ย่อมเป็นการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และทำให้การปฏิบัติ

ตามสิทธิของผู้ต้องขัง ทั้งสิทธิความเป็นอยู่ สิทธิในการร้องเรียน สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิต ซึ่งสิทธิเหล่านี้ผู้ต้องขังทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม

**มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ**

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของต่างประเทศ แยกพิจารณาตามแต่ละปัญหาได้ ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศแรก ๆ ที่ริเริ่มดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการยอมรับความหลากหลายทางเพศของโลก ด้วยการกำหนดให้ประชาชนสามารถเลือกคำระบุเพศ ได้ อาทิ “คลุมเครือ” “ความหลากหลายทางเพศ” และ “ยังไม่กำหนด” ในเอกสารราชการได้ บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่า ต้องการให้ระบุเพศของตนว่า M (ชาย), F (หญิง) หรือ X (คลุมเครือ-Indeterminate/ ความหลากหลายทางเพศ-Intersex/ ยังไม่กำหนด-Unspecified) และผู้ขอเปลี่ยนเพศสภาพของตนนั้นไม่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศ หรือรับฮอร์โมนบำบัด นายดรายฟัส กล่าวว่า เมื่อประชาชนทำการร้องขอเปลี่ยนเพศในเอกสารราชการ หน่วยงานรัฐบาลใช้แต่เพียงใบรับรองจากแพทย์หรือนักจิตวิทยา และเมื่อเปลี่ยนแปลงเพศลงในเอกสารราชการแล้ว บุคคลนั้นจะได้รับสิทธิตามเพศใหม่ของตน ส่งผลให้การตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลียนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองตามเพศใหม่ กล่าวคือ บุคคลที่เปลี่ยนแปลงเพศเป็นชาย จะได้รับการตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ชาย ในขณะที่บุคคลที่เปลี่ยนแปลงเพศเป็นหญิง จะได้รับการตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่หญิง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษา พบว่า มีกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศชื่อว่า Das Transsexuellengesetz 1980 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการรับรองสถานะของบุคคลผู้ผ่าตัดแปลงเพศจนครบถ้วน ย่อมทำให้ผู้นั้นมีสิทธิตามเพศใหม่ทุกประการ และไม่ทำให้สูญเสียสิทธิความเป็นทายาท บุพการีตามเพศเดิมของตนปรากฏตามความในมาตรา 5 และมาตรา 10 ของ

Das Transsexuellengesetz 1980 ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 2000 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 (2) แก้ไขการรับรองสิทธิโดยวางหลักว่า ให้ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิงหรือผู้แปลงเพศ พึงได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การรับรองตามรัฐธรรมนูญและตาม Das Transsexuellengesetz 1980 ส่งผลให้ในการตรวจค้นผู้ต้องขังของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งปรากฏหลักเกณฑ์ตาม The Prison Act 1976 มาตรา 84 ที่กำหนดแนวทาง ไว้ว่า กรณีผู้ต้องขังเป็นเพศชายและเป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ต้องโทษจำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศชายเท่านั้นเป็นผู้ตรวจค้น ส่วนกรณีผู้ต้องขังเป็นหญิงและได้รับคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น ในส่วนการตรวจค้นร่างกายด้วยการเปลื้องผ้า จะต้องได้รับอนุญาตเป็นกรณีเฉพาะ เมื่อผู้ต้องขังเป็นชายให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นเป็นเพศชายเท่านั้น เมื่อค้นตัวผู้ต้องขังหญิงให้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงเท่านั้นเป็นผู้ค้น การตรวจค้นต้องเป็นส่วนตัวโดยไม่มีนักโทษคนอื่น ๆ อยู่ด้วย ในกรณีของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนรับรองสถานะตาม Das Transsexuellengesetz 1980 แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นตามเพศใหม่ของตน

