



ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ  
ตามกฎหมายไทย

อัสสชิ เสือวิจิตร

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2566

**PROBLEMS OF PROTECTING THE RIGHTS OF PRISONERS OF PERSONS  
WITH SEXUAL DIVERSITY ACCORDING TO THAI LAW**

**USSACHI SURVIJIT**

**A THEMATIC PAPER SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE  
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW  
DEPARTMENT OF LAW, PRIDI BANOMYONG FACULTY OF LAW  
DHURAKIJ PUNDIT UNIVERSITY  
ACADEMIC YEAR 2023**



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ  
ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560  
เสนอโดย อัสสชิ เสือวิจิตร  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุธี อยู่สถาพร  
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว

  
..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)

  
..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุธี อยู่สถาพร)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)  
วันที่ 25 เดือน มิถุนายน พ.ศ. 2564

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย
ชื่อผู้เขียน	อัสนธิ เสือวิจิตร
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุธี อยู่สถาพร
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

### บทคัดย่อ

สารนิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่างๆ พร้อมทั้งข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

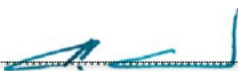
จากการศึกษา พบปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย ในปัญหาการค้นตัวผู้ต้องขังที่กฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้แต่อย่างใด ปัญหาการแยกประเภทการคุมขังที่ปัจจุบันใช้เกณฑ์ในเรื่อง อายุ เพศ และความผิดเป็นเกณฑ์ในการจัดประเภทผู้ต้องขัง ซึ่งในการจัดประเภทที่ได้ใช้เพศเป็นเกณฑ์ กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามเพศกำเนิดเท่านั้น ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องเพศสภาพหรือคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้แต่อย่างใด ปัญหาสิทธิร้องเรียนจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยผู้ต้องขังด้วยกันของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มุ่งคุ้มครองสิทธิจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ และให้สิทธิในการได้รับคำปรึกษาแนะนำทางการแพทย์เฉพาะเพศหญิงเท่านั้น หาได้ครอบคลุมถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเข้าเยี่ยมคู่ชีวิตของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ปัจจุบันพระราชบัญญัติราชทัณฑ์และกฎหมายลำดับรองให้สิทธิในการเข้าเยี่ยมเป็นกรณีพิเศษไว้เฉพาะบุคคลที่มีสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือผู้ที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายเป็นสำคัญ ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการคุ้มครองในการเข้าเยี่ยมเช่นคู่สมรสทั่วไป

จากการศึกษาหลักการยกยกยार्คตาว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ และข้อกำหนดของสหประชาชาติ สำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ ที่เป็นมาตรการที่ใช้กับการคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิงเท่านั้น อันเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนไหวจากความแตกต่างทางเพศที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองให้มีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงนำมาปรับใช้เทียบเคียงให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการคุ้มครองสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลทุกคน รวมถึงนำหลักกฎหมายสากล และหลักการของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ เครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร มาเป็นต้นแบบในการสร้างหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังนั้น จึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31(1) โดยเพิ่มคำว่า “เพศสภาพ” มาตรา 47 มาตรา 59 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ และแก้ไขกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง

รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง และมาตรา 132 (1) ในขั้นตอนการจับของพนักงานสอบสวนเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทยให้ได้รับการรับรองตามหลักสิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลทัดเทียมกับอารยประเทศต่อไป

**คำสำคัญ:** สิทธิผู้ต้องขัง, บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

---



thematic paper title	PROBLEMS OF PROTECTING THE RIGHTS OF PRISONERS OF PERSONS WITH SEXUAL DIVERSITY ACCORDING TO THAI LAW
author	ussachi survijit
thematic paper advisor	assistant professor dr.suthee usathaporn
program	master of laws
academic year	2023

### **abstract**

this thesis aims to study the history, concepts, and theories regarding the protection of the rights of incarcerated individuals with diverse sexual orientations under thai law, comparing them with legal measures from other countries. the objective is to analyse legal problems and obstacles, along with proposing recommendations for improving and amending relevant laws.

from the study, it is found that there is a problem in protecting the rights of diverse sexual orientations under thai law. currently, there is no law in thailand that specifically protects individuals with diverse sexual orientations. the categorization of detainees currently relies on criteria such as age, gender, and offence, with gender being the criterion for categorization that only protects rights based on biological sex at birth. there are no criteria or considerations for the rights of individuals with diverse sexual orientations. complaints arise from sexual misconduct by detainees with diverse sexual orientations, which the penal code, b.e. 2560 aims to protect against. this law aims to protect against sexual misconduct by officials and provides the right to receive medical advice and consultation exclusively for female detainees. however, it does not cover the rights of individuals with diverse sexual orientations or the protection of their rights in visiting their detained partners, as the current law and regulations only grant visitation rights in exceptional cases, such as for blood relatives or legally registered spouses. this lack of protection means that individuals with diverse sexual orientations, such as spouses, are generally not afforded visitation rights.

from studying the principles of the yogyakarta principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, and the provisions of the united nations for the treatment of women prisoners in correctional facilities, which are measures applied to female prisoners, a group particularly vulnerable to gender-based differences deserving recognition and equal protection of rights, it is proposed to apply similar protections to diverse gender identities as with all individuals. thus, international legal principles and principles from various countries such as australia, the federal republic of germany, and the united kingdom are used as models to establish criteria for protecting the rights of diverse gender individuals who are prisoners. therefore, it is recommended to amend the penal code, b.e. 2560, sections 31(1), by adding the term "gender identity" to sections 47 and 59 to cover the rights of diverse gender prisoners, and to amend related ministerial regulations, including the regulations on criminal procedure,

sections 85, paragraph two, and sections 132(1), in the process of arrest by investigative officers to ensure the protection of the rights of diverse gender individuals in thailand in accordance with internationally recognized human rights principles equivalent to those of future international standards.

**keywords:** prisoners' rights, lgbtq+ individuals

---



## กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ นับตั้งแต่ได้เริ่มศึกษาค้นคว้าข้อมูลจนกระทั่งสำเร็จ ผู้ศึกษาต้องกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุธี อยู่สถาพร ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นอย่างสูงรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้ศึกษา โดยได้กรุณาให้คำปรึกษา ให้ข้อคิด ให้คำแนะนำและแนวทางแก้ไขอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้ศึกษา ทำให้ผู้ศึกษาสามารถค้นพบแนวทางในการศึกษาเพื่อการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้จนกระทั่งการจัดทำสารนิพนธ์สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบสารนิพนธ์ของผู้ศึกษา ทั้งยังได้ให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการปรับปรุงข้อบกพร่องเพื่อให้ผู้ศึกษานำไปใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขสารนิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณบิดาของผู้ศึกษา ที่ให้การเลี้ยงดู สง่เสีย และสนับสนุนผู้ศึกษามาเป็นอย่างดีโดยตลอด และมารดาของผู้ศึกษา ผู้ให้โอกาสทางการศึกษา และเป็นต้นแบบความสำเร็จในสายงานด้านกฎหมายแก่ผู้ศึกษา

ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่าสารนิพนธ์ฉบับนี้จะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยได้ไม่มากนักน้อย ผู้ศึกษาขอมอบคุณงามความดีของสารนิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ บทความทุกท่านที่ผู้ศึกษาได้ใช้อย่างองในการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อผิดพลาดในส่วนใดผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

อัสนธิ เสือวิจิตร



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ฅ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. ประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง.....	8
ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	
2.1 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคล.....	8
ที่มีความหลากหลายทางเพศ	
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	11
2.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ...	19
2.4 กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิผู้ต้องขังของบุคคล.....	22
ที่มีความหลากหลายทางเพศ	
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ....	34
3.1 มาตรการทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลาย	34
ทางเพศ	
3.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล.....	48
ที่มีความหลากหลายทางเพศ	
3.3 ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ...	63
ของไทยกับต่างประเทศ	

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ... ตามกฎหมายไทย	68
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	68
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง..... ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ	70
4.3 ปัญหาในการล่วงละเมิดทางเพศผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ....	71
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคล..... ที่มีความหลากหลายทางเพศ	72
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	74
5.1 บทสรุป.....	74
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	76
บรรณานุกรม.....	80
ประวัติผู้เขียน.....	84

## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เพื่อประโยชน์ในการปกครองของรัฐ ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก กำหนดแบ่งแยกเพศบุคคลออกเป็นสองเพศ (Binary) คือเพศชาย (Male) และเพศหญิง (Female) และถือการแบ่งแยกเพศดังกล่าวมาเป็นบรรทัดฐานในการระบุเอกสารประจำตัวบุคคล ซึ่งการจัดหมวดหมู่มนุษย์เป็น 2 ประเภท คือ เพศหญิงและเพศชาย หรือที่เรียกว่า ระบบสองเพศ (Binary) นี้ รัฐได้กำหนดให้ระบุเพศของบุคคลไว้ในเอกสารประจำตัว อาทิ สูติบัตร ทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน หนังสือเดินทาง เป็นต้น

ถึงแม้ว่ารัฐจะได้จัดแบ่งบุคคลออกเป็นสองเพศตามลักษณะทางกายภาพ ทว่าในความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์นั้นหาได้ถูกแบ่งแยกออกเป็นเพียงสองเพศดังที่รัฐกำหนดไม่ การตั้งคำถามเกี่ยวกับเรื่องเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศในการดำเนินชีวิตของมนุษย์เป็นหนึ่งในปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในทุกรัฐทั่วโลก ทำให้สังคมต้องมีการทบทวนถึงแนวความคิดต่าง ๆ ซึ่งเคยยอมรับกันว่าเป็นความถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรทัดฐานของกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็เช่นเดียวกัน โดยประเด็นดังกล่าวได้ปรากฏความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศขึ้นนับแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ดังจะเห็นได้จากการที่หลายประเทศบัญญัติกฎหมายยอมรับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนจำนวนของประเทศที่มีกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้อย่างชัดเจน ก็ค่อย ๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวสามารถเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็นกรณีการตรวจค้น กักขังหรือคุมขัง รวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์สำหรับผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

เหตุผลสำคัญในการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ยุคที่กฎหมายยอมรับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนี้ ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่มาจากเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นในอดีต โดยตัวอย่างที่สำคัญ ได้แก่เหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1994 กรณี Farmer ซึ่งเป็นผู้หญิงข้ามเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้กระทำความผิดและถูกส่งไปคุมขังยังสถานดัดสันดานแตรโอด์ ในมลรัฐอินเดียนา ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเรือนจำดังกล่าวได้คุมขังผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศร่วมกับนักโทษชาย อันเป็นการคุมขังตามเพศกำเนิด การคุมขังดังกล่าวส่งผลให้ผู้เสียหายถูกย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงด้วยการถูกข่มขืนซ้ำแล้วซ้ำเล่าจากนักโทษชายที่อยู่ในเรือนจำเดียวกัน จนในที่สุดผู้เสียหายติดเชื้อ HIV และต้องทนทุกข์ทรมานตลอดชีวิต Farmer จึงเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดี ขึ้นสู่ศาลเนื่องจากโจทก์ ในคดีนี้เชื่อว่า

ผู้บริหารเรือนจำควรจะรู้ว่าการคุมขังตามเพศกำเนิดทำให้โจทก์ซึ่งเป็นหญิงข้ามเพศได้รับความเสี่ยงในการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ในคดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า เจ้าหน้าที่เรือนจำมีความผิด เนื่องด้วยมีพฤติการณ์ที่มีลักษณะเป็น “การเพิกเฉยโดยเจตนา” อันทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อนักโทษ เพราะเจ้าหน้าที่เรือนจำมีหน้าที่ต้องป้องกันดูแลความรุนแรงที่จะเกิดกับผู้ต้องขังทั้งหมดในเรือนจำ<sup>1</sup> ซึ่งผลจากคำพิพากษาดังกล่าว ส่งผลให้ในปี ค.ศ. 2003 ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ออกเป็นพระราชบัญญัติที่มีชื่อว่า Prison Rape Elimination Act (PREA) เพื่อแก้ไขปัญหาและรับรองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มิให้ถูกผู้ต้องขังอื่นล่วงละเมิดทางเพศ โดยจัดหาสถานที่คุมขังที่เหมาะสมและปลอดภัย การตื่นตัวในเรื่องสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้ส่งผลให้การเลือกปฏิบัติด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นประเด็นที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระดับสากล และพัฒนาการด้านสิทธิในหลายปีที่ผ่านมาทำให้เกิดความสนใจมากขึ้นทั่วโลก ในการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อาทิ หญิงรักหญิง ชายรักชาย คนรักสองเพศ และคนข้ามเพศ หรือที่เรียกว่า LGBTQI+<sup>2</sup> (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer, Intersex) ทั้งนี้ นานาอารยประเทศต่างก็มีความตื่นตัวในเรื่องดังกล่าว

สำหรับสังคมไทย สังคมที่เต็มไปด้วยความเชื่อที่ว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นคนที่วิกลจริตผิดเพศ บุคคลกลุ่มนี้จึงมักถูกกลั่นแกล้งและนำไปสู่การตกเป็นเป้าหมายที่ถูกคุกคามทางเพศ ซ้ำร้ายยิ่งกว่าคือการที่ถูกเพิกเฉยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมักไม่รับแจ้งความ ตลอดจนการไม่ให้ความช่วยเหลืออย่างที่ควรจะเป็นแก่บุคคลดังกล่าว อีกทั้งได้ปรากฏรูปแบบของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) ต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น ก่อปรกับสถานการณ์หนึ่งที่ทำให้บุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยเสี่ยงต่อการถูกข่มขืน เมื่อถูกจับกุมซึ่งจะถูกกักขังในเรือนจำ แม้กระทั่งสำหรับนักโทษชาย เนื่องจากมีบางกรณีที่ผู้ต้องขังชายได้ผ่านการแปลงเพศมาแล้ว ด้วยเหตุนี้ทำให้ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาประเทศไทยจึงมีความพยายามและริเริ่มที่จะให้ความสำคัญต่อสิทธิด้านวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลภายใต้กฎหมาย ซึ่งปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2558 ที่ได้วางหลักการสำคัญที่ส่งทอดและสืบสานเจตนารมณ์การคุ้มครองสิทธิจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ไว้อย่างกว้างขวางเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า หัวใจสำคัญค่านึงถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กล่าวคือ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

<sup>1</sup> Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994)

<sup>2</sup> กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในภาษาอังกฤษย่อว่า LGBTQI+ ซึ่งเป็นตัวอักษรตัวแรกของคำว่า lesbian (เลสเบี้ยนหรือหญิงรักหญิง), gay (เกย์หรือชายรักชาย), bisexual (ไบเซ็กชวลหรือคนที่รักทั้งสองเพศ), transgender/transsexual (ทรานเจนเดอร์หรือคนข้ามเพศ), Queer (ควีเออร์หรือบุคคลที่มีความรักโดยไร้กฎเกณฑ์ทางเพศ), Intersex (อินเตอร์เซ็กส์หรือบุคคลที่มีอวัยวะเพศกำกวม), + (พลัส แสดงถึงการเปิดรับการเพิ่มประเภทของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมาแล้ว) (ผู้ศึกษา)

เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเพศสภาพจะกระทำมิได้<sup>3</sup> โดยมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่าในร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีคำว่า “เพศสภาพ” ปรากฏขึ้นมาเป็นครั้งแรก อันเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นว่ารัฐถือว่าบุคคลเสมอกันภายใต้กฎหมายหากแต่สิ่งที่ไม่เท่ากันก็คือโอกาสและอุปสรรคในการใช้ชีวิต ซึ่งรัฐต้องส่งเสริม จึงเป็นเหตุให้มีบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมารองรับ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2558 จึงเป็นตัวบทกฎหมาย ที่ได้ขยายโอกาสเพื่อเปิดพื้นที่และยอมรับการมีอยู่จริงของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ปรากฏอย่างชัดแจ้งในสิทธิทางมหาชนตามกฎหมายและสิทธิในทางแพ่งก็เป็นสิทธิประชาชนอีกประการหนึ่งที่หลายฝ่ายในสังคมกำลังพยายามเรียกร้องให้มีการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในแง่มุมต่าง ๆ โดยเฉพาะจากเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีความพยายามที่จะร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญให้คุ้มครองความเท่าเทียมของบุคคลโดยมีบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเพศสภาพ แต่ในขั้นสุดท้ายของการตราบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ก็ได้มีการเปลี่ยนคำว่า “เพศสภาพ” เป็นคำว่า “เพศ” ไปอย่างน่าเสียดาย

นักวิชาการและสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของภาครัฐ ภาคเอกชน และรวมถึงภาคประชาชน ในการผลักดันให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลกลุ่มนี้ความพยายาม ส่วนหนึ่งได้ประสบความสำเร็จแล้ว เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 หากแต่ยังคงมีความพยายามอื่น ๆ ที่ยังคงประสบกับอุปสรรคและความท้าทายอีกมากมาย หากเมื่อมองดูอย่างผิวเผินจะเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยได้มีการรับรองสถานะของบุคคลตามเพศกำเนิดเป็นอย่างดี แต่กลับปราศจากการรับรองเพศสภาพที่บุคคล “กำหนดให้ตนเอง” นอกเหนือจากเพศชายและเพศหญิง แม้ประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่มีบทบัญญัติที่สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามรับรองสิทธิของบุคคลสัญชาติไทยทุกคน แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ยังไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก และที่สำคัญยังปรากฏว่า มีความขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายระดับรองมากมาย เป็นเหตุให้การบังคับใช้บทบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปได้ยาก ความขัดแย้งกันเองส่วนหนึ่งนั้นเกิดจากบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพิ่งจะถูกบัญญัติขึ้น ในขณะที่บทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองลงมาได้รับการบัญญัติขึ้นและถูกบังคับใช้มาเป็นเวลานาน ก่อนที่จะมีการตระหนักถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ด้วยเหตุที่กฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมมิได้คำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมาตั้งแต่แรก เป็นผลให้ความพยายามที่จะคุ้มครองและรับรองสิทธิพลเมืองซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามรัฐธรรมนูญไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริง เพราะในทางปฏิบัติ

<sup>3</sup> ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2558, มาตรา 34

ยังคงใช้หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายในลำดับรอง ด้วยเหตุนี้การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในประเทศไทยจึงยังมีอยู่อย่างจำกัด และปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดที่ให้ความคุ้มครองความเสมอภาคต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เหตุเพราะอคติที่เรื้อรังของคนในสังคม และการขาดความเข้าใจของสังคมไทยต่อวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลือกปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง สืบเนื่องมาจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นกลไกที่มีความสำคัญซึ่งรัฐใช้เป็นเครื่องมือเชิงอำนาจในการควบคุมสังคมแบบเป็นทางการให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ทั้งยังเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลทุกเพศอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หากไม่แล้วย่อมเป็นการที่กฎหมายลำดับรองขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท ความเป็นจริงตัวบทกฎหมายที่ปรากฏในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ยังคงปรากฏปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะในส่วนของปลายน้ำของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างระบบงานราชทัณฑ์ ซึ่งอาจสรุปเป็นประเด็นปัญหาสำคัญได้ดังนี้

ปัญหาประการแรก คือ ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางเพศอันเป็นที่มาของการกระทำด้วยความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นทางด้านร่างกาย ชีวิต หรือจิตใจเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจึงต้องประสบกับความยุ่งยากในการจำแนกเพศว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง นำไปสู่การปฏิบัติที่อาจเป็นการละเมิดต่อความเป็นตัวตนของบุคคลนั้นได้โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ต้องขังซึ่งมีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีแนวโน้มในการปฏิบัติตัวเป็นแบบผู้หญิง ในกรณีเช่นนี้หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้นเป็นชายย่อมไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด เพราะยังคงถือว่าในทางกฎหมายบุคคลที่ถูกตรวจค้นมีเพศเป็นชาย สิ่งที่เกิดขึ้นจึงมีลักษณะย้อนแย้งกับภาพลักษณ์ของประเทศไทย ที่เป็นยอมรับในสังคมโลกในเรื่องของการผ่าตัดแปลงเพศและการยอมรับความมีตัวตนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หากแต่กฎหมายไทยกลับไม่มีบทบัญญัติที่รับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวเอาไว้เลย

ปัญหาประการที่สองคือ ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขัง ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้มีการจำแนกประเภทของเรือนจำและสถานที่ภายในเรือนจำออกเป็น 7 ประเภท<sup>4</sup> โดยใช้เพศกำเนิด และฐานความผิดเป็นเกณฑ์การแบ่งประเภท ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์จึงปราศจากการคำนึงถึงกรณีของผู้ต้องขังซึ่งเป็น

<sup>4</sup> กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479, ข้อ 40.

บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ส่งผลให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องถูกกลั่นแกล้งและถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในเรือนจำหรือจากผู้ต้องขังอื่น อันเป็นการกระทำที่โหดร้ายและการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างรุนแรง

ปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งถือเป็นความเลวร้ายของการใช้ชีวิตอยู่ภายในเรือนจำของผู้ต้องขังที่นอกจากจะไม่มีกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นร่างกาย และการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เสี่ยงต่อการถูกกระทำด้วยความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ เพราะผู้คนส่วนใหญ่ต่างมีมโนคติว่าผู้ต้องขังกลุ่มนี้จะต้องขึ้นชอปปการมีเพศสัมพันธ์ จึงไม่จำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอันเป็นการตอกย้ำให้เห็นถึงความเลวร้ายภายใต้อคติในเรื่องเพศอย่างร้ายแรง โดยสะท้อนออกมาเป็นกฎหมายที่ได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั่นเอง

ปัญหาประการที่สี่คือ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ตลอดจนกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ต่างก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เพราะแม้ว่าคู่ชีวิตจะสามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังได้ในเวลาปกติก็ตาม หากแต่ในกรณีผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศล้มป่วยลง สิทธิกรณีการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยซึ่งเป็นการเยี่ยมอย่างใกล้ชิดตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนด ให้บุคคลที่สามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยได้มี 2 ประเภท คือ ผู้เข้าเยี่ยมต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้ต้องขังหรือผู้เข้าเยี่ยมต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้ต้องขัง คือเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง หากแต่ในกรณีของคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แม้บุคคลสองคนที่มีความหลากหลายทางเพศจะใช้ชีวิตร่วมกันเฉกเช่นคู่สมรสในความเป็นจริง หากแต่สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ทำให้ไม่อาจเข้าถึงสิทธิในการเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยอย่างใกล้ชิดได้ ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นช่องโหว่ทางกฎหมายในการคุ้มครองและเข้าถึงสิทธิของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้สิทธิดังกล่าวเสมือนคู่สมรส

ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกวิถีทางในการดำเนินชีวิตและการแสดงออกในอัตลักษณ์ด้านเพศของตนโดยปราศจากอคติ และการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทั้งปวง ซึ่งขณะนี้ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่กำลังประสบปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยการใช้วิธีการเหมินเฉยโดยอาศัยกระบวนการนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ประกอบกับในความเป็นจริงยังไม่มีความหมายลำดับรองที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิบุคคลเหล่านี้เมื่อต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างเป็นรูปธรรม ปัญหาข้างต้นจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่า ประเทศไทยกำลังมองข้ามการคุ้มครองสิทธิใน

ความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอันเป็นการย้อนแย้งกับหลักสากลที่ว่าด้วยความเสมอภาคและเท่าเทียมทางเพศที่นานาประเทศให้การรับรอง

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษา โดยได้ทำสารนิพนธ์เพื่อจะได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น เพื่อจะได้นำไปใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.2.4 เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## 1.3 สมมติฐานการศึกษา

ปัญหาการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ปัญหาเกี่ยวกับการแยกประเภทการคุมขัง ผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลงละเมิดทางเพศ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักสิทธิมนุษยชนในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลเพศที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง จึงต้องมีการศึกษา ทำความเข้าใจ เพื่อหาแนวทางป้องกัน และแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้เป็นระดับนี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบ เนื้อหาของแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อเปรียบเทียบกับหลักสิทธิมนุษยชนมีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกัน เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของหลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นกับผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และแนวทางแก้ไขปัญหา



## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการจัดทำรายงานการศึกษาอิสระฉบับนี้ ได้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยวิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ งานวิจัย บทความ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) และเสนอแนวทางแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา

1.6.1 ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงการเปรียบเทียบมาตรฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร

1.6.3 ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

1.6.4 ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะ แนวทางปรับปรุงแก้ไข กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## บทที่ 2

# ประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในบทที่ 2 ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

### 2.1 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ประวัติศาสตร์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ปรากฏขึ้นเมื่อสมัยกรุงศรีอยุธยาตามหลักฐานต่าง ๆ ทั้งประกอบกับกฎหมายเถียรบาล ในมาตรา 124 สมัยพระเจ้าอยู่หัวได้กำหนดความผิดในกรณีของหญิงรักร่วมเพศไว้ อย่างชัดเจนว่า “อนึ่งสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกัน ทำดูชายเป็นชู้เมียกันให้ลงโทษด้วยลวดหนัง 50 ที สักคอประจานรอบพระราชวังที่หนึ่ง ให้เอาเป็นชาวสตึงที่หนึ่ง ให้แก่พระเจ้าลูกหลานเธอ” อธิบายได้ว่าการออกกฎหมายนั้น เป็นการห้ามมิให้นางสนมและนางกำนัลหญิงมีพฤติกรรมรักร่วมเพศเดียวกัน โดยหากฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ ด้วยแส้หนังและสักคอประจาน ทั้งในวรรณคดีไทยยังมีการกล่าวถึงพฤติกรรมเช่นนี้ ในสมุทรโฆษคำฉันท์ของสุนทรภู่ตอนที่พระโพเทพารักษ์อุ้มพระสมุทรโฆษเข้าไปทางยอดปราสาท และพบเห็นนางสนมกำนัลจำนวนมากล้วนแต่เป็นธิดาของกษัตริย์นอน หลับในท่าเอาหน้าอกกายเกยกันนอนแนบร่างกับหญิงคนรัก โอบกอดเอวกัน แนบแก้ม ซึ่งเป็นการบรรยายพฤติกรรมตามสายตาของพระโพเทพารักษ์

<sup>5</sup> รวมทั้งในภาพจิตรกรรมฝาผนังอายุ 100 กว่าปีที่วัดคงคาราม จังหวัดราชบุรี ซึ่งจิตรกรรมฝาผนังดังกล่าว เป็นภาพที่ผู้หญิงสองคนถูกจับใส่กระเช้าแขวนประจาน เป็นการกระทำความผิดในโทษฐานที่มีพฤติกรรมการเล่นเพื่อน<sup>6</sup> ประกอบกับเมื่อพิจารณาในส่วนของพฤติกรรมชายรักชาย ซึ่งปรากฏหลักฐานตามพระราชพงศาวดารกรุงรัตนโกสินทร์ฉบับเจ้าพระยาทิพากรวงศ์ รัชกาลที่ 3 ได้กล่าวถึงพฤติกรรมรักร่วมเพศของกรมหลวงรักษัรณเดชะ เสนาบดีผู้ใหญ่ไว้ว่า เป็นผู้รักสองเพศแต่นิยมชายมากกว่าเพราะ

<sup>5</sup> ชลดา เรื่องรักษ์ลิขิต, *รักร่วมเพศในงานของสุนทรภู่สุนทรภู่อาลักษณ์นักเลงทำเพลงยาว* (สำนักพิมพ์สถาพรบุ๊คส์ 2557) 50-53.

<sup>6</sup> โรม บุนนาค, ‘เล่นเพื่อน ในราชสำนักสยาม คลุมโปงกันปลายพระบาทเจ้านาย’

ไม่ยุ่งเกี่ยวกับภรรยาอีกเลยตั้งแต่คลุกคลีกับนายละครที่เป็นผู้ชาย<sup>7</sup> ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 สถานะทางกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศปรากฏชัดยิ่งขึ้น เนื่องจากไทยได้รับอิทธิพลมาจากตะวันตกโดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดโทษสำหรับข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นอันมิใช่ภรรยาของตนและผู้กระทำผิดมนุษย์ให้มีโทษจำคุกสูงสุดถึง 10 ปี อันเป็นการนำเอาแนวความคิดทางศาสนาคริสต์ของตะวันตกเข้ามาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย<sup>8</sup> ในช่วงของการปฏิรูประบบกฎหมายไทยให้ทันสมัยแบบตะวันตก

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังพบว่า ในพระไอยการลักษณะพยานของกฎหมายตราสามดวง ได้กล่าวถึงคนที่ในกรณีปกติแล้วไม่ควรให้เป็นพยานในศาลจำนวน 33 จำพวก สองจำพวกในนั้น คือ “กระเทย” และ “บันเตาะ” (เขียนตามต้นฉบับ) แสดงว่า กระเทยกับบันเตาะ<sup>9</sup> เป็นคนละพวกกัน แล้วต่างกันอย่างไรร คำสองคำนี้มีที่มาต่างกัน ในพระไอยการลักษณะพยานยังระบุอีกว่า ไม่ให้กระเทยและบันเตาะ<sup>9</sup> เป็นพยานในศาล ซึ่งมาจากคติความเชื่อว่า คนที่จะเป็นพยานได้ต้องไม่ใช่คนบาป แต่ในทางพุทธศาสนา ดังเช่นที่กล่าวไว้ในไตรภูมิพระร่วง ว่าคนที่เกิดเป็นกระเทยเนื่องจากผลกรรมที่ทำไว้ในชาติก่อนๆ คือ เป็นชายที่ผิดเมียผู้อื่น หลังจากไปตกนรกปีนต้นไม้แล้ว ยังต้องไปเกิดเป็นกระเทยอีก 1000 ชาติ จึงจะพ้นกรรม ดังนั้นจึงถือว่า เป็นผู้ไม่บริสุทธิ์และไม่ควรเชื่อถือ<sup>10</sup>

ในสมัยรัชกาลที่ 5 บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติให้ “ผู้ใดชำเรา ผิดธรรมตามนุษย์ด้วยชายก็ดีหญิงก็ดีหรือชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไป จนถึง 3 ปี และให้ปรับตั้งแต่ 50 บาทขึ้นไป จนถึง 500 บาทด้วยอีกโสดหนึ่งฯ”<sup>11</sup> จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันในสมัยนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายที่ต้องได้รับโทษ แต่ลดโทษลงเหลือจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนจนถึง 3 ปี ในปีพุทธศักราช 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยแบบมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในช่วงเวลานี้เองที่แนวคิดเกี่ยวกับ “วัฒนธรรมของชาติ” เริ่มแพร่หลายและมีอิทธิพลต่อวิถีคิดของสังคมมาจนถึงปัจจุบัน แนวความคิดเรื่องเพศสภาพแบบดั้งเดิมถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดระเบียบสังคม และเกิดการนิยามว่าหญิงและชายไทยควรมีพฤติกรรมที่จะแสดงออกทางเพศวิถีของตนอย่างไร แต่มิได้บังคับโดยใช้เป็นบทบัญญัติ ของกฎหมาย จนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ขึ้นแทน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.

<sup>7</sup> รวี ดาวัน, ‘หม่อมไกรสร นักเลงเล่นเพศ’

<[http://www.madmenwriter.com/No20/bthkhwam\\_phises.html](http://www.madmenwriter.com/No20/bthkhwam_phises.html)> สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2566.

<sup>8</sup> ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, ‘สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543) 41.

<sup>9</sup> บันเตาะ หมายถึง คนที่กำเนิดมาเมื่อวัยะเพศทั้งสองเพศ หรือที่เรียกว่า บุคคลเพศก้ำกวม (Intersex) ขณะที่ กระเทย หมายถึง บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด (ผู้ศึกษา).

<sup>10</sup> Vicharn Panich, ‘สนุกกับภาษาไทย – ภาษาอัชฌาไศรย 31 ชายคาภาษาไทย (10)’

<<https://www.gotoknow.org/posts/151017>> สืบค้นเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2566.

<sup>11</sup> กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, มาตรา 242

127 บทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ผิดธรรมชาติ มนุษย์ก็ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่แต่อย่างใด อันเป็นผลให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันไม่เป็นความผิดอีกต่อไป ระบบกฎหมายของไทยจึงอยู่ในลักษณะของการไม่เอาผิดต่อเพศวิถีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อย่างไรก็ตาม แม้สังคมไทยจะให้การยอมรับถึงการมีอยู่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมมากขึ้น แต่พบว่าการดำรงอยู่ของบุคคลกลุ่มนี้ยังอยู่ในพื้นที่จำกัดและไม่เป็นทางการ ซึ่งสวนทางกับพื้นที่ในสังคมที่เปิดโอกาสให้บุคคลกลุ่มนี้ได้แสดงความสามารถต่าง ๆ มากขึ้น หากแต่กิจกรรมที่มีอยู่ภายใต้อำนาจของสถาบันรัฐ และการให้ความชอบธรรมด้วยระบบกฎหมายยังไม่เปิดรับหรือยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าที่ควรจะเป็น

สืบเนื่องจากการยกเลิกระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญฉบับแรก ชุมชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศค่อย ๆ ก่อตัวขึ้น และสามารถพบเห็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีบทบาทในทางสังคมเพิ่มขึ้น ความเคลื่อนไหวที่สำคัญต่อการผลักดันให้เกิดการยอมรับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงเริ่มปรากฏ แม้จะมีอุปสรรคหลายประการแต่การเคลื่อนไหวสิทธิ ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็มีความพยายามมากมายที่เกิดผลสำเร็จ ในช่วงที่ผ่านมาแม้มิได้เป็นการผลักดันในด้านกฎหมายอย่างเป็นทางการแต่ความเคลื่อนไหวดังกล่าว ส่งผลต่อสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในทางสังคม

กระทั่งเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2545 กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขได้ออกหนังสือ ที่ สธ.0605/375 ระบุว่า บุคคลรักเพศเดียวกันมิให้ถือว่าเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิตหรือป่วยเป็นโรคแต่อย่างใด โดยอ้างถึงองค์การอนามัยโลก(WHO) และตามบัญชีจำแนกโรคระหว่างประเทศ ICD-10 ฉบับแก้ไขครั้งที่ 1 ไทย-อังกฤษ เล่มที่ 1 ก<sup>12</sup> ซึ่งได้เอาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคนรักเพศเดียวกันออกจากกลุ่มคนที่มีความผิดปกติทางจิต ต่อมา เมื่อวันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2554 ศาลปกครองกลางได้มีคำพิพากษาให้กระทรวงกลาโหม เพิกถอนคำว่าเป็นโรคจิตถาวรในใบรับรองผลการตรวจที่เลือกทหารกองเกิน (สด.43) ใบสำคัญสำหรับคนจำพวกที่ 4 (สด.5) และใบสำคัญให้รับราชการทหาร (สด. 9) ของบุคคลที่ยังไม่ผ่าตัดแปลงเพศ แต่มีการเสริมหน้าอกเนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่าการที่คณะกรรมการตรวจเลือกทหารกองเกินอาศัยเพียงข้อเท็จจริงกับสภาพร่างกาย และบุคลิกดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีที่เป็นผู้ที่มีภาวะทางเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด ซึ่งไม่ได้สัมพันธ์กับอาการของผู้ป่วยทางจิตตามความหมายทางวิชาการเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริง และยังทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องได้รับความอับอาย สูญเสียความภาคภูมิใจในคุณค่าของตนเองที่มีต่อครอบครัวและสังคม<sup>13</sup>

การดำเนินการดังกล่าวเป็นผลให้กระทรวงกลาโหมแก้ข้อความในพระราชบัญญัติราชการทหาร พ.ศ. 2497 ให้เป็นภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดแทน เพื่อแสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่อาจ

<sup>12</sup> สะพาน: กลุ่มสร้างสื่อทางเลือกเพื่อความเข้าใจเรื่องคนรักเพศเดียวกัน, 'การรักเพศเดียวกันกับบัญชีจำแนกโรคระหว่างประเทศ' <<http://www.sapaan.org/article/39.html>> สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2566.

<sup>13</sup> คม ชัด ลึก, 'ศาลสั่ง กห.ถอนคำโรคจิตถาวร' <<http://www.komchadluek.net/detail/20110913/108992/>> ศาลสั่ง กห. ถอนคำโรคจิตถาวร .html> สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2566.

เข้ารับราชการทหารได้ตามที่กฎหมายกำหนด<sup>14</sup> ในปี พ.ศ. 2550 ระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญองค์กรเครือข่ายความหลากหลายทางเพศและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ในขณะนั้นให้เพิ่มคำว่า “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” โดยเสนอให้มาตรา 30 วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายหญิงและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ต้องมีความเท่าเทียมกัน”<sup>15</sup> แต่ในท้ายที่สุดก็มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำอันมีความหมายเฉพาะเจาะจงถึง บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไว้ ใน รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่ก็เป็นที่ยอมรับว่า บทบัญญัติมาตรา 30 มีเจตนาที่จะสร้างความเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างกัน โดยอธิบายคำว่า “เพศ” ให้หมายความรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเพศสภาพ หรือความหลากหลายทางเพศต่างจากเพศที่ผู้นั้น ถือกำเนิดด้วย ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติเพิ่มเติมเอาไว้<sup>16</sup> และเป็นที่ยอมรับกันว่าบทบัญญัติเรื่องความเสมอภาคในมาตรา 30 ได้กลายเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง ที่ถูกนำมาอ้างอิงในการผลักดันเพื่อการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

### 2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ถือกำเนิดขึ้นมาเนื่องจากการปฏิบัติที่มนุษย์ กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ การยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็น การยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะความเป็นมนุษย์<sup>17</sup> สิทธิในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนสากล โดยมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Right 1948)<sup>18</sup> ได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้และเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงสามารถกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์เป็นรากฐานที่มาของบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ปวงที่รัฐล่วงละเมิดมิได้ ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” ในทางกฎหมายนั้น W. Maihofer และ R. F. Behrendt นักกฎหมายเยอรมันมองว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกชนให้กว้าง

<sup>14</sup> สมาคมสตรีข้ามเพศแห่งประเทศไทย, ‘ขอแสดงความยินดีเรื่อง สด.43’

<<http://www.thaitranssexual.org/news-36/ขอแสดงความยินดีเรื่องสด.43.html>> สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2566.

<sup>15</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสมาคมฟ้าสีรุ้ง, *สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ* (ศรีเมืองการพิมพ์ 2550) 125-128.

<sup>16</sup> คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและการตรวจรายงาน การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550* (สำนักงานกรรมการ3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2550) 22-23.

<sup>17</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552) 85.

<sup>18</sup> สุจิต บุญบงการ, ‘ความชัดเจนในสิทธิและเสรีภาพ: คำนึงกับการพัฒนาประชาธิปไตย’ วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 2, 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2543) 24.

ที่สุด เท่าที่จะทำได้ รวมทั้งใช้ประโยชน์จากปริมาณดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ ตลอดทั้งปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดียิ่งขึ้นโดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้ ในส่วนของนักกฎหมายและนักวิชาการไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ว่า คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญคุ้มครอง รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัว เป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่า ดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วยคุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม ทุกคนมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐได้กระทำการใดไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมิสามารถกระทำได้

### 2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน

สิทธิและเสรีภาพพัฒนามาจากการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ต่อมาได้มีการตีความสิทธิและเสรีภาพข้างต้น อันเป็นความพยายามที่จะทำให้การเคารพปกป้องต่อสิทธิและเสรีภาพเกิดขึ้นจริงเท่าที่จะเป็นไปได้ในสังคมด้วยเหตุนี้ สิทธิจึงเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรองรับให้แก่ บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นการกระทำบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน ส่วนความหมายของคำว่า เสรีภาพ หมายถึง สภาวะการณ์ของมนุษย์ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยว ชัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำการที่บุคคลนั้นไม่ประสงค์ที่จะกระทำ ในปัจจุบันมีการใช้คำว่าสิทธิและเสรีภาพคละกันไปรวมทั้งเรียกบรรดาสิทธิ และเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงมีว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งหมายถึง บรรดาสิทธิ และเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองจากกฎหมาย และบรรดาสิทธิเสรีภาพที่ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย หากแต่เป็นสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต อย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ด้วย<sup>19</sup> จากความหมายของคำว่า สิทธิและเสรีภาพ ข้างต้น จึงเป็นส่วนหนึ่งของภาพรวมที่เรียกว่า สิทธิมนุษยชน อันประกอบไปด้วยบรรดาสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงมีมาพร้อมกับการเกิดมาเป็นมนุษย์ และเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นเพศชาย เพศหญิงหรือจะเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ย่อมได้รับการคุ้มครองและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของตน ตามหลักสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน

<sup>19</sup> สมบัติ เดียวอิสเรต, คำบรรยายวิชาสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม ใน รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 59 ปีการศึกษา 2549 เล่ม 9 (สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา 2549) 330.

### 2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

แม้จะมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในทางกฎหมาย อันทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถที่จะแสดงเพศสภาวะและเพศวิถีของตนได้มากขึ้น โดยไม่ต้องถูกควบคุมหรือกดทับจากระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิ ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกกลั่นแกล้งและมีการเลือกปฏิบัติในชีวิตประจำวัน โดยเฉพาะสิทธิในทางกฎหมาย กรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีลักษณะทางกายภาพอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป อาทิ บุคคลที่มีเพศสภาวะไม่สัมพันธ์กับเพศในเอกสารประจำตัวบุคคลของตน และในบางรายได้พึงใจที่จะผ่าตัด เสริม เต็มแต่งร่างกาย หรือแม้กระทั่งสมัครใจที่จะผ่าตัดให้กลายเป็นเพศตรงกันข้ามซึ่งตนปรารถนา ด้วยเหตุนี้กฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องจึงจำเป็นต้องดำเนินการกระบวนการในการคุ้มครองสิทธิเฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่เป็นชายจริงหญิงแท้ การที่รัฐใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ต้องอยู่ภายใต้หลักระบบสองเพศของรัฐ จึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีรากฐานมาจากแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ดังนี้

#### (1) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีรากฐานมาจากสำนักแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตั้งแต่กำเนิด แนวคิดนี้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือต่อต้านระบบชนชั้นทางสังคม และจำกัดอำนาจของรัฐเพื่อมิให้ใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชน จะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับคุณค่าและสิทธิของปัจเจกชน อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ในมุมมองของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law) ได้มองหลักความเสมอภาคว่า เป็นส่วนหนึ่งในหลักสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และควรได้รับการพิจารณาในมุมมองทางกฎหมาย มิใช่แต่เพียงในขอบเขตทางปรัชญาอย่างเดียว อันเป็นผลมาจากการประนีประนอม ผสมผสานทางความคิด ระหว่างสำนักกฎหมายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งจะเห็นได้ว่า เป็นการแปรสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย การรับรองและคุ้มครองความเสมอภาค ได้รับการยอมรับในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าหลักกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ และมักถูกอ้างอิงควบคู่ไปกับการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ในสังคมประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้เองหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาค จึงได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางมาโดยตลอดและปรากฏในรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับของนานาประเทศ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอย่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของหลายประเทศทั่วโลก อนึ่งแม้จะมีการกล่าวอ้างหลักความเสมอภาคอย่างแพร่หลาย แต่กลับไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายอย่างชัดเจนจนกระทั่งได้มีการจัดทำกฎบัตรสหประชาชาติขึ้น โดยมีสาระสำคัญความว่า “กฎบัตรสหประชาชาติ

ได้ยืนยันความเชื่อมั่นว่า มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ไม่ว่าจะมีความแตกต่างกันอย่างไร ต่างก็มีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน” ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า รัฐสมาชิกมีหน้าที่ที่ต้องยึดถือและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค เพื่อเป็นพื้นฐานในการดำเนินความร่วมมือระหว่างประเทศและบรรลุความมุ่งหมายของสหประชาชาติ ต่อมาหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตลอดจนรัฐธรรมนูญแห่งรัฐในหลายประเทศ อาจกล่าวได้ว่า หลักเสมอภาคเป็นหลักสำคัญของรัฐที่มีความเป็นประชาธิปไตย เพราะการนำหลักความเสมอภาค มาบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมาย ย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐอย่างชัดเจน ที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายต่อประชาชนโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงกลายเป็นหลักสำคัญที่นำมาใช้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมถึงเพื่อใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทั้งทางฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ การที่รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมาย ของประชาชนอย่างเท่าเทียมกันนี้เรียกว่า “ความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย (Equality Before the Law)”<sup>20</sup> หลักความเสมอภาคสามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนและมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกชน โดยถือว่า หลักความเสมอภาคนั้นเป็นพื้นฐานของความยุติธรรมทั้งปวง และถูกใช้เป็นข้อห้ามเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ สาระสำคัญของหลักความเสมอภาคนั้น มีความมุ่งหมายเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญ ให้เกิดความแตกต่างตามอำเภอใจ และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเป็นเงื่อนไข หรือขอบเขตของการบังคับใช้ที่แตกต่างไปจากหลักความเสมอภาคทั่วไป เช่น ความเสมอภาคในการเลือกตั้งและความเสมอภาคระหว่างเพศ เป็นต้น ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นถือได้ว่า หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกเรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และทุก ๆ คนย่อมสามารถอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง อาจถูกจำกัดไว้สำหรับใช้เฉพาะเรื่องหรือกลุ่มบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองเท่านั้น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเป็นหลักกฎหมายพิเศษ จึงย่อมนำมาปรับใช้ก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้อง นำมาพิจารณาตามหลักของความเสมอภาคทั่วไปซ้ำอีก

## (2) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีรากฐานมาจากสำนักแนวคิด กฎหมายธรรมชาติที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นการปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคจึงก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น อันจะทำให้ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างมี

<sup>20</sup> ปิ่นบุญญา ล้ามะนา, ‘ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน: ศึกษากรณีคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2555) 27–28.



ความสุข กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับและกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ จึงได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองและคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยการอาศัยเหตุทั้งปวง ตัวอย่างเช่น ความแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา วัฒนธรรม หรืออื่น ๆ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights) ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” ไว้ความว่า “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการลำเอียง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือที่มาในสังคม ความยากดีมีจน สถานะของแหล่งกำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ส่งผลกระทบต่อทำให้สูญเปล่า หรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไปซึ่งการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด”<sup>21</sup> ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา หรือความผิดปกติทางร่างกายบางประการ ความแตกต่าง เหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิหรือการใช้สิทธิของบุคคล ทำให้ไม่ได้รับสิทธิหรือไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลในสภาวะปกติจะพึงมีหรือได้รับ การที่รัฐปฏิบัติต่อทุกคนเหมือนกันตามกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นมาได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงอาจปฏิบัติต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างออกไปได้ ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่กฎหมายได้ให้อำนาจเอาไว้ เช่น การจัดให้มีสวัสดิการสังคมเป็นพิเศษแก่กลุ่มคนพิการ การให้ทุนการศึกษาแก่เด็กด้อยโอกาส เป็นต้น การปฏิบัติเช่นนี้ก็เพื่อส่งเสริมให้กลุ่ม บุคคลเหล่านี้สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายของตนได้อย่างเต็มที่เช่นเดียวกับคนปกติ และเป็นที่ยอมรับกันว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันเช่นนี้ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นมีความแตกต่างในสาระสำคัญจากบุคคลทั่วไป ประกอบกับการปฏิบัตินั้นเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล สมสัดส่วน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันจึงมีอาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเสมอไป สำหรับศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights--ECtHR) ได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับคำจำกัดความของการกระทำที่ถือว่า เป็นการเลือกปฏิบัติของรัฐสมาชิกในสภายุโรป (The Council of Europe) เอาไว้ และต่อมาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้นำแนวบรรทัดฐานนี้ ไปใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคำร้องเรียนของเอกชนว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ซึ่งการเลือกปฏิบัติที่จะเข้าข่ายเป็นการละเมิด สิทธิมนุษยชนจะต้องเข้าเงื่อนไข ดังต่อไปนี้<sup>22</sup> เงื่อนไขประการแรก ข้อเท็จจริงเห็นเป็นประจักษ์ชัดแจ้งว่ามีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เงื่อนไขประการที่สอง ความแตกต่างนั้นไม่มีเป้าหมายใด ๆ เช่น ไม่มีวัตถุประสงค์ที่สามารถกล่าวอ้างความชอบธรรมต่อการที่ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ เงื่อนไขประการสุดท้าย ความแตกต่างนั้นต้องไม่มีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างเป้าหมายที่ต้องการกับวิธีที่ใช้ นอกจากนี้ ยังต้องระวังมิให้เกิด “การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม” ซึ่งเป็นหลักปฏิบัติสากลอีกอย่างหนึ่ง โดยสามารถ

<sup>21</sup> กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2547) 381-382.

<sup>22</sup> วิชัย ศรีรัตน์, สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2546) 11.

สรุปสาระสำคัญได้ 2 ประการ ดังนี้ ประการแรก แม้ว่า การปฏิบัติ การวางนโยบาย การออกมาตรการ หรือ การวางแผนงานและการทำระเบียบข้อบังคับออกใช้เสมอภาคกันหมดทุกคน ไม่กีดกันใคร ไม่มีการเลือกปฏิบัติกับใคร ใช้มาตรฐานเดียวกันหมด แต่ถ้าผลของปฏิบัติการณ์ทำให้เกิดการเสียโอกาสอย่างไม่เป็นธรรม ก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแล้ว เรียกหลักนี้ว่า “Indirect Discrimination” หรือ “Disparate Impact” กล่าวคือ แม้จะให้การปฏิบัติโดยเสมอภาคหมดก็จริง แต่หากผลร้ายหรือความเสียหายได้เกิดแก่คนกลุ่มใด กลุ่มหนึ่งมากกว่าปกติ อย่างนี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน ประการที่สอง ตามหลักสากลถือว่า การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาของผู้เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ แม้ผู้เลือกปฏิบัติจะมีการออกกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดก็ตาม โดยไม่มีเจตนาถั่นแถ้งและกระทำโดยสุจริตใจ ว่าต้องการให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน หากแต่ผลของการปฏิบัตินั้นได้ทำให้เสียโอกาส และเสียหายกระทบต่อสิทธิประโยชน์เกินความจำเป็นหรือเกินสมควรแล้ว ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทางอ้อมได้เช่นกัน

(3) หลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

หลักความเท่าเทียมระหว่างเพศ เป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่ที่นำมากล่าวแยกย่อยต่างหากนั้น เนื่องจากหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศโดยเฉพาะผู้ชายและผู้หญิง เป็นหลักการที่บัญญัติในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ได้แยกออกมาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคทั่วไป อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของผู้หญิงว่ามีความเท่าเทียมกับผู้ชาย เนื่องจากกฎหมายภายในของหลายประเทศได้จำกัดหรือลดทอนสิทธิของผู้หญิงในหลายประการที่พึงได้รับ ให้ด้อยกว่าผู้ชาย โดยความเท่าเทียมกันระหว่างเพศของผู้หญิงกับผู้ชายได้รับรองไว้ในอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติเอาไว้ว่า “เราบรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติ ได้ตั้งเจตจำนงที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักพื้นฐานในเกียรติศักดิ์และคุณค่าของมนุษย์ในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีและของประชาชาติใหญ่น้อย. . .” และในตราสารด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เช่น คำปรารภของปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือในข้อ 3 ของกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นต้น จากบทบัญญัติรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง ที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐ ในการประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้หญิงกับผู้ชายอย่างเท่าเทียมกัน ตลอดทั้งจะต้องมีการดำเนินการเพื่อขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงและใช้สิทธิอย่างเท่าเทียมกันด้วย แม้ว่าประเทศนั้นจะมีประเพณี วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ หรือความเชื่อทางศาสนา อันเป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้หญิง แต่รัฐก็ยังมีหน้าที่ดำเนินมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองผู้หญิงอย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่สามารถยกเอาเหตุผลด้านประเพณี ความเชื่อทางศาสนา ประวัติศาสตร์ หรืออื่น ๆ มาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้หญิงได้ เช่น การให้สิทธิแก่ผู้หญิงในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง การคุ้มครองสิทธิแก่แรงงานหญิงให้เท่าเทียมกับแรงงานชาย และหากเกิดสภาวะไม่ปกติหรือสภาวะสงคราม การจำกัดหรือการละเมิดสิทธิก็

จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความเท่าเทียมกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายด้วยทั้งนี้ ความเท่าเทียมดังกล่าว ในสภาวะการณ์ปัจจุบันเห็นได้ว่า มิได้หมายความว่าเพียงแต่ผู้หญิงกับผู้ชายเท่านั้น แต่จะต้องหมายรวมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยโดยความเท่าเทียมนั้นไม่จำเป็นจะต้องเท่าเทียมกันในทุกด้าน เนื่องจากความแตกต่างบางประการซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติ หากในสถานการณ์ใดที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเพศสภาพใดเป็นกรณีพิเศษ รัฐจะอ้างหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศมาใช้เพื่อจำกัดสิทธิหรือละเว้นต่อการคุ้มครองเป็นพิเศษนั้นมิได้ แต่ในทางกลับกันรัฐก็อาจปฏิบัติต่อผู้หญิงหรือผู้ชาย หรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแตกต่างกันได้ โดยอยู่ภายใต้ เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกับการปฏิบัติอย่างแตกต่างบางประการที่สามารถทำได้โดยคำนึงถึงความสมเหตุสมผล ความสมสัดส่วนและบรรล่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

สำหรับในกรณีสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ปราศจากการรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยรัฐ เจกเช่นเดียวกับสิทธิของคนพิการนั้น ถือเป็นกรณีที่รัฐกระทำละเมิดต่อหลักนิติรัฐ โดยไม่ได้คำนึงถึงการใช้อำนาจของรัฐตามหลักความได้สัดส่วนในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐ ในประการที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ

#### 2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การสมรสมีความเป็นมาที่ยาวนานควบคู่กับสังคมมนุษย์ ลักษณะของการสมรสในอดีตย่อมขึ้นอยู่กับวิถีชีวิตและประเพณีของชนเผ่าหรือสังคมนั้น ๆ ไม่มีแบบแผนตายตัว ทำให้ขนบธรรมเนียมประเพณีการสมรสนั้นมีลักษณะรูปแบบที่ต่างกันอย่างออกไป ขึ้นอยู่กับสังคมและบริบทของสิ่งแวดล้อมของสังคมนั้น<sup>23</sup> ดังนั้น การสมรสจึงมีนิยามที่แตกต่างออกไปในแต่ละวัฒนธรรม แนวคิดเชิงมานุษยวิทยาจึงมีความแตกต่างหลากหลายขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้ศึกษาและผู้ถูกศึกษา เช่น กฎทางสังคม พฤติกรรม ลัทธิ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หรือโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มสังคม อาทิ บาลีนอฟกี (Bronislaw Malinowski) นักมานุษยวิทยาคนสำคัญได้ให้นิยามการสมรสไว้ในบทความเรื่อง Parenthood the Basis of Social Structure (1930) ซึ่งเป็นทฤษฎีหน้าที่นิยมโดยอธิบายว่า การแต่งงาน คือ โบราณวัตถุที่สังคมมอบให้บุคคล เพื่อสืบทายาทและเลี้ยงดูบุตรตลอดแล้ว สเตราส์ นักมานุษยวิทยา ได้เสนอแนวคิดเรื่องการสร้างพันธมิตร หรือ Alliance Theory ซึ่งอธิบายไว้ในหนังสือเรื่อง Elementary Structures of Kinship (1949) ดังนี้ ความสัมพันธ์ในระบบเครือญาติที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนสมาชิกสองตระกูลผ่านการสมรส แนวคิดพันธมิตรจึงให้ความสำคัญกับการแต่งงานกับคนนอกกลุ่ม (Exogamy) หรือการแต่งงานข้ามตระกูล ซึ่งนำไปสู่การสร้างเครือญาติจากการแต่งงาน และมีกฎ ข้อยกเว้น การมีเพศสัมพันธ์และการแต่งงานกับคนที่เป็ญาติหรือมีสายโลหิตเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎสากลที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกกลุ่ม จะเห็นได้ว่า การสมรสตามกระแสหลักในสังคมมักจะถูกกำหนดไว้เฉพาะการสมรสระหว่างคู่สมรสต่างเพศ หรือบุคคลที่มีเพศสภาวะที่เป็นชายหรือหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ทำให้กรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือ

<sup>23</sup> ปิยนุช โปตะวานิช, 'สัญญากับการสมรส' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528) 14.

บุคคลเพศเดียวกันไม่อาจสมรสกันได้ เพราะความเข้าใจในเรื่องเพศว่า เพศชายและหญิงนั้นเป็นสาระสำคัญที่วิญญูชนสามารถเข้าใจได้ดีว่าการที่มนุษย์จะร่วมประเวณีและให้กำเนิดทารกได้ มนุษย์คู่หนึ่งจะต้องมีเพศตามธรรมชาติที่ต่างกัน เจกเช่นเดียวกัน กฎหมายไทยก็ได้บัญญัติเงื่อนไขในการสมรสในประการหนึ่งว่าการสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภรรยาและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม สิทธิในการสมรส ถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ที่จะแสดงออกถึงความชอบธรรมที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยชอบตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งโทมัส ฮอบส์ ได้กล่าวไว้ว่า เสรีภาพเป็นสิ่งที่มนุษย์แต่ละคนมีในการที่จะใช้อำนาจของเขาตามเจตนาของเขา เพื่อจะรักษาชีวิตของเขา เพื่อกระทำการใดก็ตามจากการตัดสินใจและการใช้เหตุผลโดยตัวของเขาเองที่เขาเห็นว่าเป็นวิธีการเหมาะสม<sup>25</sup> สิทธิของการสมรสจึงเป็นเรื่องพื้นฐานที่ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอาศัยอยู่ ณ ที่ใด ๆ ในโลกก็มีสิทธิที่จะได้รับในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ นอกจากนี้แนวคิดสิทธิมนุษยชน (Human Right) ที่ระบุในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right หรือ UDHR) ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ได้วางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเป็นเอกสารหลักการด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติ ที่ 217 a (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 และประเทศไทยได้ออกเสียงสนับสนุนหลักการดังกล่าวโดยหลักการหลายข้อมีเนื้อหาให้การสนับสนุนต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านสิทธิที่เกี่ยวข้องในการเลือกคู่ครอง และสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่สมควรได้รับสิทธิตามหลักของกฎหมาย โดยมีหลักการหลายข้อที่สนับสนุน ได้แก่ ทุก ๆ คนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมาย ไม่ว่า ณ ที่ใด<sup>26</sup> หรือ ทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมาย และชอบที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทุก ๆ คนชอบที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญาและต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น<sup>27</sup> ส่วนที่ว่าด้วยเรื่องการสมรส (1) ชายและหญิงเมื่อเจริญวัยบรรพบุรุษแล้วมีสิทธิที่จะสมรสและสร้างครอบครัวโดยไม่มีการจำกัดใด ๆ เนื่องจากเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา บุคคลชอบที่จะมีสิทธิเท่าเทียมกันในเรื่องการสมรสในระหว่างการสมรส และในการขาดจากการสมรส (2) การสมรสจะกระทำได้ ก็โดยความยินยอมอย่างมีเสรีภาพ และความเต็มใจของคู่บ่าวสาว หรือผู้ตั้งใจจะกระทำการสมรส (3) ครอบครัว คือ กลุ่มคน ซึ่งเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคม และชอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยสังคมและรัฐ<sup>28</sup> แนวคิดตามหลักสิทธิมนุษยชน

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1458.

<sup>25</sup> ปรีดี เภษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539) 196.

<sup>26</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right หรือ UDHR), หลักการข้อที่ 6.

<sup>27</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right หรือ UDHR), หลักการข้อที่ 7.

<sup>28</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right หรือ UDHR), หลักการข้อที่ 16.

จึงให้ความสำคัญกับความเท่าเทียม หากแต่ปรากฏการณ์ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มาพร้อมกับเงื่อนไขของกติกาของรัฐ ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งที่สิทธิในการสมรสสามารถพัฒนาอย่างเต็มที่โดยไม่มีข้อจำกัดหรือกีดกันในทางเพศ และสามารถ ใช้คุณสมบัติของความเป็นมนุษย์ มโนคติ สามารถตอบสนองความต้องการได้โดยให้ความสำคัญกับคำว่า ชีวิต เพราะการสมรสไม่จำกัดเพียงแค่เพื่อการสืบพันธุ์ หรือดำรงเผ่าพันธุ์เท่านั้น ทว่าเป็นเรื่องในการตอบสนองความต้องการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลนั่นเอง

## 2.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

### 2.3.1 ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model)

กระบวนการนิติธรรม หมายถึง การใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐ กล่าวไว้ว่า รัฐหรือรัฐบาลกลางจะดำเนินคดีต่อผู้ต้องหา ในคดีอาญาด้วยหลักความเป็นธรรม และวิธีพิจารณาตามกฎหมายจะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองแก่บุคคลตามมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้หลักแห่งเสรีภาพ นอกจากนั้นกระบวนการ ตามกฎหมายในรัฐประชาธิปไตย ซึ่งดำเนินไปแต่ละขั้นตอน ปฏิบัติถูกต้องเป็นธรรม และเหมาะสมหรือไม่<sup>29</sup>

ทฤษฎีนี้ จึงให้ความสำคัญในเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ และยึดถือกฎหมายหรือหลักนิติธรรมมากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม เป็นหลักการที่เน้นคุณภาพ โดยกระบวนการที่มีคุณภาพต้องเป็นกระบวนการที่ละเอียดอ่อน ชับช้อนและสามารถที่จะแก้ไขจุดบกพร่องได้ นั่นคือ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีความเป็นธรรมในขั้นตอนกระบวนการยุติธรรม โดยจะมีอุปสรรคขัดขวางผู้ต้องหาไม่ได้ ถูกส่งผ่านตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรม อย่างสะดวกไม่ได้ และต้องจัดให้มีการแสวงหาข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดี หรือไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาอย่างเป็นทางการ ส่วนการดำเนินการพิจารณา จะต้องกระทำโดยเปิดเผยในศาล ซึ่งขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ชั้นตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล และราชทัณฑ์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและผลประโยชน์ ของประชาชน โดยมีกฎหมายที่บัญญัติกระบวนการ ตลอดจนวิธีการนำกฎหมายอันเป็นเนื้อหาสาระของกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ และขั้นตอนต่าง ๆ ต้องยึดหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึงหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมาย โดยมีการถ่วงดุลอำนาจหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม เพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การนำทฤษฎีนิติธรรมมาปรับใช้กับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จึงเป็นการที่รัฐดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยมุ่งเน้นที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคล เนื่องจาก บุคคลดังกล่าวมีเพศทางกายภาพหรือเพศสรีระมากกว่าหนึ่งเพศ ซึ่งต้องคำนึงถึงความเป็นธรรม ในขั้นตอนการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น จะตกเป็นผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ต้องขังก็ตาม การสืบสวน สอบสวน การดำเนินการ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ อัยการ การพิจารณาในชั้น

<sup>29</sup> ประธาน วัฒนาวณิชย์, 'ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม' วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520) 154.

ศาล รวมทั้งในขั้นตอนการลงโทษ จึงต้องดำเนินการโดยมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้มีความเสมอภาคกัน

### 2.3.2 ทฤษฎีความยุติธรรม (Theory of Justice)

ผู้คิดค้นทฤษฎีนี้ คือ จอห์น รอลส์ นักคิดชาวอเมริกัน ทฤษฎีความยุติธรรม พัฒนามาจากแนวคิดพันธสัญญา (Contractarian) ที่ถูกวางรากฐานปรัชญาทางการเมือง โดยฮ็อบส์ล๊อค และรูสโซ ได้นำเสนอความคิดในทางจริยธรรม เพื่ออธิบายความยุติธรรม<sup>30</sup> และให้ความสำคัญกับความยุติธรรมทางสังคม ความยุติธรรมเกี่ยวกับสิ่งที่รอลส์เรียกว่า โครงสร้างพื้นฐานของสังคม อธิบายไว้ความว่า “สำหรับเราสิ่งที่ศึกษาเป็นอันดับแรก เกี่ยวกับความยุติธรรม คือ โครงสร้างพื้นฐานของสังคม หรือกล่าวให้ชัดเจนกว่านั้น คือ วิธีที่สถาบันหลักของสังคมกระจายสิทธิมูลฐานและหน้าที่ รวมถึงกำหนดการจัดแบ่งผลประโยชน์จากความร่วมมือทางสังคม”<sup>31</sup> ทฤษฎีความยุติธรรมจึงอยู่บนพื้นฐานความคิด เรื่องสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้ในการทำความเข้าใจพัฒนาการทางแนวคิดของรอลส์ เพื่อให้คำตอบเกี่ยวกับอุดมคติที่เป็นจริงของความยุติธรรม (Realistic Ideal of Justice) ซึ่งรอลส์เรียกว่า “Realistic Utopia”<sup>32</sup> ทฤษฎีความยุติธรรม พัฒนามาจากแนวคิดพันธสัญญาที่ถูกวางรากฐาน ปรัชญาทางการเมืองโดยฮ็อบส์ล๊อค และรูสโซ จากคำอธิบายนี้จะเห็นได้ว่า หลักการของรอลส์ได้มองว่า เสรีภาพเป็นหลักการพื้นฐานที่จะต้องให้ความสำคัญเบื้องต้นก่อนที่จะนำไปสู่ความยุติธรรม และเมื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของเบ็นแธม จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน คือ เบ็นแธม ปฏิเสธ “เจตจำนงทั่วไป” ของรูสโซ โดยมอง ว่าเป็น “รูปแบบสมัยใหม่ของความพยายามแต่โบราณที่จะบังคับให้ปัจเจกบุคคลต้องมีคุณธรรม โดยที่ต้องสูญเสียความสุขตามที่ตัวเองเข้าใจไป”<sup>33</sup> สะท้อนให้เห็นถึงหลักความคิดพื้นฐานของแนวคิดที่แตกต่างกันระหว่างทฤษฎีความยุติธรรมกับทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม ถึงกระนั้นกฎหมายและสถาบันต่าง ๆ จึงไม่ควรให้ประโยชน์กับคนกลุ่มหนึ่งบนต้นทุนของคนกลุ่มอื่น ๆ บนฐานธรรมชาติและฐานสังคมที่มีความแตกต่างกัน ในการพัฒนาแนวคิดที่ว่าความยุติธรรมในฐานะความเป็นธรรม รอลส์บอกให้ลองใช้จินตนาการของตัวเราที่ตัดสินใจเลือกหลักความยุติธรรมจากจุดกำเนิดของความเป็นธรรม

อย่างที่เราไม่ต้องคำนึงถึงฐานะทางสังคม เศรษฐกิจของเรา ไม่คำนึงถึงชาติพันธุ์ของเรา เพศ หรือความสามารถที่ติดตัวเรามา ตลอดจนข้อเท็จจริงทางสังคมอื่น ๆ โดยเสนอว่า ประการแรก เราต้องให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก ๆ กับเสรีภาพที่เท่าเทียมกัน และโอกาสที่เป็นธรรมสำหรับทุกคนในสังคม<sup>34</sup> ประการที่สอง ต้องแบ่งสันปันส่วน รายได้และความมั่งคั่งไปยังกลุ่มคนที่ยากจนให้ได้อย่างทั่วถึงที่สุด

<sup>30</sup> สมชาย อัสวพันธุ์นกุล, ‘ความคิดเรื่องความเท่าเทียมในทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอลส์’ (วิทยานิพนธ์ อักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2533) 18.

<sup>31</sup> Robert B. Talisse, *On Rawls: A liberal Theory of Justice and Justification* (Wadsworth 2001) 15.

<sup>32</sup> John Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press 1999) 4.

<sup>33</sup> ภริษฐา วีระสุโข, ‘แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมและทฤษฎีความยุติธรรม’ <<http://integratedsciences-sila.blogspot.com/2011/05/blogpost.html>> สืบค้นเมื่อ 19 พฤศจิกายน 2566.

<sup>34</sup> เนื่องน้อย บุญยเนตร, *จริยศาสตร์ตะวันตก ค่านิยมลัทธิฮอบส์ รอลส์ ชาร์ทรี* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2544) 28.

### 2.3.3 ทฤษฎีการประทับตรา (Labeling Theory)

ทฤษฎีการประทับตราหรือทฤษฎีตีตรา รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “ทฤษฎีตอบโต้ทางสังคม” ที่ถูกสร้างและพัฒนาขึ้นมาโดยนักสังคมวิทยาในช่วงต้นของคริสต์ศตวรรษที่ 20 โดยมีที่มาจากทฤษฎีของชาร์ล คูลี ที่ชื่อว่า “ทฤษฎีกระจกเงา” ต่อมานักสังคมวิทยาอเมริกันจำนวนมากได้ทำการศึกษาค้นคว้าวิจัยเพื่อการพัฒนา จนกระทั่งเป็นที่รู้จักกันเป็นอย่างดีในปัจจุบัน ทฤษฎีประทับตราจึงถูกมองว่าเป็นแนวคิดใหม่ ทางสังคมที่แสดงออกถึงความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจในการใช้อำนาจของรัฐบาล<sup>35</sup> ทฤษฎีการประทับตรามีรากฐานมาจากทฤษฎีปฏิสังสรรค์เชิงสัญลักษณ์<sup>36</sup> ซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยกรีก โดยมีลักษณะเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมว่าด้วยเครื่องหมายที่ปรากฏบนเรือนร่าง อันเนื่องมาจากบุคคลได้กระทำการบางสิ่งบางอย่างผิดไปจากปกติ คนที่ถูกตีตราจะถูกแยกให้โดดเดี่ยว ไม่ให้เป็นส่วนหนึ่งของสังคม สังคมจะจำกัดสิทธิของเขาเหล่านั้น การตีตราจึงเปรียบเสมือนการติดป้ายบอกให้รู้ว่า บุคคลนี้มีลักษณะอย่างไรอย่างหนึ่งในแง่ลบ ทำให้บุคคลที่ถูกตีตราเปลี่ยนจากบุคคลปกติธรรมดาตกกลายเป็นบุคคล ผิดปกติ เป็นคนไม่บริสุทธิ์ ต่างพร้อย มีรอยมลทิน ไร้คุณค่า แตกต่างไปจากบุคคลอื่น ๆ การตีตราจึงทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเชื่อว่ามนุษย์มีความคิด มีสติ มีความรู้สึก มีความสามารถตีความ และตอบโต้การกระทำของแต่ละฝ่ายได้ พฤติกรรมของมนุษย์ไม่ใช่สิ่งที่ถาวร เพราะเป็นการกระทำเคลื่อนที่ซึ่งเกิดขึ้นจากปฏิสังสรรค์ทางสังคมที่เคลื่อนไหวโดยตระหนักว่าปัจจัยสำคัญที่ทำให้บุคคลกลายเป็นผู้เบี่ยงเบนย่อมาจากกระบวนการของปฏิภิกิริยาประเมินค่าเชิงลบ<sup>37</sup> ของชุมชนที่มีต่อพฤติกรรมที่รับรู้ถูกละเมิดกฎ ทำให้มองว่าผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากสังคมกระแสหลักเป็นสิ่งที่เลวร้ายและไม่ควรทำ ด้วยกระบวนการประทับตราบังชี้และยังสร้างจิตสำนึกที่กระตุ้นเสนอสิ่งที่สังคมไม่ปรารถนา สังคมจึงร่วมกันลดคุณค่าของบุคคล ๆ นั้น ทำให้ต้องแยกตัวออกไป และต้องดำรงตนอยู่ภายใต้ แนวคิดที่มองว่า ตนเป็นบุคคลที่ไม่มีคุณค่า ด้วยเหตุนี้ การตีตราจึงถือเป็นหนึ่งในกระบวนการสร้างความเป็น “คนชายขอบ” ที่เบียดขับสร้างความเป็นอื่น กลายเป็นกลุ่มคนที่สังคมไม่สนใจ ไม่รับรู้ ถูกมองข้าม ถูกทำให้เป็นคนไร้ค่า และถูกปฏิเสธจากสังคมกระแสหลักทำให้คนเหล่านี้ขาดโอกาส ขาดอำนาจในการต่อรอง ไม่ได้รับความเป็นธรรม และถูกมองว่าเป็นตัวปัญหาไม่สามารถเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ควรจะได้รับ<sup>38</sup> กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย กำลังได้รับผลกระทบอย่างมากจากกระบวนการสร้างวิธีคิดเรื่องเพศกระแสหลักที่กำลังถ่ายทอด ว่าเพศสัมพันธ์ที่ถูกต้องเหมาะสม คือเพศสัมพันธ์ของบุคคลที่มีเพศเดียวและเป็นบุคคลต่างเพศกันเท่านั้น นอกเหนือจากนี้ สังคมจะตีตราว่าเป็นสิ่งที่ผิดปกติ เกิดจากบาปกรรมที่ทำไว้ในชาติปางก่อนทำให้เกิดมาเพศปกติ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้บรรทัดฐานเรื่อง

<sup>35</sup> อุทัย อาทิวา, *ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (วิ. เจ. พรินต์ติ้ง 2559) 182.