สหราชอาณาจักร จากการศึกษา พบว่า The Gender Recognition Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว ตามความในมาตรา 20 ได้วางหลักให้ผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อย่างสมบูรณ์ สามารถใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิในทางศาลให้ได้รับความคุ้มครองตามเพศใหม่ เห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้มีการรับรองสถานะของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนแล้วให้ได้รับความคุ้มครองไปถึงสถานะในการเป็นผู้ต้องขังด้วย และสามารถอ้างอิงสิทธิตามเพศใหม่ ในการตรวจค้นตัวของเรือนจำได้ โดยหลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังของสหราชอาณาจักร ปรากฏอยู่ใน Prison Rule 1999 ข้อ 41 ซึ่งวางหลักให้ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องได้รับการตรวจค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ในส่วนแรกรับตัวผู้ต้องขังและหากในเวลาต่อมา จะตรวจค้นเมื่อผู้บัญชาการเห็นว่ามีความจำเป็น หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะมีคำสั่งโดยตรงก็ได้ ผู้ต้องขังจะได้รับการตรวจค้นตัวที่เหมาะสมกับลักษณะที่เป็น และต้องมีความสอดคล้อง เพื่อให้พบสิ่งที่ผู้ต้องขังปกปิด

โดยผู้ต้องขังทุกคนจะถูกตรวจค้นตัวโดยการเปลื้องผ้า ก็ต่อเมื่อต้องการค้นสิ่งที่ปกปิดไว้ และการค้นนั้นต้องค้นในที่มิดชิดปราศจากสายตาของผู้ต้องขังอื่นหรือคนอื่น ๆ รวมทั้งปราศจากสายตาของผู้ที่มีเพศตรงกันข้ามกับตน

(2) ปัญหาการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นไปตามกฎหมายชื่อว่า Das Transexllengesetz (TSG 1980) โดยให้ถือว่าการรับรองสถานะการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ให้สิทธิของบุคคลนั้นเป็นไปตามเพศใหม่ที่ปรากฏ ส่งผลให้การค้น ขัง จับ หรือดำเนินคดีใด ๆ กับผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลย ก็ต้องปฏิบัติตามเพศใหม่ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขังด้วยเช่นกัน

สหราชอาณาจักร มีกฎหมาย The Gender Recognition Act 2004 ข้อ 20 รับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอ ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมาย กรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กระทำความผิด ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิที่จะได้รับปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรือนจำ และสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการการแยกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย

(3) ปัญหาในการล่วงละเมิดทางเพศผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษา พบว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a มีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดแจ้ง ตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ตามความในมาตรา 3 (2) ไว้ว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง

หรือผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์" ผู้ต้องขังทุกคนรวมถึงผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ ตลอดทั้งกรณีของผู้ต้องขังที่แปลงเพศ และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศแล้วย่อมมีสิทธิร้องเรียนตามเพศใหม่ที่กฎหมายรับรอง

(4) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่ชีวิตของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

สาธารณรัฐเยอรมนี มีการออกกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศที่มีชื่อว่า Das Transsexllengesetz 1980 ผู้ต้องขังซึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะผู้ต้องขังตามเพศใหม่ และยอมรับสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน ผ่านการตรากฎหมาย ที่มีชื่อว่า The Life Partnership Act of 2001 มาตรา 1(1) และมาตรา 5 ซึ่งได้มีหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเสมือนการสมรสของคู่รักต่างเพศชายหญิงที่กำหนดให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ และมีหน้าที่ในการดูแลซึ่งกันและกัน ทั้งกฎหมายราชทัณฑ์ได้กำหนดสิทธิของผู้ต้องขังไว้ใน Strafvollzugsrecht 1977 ให้ผู้ต้องขังถูกกระทบกระเทือนสิทธิ อันเนื่องมาจากการบังคับโทษนั้นให้น้อยที่สุด อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน และมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุคคลภายนอกเรือนจำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งได้รับการส่งเสริมให้ติดต่อกับบุคคลที่อยู่นอกเรือนจำเท่าที่จะกระทำได้ นอกจากนี้ผู้ต้องขังและคู่สมรสหรือหุ้นส่วนชีวิตที่มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่ทางเรือนจำกำหนด มีสิทธิที่จะได้รับการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ด้วย