<sup>36</sup> จารุวรรณ คงยศ, ‘การปรับตัวของผู้ต้องขังให้เข้ากับสภาพเรือนจำ ศึกษาเฉพาะกรณีเรือนจำกลางคลองเปรม’ (วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 22.

<sup>37</sup> ศุภมาน (นฤมล) วงศ์สุภาพ, *นางงามตุ๊กกระจก: การศึกษากระบวนการ กลายเป็นหมอนวดไทย* (สำนักพิมพ์ ศ. สยาม 2544) 36.

<sup>38</sup> สุรัชย์ หวันแก้ว, *คนชายขอบ จากความคิดสู่ความจริง* (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550)

เพศสภาวะและเพศวิถีแบบตายตัวเพียงแบบเดียว และมุ่งใช้ความรู้ของตนในการตัดสินคุณค่าของคนอื่น ๆ เสมอ<sup>39</sup> การที่สังคมพยายามสร้างวิถีคิดเรื่องเพศกระแสหลัก ในการชี้แนะและตัดสินว่า อะไรเป็นสิ่งที่ควรทำและควรเชื่อโดยพยายามนำเงื่อนไขทางสังคม วัฒนธรรม การเมือง เศรษฐกิจ ตลอดจนธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องเพศวิถีของสังคมไทย เพื่อนำมาใช้ควบคุมหรือครอบงำให้เกิดอคติ ส่งผลให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นกลุ่มคนที่มีเพศสัมพันธ์นอกกรอบ ถูกมองข้าม กลายเป็นพฤติกรรมที่ถูกประทับตราจากสังคมว่าไม่เหมาะสม หรือไม่สอดคล้องกับมาตรฐานความดีงามที่รัฐหรือสังคมสนับสนุน เนื่องจากไม่เป็นไปตามแบบแผนของคนส่วนใหญ่ในสังคม ทำให้ถูกกดขี่ทางเพศอันเป็นการละเมิดสิทธิทางเพศ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ชำร่วยไปกว่านั้นกระบวนการยุติธรรมที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกสบายเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคมและคุ้มครองสิทธิของบุคคล กลับมองข้ามและประทับตราเรื่องเพศวิถีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างเท่าเทียมกับสิทธิที่มนุษย์คนหนึ่งสมควรได้รับ อันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมของกฎหมาย

## 2.4 กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิผู้ต้องขังของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ตามหลักสากล หลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักเกณฑ์ปฏิบัติสากลนั้น ถูกพัฒนามาจากหลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญอย่างหนึ่ง โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติกาสากลหลากหลายฉบับ กลายเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนสากล ที่ทั่วโลกนำไปอนุวัติการเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในและมักถูกกล่าวอ้างถึงอยู่เสมอ และ

### 2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

เมื่อปี พ.ศ. 2488 สงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ยุติลง จึงได้มีการก่อตั้ง องค์การสหประชาชาติขึ้น เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม พุทธศักราช 2488 โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่ในการดูแลความมั่นคงปลอดภัย รักษาสันติภาพของโลก พัฒนาความสัมพันธ์ ฉันทมิตรระหว่างประเทศ เป็นศูนย์กลางในการสร้างความปรองดอง สมานฉันท์ ในการดำเนินนโยบายของชาติต่าง ๆ รวมทั้งการส่งเสริมการเคารพสิทธิมนุษยชน ต่อมาจึงได้มีความร่วมมือในการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ขึ้น และได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นพื้นฐานในการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ และมีอิทธิพลสำคัญต่อการร่างรัฐธรรมนูญของบรรดาประเทศที่มีการร่างรัฐธรรมนูญต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาประเทศอาณานิคมได้อ้างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในการประกาศอิสรภาพ ช่วงคริสต์ศักราช 1950 ถึง 1960 และหลายประเทศนำข้อความในปฏิญญามาใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญของตน

<sup>39</sup> สุชาดา ทวีสิทธิ์ และอุมาภรณ์ ภักทรวาณิชย์, รายงานวิเคราะห์สถานการณ์แบบมีส่วนร่วม ประเด็นการตีตราและเลือกปฏิบัติ การละเมิดสิทธิในกลุ่มชายที่มีเพศสัมพันธ์กับชายและข้อเสนอของสังคมไทย (ทีคิวพี 2554) 17.



เมื่อพิจารณาควบคู่กับบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า ในประการแรกแสดงถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยกล่าวถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน ส่วนในประการที่สองกล่าวถึงความชอบที่จะมีสิทธิของบุคคลโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติใด ๆ ทั้งสิ้น หลักการพื้นฐานของสิทธิที่ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปรากฏในคำปรารภซึ่งเริ่มด้วยข้อความที่เน้นการยอมรับ “ศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งมวลแห่งครอบครัวมนุษย์” ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ปรากฏให้เห็นหลักการประการสำคัญที่ว่า มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ ในตนเอง มีเหตุผลและมโนธรรมและควรที่จะปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญูณแห่งภราดรภาพ<sup>40</sup> ตลอดจนทุกคนย่อมมีสิทธิ อิสระภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น พื้นเพทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง<sup>41</sup> ฉะนั้น ทุกคนย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติและอันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ รวมถึงจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

สำหรับประเทศไทย เป็นประเทศในกลุ่มแรกๆ ที่ให้การรับรองปฏิญญา ดังกล่าว โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลถือได้ว่าเป็นมาตรฐานของสิทธิมนุษยชน ที่นานาประเทศยอมรับ แต่เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่กฎหมาย จึงขาดสภาพบังคับในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น ทั้งประเทศไทยก็ไม่ได้มีการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ให้ชัดเจน ทำให้การส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยไม่ประสบความสำเร็จอย่างเป็นรูปธรรม

#### 2.4.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights--ICCPR)<sup>42</sup>

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐภาคีให้ต้องยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานี้ โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลในอันที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิ

<sup>40</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right), ข้อ 1.

<sup>41</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 2.

<sup>42</sup> กุลวัน พลวัน (เชิงอรธ 21) 481-491.

มนุษยชนและได้รับสิทธิ ทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน<sup>43</sup> อาทิ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ซึ่งรัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคล รวมทั้งการห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยต้องดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ และมีหลักประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิด จะได้รับการเยียวยาไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉินและการห้ามการตีความกติกา ในอันที่จะไปจำกัดสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ รวมทั้งสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ เสรีภาพจากการไม่ถูกทรมาน ห้ามบุคคลมิให้ถูกจับกุมตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม (Freedom from Torture, or Cruel, Inhuman or Degrading Treatment) เป็นต้น โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ปรากฏอยู่ในส่วนที่สาม ที่กำหนดว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิมาแต่กำเนิดในการดำรงชีวิต สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่มีบุคคลใดสามารถล่วง ชีวิตของใครได้ตามอำเภอใจ”<sup>44</sup> รวมถึงในส่วนของการประกันสิทธิของบุคคลที่ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ และให้ หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจัง เพื่อให้ปลอดภัยจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่น ๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด”<sup>45</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐภาคีสมาชิกแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองฉบับนี้ รับประกันให้มีการใช้สิทธิที่ได้กำหนดไว้ในกติกาฉบับนี้อย่างชัดเจนว่า บุคคลทุกคนเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติชนิดใด ๆ เกี่ยวกับเพศ ฯลฯ หรือสถานะอื่น คำว่า “สถานะอื่น” เป็นกุญแจสำคัญในความคิดเห็นของนักทำงานด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากคำว่า “สถานะอื่น” นี้รวมไปถึงอัตลักษณ์ทางเพศวิถี และเพศสภาพด้วยนั่นเอง

2.4.3 หลักการยกยกยार्ตว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (Yogyakarta Principles: The Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity)

การยอมรับสิทธิมนุษยชนสากลครั้งแรกที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุวิถีทางเพศ ได้รับการบันทึกไว้ในมติของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน ใน พ.ศ. 2535 กรณีระหว่าง Toonen v. Australia โดยคณะมนตรีได้ลงความเห็นเห็นว่า เพศ นั้นให้หมายความรวมถึงวิถีทางเพศ

<sup>43</sup> อารัมภบทกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง  
<sup>44</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights), ข้อ 6  
<sup>45</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights), ข้อ 26

ด้วย ซึ่งในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2549 กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากภูมิภาคและภูมิภาค  
หลังต่าง ๆ ก็ได้ร่วมกันร่างและรับรองหลักการยอร์กยา-กาดาร์ในงานสัมมนา ซึ่งจัดขึ้นที่  
มหาวิทยาลัย Gadjah Mada เมืองยอร์กยาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย การสัมมนาในครั้งนั้นเปิด  
โอกาสให้มีการทำความเข้าใจเกี่ยวกับขอบเขตและการปฏิบัติตามข้อผูกพันด้านสิทธิมนุษยชนของ  
รัฐ ในประเด็นที่เกี่ยวกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศภายใต้สนธิสัญญาและกฎหมายด้านสิทธิ  
มนุษยชน

สำหรับประเทศไทยนั้นเป็น 1 ใน 25 ประเทศ ที่ออกเสียงสนับสนุน และรับรองหลักการนี้  
แต่ก็ยังมีประเทศที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยและงดออกเสียงด้วยเช่นกัน การรับรองมติในครั้งนั้นมี  
คะแนนที่สูสีกัน ย่อมสะท้อนให้เห็นว่าแม้การสนับสนุนสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ  
จะเพิ่มมากขึ้นในทุกภูมิภาค แต่ก็ยังไม่ใช่การยอมรับ อย่างกว้างขวางมากนัก หลังจากที่มีการ  
รับรองหลักการดังกล่าว หลักการยอร์กยาการ์ตา จึงเป็นตราสารที่สมบูรณ์ที่สุดในการปรับใช้กฎหมาย  
สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับประเด็นวิถีทางเพศ เนื่องจากได้ให้ความกระจ่างที่เกี่ยวกับการใช้  
มาตรฐานสากล ด้านสิทธิมนุษยชน สาเหตุที่ผู้เชี่ยวชาญสิทธิมนุษยชนได้จัดทำหลักการยอร์กยาการ์  
ตาขึ้น เพราะเห็นว่าการที่รัฐและสังคมยึดยึดบรรทัดฐานในเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศ และความโน้ม  
เอียงทางเพศให้กับบุคคล โดยใช้ชนบทธรรมเนียม ประเพณี กฎหมาย และความรุนแรงเป็นเครื่องมือ  
ตลอดทั้งการหาทางควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างคน การเลือกอัตลักษณ์ของบุคคลและการควบคุม  
ทางเพศ ทำให้เป็นแรงผลักดันในการใช้ ความรุนแรงอันเป็นการสร้างความเหลื่อมล้ำทางเพศอย่าง  
ต่อเนื่อง แสดงให้เห็นว่าสังคมโลกในระดับสากลเจริญก้าวหน้าไปสู่ความเสมอภาคทางเพศ และมี  
การคุ้มครองจากความรุนแรงในสังคม ชุมชน และครอบครัว นอกจากนี้กลไกด้านสิทธิมนุษยชน ของ  
องค์การ-สหประชาชาติ ได้ยืนยันถึงภารกิจของรัฐทั้งหลายในการให้ความคุ้มครองประชาชนทุกคน  
จากการถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หากแต่การตอบรับ  
ของประชาคมโลกกลับแตกต่างกันไป ไม่แน่นอน และขาดมาตรฐานเดียวกัน ฉะนั้น เพื่อแก้ไข  
ข้อบกพร่องนี้ จึงมีความจำเป็นต้องสร้างความเข้าใจ อย่างถูกต้องต่อระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชน  
ระหว่างประเทศ และการนำไปใช้ ในประเด็นความหลากหลายทางเพศมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดที่  
จะต้องตรวจทานและให้ความชัดเจนในเรื่องพันธกิจของรัฐภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่าง  
ประเทศที่มีอยู่ อันจะเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์ต่อมนุษย์ทุกคนตาม  
หลักของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการยอร์กยาการ์ตาเป็นหลักการมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน  
ต่อรัฐและมีเป้าหมายเพื่อยืนยันว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและสิทธิเสรีภาพเสมอภาคกัน  
หลักการนี้จึงถือกำเนิดขึ้นเพื่อให้สิทธิโดยกำเนิดอันมีค่าดังกล่าวได้รับการเคารพอย่างแท้จริง โดยคำ  
ปรารภที่สำคัญในหลักการยอร์กยาการ์ตา ได้กล่าวถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้  
อันมีสาระสำคัญความว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ  
บรรดาสหิทธิ มนุษยชนทั้งหมดล้วนมีความเป็นสากล มีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันกัน ไม่สามารถ  
แบ่งแยกออกจากกันได้ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีและความเป็น

มนุษย์ของแต่ละบุคคล และจะต้องไม่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติหรือการกระทำทารุณกรรม” จากคำปรารภดังกล่าว จึงสะท้อนให้เห็นว่า การใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่อการใช้ชีวิตของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในประเด็นสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่ควรมีส่วนใดส่วนหนึ่งถูกตีความเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางใดก็ตามของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหล่านั้นตามที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย หรือในมาตรฐานทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค หรือระดับประเทศ

สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิตามหลักการ Yogyakarta Principles มีดังนี้ สิทธิในการใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากล<sup>46</sup> เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมเสรีภาพและความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชนมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีความโน้มเอียงทางเพศแบบใด และมีอัตลักษณ์ทางเพศแบบใด ย่อมมีสิทธิมนุษยชนอย่างครบถ้วนบริบูรณ์เช่นเดียวกันทุกคน ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องบรรจุหลักการสิทธิมนุษยชน อันได้แก่ หลักการความเป็นสากล และความเชื่อมโยงเกี่ยวพันซึ่งกันและกันด้านต่าง ๆ ของสิทธิมนุษยชนอย่างที่ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ลงในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เหมาะสมอื่น ๆ และสร้างหลักประกันให้การใช้สิทธิมนุษยชนที่เป็นสากลสัมฤทธิ์ผลอย่างครบถ้วนบริบูรณ์ในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง ประกอบกับแก้ไขกฎหมายใด ๆ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน ที่เป็นสากลอย่างครบถ้วนบริบูรณ์ รวมทั้งให้การศึกษาเพื่อส่งเสริมยกระดับการส่งเสริม สิทธิมนุษยชนอย่างสมบูรณ์โดยถ้วนหน้า และโดยไม่คำนึงถึงความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ตลอดจนบูรณาการนโยบายและกระบวนการตัดสินใจของรัฐที่ให้ความสำคัญต่อความหลากหลายทางความคิด ยืนยันความเชื่อมโยงระหว่างด้านต่าง ๆ ของอัตลักษณ์ของมนุษย์ รวมทั้งความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ อย่างที่ไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้

สิทธิในความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ<sup>47</sup> กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การยกเว้น การจำกัด หรือการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยเหตุแห่งความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศอันมีจุดประสงค์ หรือมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือความคุ้มครองเสมอภาคกันโดยกฎหมาย หรือการยอมรับในสิทธิ การมีสิทธิ การใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานทั้งหมดอย่างบริบูรณ์ต้องหมดสิ้น หรือขาดตกบกพร่องการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ มักจะเกิดขึ้นพร้อมกับการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุอื่น ๆ รวมทั้งเพศ เชื้อชาติ อายุ ศาสนา ความพิการ สถานะด้านสุขภาพ และฐานะทางเศรษฐกิจ รัฐจึงต้องบรรจุหลักการ ของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศลงในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่เหมาะสมหากยังไม่มีบัญญัติอยู่ก่อน รวมไปถึงการแก้ไขและตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักการดังกล่าวนี้บังเกิดผลอย่างแท้จริง และยกเลิกบทบัญญัติทางอาญาหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ห้าม หรือใช้ห้ามการมีเพศสัมพันธ์อย่างยินยอมพร้อมใจระหว่างคนเพศเดียวกัน ที่

<sup>46</sup> หลักการ Yogyakarta Principles, หลักการข้อที่ 1.

<sup>47</sup> หลักการ Yogyakarta Principles, หลักการข้อที่ 2.

มีอายุครบตามเกณฑ์ ที่กฎหมายกำหนดอนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ และกฎหมายต้องกำหนดเกณฑ์อายุที่อนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์ได้ไว้เท่ากันสำหรับกรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกัน หรือต่างเพศ รวมทั้งการนำมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ มาใช้ เพื่อห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุของความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ทั้งในภาครัฐและเอกชน ประกอบกับต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการสร้าง ความก้าวหน้าให้กับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศตามจำเป็น เพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลดังกล่าวสามารถมีและใช้สิทธิมนุษยชนได้อย่างเสมอภาค มาตรการดังกล่าวต้องไม่ถือว่า เป็นการเลือกปฏิบัติในการที่รัฐแก้ไขการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุ ความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ รัฐควรระลึกว่าการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุดังกล่าว อาจเกิดร่วมกับ การเลือกปฏิบัติรูปแบบอื่น ๆ ตลอดจนใช้มาตรการที่เหมาะสม รวมทั้งการให้ การศึกษา และการฝึกอบรม เพื่อมุ่งหวังให้เกิดผลในการจำกัดอคติ ทัศนคติ หรือพฤติกรรมเลือกปฏิบัติที่สืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่า ความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ รูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง เป็นรูปแบบที่ต่ำต้อยกว่าหรือสูงกว่ารูปแบบอื่นในสังคม

สิทธิในการรับรองทางกฎหมาย<sup>48</sup> เนื่องจากมนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายในฐานะบุคคลในทุกหนแห่ง ผู้ที่มีความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศทุกรูปแบบต้องได้รับสิทธิทางกฎหมายในทุกด้านของชีวิต ความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่แต่ละคนกำหนดเอง ย่อมเป็นส่วนสำคัญของบุคลิกภาพและเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของ การกำหนดวิถีชีวิต ศักดิ์ศรีและเสรีภาพ ห้ามมิให้มีการบีบบังคับผู้ใดให้ได้รับกระบวนการทางการแพทย์ รวมถึงการผ่าตัดแปลงเพศ การทำหมัน หรือการรักษาด้วยฮอร์โมน เพราะเป็นเงื่อนไขเพื่อให้ได้รับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศตามกฎหมาย ต้องไม่มีการนำเอาสถานะอื่น ๆ เช่น การอยู่ในสถานะของผู้ต้องขัง เพื่อกีดกันไม่ให้อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลใด บุคคลหนึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมาย ต้องมิให้ผู้ใดถูกกีดกันให้ต้องปิดบัง เก็บกระบัง หรือปฏิเสธความโน้มเอียงทางเพศอัตลักษณ์ทางเพศของตน โดยรัฐจักต้องให้มนุษย์ทุกคน ได้รับสิทธิทางกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ และได้รับโอกาสให้ได้ใช้สิทธินั้น รวมถึงการมีสิทธิเสมอภาคในการทำสัญญาและดูแลเป็นเจ้าของ การจัดการ ใช้ประโยชน์และจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน สมบัติ และใช้มาตรการทั้งทางนิติบัญญัติทางปกครองหรืออื่น ๆ เพื่อให้อัตลักษณ์ทางเพศ ที่บุคคลนั้นเลือกได้รับความเคารพและรับรองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ รวมทั้งให้กระบวนการดังกล่าวมีประสิทธิภาพ ยุติธรรม และไม่ เลือกปฏิบัติ และให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีและความเป็นส่วนตัวของแต่ละบุคคล ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสาร แสดงตนทั้งหลายนั้นให้ถือว่าถูกต้องตามกฎหมาย และจะใช้ได้ในกรณีที่ต้องแสดงเอกสาร ที่มีการระบุเพศตามระเบียบราชการ หรือเมื่อมีการจัดกลุ่มบุคคลตามเพศจากความใน หลักการข้อที่ 1 ถึงข้อที่ 3 วางหลักการว่า สิทธิมนุษยชนที่มีความเป็นสากลและการนำไปใช้กับทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ รวมไปถึงสิทธิในการได้รับความรับรองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เห็นได้ว่ารัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับสิทธิในการรับรอง

<sup>48</sup> หลักการयोगยาคาร์ตา (Yogyakarta Principles), หลักการข้อที่ 3.