สหราชอาณาจักร ได้ตรากฎหมาย ซึ่งมีชื่อว่า Civil Partnership 2004 เป็นกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นคู่รักเพศเดียวกันสามารถที่จะเป็นหุ้นส่วนทางแพ่งได้ ประกอบกับได้มีการออกกฎหมายรับรองตามพระราชบัญญัติที่มีชื่อว่า The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ให้สิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสชายหญิงใน มาตรา 11 ที่ระบุว่า การสมรสนั้นให้หมายความรวมถึงการสมรสเพศเดียวกันด้วย ทั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับราชทัณฑ์ ใน Prison Rule 1999 ได้ให้สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขัง เป็นการวางหลักเกณฑ์การติดต่อกับบุคคลและการได้รับการเข้าเยี่ยมได้ สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ นอกจากจะได้รับสิทธิการ

เข้าเยี่ยมโดยทั่วไปแล้ว ยังได้รับสิทธิเช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสชายหญิงทุกประการ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าเยี่ยมที่เปิดโอกาสให้มีความอิสระในการพูดคุยใกล้ชิดและมีเพศสัมพันธ์กันได้

## อภิปรายผลการวิจัยและสรุปผลการวิจัย

การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จากบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นปรากฏว่า มีปัญหาและข้อขัดข้องหลายประการ

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังในเรือนจำนั้นได้สร้างความอับอายให้แก่ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเฉพาะกรณีที่ผ่าตัดแปลงเพศ หรือผ่าตัดเสริมหน้าอกแล้ว แต่ยังคงต้องถูกตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเพศชาย เนื่องจากกฎหมายไม่ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะทำให้ต้องยึดหลักในการตรวจค้นตัวตามเพศกำเนิดของบุคคลเป็นสำคัญ ส่งผลให้ในบางกรณีผู้ต้องขังอาจถูกลวนลามหรือได้รับคำดูถูกเหยียดหยามจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้น หรือจากผู้ต้องขังอื่น ตลอดจนบุคคลอื่นที่พบเห็นการตรวจค้นดังกล่าว อีกทั้ง การค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา 85 วรรคสอง และมาตรา 132 (1) วรรคสอง ยังไม่ระบุถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยจากการศึกษาหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหราชอาณาจักรแล้ว พบว่า ต่างมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่กฎหมายไทยยังขาดบทบัญญัติที่แสดงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ทำให้กฎหมายไทยมีสถานะด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ที่ด้อยกว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศ ดังนั้น การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่เป็นมาตรการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีความสำคัญ การใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องพยายามรักษาความสมดุลระหว่าง

อำนาจของรัฐตามหลักการในทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม เนื่องจากหากรัฐคำนึงถึงความคล่องตัวในการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำเกินไป โดยเพิกเฉยต่อการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าต้องมีลักษณะเฉพาะจากหลักทั่วไป ด้วยมองว่า การใช้หลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่แตกต่างออกไปจะทำให้การปฏิบัติงานเกิดยุ่งยากและซับซ้อน ก่อให้เกิดความล่าช้า

(2) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ปัจจุบันการจัดประเภทผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ ได้มีการดำเนินการป้องกันไม่ให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน ทั้งนี้ได้แบ่งออกเป็น 7 ประเภท คือ (1) ผู้ต้องขังหญิง (2) ผู้ต้องขังที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษเป็นครั้งแรก (3) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดอนาจาร (4) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย (5) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์ (6) ผู้ต้องขังที่ศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย และ (7) ผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ได้ระบุมาแล้ว

จากเกณฑ์ดังกล่าวเห็นได้ว่ากฎหมายไทยใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของความผิดอายุ และเพศเป็นเกณฑ์การจัดประเภทของผู้ต้องขัง การแยกประเภทผู้ต้องขังโดยใช้เพศเป็นเกณฑ์ ส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากในการแยกประเภทดังกล่าว ยึดตามเพศกำเนิดของบุคคลเท่านั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงถูกแยกประเภทตามเพศกำเนิดโดยไม่ได้คำนึงถึงเพศสภาพที่ปรากฏ เพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการแยกประเภทผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่อย่างใด และกฎหมายไทยก็ไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการแปลงเพศแต่อย่างใด ในขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร มีกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีการจดทะเบียนตาม Das Transsexuellengesetz 1980 มาตรา 5 ให้สิทธิของบุคคลนั้นเป็นไปตามเพศใหม่ที่ปรากฏ ส่งผลการดำเนินการแยกประเภทการคุมขังต้องเป็นไปตามเพศใหม่ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขังด้วย สำหรับสหราชอาณาจักร มีกฎหมาย The Gender