ทางกฎหมาย โดยการตรากฎหมาย ให้เหมาะสมหรือแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้อัตลักษณ์ทางเพศที่บุคคลนั้นเลือกได้รับความเคารพ และรับรองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมในการสร้างความก้าวหน้าให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามจำเป็น เพื่อให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเสมอภาคกัน รวมทั้งในการตรวจค้นตัวผู้ต้องหาจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเฉพาะ ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิในการรับรองทางกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิของเพศชายหรือเพศหญิง

สำหรับการร้องเรียนกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศก็เช่นเดียวกัน รัฐมีหน้าที่ต้องคุ้มครองให้ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ และได้รับโอกาสในการได้ใช้สิทธินั้น ดังนั้น การที่รัฐไม่เปิดโอกาสให้ผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้มีสิทธิในการร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเป็นการเฉพาะโดยการรับรองของกฎหมาย จึงเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักการ ดังกล่าว หลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องอีกประการหนึ่ง คือ หลักการในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว อธิบายได้ว่า มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ ความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล ซึ่งรัฐจำเป็นต้องให้หลักประกันว่าในการกักขัง ควบคุมตัวจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการลดทอนคุณค่าของบุคคลให้น้อยลงไป เพราะความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้น หรือไม่ทำให้บุคคลนั้นเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง การปฏิบัติอย่างโหดร้าย หรือทรมาน ทั้งร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศและจัดสรรบริการ และการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสม ต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัว โดยเข้าใจในความจำเป็นเฉพาะ อันเป็นผลสืบเนื่องจากความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้นทั้งประเด็นด้านอนามัยการเจริญพันธุ์ การเข้าถึงข้อมูล และการรับยาต้านเชื้อเอชไอวี และโรคเอดส์ การเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมนหรืออื่น ๆ รวมถึงการแปลงเพศหากต้องการและการให้ผู้ต้องขัง มีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งยังจะต้องมีมาตรการคุ้มครองผู้ต้องขังที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อความรุนแรง หรือการทำร้าย จากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น หรือการแสดงออกในด้านดังกล่าว และหากเป็นไปได้ต้องมีมาตรการคุ้มครองเป็นไปในทางจำกัดสิทธิที่เพิ่มมากขึ้นไปกว่าผู้ต้องขังอื่นทั่วไป และให้มีการควบคุมตรวจสอบเรือนจำและสถานที่กักขัง ควบคุมตัว โดยหน่วยงานอิสระทั้งภาครัฐและองค์กร เอกชน รวมทั้งองค์กรที่ทำงานประเด็นความหลากหลายทางเพศ นอกจากนั้นต้องให้การริเริ่มโครงการฝึกอบรมพืศดีเจ้าหน้าที่เรือนจำ และบุคลากรทั้งในภาครัฐหรือเอกชน ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตัว เพื่อเพิ่มความเข้าใจต่อมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และในหลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติรวมไปถึงด้านความโน้มเอียงทางเพศและอัต

ลักษณะทางเพศ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ของไทย จะเห็นได้ว่า การแบ่งแยก ประเภทผู้ต้องขังของไทย ยังมีได้ให้สิทธิผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างที่เราจะเห็น เมื่อเทียบกับการรับรองตามหลักการข้อที่ 9 ในหลักการ ยอกยาคาร์ตา ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงมักถูกลดทอนคุณค่า และตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงอยู่บ่อยครั้ง ทั้งจากเจ้าหน้าที่หรือจากผู้ต้องขังด้วยกันเอง อันเป็นการกระทำของรัฐที่ละเมิดต่อหลักการดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะรัฐที่สนับสนุนและยอมรับหลักการยอกยาคาร์ตา จึงควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างจริงจัง

#### 2.4.4 ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard of Minimum Rule for Treatment of Prisoners 1955)

ข้อกำหนดนี้ได้รับการรับรองในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดครั้งที่ 1 จัดขึ้นที่กรุงเจนีวา พ.ศ. 2498 โดยมีหลักการพื้นฐานที่มีประสงค์ที่จะกล่าวโดยละเอียดถึงระบบการราชทัณฑ์ที่จะใช้เป็นแบบฉบับ แต่พยายามที่จะกำหนดขั้นต้นโดยถือเอาหลักการและทางปฏิบัติที่ยอมรับกันทั่วไปว่าดีสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและสะดวกแก่การบริหารงานเรือนจำ โดยอาศัยแนวคิดที่เห็นสอดคล้องกันในที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และอาศัยหลักสำคัญของระบบการราชทัณฑ์ที่นิยมใช้ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบันนี้เป็นเกณฑ์<sup>49</sup> เนื่องจากความแตกต่างในด้านกฎหมาย สังคม เศรษฐกิจ และสภาพแห่งภูมิศาสตร์ ฉะนั้น ข้อกำหนดนี้ย่อมจะใช้ปฏิบัติไม่ได้ทุกข้อ ทุกแห่ง ทุกเวลา แต่ควรพยายามช่วยกันนำมาใช้เพื่อขจัดปัญหายุ่งยากทั้งหมด เพราะข้อกำหนดนี้สหประชาชาติได้ยอมรับรองว่า เป็นข้อปฏิบัติขั้นต่ำที่เหมาะสมดีแล้ว<sup>50</sup> อีกนัยหนึ่งข้อกำหนดนี้ได้วางไว้ให้ครอบคลุมถึงความคิดซึ่งกำลังก้าวหน้าอยู่เสมอ จึงไม่ต้องการตัดทอนการทดลองและการปฏิบัติต่าง ๆ ที่กลมกลืนกับหลักการที่ดี และค้นคว้าหาทางขยับขยายความมุ่งหมายที่มีอยู่แล้วในข้อกำหนดเหล่านี้ให้กว้างขวางออกไปอีก จึงเป็นเหตุผลสมควรที่ฝ่ายบริหารงานราชทัณฑ์ส่วนกลางจะใช้อำนาจสั่งการปฏิบัติแตกต่างจากข้อกำหนดนี้แต่โดยอาศัยเจตนารมณ์ดังกล่าวได้<sup>51</sup>

สำหรับขอบเขตของข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับผู้ปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ที่เกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นมีขอบเขตโดยรวม ดังนี้ ในส่วนแรกจะเป็นข้อกำหนดที่ใช้กับผู้ต้องขังทุกประเภทในหลักมูลฐานเป็นข้อกำหนดซึ่งใช้ได้ทั่วไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความ

<sup>49</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 1.

<sup>50</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 2.

<sup>51</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 3.

คิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติ หรือฐานะทางสังคม ทรัพย์สิน หรือสถานะอื่นใดของผู้ต้องขัง<sup>52</sup> ส่วนการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขัง ผู้ต้องขังต่างประเภทกันพึงแยกกลุ่มไว้คนละแห่งหรือคนละส่วนของทัณฑสถาน โดยคำนึงถึงอายุ เพศ ประวัติในทางอาชญากรรม เหตุผลในทางคดี และความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเหล่านั้น<sup>53</sup> กล่าวคือ แยกระหว่างผู้ต้องขังเพศชายกับเพศหญิง กรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่าควรมีการจัดการแยกผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างไร ทำให้การให้สิทธิในด้านอื่น ๆ เช่น การอนามัยส่วนตัวของผู้ต้องขัง เครื่องนุ่งห่มหลับนอน อาหาร การแพทย์ การใช้เครื่องพันธนาการแก่ผู้ต้องขัง การใช้สิทธิร้องทุกข์ การติดต่อกับบุคคลภายนอกเรือนจำและการแจ้งข่าวของผู้ต้องขังนั้น ในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังจึงไม่ได้มีการกำหนดไว้ด้วยเช่นกัน

ในเรื่องวินัยและการลงโทษได้กำหนดไว้ว่า ข้อกำหนดเกี่ยวกับวินัยของผู้ต้องขังไม่ควรจะเคร่งครัดไปกว่าที่จำเป็น นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดห้ามมิให้ลงโทษแก่ผู้ต้องขังในลักษณะที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือลดความเป็นมนุษย์ลง ซึ่งหมายความรวมถึง การเขียนตี การขังในห้องมืด เป็นต้น<sup>54</sup> ส่วนสิทธิในการที่จะติดต่อกับบุคคลภายนอกตามข้อกำหนด ได้กำหนดให้ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับครอบครัวและเพื่อนอย่างสม่ำเสมอ ทั้งทางจดหมายและการเยี่ยมเยียน<sup>55</sup>

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (SMR) ถูกใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเป็นเวลานาน โดยใช้อย่างเป็นทางการ ตั้งแต่ ค.ศ. 1957 ทำให้รัฐสมาชิกเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะทำการทบทวนข้อกำหนดดังกล่าว จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2558 สหประชาชาติได้มีการเปิดตัวข้อกำหนดขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่ได้รับการแก้ไขใหม่ในนามของข้อกำหนด “แมนเดลา” ในระหว่างการประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ 70 ระหว่างวันที่ 4-9 ตุลาคม พ.ศ. 2558 ณ นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา โดยสาระสำคัญของข้อกำหนดแมนเดลาที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมคือ<sup>56</sup> ความก้าวหน้าที่สำคัญ ในแง่สิทธิการเข้าถึงสุขภาพของผู้ต้องขังโดยจะต้องได้รับการบริการ

<sup>52</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 6 (1).

<sup>53</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 8.

<sup>54</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 27-32.

<sup>55</sup> ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), ข้อ 32.

<sup>56</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ‘สรุปผลการประชุมเปิดตัวมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา) ในระหว่างการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ 70’ <[http://www.cabinet.soc.go.th/Soc/Program2-3.jsp?top\\_serl=99316793](http://www.cabinet.soc.go.th/Soc/Program2-3.jsp?top_serl=99316793)> สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2567.



สาธารณสุขตามมาตรฐานเดียวกันกับโลกภายนอก และการดูแลรักษาต่อเนื่องซึ่งมีความสำคัญเนื่องจากอัตราการแพร่เชื้อเอชไอวี และโรคติดต่อร้ายแรงอื่น ๆ ในเรือนจำนั้นสูงกว่าในประชากรปกติมาก และมีการระบุที่ชัดเจนว่าในการขังเดี่ยว (Solitary Confinement) โดยให้นิยามการขังเดี่ยวว่าเป็นการขังเป็นเวลา 22 ชั่วโมงหรือ 1 วัน โดยไม่มีการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น ขอบเขตของการนำการขังเดี่ยวมาใช้ และการระบุว่าการยืดระยะเวลาการขังเดี่ยวออกไปนั้น หมายถึง การขยายเวลาเกิน 15 วัน และมีการระบุคำแนะนำเรื่องการตรวจค้นที่ล่วงล้ำ (Intrusive Search) เป็นครั้งแรก ทั้งการตรวจค้นแบบเปลือยกายหรือการตรวจค้นทางช่อง ทวารของร่างกาย และการกำหนดให้ผู้บัญชาการเรือนจำต้องรายงานการเสียชีวิตระหว่างการคุมขังโดยเร็ว และการหายสาบสูญหรือการบาดเจ็บร้ายแรง ต้องมีการสืบสวนในสถานการณ์และสาเหตุของกรณีนั้น ๆ โดยปราศจากอคติและมีประสิทธิภาพในมุมมองด้านสิทธิมนุษยชน สหประชาชาติเห็นว่าข้อกำหนดแมนเดลาควรมีการปรับปรุงเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้น โดยในประเด็นที่เกี่ยวข้อง คือ ประเด็นแรก การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากยังไม่ได้มีการกำหนดอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในข้อกำหนดแมนเดลา ในขณะที่ตรงกันข้ามกับสนธิสัญญาอื่น ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่ ซึ่งมีการระบุในเรื่องนี้แล้ว

จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติในการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขังซึ่งได้เป็นมาตรฐานสากลใหม่ในการรับรองคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกคุมขังทั่วโลก หากแต่ข้อกำหนดขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติก็ยังมีรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างกว้าง การห้ามมิให้เลือกปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเพศ หรือที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงยังไม่มีการบัญญัติอย่างชัดเจน มีเพียงแนวทางที่องค์การสหประชาชาติมีความเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงในข้อกำหนดดังกล่าวเท่านั้น

2.4.5 ข้อกำหนดของสหประชาชาติ สำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ และมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders) หรือข้อกำหนดกรุงเทพฯ (Bangkok Rules)

กรณีข้อกำหนดกรุงเทพฯ นี้ แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง แต่เป็นข้อกำหนดที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังหญิง ในด้านความแตกต่างทางเพศและเกี่ยวข้องกับสถานที่คุมขังและการแยกประเภทการคุมขัง วิธีการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อผู้ต้องขังหญิง ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนไหวจากความแตกต่างทางเพศ เช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง ที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครองให้มีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยข้อกำหนดกรุงเทพฯ มีจุดเริ่มต้นมาจากโครงการกำลังใจ ซึ่งเป็นโครงการสำคัญเกี่ยวกับประเด็นความอ่อนไหวที่เกิดจากความแตกต่างทางเพศ แนวคิดดังกล่าวได้จุดประกายให้ประเทศไทยพยายามที่จะยกระดับสิทธิมนุษยชนในประเทศ เห็นได้จากความร่วมมือของภาครัฐ ภาคเอกชน และองค์กรอิสระ รวมไปถึงการผลักดันข้อกำหนดของสหประชาชาติสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรฐานที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิง หรือเรียกโดยย่อว่าข้อกำหนดกรุงเทพฯ (Bangkok

Rules) จนผ่านการรับรองร่างข้อมติจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยที่ 65 ด้วยระบบการผ่านร่างข้อกำหนดแบบฉันทามติ ข้อกำหนดกรุงเทเพช จึงเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่มีความโดดเด่นอย่างยิ่งของประเทศไทย เนื่องจากได้รับการยอมรับและผลักดันในเวทีระดับสหประชาชาติ ทั้งเป็นความท้าทายของหน่วยงานราชการไทยที่จะดำเนินการและผลักดันให้ประสบผลสำเร็จจากภายในประเทศสู่ระดับโลก ข้อกำหนดกรุงเทเพช ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังหญิง ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความอ่อนไหว อันเกิดจากความแตกต่างทางเพศ ซึ่งมีประเด็นน่าสนใจเกี่ยวกับเรื่องการศึกษาหลายประการ ดังนี้

ประการแรก การกำหนดสถานที่คุมขังและการแยกประเภทผู้ต้องขัง ข้อกำหนดกรุงเทเพช ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดสถานที่คุมขังและการแยกประเภทผู้ต้องขัง ด้วยการกำหนดให้เรือนจำต้องมีวิธีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขังที่ตอบสนองต่อความต้องการเฉพาะของเพศหญิง และสภาวะการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องขังหญิง เพื่อเป็นหลักประกันในการจำแนกผู้ต้องขังเป็นรายบุคคลนำไปสู่การแก้ไขฟื้นฟูให้กลับเข้าไปใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข<sup>57</sup> การแยกประเภทดังกล่าวต้องมีการจัดทำประเมินค่าความเสี่ยงทางเพศ โดยคำนึงถึงความเสี่ยงของผู้ต้องขังหญิงต่อบุคคลอื่นและในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความเสี่ยง หรืออันตรายที่เกิดจากมาตรการรักษาความปลอดภัยที่ใช้กับผู้ต้องขังนั้นด้วย ผู้ต้องขังหญิงจะต้องได้รับโอกาสในการเข้าถึงโครงการกิจกรรมที่สมดุล และครอบคลุมโดยคำนึงถึงความต้องการเฉพาะของเพศ<sup>58</sup> ทั้งต้องจัดให้ห้องขังมีสิ่งอำนวยความสะดวกและสิ่งซึ่งตรงกับความต้องการด้านสุขอนามัยของผู้หญิงโดยเฉพาะ<sup>59</sup> รวมถึงการจัดให้มีโครงการเกี่ยวกับสุขภาพจิตและการฟื้นฟูสุขภาพจิตให้มีความเหมาะสมเฉพาะบุคคล โดยคำนึงถึงความปลอดภัยอันระหว่างเพศ ภาวะทุกข์ทรมานทางจิตและครอบคลุมไปถึงการให้บริการผู้ต้องขังหญิงในด้านสุขภาพจิต<sup>60</sup>

ประการที่สอง การกำหนดแนวทางในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ต่อผู้ต้องขังหญิง ข้อกำหนดกรุงเทเพชได้กำหนดแนวทางให้เรือนจำต้องมีมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้แน่ใจว่า

<sup>57</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 40.

<sup>58</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 41.

<sup>59</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 5.

<sup>60</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 12.

ศักดิ์ศรีของผู้ต้องขังหญิงจะต้องได้รับการเคารพและปกป้องในระหว่างการตรวจค้นตัว<sup>61</sup> เรือนจำจะต้องกำหนดกรอบที่ชัดเจนในระดับการจัดการบริหารเรือนจำในเรื่องการป้องกัน จัดการกับปัญหาการเลือกปฏิบัติ และการคุ้มครองปัญหาที่เกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดกับผู้ต้องขังหญิง<sup>62</sup> บุคลากรทุกคนในเรือนจำจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังและให้เกียรติต่อผู้ต้องขังหญิงตลอดทั้งบุคลากรทุกคนในเรือนจำต้องได้รับการฝึกอบรมในเรื่องความอ่อนไหวทางเพศ ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติและการล่วงละเมิดทางเพศ<sup>63</sup> เมื่อผู้ต้องขังหญิงแจ้งว่าได้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ผู้ต้องขังหญิงจะต้องได้รับการคุ้มครองและได้รับการสืบสวนจากผู้มีอำนาจอิสระโดยทันที กระบวนการในการสืบสวนต้องอยู่ภายใต้หลักการรักษาความลับ และมีมาตรการเฉพาะในการให้ความคุ้มครองผู้ต้องขังหญิง เพื่อป้องกันการถูกคุกคามจากผู้ถูกกล่าวหาในเหตุล่วงละเมิดนั้น<sup>64</sup>

ผู้ศึกษาเห็นว่า แนวทางการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในข้อกำหนดกรุงเทพฯ เป็นหลักการและแนวทางที่สามารถนำมาปรับใช้กับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ เนื่องจากกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีลักษณะความอ่อนไหวบางประการอันเกิดจากความแตกต่างทางเพศเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง จึงควรได้รับการรับรองหรือคุ้มครองสิทธิเป็นกรณีเฉพาะ เพื่อแก้ปัญหาการถูกล่วงละเมิด และสร้างความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้เท่าเทียมกับผู้ต้องขังอื่น

<sup>61</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 19.

<sup>62</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 31.

<sup>63</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 32

<sup>64</sup> ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures of Women Offenders), ข้อ 25.

## บทที่ 3

# มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความ หลากหลายทางเพศ

ในบทที่ 3 ผู้ศึกษาจะได้อธิบายหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อันประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทย และหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนจะได้อธิบายเปรียบเทียบถึงข้อแตกต่างระหว่างหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศ

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทาง เพศ

#### 3.1.1 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย

ในฐานะที่เป็นสมาชิกองค์สหประชาชาติ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 โดยมีเจตจำนงประการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อได้เข้าร่วมในการรับรอง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยจึงได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน เพื่อให้ทุกคนตระหนักในความสำคัญและเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อกันในฐานะเพื่อนมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าทุกคนมีสิทธิในชีวิต มีสิทธิได้รับการยอมรับ มีสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ถูกต้อง ฉะนั้นสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงมีความจำเป็นต่อการนำกฎหมายเข้าสู่กระบวนการ เพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลเหล่านี้ หลักความเสมอภาคทางเพศ มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและรับรองสิทธิของบุคคลโดยเริ่มปรากฏในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไว้ตามความในมาตรา 4 ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์โดยตรงดังที่บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้โดยวางหลักว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่าง ในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะ ของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ

หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวก ให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”<sup>129</sup>

ในการควบคุมตัวบุคคลหรือการตรวจค้นตัวบุคคล ที่ต้องกระทบต่อสิทธิ ในชีวิตและร่างกายของบุคคลใด รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองโดยกำหนด หลักเกณฑ์ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพ ในชีวิตหรือร่างกาย จะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ”<sup>130</sup>

ตลอดทั้งการตรากฎหมายใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การควบคุมตัว หรือการตรวจค้นตัวบุคคลของรัฐจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ ตามความซึ่งวางหลักว่า “การตรากฎหมาย ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุนเหตุผล ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”<sup>131</sup>

เมื่อพิจารณาตามความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว พบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองให้บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิ เสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างใด ๆ รวมถึงความแตกต่างทางเพศ ในการตรากฎหมายใด ๆ ของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ทั้งไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้การคุ้มครองดังกล่าวย่อมหมายรวมไปถึงสิทธิของบุคคลที่อยู่ในสถานะของผู้ต้องขังด้วย หากแต่กรณีของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นได้ว่า กฎหมายราชทัณฑ์ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองไม่ได้มีการคุ้มครองกลุ่มบุคคลดังกล่าวไว้เป็นกรณีเฉพาะส่งผลให้ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ เพียงเพราะรัฐอ้าง

<sup>129</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27.

<sup>130</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 28.

<sup>131</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 26.

เหตุความปลอดภัยต่อตัวผู้ต้องขัง หรือแม้แต่การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย บางประการที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่ได้คำนึงถึงความแตกต่างทางเพศ การกระทำดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

3.1.2 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

เมื่อพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 132 ตอนที่ 18 ก หน้า 17 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2558 และให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป กล่าวคือ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 กันยายน 2558 เป็นต้นไป

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้ เนื่องจากปัจจุบันไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจน ส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร<sup>132</sup> รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการในการคุ้มครองบุคคลที่ถูกเลือกปฏิบัติให้ได้รับความเป็นธรรมระหว่างเพศ โดยการผลักดันจากเครือข่ายความหลากหลายทางเพศ และภาคประชาสังคม ซึ่งแต่เดิมได้ยื่นอุทธรณ์ในข้อเรียกร้อง และเสนอร่างกฎหมายต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คือ การเรียกร้องให้กร่างพระราชบัญญัติความเสมอภาคทางเพศขึ้นเป็นกฎหมาย โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอันใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลทางวิชาการ ศาสนา หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>133</sup>

ตามความดังกล่าวย่อมสังเกตเห็นได้ว่า บทบัญญัติข้างต้นได้กำหนดข้อยกเว้นที่มีขอบเขตกว้างเกินไป และอาจถูกตีความตามอำเภอใจได้ซึ่งจะทำให้การเลือกปฏิบัติบางอย่างยังคงมีอยู่ต่อไป โดยขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้กำหนดว่าอะไรหมายถึงเหตุผลทางวิชาการ ศาสนา หรือประโยชน์สาธารณะ เมื่อข้อยกเว้นเป็นเหตุแห่งความไม่ชัดเจนในการนำไปปรับใช้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 จึงตัดข้อยกเว้นดังกล่าวออก โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หรือเรียกโดยย่อว่า “คณะกรรมการ วลพ.” มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาที่มีการยื่นคำร้องว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย เพื่อคุ้มครองหรือบรรเทาทุกข์ ทั้งมีอำนาจออกคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยวิธีที่เห็นเหมาะสม เพื่อระงับและป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ หรือให้การชดเชยหรือเยียวยาผู้เสียหาย โดยคำสั่งนั้นต้องแสดงเหตุผลอย่างชัดเจน และกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็น กรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ วินิจฉัยว่า มีการเลือก

<sup>132</sup> หมายถึงเหตุ ท้ายพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558

<sup>133</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, มาตรา 3.

ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ โดยอาศัยบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนนั้น ให้ยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อพิจารณายื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไป บทกำหนดโทษกรณีมีผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน สองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>134</sup>

### 3.1.3 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การตรวจค้นตัวบุคคล ซึ่งเป็นกระบวนการที่รัฐใช้สิทธิเหนือร่างกายของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การจำกัดหรือละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ของบุคคลดังกล่าว รัฐหรือเจ้าหน้าที่จะต้องกระทำภายใต้ขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด และคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญ ในส่วนของการตรวจค้นตัวบุคคล ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้ให้อำนาจในการตรวจค้นตัวไว้สองกรณี คือ กรณีเป็นผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดและกรณีเป็นผู้เสียหาย การตรวจค้นตัวผู้ต้องหา<sup>135</sup> หรือผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดนั้น ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วางหลักเกณฑ์ให้เจ้าพนักงานผู้จับหรือผู้รับตัวผู้ถูกจับมีอำนาจ ค้นตัวผู้ต้องหา โดยการค้นนั้นจะต้องทำโดยสุภาพ ถ้าผู้ที่ถูกค้นตัวเป็นผู้หญิงก็ต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น หรือในกรณีของการตรวจค้นสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลซึ่งอยู่ในที่คั่นนั้นได้เอาสิ่งของที่ต้องการพบซุกซ่อนไว้ในร่างกาย เจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจค้นตัวผู้คั่นได้ ดังบัญญัติไว้ภายใต้ความในมาตรา 85 ซึ่งได้วางหลักว่า “เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหา และยึดสิ่งของต่าง ๆ ที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น” ในส่วนของผู้เสียหายนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ให้อำนาจ พนักงานสอบสวน สามารถตรวจตัวผู้เสียหายได้หากผู้นั้นยินยอม โดยในการตรวจตัวนั้น หากผู้เสียหายเป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ปรากฏตามความในมาตรา 132 ซึ่งวางหลักว่า เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมหลักฐานให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอม หรือตรวจตัวผู้ต้องหาหรือตรวจสิ่งของ หรือที่ทางอันสามารถอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ให้รวมทั้ง ทำภาพถ่าย แผนที่ หรือภาพวาดจำลอง หรือพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า กับให้บันทึกรายละเอียดทั้งหลายซึ่งน่าจะกระทำให้คดีแจ่มกระจ่างขึ้นและในการตรวจ ตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิงให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะขอให้นำบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้

ในกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ การตรวจค้นตัวจะต้องกระทำโดยคำนึงถึงความรับรู้ทางเพศของบุคคลนั้นด้วย ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีเพศตามคำนำหน้าทีระบุในเอกสารประจำตัวบุคคลเป็นเพศใดก็ตาม แต่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอาจมีอวัยวะเพศหรือลักษณะทางกายภาพของทั้งเพศหญิงและชาย ซึ่งหากพิจารณาจากหลักการการคุ้มครองบุคคลที่มีเพศเดียว

<sup>134</sup> พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, มาตรา 34.

<sup>135</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 85.

แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองเพศหญิงมากกว่า ด้วยเหตุผลด้านอนามัยการเจริญพันธุ์ของหญิง นั้นซับซ้อนกว่าชาย ด้วยเหตุนี้หากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ตกเป็นผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา นั้นมีส่วนของอวัยวะเพศหญิงและ/หรือมีหน้าอกแม้จะไม่สมบูรณ์ก็ตาม เจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่ตรวจค้นตัว ก็ควรจะต้องใช้เจ้าหน้าที่ที่เป็นหญิงเฉกเช่นเดียวกับการตรวจค้นตัวผู้ต้องหาที่เป็นเพศหญิงด้วย

### 3.1.4 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560

กรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม เป็นหน่วยงานที่ดำเนินงานด้านกระบวนการยุติธรรมเป็น กลไกสุดท้าย มีภารกิจสำคัญในการควบคุมผู้ต้องขังมิให้หลบหนี รวมทั้งแก้ไขพัฒนาพฤตินิสัยของ ผู้ต้องขังให้เป็นพลเมืองดีกลับสู่สังคมโดยยึดหลักมนุษยธรรม เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคม ส่วนรวม<sup>136</sup> งานราชทัณฑ์จึงเป็นงานป้องกันสังคมให้ปลอดภัย เป็นงานที่มีลักษณะเฉพาะต้องอาศัย ความรู้ และทักษะในการปฏิบัติงาน แม้งานราชทัณฑ์จะไม่ใช้การใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมาย โดยตรง ทว่าก็เป็นงานที่มีการประยุกต์ใช้งานกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของบุคคล ทั้งผู้กระทำความผิด ญาติ ตลอดจนผู้เสียหาย และสังคม<sup>137</sup> การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ เดียวกัน คือ การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 โดยพระราชบัญญัติ ราชทัณฑ์ดังกล่าว ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า ผู้ต้องขัง และประเภทของผู้ต้องขังไว้ โดยวางหลัก ว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

เรือนจำ หมายความว่า ที่ซึ่งใช้ควบคุม ขัง หรือจำคุกผู้ต้องขังกับทั้งสิ่งที่ใช้ต่อเนื่องกันและให้ หมายรวมถึงที่อื่นใด ซึ่งรัฐมนตรีได้กำหนดและประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่าอาณาเขตไว้โดย ชัดเจนด้วย

ผู้ต้องขัง หมายความว่า รวมถึงนักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก

นักโทษเด็ดขาด หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายจำคุก ภายหลังคำพิพากษาถึง ที่สุดและให้หมายรวมถึงบุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้ลงโทษด้วย

คนต้องขัง หมายความว่า บุคคลที่ถูกฝากขังไว้ตามหมายขัง

คนฝาก หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกฝากให้ควบคุมไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา หรือกฎหมายอื่นโดยไม่มีหมายอาญา

คณะกรรมการ หมายความว่า คณะกรรมการราชทัณฑ์

กรรมการ หมายความว่า กรรมการราชทัณฑ์

เจ้าพนักงานเรือนจำ หมายความว่า ผู้ซึ่งมีคุณสมบัติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและ อธิบดีได้แต่งตั้ง เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

<sup>136</sup> เดือนเพ็ญ กุลสุวรรณ, 'แนวทางการสร้างความเป็นธรรมในสังคม'

<<http://www.sites.google.com/site/deunpen601/naewthang-kar-srangkhvam-pen-thrrm-ni-sangkh>>

สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2567.

<sup>137</sup> นัทธี จิตสว่าง, 'ราชทัณฑ์กับการพัฒนาองค์ความรู้และบุคลากรที่พึงประสงค์'

<<http://www.gotoknow.org/posts/420489>> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2567.



อธิบดี หมายความว่า อธิบดีกรมราชทัณฑ์

รัฐมนตรี หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้<sup>138</sup>

ตามความในมาตราข้างต้น จึงสามารถแบ่งผู้ต้องขังออกเป็น นักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝากขัง จึงสรุปได้ว่าเมื่อกล่าวถึงคำว่าผู้ต้องขังตามพระราชบัญญัตินี้ จึงหมายความว่าผู้ต้องขังทั้งสามประเภท โดยการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์พ.ศ. 2560 ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องการศึกษา สามารถแบ่งได้ ดังนี้

#### (1) มาตรการทางกฎหมายในการตรวจค้นตัว

อำนาจในการตรวจค้นตัวบุคคลในชั้นราชทัณฑ์ กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ 2 กรณี คือ กรณีการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง และกรณีการตรวจค้นตัวบุคคลอื่น การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังตามความในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 76 ประกอบกับกฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า เมื่อมีการรับตัวผู้ต้องขังไว้ ให้มีการตรวจค้นสิ่งของที่ตัวผู้ต้องขัง<sup>139</sup> ในการตรวจค้นสิ่งของที่ตัวผู้ต้องขังนั้น ถ้าผู้ต้องขังเป็นชายให้เจ้าพนักงานชายเป็นผู้ตรวจ ถ้าผู้ต้องขังเป็นหญิงให้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจ หากไม่มีเจ้าพนักงานหญิงก็ให้ผู้ต้องขังนั้นเองแสดงสิ่งของที่ตนมีติดตัวมาต่อเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ตรวจ หากว่ายังเป็นที่ยังสงสัยอยู่ว่าผู้ต้องขังจะไม่แสดงสิ่งของที่มีอยู่ทั้งหมดก็ให้เชิญหญิงอื่นที่มีความน่าเชื่อถือมาช่วยทำการตรวจค้นให้<sup>140</sup>

นอกจากการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังก่อนรับตัวเข้าเรือนจำแล้ว เจ้าหน้าที่เรือนจำสามารถทำการตรวจค้นในกรณีดังนี้ คือ ก่อนออกจากโรงฝึกวิชาชีพก่อนขึ้นเรือนนอน ก่อนและหลังการเยี่ยมญาติหรือพบทนายความ หรือพบบุคลากรทางการแพทย์ ไปศาลและอื่น ๆ ตามที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร รวมถึงกรณีที่น่าสงสัยด้วยหลักปฏิบัติในการตรวจค้นผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ ตามหนังสือคู่มือการตรวจค้นผู้ต้องขัง<sup>141</sup> สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 แบบ ได้แก่ การตรวจค้นแบบปกติ การตรวจค้นแบบพิเศษ และการตรวจค้นภายในร่างกาย<sup>142</sup> โดยมีแนวปฏิบัติในการตรวจค้นดังต่อไปนี้

#### การตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ต้องขังแบบปกติ

ในชั้นที่หนึ่ง ให้ผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้นยื่นต่อหน้าเจ้าหน้าที่ในระยะปลอดภัย โดยให้ผู้ต้องขังถอดรองเท้าและถุงเท้า เพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบหากผู้ต้องขังนั้นสวมเสื้อ หรือกางเกง หรือ

<sup>138</sup> พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 4.

<sup>139</sup> กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความใน มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479, ข้อ 35.

<sup>140</sup> กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความใน มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479, ข้อ 36.

<sup>141</sup> กรมราชทัณฑ์, 'หนังสือเวียน ที่ ยธ 0705.3/36156, 27 กันยายน 2555 กรมราชทัณฑ์, คู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง' <[http://os.correct.go.th/correct/a36156\\_55.pdf](http://os.correct.go.th/correct/a36156_55.pdf)> สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม 2566.

<sup>142</sup> 'คู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง' <[http://os.correct.go.th/correct/a36156\\_55.pdf](http://os.correct.go.th/correct/a36156_55.pdf)> สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม 2566.

กระโปรงที่มีกระเป่า เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ต้องขังแสดงสิ่งของที่อยู่ในกระเป่าต่อหน้าเจ้าหน้าที่ หากกระเป่าดังกล่าวมีสิ่งของอยู่ด้านในให้ดึงสิ่งของออกมาด้านนอก จากนั้นให้ผู้ต้องขังเหยียดแขนออกมาด้านหน้า พร้อมกางนิ้วของมือทั้งสองข้างออก ต่อมาให้ผู้ต้องขังก้มหน้า พร้อมกับใช้นิ้วมือทั้งสองข้างสาบผมสลับขึ้นและลง หากเป็นผู้ต้องขังหญิงที่มีผมยาวให้สะบัดผมด้านหลังมาด้านหน้า แล้วให้ผู้ต้องขังเงยขึ้นพร้อมกับให้อ้าปากกว้าง หากมีฟันปลอมให้ผู้ต้องขังถอดฟันปลอม โดยให้ผู้ต้องขังถือและแสดงฟันปลอมให้เจ้าหน้าที่เพื่อตรวจสอบ และให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบดูภายในช่องปาก หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังใช้มือข้างหนึ่งดึงริมฝีปากด้านล่างลง เพื่อตรวจสอบบริเวณด้านหน้าล่าง และให้ใช้มือข้างเดิมนำริมฝีปากด้านบนขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณซอกเหงือกด้านบน รวมถึงให้ผู้ต้องขังกระดกศีรษะขึ้น เพื่อตรวจสอบบริเวณใต้ลิ้น และให้ผู้ต้องขังหันศีรษะไปด้านซ้ายให้สังเกตเห็นบริเวณช่องหูด้านขวา หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังนำมือซ้ายมาจับใบหูด้านขวาแล้วดึงใบหูมาด้านหน้าและทำเช่นเดียวกันแต่เปลี่ยนเป็นหันศีรษะด้านขวาและนำมือขวามาจับใบหูด้านซ้าย

ในขั้นที่สอง ตั้งแต่ขั้นที่สองไปให้แบ่งบริเวณร่างกายทั้งด้านหลังและด้านหน้าออกเป็น 2 ด้าน คือ ซ้ายและขวา การตรวจควรให้เริ่มจากด้านหลังก่อนด้านหน้าเสมอ กรณีมีผนังใกล้ผู้ต้องขัง ให้ผู้ต้องขังหันหลังกลับ โดยผู้ต้องขังจะยื่นหันหน้าเข้าผนัง และควรให้ผู้ต้องขังยื่นห่างผนังประมาณ 1 เมตร แยกขาทั้งสองข้างออกจากกันพอสมควร เอียงลำตัวไปข้างหน้า ยกแขนทั้งสองข้างและประสานมือทั้งสองข้างแล้ววางไว้ด้านหลังศีรษะ แล้วให้เจ้าหน้าที่ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบา ๆ เริ่มตั้งแต่บริเวณคอปกเสื้อด้านหลังไล่ถึงด้านหน้า หลังจากนั้นใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบา ๆ บริเวณรอบแขนเสื้อทั้งสองข้าง แล้วใช้ฝ่ามือซ้ายกบบริเวณด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากบบริเวณด้านหลังขวา เริ่มตบเบา ๆ ตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหลังแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงก็ดำเนินการเหมือนกัน ต่อมาใช้ฝ่ามือซ้ายกบบริเวณด้านหน้าซ้าย และใช้ฝ่ามือขวากบบริเวณด้านหน้าขวา เริ่มตบเบา ๆ ตั้งแต่บริเวณใต้ปกเสื้อด้านหน้าแล้วเคลื่อนลงมาถึงบริเวณเอว กรณีผู้ต้องขังหญิงก็ดำเนินการเหมือนกัน

ในขั้นที่สาม การตรวจจะมีความแตกต่างระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย ผู้ต้องขังชายจะใส่กางเกงขาสั้นเป็นหลัก ส่วนในหน้าหนาวอาจใส่กางเกงขายาว บางกรณีผู้ต้องขังชายอาจคาดเข็มขัดได้ ส่วนผู้ต้องขังหญิงจะสวมใส่ผ้าถุงเป็นส่วนมาก แต่บางครั้งอาจสวมกางเกงเวลนอน ซึ่งวิธีการตรวจจะแตกต่างกันไปในรายละเอียด กรณีหากผู้ต้องขังคาดเข็มขัดเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ถอดเข็มขัด เพื่อส่งให้เจ้าหน้าที่ตรวจ โดยขณะส่งต้องให้ผู้ต้องขังหันหน้าไปด้านที่ไม่เห็นเจ้าหน้าที่ เมื่อเจ้าหน้าที่ตรวจเสร็จให้วางเข็มขัดไว้บริเวณด้านข้างของเจ้าหน้าที่ แล้วใช้ฝ่ามือซ้ายตบเบา ๆ บริเวณขอบกางเกงหรือผ้าถุงด้านหลังซ้าย และใช้ฝ่ามือขวาตบเบา ๆ บริเวณขอบกางเกงหรือผ้าถุงด้านหลังขวา หลังจากนั้นดำเนินการส่วนด้านหน้าเหมือนกัน ต่อมาใช้ฝ่ามือซ้ายตบเบา ๆ บริเวณขอบกางเกงหรือผ้าถุงด้านหลังซ้ายและใช้ฝ่ามือขวาตบเบา ๆ บริเวณขอบกางเกงหรือผ้าถุงด้านหลังขวาในบริเวณสะโพกด้านหลัง และดำเนินการส่วนด้านหน้าในบริเวณสะโพกด้านหน้าเหมือนกัน กรณีที่เป็นกางเกงขาสั้นให้ตรวจบริเวณของขาทั้งสองข้างทั้งด้านหลังและด้านหน้าด้วย จากนั้นให้เจ้าหน้าที่ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบา ๆ บริเวณขาหนีบด้านล่าง หากผู้ต้องขังสวมกางเกง กรณีผู้ต้องขังสวมผ้าถุงให้ดำเนินการเท่าที่จะทำได้ตามสภาพการดำเนินการต้องมีความระมัดระวัง โดยยึดหลักเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แล้ว

ใช้ฝ่ามือข้างหนึ่งตบเบา ๆ บริเวณขาหนีบ บริเวณอวัยวะเพศด้านหน้า โดยยึดหลักเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กรณีเป็นทางเกงขายาวหรือผ้าถุง ให้ใช้ฝ่ามือทั้งสองข้างตบเบา ๆ บริเวณขาทั้งสองข้าง โดยเริ่มจากด้านบนลงด้านล่าง เน้นการตรวจบริเวณขาทางเกงหรือผ้าถุง อื่นๆ หากผู้ต้องขังสวมทางเกงขาสั้น ไม่ต้องใช้ฝ่ามือตบเบา ๆ บริเวณขา โดยให้ผู้ต้องขังยกเท้าข้างหนึ่งขึ้นด้านหลัง พร้อมทั้งให้ผู้ต้องขังกระดิกนิ้วเท้า หลังจากนั้นให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับเท้าตรงกันข้าม

**การตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ต้องขังแบบพิเศษ**

การตรวจค้นลักษณะนี้ เป็นการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า จะกระทำต่อเมื่อมีเหตุสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการซุกซ่อนสิ่งของต้องห้ามตามร่างกายและต้องตรวจค้นภายในห้องหรือบริเวณที่ลับตา เพื่อมิให้เกิดความอับอายซึ่งถือว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ หลักการสำคัญเจ้าหน้าที่จะต้องไม่สัมผัสร่างกายของผู้ต้องขังอย่างเด็ดขาด และเจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้นต้องเป็นเพศเดียวกับผู้ต้องขัง กล่าวคือ หากผู้ต้องขังเป็นเพศชาย จะต้องให้เจ้าหน้าที่ชายเป็นผู้ตรวจค้น แต่ในกรณีที่ผู้ต้องขังเป็นหญิงให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ตรวจค้น การตรวจค้นแบบพิเศษนี้ควรมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 2 คน อยู่ด้วยกันในระหว่างทำการตรวจค้น เพื่อป้องกันการร้องเรียน

ขั้นตอนในการตรวจค้นแบบพิเศษจะคล้ายกับการตรวจค้นแบบปกติ แตกต่างกันที่ขั้นที่สองและขั้นที่สาม กล่าวคือ ในขั้นที่สองและสามของการตรวจค้นแบบปกติจะเป็นการสัมผัสตัวผู้ต้องขัง แต่ในขั้นที่สองและขั้นที่สามของการตรวจค้นแบบพิเศษจะเป็นการสั่งให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าและทำตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ที่กำหนด ได้แก่

**ขั้นที่หนึ่ง ปฏิบัติเช่นเดียวกับการตรวจค้นแบบปกติ**

ในส่วนขั้นที่สอง เป็นขั้นตอนที่ใช้คำสั่งเพื่อให้ผู้ต้องขังปฏิบัติตาม ดังนี้

ให้เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อ กรณีเป็นผู้ต้องขังหญิงให้ถอดชุดชั้นใน ทางเกง รวมถึงกางเกงในออก แล้วสั่งให้วางเสื้อผ้าทั้งหมดไว้ด้านข้าง กรณีผู้ต้องขังหญิง เจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าสั่งให้ผู้ต้องขังใช้มือทั้งสองข้างยกเต้านมทั้งสองข้างขึ้น เพื่อตรวจดูสิ่งของที่อาจซ่อนไว้ที่ราวนม แล้วให้ผู้ต้องขังหันหลัง เพื่อตรวจสอบบริเวณด้านหลัง หลังจากนั้นให้ผู้ต้องขังหันหน้า เพื่อตรวจดูบริเวณด้านหน้า หากเป็นชายที่มีพุงอาจสั่งให้ผู้ต้องขังยกพุงด้านใต้ เพื่อตรวจดูบริเวณด้านล่าง หากเป็นหญิงให้ผู้ต้องขังหญิงยกบริเวณเต้านมขึ้น เพื่อตรวจดูด้านล่างของเต้านม

ในขั้นที่สาม เป็นการตรวจบริเวณลำตัวท่อนล่างลงไป ซึ่งได้แก่ บริเวณอวัยวะเพศ ทวารหนัก ง่ามนิ้วเท้า และฝ่าเท้า โดยให้เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังชายใช้นิ้วชี้และนิ้วกลางยกบริเวณอวัยวะเพศขึ้นด้านบนแนบกับลำตัว ให้เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งสังเกตบริเวณอวัยวะเพศ กรณีผู้ต้องขังเป็นหญิงให้ข้ามขั้นตอนนี้ไป จากนั้นให้เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังหันหลังกลับ ทางขาออกพอสมควร แล้วให้ผู้ต้องขังก้มโค้งลำตัวไปด้านหน้าของผู้ต้องขัง จนเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถสังเกตเห็นบริเวณช่องทวารหนัก หรือหากเป็นผู้ต้องขังหญิงเจ้าหน้าที่สามารถสังเกตเห็นส่วนของอวัยวะเพศ แล้วให้เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ต้องขังยกเท้าข้างหนึ่งขึ้นด้านหลังพับขาประมาณ 90 องศาไปด้านหลัง อีกทั้งให้ผู้ต้องขังกางนิ้วเท้าออก หลังจากนั้นให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับเท้าข้างที่ตรงกันข้าม ในกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจค้น 2 คนให้อยู่ด้านหน้าผู้ต้องขังหนึ่งคนและด้านหลังหนึ่งคน โดย

เจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าเป็นผู้ออกคำสั่ง ผู้อยู่ ด้านหลังเป็นผู้รับเสื่อผ้า สิ่งของของผู้ต้องขังและทำการตรวจสอบ เมื่อตรวจสอบแต่ละอย่างแล้วเสร็จ ก็ให้ส่งสัญญาณให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ด้านหน้าดำเนินการในขั้นต่อไป

#### การตรวจค้นภายในร่างกาย

การตรวจค้นดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อตรวจสอบอย่างละเอียดสำหรับสิ่งของต้องห้ามหรือวัตถุแปลกปลอมในช่องต่าง ๆ หรือทวารหนักของร่างกายผู้ต้องขังโดยใช้เครื่องมือพิเศษ เจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่น ยกเว้นบุคลากรที่ผ่านการอบรมเฉพาะทางไม่สามารถทำการตรวจแบบดังกล่าวได้ และการตรวจค้นดังกล่าวต้องให้ผู้ต้องขังยินยอมด้วยการลงลายมือชื่อในเอกสารยินยอม โดยก่อนที่จะมีการพิจารณาดำเนินการตรวจค้นแบบดังกล่าว จะต้องต้องมีข้อมูลประวัติทางการแพทย์ประกอบการพิจารณาด้วยทุกครั้ง หลักการตรวจค้นในกรณีนี้ต้องเป็นการตรวจเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีสิ่งของต้องห้ามซุกซ่อนภายในร่างกาย และต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องขังโดยทำเป็นหนังสือให้ผู้ต้องขังลงลายมือชื่อรับทราบ ทั้งนี้ การตรวจจะต้องกระทำโดยบุคลากรที่ได้รับการอบรมเฉพาะทาง ในกรณีที่ผู้ต้องขังไม่ยินยอมให้ทำการตรวจค้นให้นำผู้ต้องขังไปแยกการควบคุมเพื่อสังเกตพฤติกรรม สำหรับสถานที่และระยะเวลาให้เป็นไปตามที่ผู้บัญชาการเรือนจำกำหนด

ข้อมูลของข้อเท็จจริงทั้งหมดที่สนับสนุนว่า “มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีสิ่งของต้องห้ามซุกซ่อนในร่างกาย” จะต้องทำในรูปแบบของเอกสาร การตรวจดังกล่าวต้องคำนึงถึงในการป้องกันการติดเชื้อ หรือการบาดเจ็บต่าง ๆ อันเกิดจากการล่วงล้ำเข้าไปในส่วนในร่างกาย ก่อนมีการนำเครื่องมือหรืออุปกรณ์อื่นใดในการตรวจค้นหาสิ่งของต้องห้าม จะต้องนำปัจจัยทางด้านสุขภาพและสวัสดิการของผู้ต้องขังเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาดำเนินการด้วยทุกครั้งไป โดยเจ้าหน้าที่อื่นที่เป็นเพศตรงข้ามกับผู้ต้องขังที่ได้รับการตรวจ ไม่สามารถสังเกตการตรวจครั้งนั้นได้ และเจ้าหน้าที่ต้องบันทึกทุกขั้นตอนของการตรวจ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องมือ คำสั่งอนุญาตจากผู้บัญชาการ หรือเหตุผลของการตรวจครั้งนั้น การบันทึกต้องบันทึกไว้ในแบบการตรวจ และในแบบประวัติของผู้ต้องขัง

กรณีการตรวจค้นบุคคลอื่น โดยคำว่า “บุคคลอื่น” หมายถึง บุคคลที่ไม่ใช่ผู้ต้องขัง หรือเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานในเรือนจำ เนื่องจากบุคคลอื่นอาจถูกห้ามไม่ให้เข้าเรือนจำได้ หากพบว่า ต้องสงสัยหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะอาจนำสิ่งของต้องห้ามเข้าเรือนจำ การตรวจค้นจึงเป็นการตรวจดูจากตาเปล่าเป็นลำดับแรกหรือมีการใช้เครื่องตรวจสิ่งของต้องห้ามที่เป็นแบบเครื่องเอกซเรย์ คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือเครื่องอื่น ๆ ที่สามารถตรวจจับสิ่งของต้องห้ามได้ หรือหากเป็นกลุ่มเยี่ยมผู้ต้องขังจะใช้วิธีตรวจโดยสุนัขดมกลิ่นหาสารเสพติด ถ้าสงสัยจริง ๆ จะใช้การตรวจค้นตามปกติ การใช้วิธีตรวจค้นแบบพิเศษจะใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และหากเป็นการตรวจค้นสิ่งของภายในร่างกายจะไม่ใช้อย่างเด็ดขาด บุคคลอื่นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