Recognition Act 2004 ข้อ 20 รับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอ ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมาย กรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กระทำความผิดไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิที่จะได้รับปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรือนจำ และสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการการแยกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนีและสหราชอาณาจักร ต่างก็มีกฎหมายรับรองสิทธิทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์การจำแนกผู้ต้องขังตามเพศใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ทำให้ตามกฎหมายไทยนั้น ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จะต้องถูกจัดให้อยู่รวมกับผู้ต้องขังอื่นตามเพศกำเนิดของตน ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อการถูกทำร้ายร่างกายและล่วงละเมิดทางเพศเป็นอย่างมาก ในประเด็นนี้ กฎหมายไทยจึงมีกฎหมายบัญญัติ ให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ด้อยกว่ากฎหมายของประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ

(3) ปัญหาผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ

การไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความคุ้มครอง และมีสิทธิร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดได้เช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง ทั้งที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความแตกต่างในสาระสำคัญทางร่างกายที่ก่อให้เกิดโอกาสเสี่ยงสูง ที่จะถูกล่วงละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และจากผู้ต้องขังด้วยกัน สะท้อนให้เห็นว่า สังคมไทยยังคงมีช่องว่างของความรู้ในเรื่องคติทางเพศอีกมากมายที่ทับซ้อนอยู่กับความเชื่อขนบธรรมเนียม และประเพณีของคนในสังคม ส่งผลให้ทัศนคติทางเพศ ยังคงเป็นไปในรูปแบบเดิม โดยมิได้คำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะสิทธิในการร้องเรียนกรณีที่ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลวงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หรือเกิดจากผู้ต้องขังด้วยกัน รัฐต้องตระหนักว่าบุคคลทุกคนซึ่งเป็นพลเมือง

ของรัฐ พึงต้องได้รับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกัน แม้บุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะผู้ต้องขังก็ตาม

ในประเด็นดังกล่าว จากการศึกษา พบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a ได้มีการบัญญัติความผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ตามความในมาตรา 3(2) ไว้ว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือผู้แปลงเพศจึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์” ดังนั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว และผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศตามบทบัญญัติกฎหมาย Das Transsexllengesetz ย่อมได้รับการคุ้มครองตามเพศใหม่ที่จดทะเบียน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้ให้การรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ทั้งกฎหมายราชทัณฑ์ของไทยก็ไม่มีการกล่าวถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้แต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือใช้ฮอร์โมน หรือตกแต่งส่วนใดของร่างกายให้มีสภาพแตกต่างไปจากเพศกำเนิดของตน ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศใหม่ให้ตรงกับเพศสภาพปัจจุบัน นอกจากจะส่งผลต่อการแยกประเภทผู้ต้องขังในเรือนจำแล้ว ยังส่งผลกระทบเป็นปัญหาและอุปสรรคในการร้องเรียนในกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศอีกด้วย เนื่องจากตามกฎหมายราชทัณฑ์ไทยนั้น กำหนดให้เฉพาะผู้ต้องขังหญิงซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะผู้ที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดดังกล่าวเท่านั้น ที่ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมและต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ดังนั้น หากเป็นผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ทำให้สถานะการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย มีสถานะที่ด้อยกว่ากฎหมายหมายของประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ

(4) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในประเด็นปัญหานี้ พบว่า สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังในฐานะคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่มีปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดสิทธิในการเยี่ยมไว้ตามความในมาตรา 60 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ต้องขังพึงได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับบุคคลภายนอกตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ บุคคลภายนอกซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเรือนจำ เพื่อกิจธุระ เยี่ยมผู้ต้องขัง หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่น จะต้องปฏิบัติตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ที่ประกาศไว้โดยเปิดเผย ทั้งตามความในมาตรา 61 ยังกำหนดให้เรือนจำจัดสถานที่ให้ผู้ต้องขังได้พบและปรึกษากับทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัวได้ตามที่กำหนดในระเบียบกรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นระเบียบที่ผู้บัญชาการเรือนจำต่าง ๆ ได้วางไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการเยี่ยมญาติและติดต่อของบุคคลภายนอกต่อผู้ต้องขัง ขณะที่ผู้ต้องขังของสหราชอาณาจักร หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่รักซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรสตามกฎหมาย The Marriage (Same Sex Couple) Act 2013 โดยอาจจะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ประเทศไทยไม่ปรากฏการรับรองสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ได้วางหลักไว้ว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ ...” จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การสมรสกระทำได้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดให้การสมรสมีผลต่อเมื่อได้จดทะเบียนการสมรส จึงจะเกิดสิทธิและหน้าที่ในฐานะคู่สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองความสัมพันธ์ฉันคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ทำให้กฎหมายอื่น ๆ ที่อ้างอิงสิทธิของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิของคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามไปด้วย ซึ่งในส่วนของกฎหมายราชทัณฑ์ก็เช่นเดียวกัน ปัจจุบันยังไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิ

ในการเข้าเยี่ยมของคู่รักผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้คู่รักของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ได้รับโอกาสให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างใกล้ชิด ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงไม่ได้รับสิทธิเท่าเทียมกับผู้ต้องขังที่มีเพศสภาพตรงกับเพศกำเนิดที่คู่สมรสสามารถเข้าเยี่ยมโดยใกล้ชิด เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเครียด และกระตุ้นให้ผู้ต้องขังประพฤติตนให้ดี กลับตัวกลับใจ จะได้พ้นโทษและกลับไปอยู่กับคนรักโดยเร็ว จึงกล่าวได้ว่า เมื่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้สิทธิดังกล่าว ย่อมส่งผลต่อความเครียดและโอกาสในการกลับใจเป็นคนดีของสังคม อันเป็นเป้าหมายสูงสุดของงานราชทัณฑ์ไปอย่างน่าเสียดาย ในขณะที่ประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรส โดยอาจจะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ดังนั้น สถานะกฎหมายไทยในประเด็นการคุ้มครองสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงด้อยกว่าทั้งสองประเทศดังกล่าว

## ข้อเสนอแนะการวิจัย

ปัจจุบันมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ยังขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองสิทธิในเพศสภาพของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้โดยตรง ส่งผลการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่มีการรับรอง หรือคุ้มครองสิทธิ และไม่สามารถให้หลักประกันแก่ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ จึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

(1) ปัญหาการค้นตัวผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เห็นควรแก้ไขกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ 2479 ในข้อ 36 จากเดิมเป็น “...นอกเหนือจากเพศหญิงหรือ

ชาย หากสภาพทางเพศเปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าในทางกายภาพหรือทางจิตใจให้มีการค้นผู้ต้องขังโดยใช้บุคคลที่ค้นให้เหมาะสมกับสภาพทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปของบุคคลนั้น ๆ” และเห็นควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงหรือค้นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ต้องให้เจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้นั้นเป็นผู้ค้น” และมาตรา 132 (1) วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิงหรือเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้จัดเจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่น ซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้นั้นเป็นผู้ตรวจ...”

(2) ปัญหาการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในข้อที่ 40 ของกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ดังนี้ “ภายใต้บังคับมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์พุทธศักราช 2479 ให้แบ่งประเภทของผู้ต้องขัง ดังต่อไปนี้

(2) ผู้ต้องขังที่ผ่านการแปลงเพศเป็นหญิง หรือผู้ต้องขังซึ่งได้มีการผ่าตัดเสริมหน้าอก ซึ่งทำให้สภาพร่างกายแตกต่างในสาระสำคัญจากเพศชาย...”

และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31 การจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำ ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนด โดยอาศัยเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ...เพศสภาพของผู้ต้องขัง

(3) ปัญหาการผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ

เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 47 จากเดิมเป็นมาตรา 47 “ผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของเรือนจำ และการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังด้วยกันได้ โดยให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันที รวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับ และได้รับการไต่สวนชี้ขาดโดยพนักงานอัยการทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง หากผู้ต้องขังซึ่งเป็นหญิงและตั้งครรภ์ให้นำบทบัญญัติมาตรา 59 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 59 จากเดิมเป็น

มาตรา 59 “ผู้ต้องขังหญิงโดยเฉพาะผู้ต้องขังหญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ และผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้น ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสม และต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

(4) ปัญหาการเข้าเยี่ยมโดยคู่รักของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

แก้ไขข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 เรื่อง กำหนดความสะดวกและประโยชน์บางประการสำหรับผู้ต้องขัง ตามข้อ ค. ที่กำหนดให้ผู้ต้องขังในทัณฑสถานเปิดให้ได้รับความสะดวกและประโยชน์ และได้รับการเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิดในสถานที่ที่ทางทัณฑสถานเปิด เป็น ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณา เพื่อให้สิทธิแก่คู่รักของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้สามารถใช้สิทธิในการเข้าเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิด และเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขัง และการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 25 บุคคลต่อไปนี้เท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย (6) คู่รักของผู้ต้องขังป่วยซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## องค์ความรู้ใหม่และการนำไปใช้

### 1. องค์ความรู้ใหม่ที่ค้นพบจากการวิจัย

องค์ความรู้ใหม่ที่ได้รับจากการวิจัยในเรื่องสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็น

กฎหมายแม่บทที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและรัฐ สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของบุคคล องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่สิทธิในการกำหนดเรื่อง “เพศ” ยังคงอยู่ในกรอบความคิดเดิม คือ ระบบสองเพศ ทั้งที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งประเทศที่ให้การยอมรับในความหลากหลายทางเพศ จึงส่งผลให้กฎหมายลำดับรองอื่น ๆ รวมถึงระบบงานราชทัณฑ์ที่ยังไม่ได้มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าที่ควร

**2. การนำผลการวิจัยไปใช้ประโยชน์**

เนื่องด้วยผลการวิจัยเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบงานราชทัณฑ์ โดยการเพิ่มคำว่า “เพศสภาพ” เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศก็ยังคงต้องมีการศึกษาสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือสิทธิในการร้องเรียนของผู้ต้องขังที่ถูกล่วงละเมิดแล้วว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ร้องเรียนได้สะดวก และได้รับการคุ้มครองแก่ตัวผู้ต้องขังเพียงใด รวมถึงสิทธิที่ต้องได้รับการดูแลรักษาทั้งทางร่างกายและจิตใจ เพื่อไม่ให้มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะผู้ต้องขังก็ตาม อีกทั้ง เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการบังคับโทษทางอาญา

## เอกสารอ้างอิง

กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก.* สำนักพิมพ์นิติธรรม.

เนื่องน้อย บุณยเนตร. (2544). *จริยศาสตร์ตะวันตก ค้านท์ มิ้ลล์ ฮอบส์ รอลส์ ซาร์ทร์.* สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความมนุษย์.* สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2520). ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม. *วารสารนิติศาสตร์*, *9*(2), 142-171.

สมชาย อัศวพันธุ์ธนกุล. (2533). *ความคิดเรื่องความเท่าเทียมในทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอลส์,"* [วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย]. ฐานข้อมูลงานวิจัย (Thailis).

องค์การสหประชาชาตินิวยอร์กและเจนีวา. (2005). *สิทธิมนุษยชนและงานราชทัณฑ์: มาตรฐานสากลด้านสิทธิมนุษยชน สำหรับเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ฉบับพกพา.* http://lms.nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F08962.pdf

อายุตม์ สินธพพันธ์. (2564). *กรมราชทัณฑ์ ร่วมมือ UNDP เพื่อพัฒนาการดูแลผู้ต้องขังข้ามเพศให้ได้มาตรฐานสากล*. https://www.sdgmove.com/2021/05/02/department-of-corrections-and-undp-improve-treatement-transgender-inmates/

John Rawls. (1999). *The Law of Peoples.* Harvard University Press.

Robert B. Talisse. (2001). *On Rawls: A liberal Theory of Justice and Justification*. Wadsworth.