บุคคลที่มาเยี่ยมผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังตามปกติให้บุคคลดังกล่าวฝากสิ่งของต้องห้ามตามระเบียบของเรือนจำไว้ในตู้เก็บสิ่งของที่เรือนจำจัดให้ ในกรณีที่เรือนจำมีเครื่องตรวจโลหะแบบเดินผ่าน ให้บุคคลดังกล่าวนำสิ่งของเครื่องใช้ที่เป็นโลหะแยกออกไว้ในภาชนะที่เรือนจำจัดไว้ก่อนที่จะเดินผ่านเครื่องตรวจโลหะ กรณีที่มีสัญญาณเตือนจากเครื่องตั้งขึ้น ให้บุคคล

ดังกล่าวตรวจสอบตัวเอง หากพบอุปกรณ์ที่เป็นโลหะเพิ่มเติมให้แยกออกไว้ในภาชนะที่จัดให้ แล้วเดินผ่านเครื่องอีกครั้งหนึ่ง ในกรณีที่ยังคงมีเสียงเตือนดังอยู่ หรือในกรณีที่เรือนจำไม่มีเครื่องตรวจโลหะแบบเดินผ่าน เรือนจำอาจให้บุคคลดังกล่าวยืนในจุดตรวจค้น แล้วใช้เครื่องตรวจโลหะแบบมือ ตรวจบริเวณเสื้อผ้าและรองเท้าของบุคคลนั้นก็ได้ เมื่อพบตำแหน่งที่เครื่องส่งเสียงแล้วให้บุคคลนั้นแสดงความบริสุทธิ์ หากไม่สามารถแสดงได้ให้ขออนุญาตทำการตรวจค้นโดยใช้มือ เฉพาะในส่วนที่พบตำแหน่งที่สัญญาณดัง หากไม่พบสิ่งผิดปกติดังกล่าวให้ผ่านได้ หากพบสิ่งของต้องสงสัยหรือสิ่งของต้องห้าม ให้ทำการบันทึกและเสนอผู้บังคับบัญชาพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ จะไม่อนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเข้าเยี่ยมจนกว่าจะมีคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา

กลุ่มบุคคลที่เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังใกล้ชิด การเยี่ยมประเภทนี้ต้องมีความเข้มงวดในการตรวจค้น เนื่องจากผู้เยี่ยมสามารถใกล้ชิดผู้ต้องขังได้มากที่สุด ดังนั้นให้ใช้วิธีตรวจแบบเดี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในเรือนจำ โดยเริ่มจากการใช้เครื่องตรวจโลหะแบบเดินผ่าน หรือเครื่องตรวจโลหะแบบมือถือ ส่วนรองเท้าและสิ่งของเครื่องใช้ต่าง ๆ ที่จะนำเข้าไปภายในเรือนจำ จะต้องนำออกแสดงให้ผู้ตรวจค้นทราบ และนำผ่านเครื่องเอ็กซเรย์แบบสายพานในกรณีที่เรือนจำมีอุปกรณ์ดังกล่าว

นอกจากนี้ในกรณีที่เรือนจำมีอุปกรณ์สำหรับการตรวจหาสารเสพติด ได้แก่ สุนัขดมกลิ่น หรือเครื่องตรวจหาสารเสพติด คือ เครื่องเอ็กซเรย์บุคคลซึ่งสามารถตรวจหาได้ทั้งวัตถุและสารเสพติด ให้ผู้เข้าเยี่ยมที่จะเข้าไปภายในเรือนจำได้รับการตรวจจากอุปกรณ์ทั้งหมดที่กล่าวมาเท่าที่สามารถจะกระทำได้ สำหรับบริเวณพื้นที่เยี่ยมใกล้ชิดควรมีการติดตั้งกล้องโทรทัศน์วงจรปิด เพื่อใช้สังเกตการณ์ และหากเป็นไปได้ควรกำหนดที่นั่งของผู้ต้องขังให้ตรงกับมุมกล้องวงจรปิด เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถสังเกตความเคลื่อนไหวได้ตลอดเวลา

ในส่วนของการตรวจค้นบุคคลที่มีกิจกรรมในเรือนจำเนื่องจากกลุ่มดังกล่าวเป็นกลุ่มบุคคลที่มีภารกิจอื่น ๆ ในเรือนจำ เช่น ครูผู้ฝึกวิชาชีพผู้รับเหมา คนงาน เป็นต้น การตรวจค้นในกรณีนี้ให้ใช้หลักการเดียวกับการตรวจค้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในเรือนจำเช่นเดียวกัน

นอกจากอำนาจในการตรวจค้นบุคคลอื่นข้างต้นแล้ว พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ยังให้อำนาจรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ มีอำนาจกำหนดบริเวณภายนอกเรือนจำ ซึ่งเป็นที่สาธารณะเป็นเขตปลอดภัยโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา พร้อมแสดงแผนที่ของอาณาบริเวณดังกล่าว ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในบริเวณนั้นประกอบด้วย ผลของการกำหนดอาณาเขตเป็นเขตปลอดภัย ทำให้เรือนจำมีอำนาจตรวจค้นบุคคลหรือยานพาหนะที่อยู่ในเขตดังกล่าว โดยมีสาระสำคัญความว่า “ในกรณีที่มีพฤติการณ์และเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลหรือยานพาหนะใดอาจส่งยาเสพติดให้โทษ วัตถุออกฤทธิ์ สารระเหย อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง สิ่งเทียมอาวุธปืน โทรศัพท์มือถือ หรือเครื่องมือสื่อสารอื่น อุปกรณ์ของสิ่งของดังกล่าว รวมถึงวัตถุอื่นที่เป็นอันตราย หรือกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของเรือนจำเข้าไปในเรือนจำ ให้เจ้าพนักงานเรือนจำมีอำนาจตรวจค้นบุคคล หรือยานพาหนะนั้น ในเขตปลอดภัยตามวรรคหนึ่งได้ รวมทั้งมีอำนาจยึด ทำให้เสียหาย ทำให้ใช้การไม่ได้ หรือทำลายสิ่งของและทรัพย์สินที่ใช้เป็นเครื่องมือในการ

นำส่งสิ่งของดังกล่าวด้วย ในกรณีที่เป็นความผิดทางอาญาให้มีอำนาจจับกุมและแจ้งให้พนักงานฝ่ายปกครอง

จากหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวดังกล่าวพบว่า แม้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 จะถูกตราขึ้น เพื่อแก้ไขปรับปรุงแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังให้สอดคล้องกับแนวทางการคุ้มครองตามหลักสากล หากแต่ในการตรวจค้นตัวนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้แต่อย่างใด ไม่ว่าจะอยู่ในสถานะของผู้ ต้องขัง หรือสถานะของบุคคลอื่นที่ต้องถูกตรวจค้นก็ตาม แม้ว่าความในมาตรา 76 ซึ่งวางหลักว่า บรรดา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง และมติคณะรัฐมนตรีที่ได้ออกตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแต่ก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่า บรรดา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งที่จะเกิดขึ้นในเวลาต่อจากนี้จะให้การคุ้มครองไปถึงสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นแต่ประการใด

(2) มาตรการทางกฎหมายในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังนั้น ผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดประเภทหรือชั้นของเรือนจำ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม นอกจากมีอำนาจในการกำหนด ประเภทหรือชั้นของเรือนจำแล้ว รัฐมนตรีดังกล่าวยังมีอำนาจในการสั่งให้จัดอาณาเขตภายในเรือนจำออกเป็น ส่วน ๆ ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงประเภท ชั้น เพศของผู้ต้องขังหรือความประสงค์ในการอบรมของผู้ต้องขังด้วย<sup>143</sup> ปัจจุบันเพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน กรมราชทัณฑ์จึงแบ่งผู้ต้องขังออกเป็น 7 ประเภท คือ ผู้ต้องขังหญิง ผู้ต้องขังที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษเป็นครั้งแรก ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดอนาจาร ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์ ผู้ต้องขังที่ศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย และผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ระบุมานี้แล้ว<sup>144</sup>

เมื่อพิจารณาตามความในกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ข้อ 40 แล้ว จะเห็นได้ว่าในการจัดประเภทของผู้ต้องขังในงานราชทัณฑ์ กฎหมายใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของฐานความผิด อายุ และเพศในการจัดประเภทของผู้ต้องขัง แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของการจัดประเภทโดยใช้เพศเป็นเกณฑ์นั้น กฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยแยกประเภทตามเพศกำเนิดเท่านั้น มิได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของสภาพทางเพศและสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้แต่อย่างใด

<sup>143</sup> พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479, มาตรา 6.

<sup>144</sup> กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความ ในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479, ข้อ 40.

(3) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียนกรณีผู้ต้องขัง ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ

การล่วงละเมิดทางเพศ เป็นการสร้างความอับอายต่อความน่าเชื่อถือไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกข่มขืน และปฏิเสธสิทธิที่แต่ละคนพึงมีในชีวิตและร่างกายของบุคคลคนนั้น โดยการก้าวล่วงความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ของฝ่ายหนึ่งด้วยวิธีการใด ๆ ไม่ว่าจะใช้กำลังบังคับขืนใจหรือไม่ก็ตาม การล่วงละเมิดทางเพศ จึงเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง ที่เกิดจากการประกอบกิจการทางเพศที่ไม่เหมาะสม หรือมีการบังคับล่วงเกินอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ว่าจะมีการสอดใส่ เข้าไปในปากช่องคลอด รูทวารหรือไม่ก็ตาม รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองบุคคลทุกคนไม่ให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไม่เว้นแม้แต่ในสถานะของผู้ต้องขังซึ่งยังคงถือว่าเป็นพลเมืองคนหนึ่ง รัฐจึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองในชีวิตและร่างกายเช่นเดียวกัน

การละเมิดทางเพศในเรือนจำเป็นวิกฤตสิทธิมนุษยชนระดับโลก ไม่ว่าจะถูกล่วงละเมิดจากผู้ต้องขังด้วยกันเอง หรือในหลายกรณีที่ถูกกระทำผิด เป็นเจ้าหน้าที่เรือนจำ ซึ่งควรมีหน้าที่ดูแลให้ผู้ต้องขังปลอดภัย แต่ไม่ว่าจะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หรือผู้ต้องขังด้วยกันเอง การข่มขืน และการละเมิดทางเพศดังกล่าว ถือเป็น การทรมาณรูปแบบหนึ่งตามหลักกฎหมายสากล รัฐบาลจึงต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ในการคุ้มครองให้ผู้ต้องขังปลอดภัย เนื่องจากการละเมิดทางเพศในเรือนจำสะท้อนให้เห็นถึงความล้มเหลวของรัฐในการปฏิบัติ ตามความรับผิดชอบของตนไม่ว่าผู้กระทำผิดจะเป็นใครก็ตาม โดยการละเมิดทางเพศในเรือนจำอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ และเกี่ยวข้องกับตัวบทและนิยามทางกฎหมาย ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในหลายภูมิภาค นิยามความหมายของคำว่า “การละเมิดทางเพศในเรือนจำ” หมายถึง การพยายามมีความสัมพันธ์ หรือการคุกคามทางเพศ ซึ่งขัดกับความประสงค์ของผู้ต้องขังอีกคนหนึ่ง หรือการมีสัมพันธ์ทางเพศใด ๆ ที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหาย จะมีสภาพทางเพศใด การละเมิดทางเพศจึงอาจเกิดขึ้นได้กับทั้งผู้ต้องขังผู้หญิง และผู้ต้องขังผู้ชาย ผู้กระทำผิดอาจเป็นเพศเดียวกัน หรือเพศตรงข้ามกับผู้เสียหายก็ได้ เรือนจำทั่วโลกล้วนมีปัญหาคความรุนแรงและการข่มขืน ทำให้ในบางครั้ง เพื่อความปลอดภัยในชีวิต ผู้ต้องขังบางคนต้องยอมมีความสัมพันธ์กับผู้ต้องขังที่มีอำนาจ มากกว่า ด้วยการยอมร่วมเพศแบบไม่มีการป้องกัน บางกรณีการข่มขืนในเรือนจำเกิดขึ้น ในลักษณะที่เป็นแก๊ง โดยผู้เสียหายมักถูก “ขาย” ไปให้กับแก๊งต่าง ๆ และถูกบังคับ ให้ต้องขายบริการทางเพศ ผู้เสียหายส่วนใหญ่มักถูกข่มขืนหลายครั้ง เนื่องจากข่าวในเรือนจำสามารถกระจายได้อย่างรวดเร็ว เป็นเหตุให้ผู้ต้องขังที่เคยถูกข่มขืน มักตกเป็นเป้าหมายของผู้ต้องขัง และเจ้าหน้าที่เรือนจำคนอื่น ๆ บ่อยครั้งที่ผู้ทำการข่มขืนเป็นเจ้าหน้าที่เรือนจำ ไม่ใช่ผู้ต้องขัง หรือเจ้าหน้าที่เรือนจำมีส่วนช่วยเหลือให้ผู้ต้องขังข่มขืนกันเอง หรือในกรณีอื่น ๆ ที่เจ้าหน้าที่เรือนจำขอมีเพศสัมพันธ์ เพื่อแลกเปลี่ยนกับอาหาร ยา หรือการปฏิบัติใดเป็นพิเศษ ในบางกรณีอาจดูเหมือนเจ้าหน้าที่เรือนจำมีความสัมพันธ์ทางเพศ โดยได้รับความยินยอมจากผู้ต้องขัง แต่สังเกตได้ว่าแม้การมีเพศสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น จะไม่ได้เกิดจากการบังคับ แต่ในบางกรณีการมีสัมพันธ์ทางเพศของผู้ต้องขังกับเจ้าหน้าที่เรือนจำ ก็เกิดจากการที่ผู้ต้องขังต้องยินยอมด้วยความจำนน เพราะต้องการที่จะป้องกันไม่ให้

เกิดอันตรายต่อตนเองหรือผู้อื่นจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เรือนจำนั้น จากปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น จึงได้มีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิ ของผู้ต้องขังในเรื่องนี้ สหประชาชาติได้มีมติกำหนดหลักการ ที่มีชื่อว่า ข้อกำหนด ของสหประชาชาติสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรื่องจำ และมาตรการที่ มิใช่ การคุมขังสำหรับผู้ต้องขังหญิง หรือข้อกำหนดกรุงเทพฯ ขึ้นมา ประเทศไทยถือได้ว่าเป็นประเทศที่ เป็นแกนนำสำคัญที่ก่อให้เกิดข้อกำหนดนี้ขึ้น ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่ ถูกล่วงละเมิดทางเพศในเรือนจำนั้น ข้อกำหนดนี้ ได้วางหลักเกณฑ์ให้มีการคำนึงถึงความเสี่ยงของ ผู้ต้องขังหญิงต่อความเสี่ยง หรืออันตรายที่เกิดจากมาตรการรักษาความปลอดภัยที่ใช้กับผู้ต้องขังนั้น ด้วยการประเมินค่าความเสี่ยงทางเพศ ผลจากหลักการในข้อกำหนดกรุงเทพฯ ทำให้พระราชบัญญัติ ราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้มีการวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ให้สอดคล้องกับข้อกำหนดนี้ โดยได้ขยาย ความคุ้มครองให้ครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ต้องขังชายด้วย ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียน เกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของเรือนจำได้ โดย ให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันที รวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับ และได้รับ การไต่สวนชี้ขาดจากพนักงานอัยการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ในกรณีที่ผู้ต้องขังซึ่งเป็นหญิงได้ตั้งครรรค์จากเหตุล่วงละเมิดทางเพศ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 59 มาใช้ บังคับด้วยโดยอนุโลม”<sup>145</sup> เห็นได้ว่า ตามความข้างต้นได้มีการกำหนดบทบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับ ข้อกำหนดกรุงเทพฯ ในข้อ 25 ซึ่งวางหลักว่า เมื่อผู้ต้องขังหญิงแจ้งว่า ได้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ผู้ต้องขังหญิงจะต้องได้รับการคุ้มครองและได้รับการสืบสวน จากผู้มีอำนาจอิสระโดยทันที กระบวนการ ในการสืบสวนต้องอยู่ภายใต้หลักการรักษา ความลับ และมีมาตรการเฉพาะในการให้ความคุ้มครอง ผู้ต้องขังหญิง เพื่อป้องกันการถูกคุกคามจากผู้ถูกกล่าวหาในเหตุล่วงละเมิดนั้น แต่เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 นอกจากจะมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองให้สิทธิในการร้องเรียน กรณี ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่แก่ผู้ต้องขังหญิงแล้ว ความในมาตรา 47 ยังให้ สิทธิดังกล่าวแก่ผู้ต้องขังชายด้วย ในความเป็นจริงเห็นได้ว่า นอกจากเหตุล่วงละเมิดทางเพศในเรือนจำ จะก่อให้เกิดภาวะการตั้งครรรค์ของผู้ต้องขังหญิงแล้ว การล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าว ยังส่งผลให้ ผู้ต้องขังไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องขังหญิง ผู้ต้องขังชาย หรือผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีโอกาสเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น โรคเอดส์ ซิฟิลิส หรือโรคที่ติดต่อทาง เพศสัมพันธ์อื่น ๆ ทั้งยังส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิต ของผู้ต้องขังจากความรุนแรงและบอบช้ำทางจิตใจ จากเหตุล่วงละเมิดทางเพศ การที่กฎหมายราชทัณฑ์ได้กำหนดการดูแลและช่วยเหลือเฉพาะผู้ต้องขัง หญิงที่ตั้งครรรค์ จากเหตุล่วงละเมิดทางเพศในเรือนจำเพียงกรณีเดียว จึงไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครอง สิทธิของผู้ต้องขังตามหลักสิทธิมนุษยชนสากลอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มของผู้ต้องขังซึ่ง เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีความเสี่ยงสูงที่จะตกเป็นเหยื่อในการถูกล่วงละเมิดทางเพศ

(4) มาตรการทางกฎหมายในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขัง

พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดสิทธิในการเยี่ยม ซึ่งวางหลักว่า ผู้ต้องขังพึงได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับบุคคลภายนอกตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ บุคคลภายนอกซึ่ง

<sup>145</sup> พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 47.



ได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเรือนจำ เพื่อกิจธุระ เยี่ยมผู้ต้องขัง หรือเพื่อประโยชน์อื่น จะต้องปฏิบัติ ตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ที่ประกาศไว้โดยเปิดเผย<sup>146</sup> ทั้งยังกำหนดให้เรือนจำจัดสถานที่ให้ผู้ต้องขังได้ พบและปรึกษาทนายความ หรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัวได้ตามที่กำหนดในระเบียบ กรมราชทัณฑ์<sup>147</sup>

การเยี่ยมผู้ต้องขังในเวลาปกตินั้น ผู้ต้องขังและผู้เยี่ยมสามารถสื่อสารกันได้ ้ แต่จะมี ลูกกรงเหล็กหรือลวดตาข่ายกั้นไว้ระหว่างผู้ต้องขังกับผู้ที่มาเยี่ยมเยียน ต่อมากรมราชทัณฑ์เห็นว่าการ เยี่ยมที่ได้พบปะแบบใกล้ชิดจะทำให้ผู้ต้องขังรู้สึกผ่อนคลายจากความเครียดและมีสุขภาพจิตที่ดีขึ้น อัน ก่อให้เกิดผลดีและตรงตามวัตถุประสงค์ของการบังคับโทษ ที่มุ่งแก้ไขฟื้นฟูไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับไป กระทำผิดซ้ำจึงได้จัดให้มีเทศกาลที่เรียกว่า วันพบญาติ ซึ่งจะจัดขึ้นปีละ 2 ครั้ง โดยอนุญาตให้ผู้ต้องขัง ที่มีความประพฤติดี เคารพกฎหมายและซื่อสัตย์ ได้รับโอกาสพบญาติอย่างใกล้ชิดภายในสถานที่ที่ เรือนจำจัดเตรียมไว้ให้สำหรับการเยี่ยมหรือพบปะโดยผู้ต้องขังและญาติที่มาเข้าเยี่ยมสามารถ รับประทานอาหาร พุดคุย ทำกิจกรรมร่วมกันได้ โดยไม่มีสิ่งกีดกั้นแต่อย่างใด<sup>148</sup> ญาติที่ได้รับอนุญาตให้ เยี่ยมญาติใกล้ชิดได้ต้องมีความเกี่ยวข้องกับทางสายโลหิตหรือโดยการจดทะเบียนสมรส ทั้งตามข้อบังคับ ของกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยเรื่อง การแก้ไขข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 เรื่องการกำหนดความสะอาด และประโยชน์บางประการ สำหรับผู้ต้องขัง ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2480 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2533 เนื่องจากกรมราชทัณฑ์พิจารณาแล้วเห็นว่า ทัณฑสถานเปิด เป็นสถานที่ซึ่งควบคุมและอบรมฝึกวิชาชีพ ให้แก่ผู้ต้องขังซึ่งมีความประพฤติดี มีความอดุสาหะ ได้รับความไว้วางใจจากเจ้าหน้าที่และเหลือโทษ จำคุกต่อไปไม่มาก เพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้ต้องขังมีความประพฤติดียิ่งขึ้นกับเพื่อให้ผู้ต้องขัง ได้มีโอกาส ปรับสภาพชีวิตเข้ากับครอบครัวก่อนครบกำหนดปลดปล่อยหรือพ้นโทษสมควรให้ผู้ต้องขังดังกล่าวได้รับ ประโยชน์เกี่ยวกับการเยี่ยมของครอบครัวเป็นกรณีพิเศษ จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับกรม ราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 ในการอนุญาตให้ผู้ต้องขังได้รับการเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิดใน สถานที่ที่ทัณฑสถานได้จัดไว้ให้ เดือนละ 1 ครั้ง ตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่ทัณฑสถานกำหนด โดยได้รับความ เห็นชอบจากอธิบดีกรมราชทัณฑ์<sup>149</sup> ในทางปฏิบัติ ทัณฑสถานเปิดได้กำหนดหลักเกณฑ์และ เงื่อนไขในการเยี่ยมผู้ต้องขังกรณีพิเศษ โดยให้สิทธิคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายของ ผู้ต้องขังสามารถที่จะเข้าเยี่ยมในลักษณะใช้ชีวิตคู่ในสถานที่ที่ทัณฑสถานเปิดนั้นกำหนด แต่กรณีของ คู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นไม่สามารถที่จะใช้สิทธิการเข้าเยี่ยมกรณีพิเศษ ดังกล่าวได้ เพราะคู่ชีวิตไม่ได้จดทะเบียนสมรส

<sup>146</sup> พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 60.

<sup>147</sup> พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 61.

<sup>148</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สาขาวิชาการจัดการ, กฎหมาย ข้อบังคับและการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังใน เรือนจำ ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับงานราชทัณฑ์, หน่วยที่ 6 (อรุณการพิมพ์ 2551) 370.

<sup>149</sup> ข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยเรื่อง แก้ไขข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ ฉบับที่ 3 เรื่อง กำหนดความสะอาดและ ประโยชน์บางประการสำหรับผู้ต้องขัง ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2480, ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2533.

ในกรณีที่ผู้ต้องขังป่วย กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือให้สิทธิผู้ต้องขังป่วยได้รับการเยี่ยมเป็นพิเศษ กล่าวคือ ผู้ต้องขังคนใดที่เจ็บป่วยอาการหนักและได้รับการรักษาอยู่ในทัณฑสถาน โรงพยาบาลราชทัณฑ์ หรือสถานพยาบาลของเรือนจำ หากผู้อำนวยการทัณฑสถาน โรงพยาบาลราชทัณฑ์ หรือผู้บังคับบัญชาการเรือนจำจะอนุญาตให้ผู้ต้องขังนั้น ได้รับการเยี่ยมญาติภายในทัณฑสถาน โรงพยาบาลราชทัณฑ์ หรือสถานพยาบาลของเรือนจำ แล้วแต่กรณี โดยพิจารณาจากรายงานของแพทย์และเจ้าหน้าที่พยาบาลประจำสถานพยาบาลนั้น<sup>150</sup> ทั้งนี้ บุคคลที่มีสิทธิได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยได้ จะต้องเป็นไปตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้

บุคคลต่อไปนี้เท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เยี่ยมผู้ต้องขังป่วย

- (1) บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย
- (2) สามีหรือภรรยา
- (3) บุตร หรือหลาน
- (4) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือพี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือที่ผู้ต้องขังป่วยร้องขอ<sup>151</sup>

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการเข้าเยี่ยมตามปกติการเข้าเยี่ยมกรณีพบญาติใกล้ชิด การเข้าเยี่ยมกรณีพิเศษเพื่อใช้ชีวิตคู่ และการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วยนั้น กฎหมายได้ให้สิทธิในกรณีของผู้สืบสายโลหิตและผู้ที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายเป็นสำคัญ ฉะนั้น ในกรณีของคุณชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิ รวมทั้งโอกาสในการเยี่ยมเทียบเท่ากับคู่สมรสตามกฎหมาย อันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวโดยเฉพาะการที่กฎหมายให้อำนาจผู้บัญชาการเรือนจำ สามารถออกระเบียบเรือนจำ

เพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับของกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกฯ ทำให้บางเรือนจำกำหนดข้อห้ามมิให้ผู้ที่เคยต้องถูกลงโทษและถูกควบคุมตัวในเรือนจำมาก่อน เข้าเยี่ยมผู้ต้องขัง ส่งผลให้คุณชีวิตซึ่งพบรักกันและพ้นโทษออกไปไม่สามารถเข้าเยี่ยมคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังคงถูกควบคุมตัวอยู่ในเรือนจำได้ เนื่องจากมิได้เป็นญาติหรือคู่สมรสที่กฎหมายให้อำนาจ และเป็นผู้ที่เคยต้องโทษในเรือนจำมาก่อน คู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงอาจตัดสินใจกระทำผิดอีกครั้ง เพื่อให้ได้พบหน้ากับบุคคลที่ตนรัก

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในอดีตกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มิได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในเวลาต่อมาสังคมโลกได้ยอมรับถึงการมีอยู่ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลาย

<sup>150</sup> ข้อบังคับของกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อ ของบุคคลภายนอกต่อผู้ต้องขังและการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2547, ข้อ 30.

<sup>151</sup> ระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขัง และการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2561, ข้อ 25.

ทางเพศมากขึ้นตั้งแต่แต่ละประเทศได้ตระหนักถึงหลักสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐจึงไม่อาจจำกัดสิทธิของบุคคลใด ๆ ให้อยู่ต่ำกว่าสิทธิที่บุคคลโดยทั่วไปได้รับ เพียงเพราะสภาพทางเพศของบุคคลนั้น แนวคิดดังกล่าวจึงนำมาซึ่งการเคลื่อนไหวและเปลี่ยนแปลงในระบบกฎหมายภายในของหลาย ๆ ประเทศ ด้วยการบัญญัติกฎหมายที่รับรองให้มีการผ่าตัดแปลงเพศ และรับรองให้การเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลสามารถกระทำได้นี้เนื่องจากบุคคลไม่จำเป็นต้องผูกติดอยู่กับเพศที่มีมาแต่กำเนิด เห็นได้ว่าการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ได้เกิดปัญหากรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอยู่บ่อยครั้ง ประเทศต่าง ๆ ในระบบ Common Law และระบบ Civil Law จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากรัฐจะเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความแตกต่างของสภาพทางเพศบุคคลมิได้ ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจึงมุ่งที่จะศึกษามาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศึกษาในประเด็นสิทธิการเลือกระบุเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีอย่างไรบ้าง

ปัจจุบันบุคคลที่ถูกระบุว่ามีความหลากหลายทางเพศ ได้รับการรับรองในเอกสารทางการในหลายประเทศ รวมถึง ออสเตรเลีย อินเดีย นิวซีแลนด์ และเนปาล ข้อมูลจากองค์การสหประชาชาติ (ยูเอ็น) ระบุว่า ประชากรทั่วทั้งโลกที่เป็นบุคคลภาวะเพศไม่ชัดเจน มีประมาณ 0.05 - 1.7% และปัจจุบัน บุคคลที่ถูกระบุว่ามีความหลากหลายทางเพศไม่ชัดเจน ที่ได้รับการรับรองในเอกสารทางการในหลายประเทศ รวมถึง ออสเตรเลีย อินเดีย นิวซีแลนด์ และเนปาล

### 3.2.1 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในเครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และเป็นประเทศแรก ๆ ของโลก ที่ริเริ่มดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการยอมรับความหลากหลายทางเพศ ด้วยการประกาศนโยบายใหม่ ให้ประชาชนสามารถเลือกคำระบุเพศได้ อาทิ “คลุมเครือ” “ความหลากหลายทางเพศ” และ “ยังไม่กำหนด” ในเอกสารราชการได้ แทนที่จะมีแต่ ชายและหญิง โดย นายมาร์ก ดราวยพัส รัฐมนตรียุติธรรมออสเตรเลีย กล่าวในแถลงการณ์ว่า นโยบายการระบุเพศสภาพฉบับใหม่นี้ จะมีผลตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2561 ที่จะทำให้ประชาชนสามารถเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อได้ง่ายขึ้น ทั้งในเอกสารราชการและหน่วยงานต่าง ๆ นายดราวยพัส กล่าวว่า ทางกรยอมรับว่า ปัจเจกบุคคลควรได้รับการระบุเพศของตน หรือได้รับการยอมรับในสังคมของตน ว่ามีเพศสภาพเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่ถูกกำหนดเมื่อแรกเกิด หรือช่วงวัยทารก หรืออาจเห็นว่าตนเองมีเพศสภาพที่ไม่อาจระบุได้ เรื่องนี้ควรได้รับการยอมรับ และสะท้อนผ่านเอกสารราชการการประกาศครั้งนี้มีขึ้นหลังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้แนะนำให้รัฐบาลพิจารณาการพัฒนาแนวทางระดับชาติ ในการเก็บข้อมูลด้านเพศและเพศสภาพ เมื่อปี 2009 ตามแนวทางใหม่นี้ แต่ละบุคคลมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่า ต้องการให้ระบุเพศของตนว่า M (ชาย), F (หญิง) หรือ X (คลุมเครือ-Indeterminate/ความหลากหลายทางเพศ-Intersex/ยังไม่กำหนด-Unspecified) นโยบายใหม่นี้ระบุว่า ผู้ขอเปลี่ยนเพศสภาพของตนนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศ หรือรับฮอร์โมนบำบัด นายดราวยพัส กล่าวว่า เมื่อประชาชนทำการร้องขอเปลี่ยนเพศใน

เอกสารราชการ หน่วยงานรัฐบาลใช้แต่เพียงใบรับรองจากแพทย์หรือนักจิตวิทยา, หนังสือเดินทาง ออสเตรเลีย ที่ได้รับอนุญาตให้ระบุเพศ X มาก่อนหน้านี้หลายปี หรือสูติบัตรที่ออกโดยรัฐต่าง ๆ หรือ เอกสารอื่นที่แสดงสถานะของเพศสภาพที่ตนต้องการ ความเคลื่อนไหวครั้งนี้มีขึ้นหลังรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งว่าเพศไม่จำเป็นต้องมีเฉพาะเพศชายหรือหญิงเท่านั้น ซึ่งชี้ว่าคำอย่าง "ไม่ระบุเพศ"อาจมีการใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้นด้านองค์กรอินเตอร์เซ็กซ์ อินเตอร์เนชันแนล ออสเตรเลีย (Intersex International Australia) ยินดีต่อแนวทางดังกล่าวของรัฐบาล แต่ระบุว่า หลายคนที่ยังคงอยู่ในสภาวะความหลากหลายทางเพศ หรือภาวะของทีโครโมโซมเพศ, อวัยวะเพศ และลักษณะเฉพาะทางเพศเมื่อเติบโตขึ้น ไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นหญิงหรือชายอย่างชัดเจนนั้น อาจยังคงต้องได้รับการระบุว่าเป็นชายหรือหญิง

ตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิด การตาย และการจดทะเบียนสมรส ค.ศ. 1997 มาตรา 24 (1) บัญญัติว่าบุคคลอาจยื่นคำร้องต่อนายทะเบียนทั่วไปเพื่อแก้ไขบันทึกของเพศบุคคลในทะเบียนการเกิดของบุคคลนั้นได้ ในกรณีต่อไปนี้<sup>152</sup>

- (a) บุคคลนั้นมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และ
- (b) การเกิดของบุคคลนั้นได้รับการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (c) บุคคลนั้นเชื่อว่าเพศของตนเป็นเพศที่ได้ระบุในคำร้อง ('เพศที่เปลี่ยนแปลง')

...

- (i) ได้รับการรักษาทางคลินิกที่เหมาะสมสำหรับการเปลี่ยนแปลงของเพศบุคคล หรือ
- (ii) เป็นคนข้ามเพศ

หากบุคคลดังกล่าวเป็นเด็ก ผู้ปกครองหรือผู้รับผิดชอบเด็กแทนผู้ปกครองสามารถอาศัยเหตุเดียวกันในการยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศทางทะเบียนได้ แต่ต้องมีเหตุควรเชื่ออันสมควรว่าการเปลี่ยนแปลงบันทึกเรื่องเพศของเด็กเป็นไปโดยความยินยอมและดีที่สุดสำหรับตัวเด็กเอง

ในปี ค.ศ. 2016 รัฐเซาท์ออสเตรเลียเข้าร่วมกับดินแดนออสเตรเลียแอพิทอลเทอร์ริทอรี ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเกิด การตาย และการแต่งงาน ค.ศ. 1996 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในการขอเปลี่ยนเพศในสูติบัตร ว่าจะต้องปรากฏเอกสารคำชี้แจงของแพทย์หรือนักจิตวิทยา เพื่อประกอบการรับรองว่าบุคคลที่ขอเปลี่ยนแปลงการระบุเพศได้ดำเนินการตามขั้นตอนทางการแพทย์ที่มีความเหมาะสมและเพียงพอแล้ว การรักษาทางคลินิกเกี่ยวกับเพศของบุคคลหรืออัต

<sup>152</sup> the ACT, the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1997, section 24(1), provides that

A person may apply to the registrar-general for alteration of the record of the person's sex in the registration of the person's birth if –

- (a) the person is at least 18 years old; and
- (b) the person's birth is registered in the ACT; and
- (c) the person believes their sex to be the sex nominated in the application (the 'altered sex'), and –

(i) has received appropriate clinical treatment for alteration of the person's sex; or

(ii) is an intersex person.

ลักษณะทางเพศ และหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศที่ถูกบัญญัติเพิ่มเติม ทำให้บุคคลสามารถระบุได้ว่าตนเองเป็นคนข้ามเพศและสามารถเปลี่ยนแปลงเพศทางทะเบียนตามที่ได้รับการรับรองนั้นได้ อย่างไรก็ตามตามพระราชบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดการพัฒนาแนวคิดขึ้นสองประการ ประการแรก คือ ทำให้ชัดเจนว่าทางคลินิกการรักษาไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์ที่รุกราน และอาจรวมหรือตั้งขึ้นโดยการให้คำปรึกษา ซึ่งเปิดโอกาสสำหรับบุคคลบุคคลหลากหลายทางเพศบุคคลที่จะใช้ช่องทางนี้ในการขอเปลี่ยนแปลงเพศทางทะเบียนโดยไม่ต้องเข้ารับการผ่าตัดหรือการแทรกแซงทางการแพทย์ ประการที่สอง คือ กฎระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว จะต้องอนุญาตให้บุคคลสามารถระบุเพศที่จะบันทึกในทางทะเบียนได้มากกว่าเพศชายและเพศหญิง เช่น “ไม่ใช่ทั้งสองเพศ” หรือ “ไม่แน่นอน” หรือ “บุคคลหลากหลายทางเพศ” หรือ “ไม่เฉพาะเจาะจง” (male, female, non-binary, or indeterminate/intersex/unspecified)<sup>153</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้บุคคลในรัฐเซาท์ออสเตรเลียสามารถระบุเพศและอัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลายได้ภายใต้เขตอำนาจศาลอื่นที่ออสเตรเลีย ทำให้การเปลี่ยนเพศในลำดับที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ 'การระบุเพศใหม่' 'การกำหนดเพศใหม่' หรือ 'เพศที่ยืนยัน' ที่แต่เดิมการกระทำดังกล่าวต้องมีการแทรกแซงทางการแพทย์หรือการผ่าตัดร่วมด้วยจึงจะสามารถเปลี่ยนแปลงเพศทางทะเบียนได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของบุคคลบุคคลหลากหลายทางเพศ<sup>154</sup> นอกจากนี้บทบัญญัติเดิมก็ยังตราขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลข้ามเพศ โดยเป็นการเน้นว่ารัฐกำลังเปลี่ยนประชากรจากเพศชายให้กลายเป็นเพศหญิงหรือในทางกลับกันเปลี่ยนประชากรเพศหญิงให้กลายเป็นเพศชายมากกว่าที่จะตราขึ้นเพื่อรองรับบุคคลที่ต้องการหลุดพ้นจากระบบสองเพศคือเพศชายและเพศหญิง

ในปี ค.ศ. 1979 ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียวินิจฉัยว่าคนข้ามเพศไม่สามารถสมรสได้ตามกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้ ศาลถือว่าการสมรสระหว่างหญิงกับบุคคลที่มีเพศกำเนิดที่คลุมเครือแต่ดำรงชีวิตอยู่ เพศชายนั้น ไม่เรียกว่าการสมรสตามกฎหมาย เนื่องจากบุคคลผู้เป็นสามีเกิดมาพร้อมกับสรีระทางเพศที่ไม่ชัดเจน จึงไม่ใช่เพศชายโดยความเป็นจริง แต่เป็นทั้งชายและหญิง เช่นนี้ สามีจึงไม่ใช่ชายหรือหญิง แต่เป็นการผสมผสานของทั้งสองเพศ การสมรสของบุคคลดังกล่าวจึงไม่อาจเกิดเป็นการสมรสตามควา ม ห ม า ย ที่ แท้ จ ริ ง ที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักจากศาลครอบครัวของออสเตรเลีย และอีกคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2001 เกี่ยวกับการสมรสหลังผ่าตัดแปลงของผู้ชายข้ามเพศคนหนึ่ง ใน Re Kevin ที่ศาลพิพากษาว่าไม่ถือเป็นการสมรสตามกฎหมายเช่นกัน โดยคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ถูกระบุว่า ตัดสินอย่างผิด ๆ และไม่ควรถือเป็นการแสดงเจตนารมณ์

<sup>153</sup> Births, Deaths and Marriages Registration Regulations 2011.

<sup>154</sup> s. 32B, 32C BDMRA 1995 (NSW); s. 28B, 28C BDMRA (NT); s. 23(4)(b) BDMRA 2003 (Qld); s. 28A, 28B BDMRA 1999 (Tas); s.30A, 30B BDMRA 1996 (Vic); s. 14(1) Gender Reassignment Act 2000 (WA).

ของกฎหมายในประเทศนี้ เนื่องจากคนข้ามเพศควรมีสិทธิเลือกเพศของตนและสมรสกับบุคคลที่ตนเลือกได้ ซึ่งซับซ้อนขึ้นไปอีก เมื่อพิจารณาถึงบุคคลที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นบุคคลเพศหลากหลาย ไม่ระบุเพศ หรือเพศไม่แน่นอน ทั้งในระดับรัฐหรือรัฐบาลกลาง ที่โดยพื้นฐานแล้วหมายความว่าบุคคลนั้นไม่ต้องเลือกเพศใดเพศหนึ่ง และด้วยเหตุที่หากไม่สามารถระบุเพศได้ทำให้ไม่อาจสมรสตามกฎหมายได้ ทำให้บุคคลบุคคลหลากหลายทางเพศต้องเลือกระหว่างการได้รับการยอมรับว่ามีบุคคลหลากหลายทางเพศหรือจะยอมรับระบุเพศใดเพศหนึ่ง (ชายหรือหญิง) เพื่อประโยชน์ในการสมรส

สถานะการสมรสของบุคคลหลากหลายทางเพศในออสเตรเลียได้รับการแก้ไขเมื่อรัฐสภาออสเตรเลียมีมติผ่านพระราชบัญญัติแก้ไขการสมรส (คำจำกัดความและเสรีภาพทางศาสนา) ค.ศ. 2017 ซึ่งแก้ไขโดยใช้คำว่า “บุคคลสองคน” แทนคำนิยามเดิมของการสมรสระหว่าง “ชายหญิง” ตามพระราชบัญญัติการสมรส ค.ศ. 1961 คำจำกัดความหรือนิยามที่กว้างขึ้นนี้เป็นจุดสำคัญที่แตกต่างจากการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในอังกฤษ (Same Sex Couples) ตามพระราชบัญญัติการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ค.ศ. 2013 ซึ่งระบุเพียงว่า การสมรสของคู่รักเพศเดียวกันนั้นชอบด้วยกฎหมายโดยถ้อยคำว่าบุคคลสองคนนั้นมีความหมายครอบคลุมถึงบุคคลบุคคลหลากหลายทางเพศด้วย ทำให้บุคคลบุคคลหลากหลายทางเพศมีสิทธิสมรสกับบุคคลอื่นได้ทุกเพศ

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลสูงสุดเยอรมันมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายเกี่ยวกับสถานะพลเมืองที่มีอยู่ในปัจจุบันของเยอรมนี เลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีภาวะเพศไม่ชัดเจน และสมาชิกรัฐสภาเยอรมนีจะต้องผ่านกฎหมายฉบับใหม่ ภายในสิ้นปี 2561 เพื่อเสนอทางเลือกแก่บุคคลเพศที่ 3 ในการจดทะเบียนแจ้งเกิด<sup>155</sup>

คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดเยอรมัน เป็นไปตามคำร้องอุทธรณ์ของบุคคลภาวะเพศไม่ชัดเจนรายหนึ่ง ซึ่งถูกศาลชั้นต้นหลายศาลปฏิเสธความพยายามที่จะขอเปลี่ยนเพศ ที่ระบุในใบทะเบียนเกิดเป็น “ไม่ชัดเจน” หรือ “หลากหลาย” ในใบสูติบัตรของผู้ร้องระบุเพศ “หญิง” แต่ผลการตรวจวิเคราะห์โครโมโซมพบว่า เขาไม่ได้เป็นทั้งผู้ชายและผู้หญิง

นับตั้งแต่ภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับจากรัฐมากขึ้น โดยได้มีการออกกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศที่มีชื่อว่า Das Transsexuellengesetz (TSG 1980) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1980 กฎหมายในการ

<sup>155</sup> กรุงเทพฯธุรกิจ, ‘เยอรมนีเล็งคลอดกม.รับรองเพศที่ 3 ตั้งแต่เกิด’

<<https://www.bangkokbiznews.com/world/780424.html>> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2567.

รับรองสถานะของบุคคลผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศ มีเงื่อนไขสำหรับผู้ที่ยื่นขอเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศไว้ในมาตรา 1<sup>156</sup> และมาตรา 8<sup>157</sup> โดยมีเงื่อนไขซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

1) บุคคลมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อตน ซึ่งไม่สอดคล้องกับเพศที่ตนถือกำเนิดมาแต่สอดคล้องกับอีกเพศหนึ่ง โดยได้ใช้ชีวิต ในอีกเพศหนึ่งเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี กรณีถ้าเป็นชาวเยอรมันตามผลของกฎหมาย หรือหากเป็นคนไร้สัญชาติหรือผู้ลี้ภัย หรือผู้อพยพต้องได้อาศัยอยู่ในดินแดนที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ และมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงเพศอีก ตลอดทั้งมีอายุไม่น้อยกว่า 25 ปี

2) ให้ผู้ร้องระบุในคำร้องด้วยว่าต้องการใช้คำนำหน้าชื่ออย่างไร และในมาตรา 8 ให้ศาลอนุญาตตามคำร้องโดยให้ถือว่าผู้ร้องอยู่ในเพศตามที่ร้องขอถ้าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 1 และยังไม่ได้สมรส ทั้งไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ รวมถึงได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ จนเห็นได้จากภายนอกว่าอยู่ใน

<sup>156</sup> Das Transsexuellengesetz (TSG 1980) § 1 Voraussetzungen

(1) Die Vornamen einer Person sind auf ihren Antrag vom Gericht zu ändern, wenn

1. sie sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben,

2. mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, und

3. sie

a) Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist,

b) als Staatenloser oder heimatloser Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat,

c) als Asylberechtigter oder ausländischer Flüchtling ihren Wohnsitz im Inland hat oder

d) als Ausländer, dessen Heimatrecht keine diesem Gesetz vergleichbare Regelung kennt,

aa) ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt oder

bb) eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich dauerhaft rechtmäßig im Inland aufhält.

(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will.

<sup>157</sup> Das Transsexuellengesetz (TSG 1980) § 8 Voraussetzungen

(1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, daß sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie

1. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt,

2. (weggefallen)

3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und

4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.

(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will; dies ist nicht erforderlich, wenn seine Vornamen bereits auf Grund von § 1 geändert worden sind.

อีกเพศหนึ่ง สำหรับเกณฑ์อายุขั้นต่ำ 25 ปีนั้น ผู้ที่มีความประสงค์จะแปลงเพศ แต่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht) ขออนุญาตทำการผ่าตัดแปลงเพศ และศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งอนุญาตให้ผ่าตัดแปลงเพศได้ ฉะนั้น นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 เป็นต้นมา การยื่นคำร้องขอผ่าตัดแปลงเพศในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ บทบัญญัติของกฎหมาย Das Transsexuellengesetz 1980 ได้กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการอนุญาตให้แปลงเพศแล้ว นอกจากจะสามารถเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อของตนได้แล้ว บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับการรับรองสิทธิตามเพศใหม่ด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 10 และมาตรา 5 ของกฎหมายดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ว่า มาตรา 10 ผลจากการเปลี่ยนเพศ (Wirkungen der Entscheidung) (1) เมื่อผู้ร้องได้ปฏิบัติตามกฎหมายโดยสมบูรณ์แล้วผู้ร้องย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามเพศใหม่ของตน (2) นอกจากนี้ให้ผู้ร้องมีสิทธิอื่น ๆ ตามมาตรา 5 ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับผลทางกฎหมาย ของการจดทะเบียนรับรองสถานะในการแปลงเพศ มีการวางหลักว่า (1) การเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อจะสมบูรณ์เมื่อศาลอนุญาต (2) ความเป็นคู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน ยังคงมีสถานะเช่นเดิม เหมือนก่อนที่จะได้มีการการผ่าตัดแปลงเพศ (3) เอกสารใบสูติบัตร หรือความเป็นบุตรก่อนการผ่าตัดแปลงเพศของผู้ร้อง มีสิทธิเป็นเช่นไร ก็ให้เป็นไปตามเดิม

สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เริ่มต้นจากการที่  
 ต ร ว จ  
 ทำหน้าที่ในการสืบสวน สอบสวน และจับกุม เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นความจริงเบื้องต้นแล้ว จะจัดส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการดำเนินการค้นหาความจริงเพิ่มเติม เพื่อยืนยันข้อเท็จจริงแห่งคดีและเพื่อเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานให้เพียงพอในการเสนอคดีต่อศาล<sup>158</sup> เมื่อพนักงานอัยการเห็นว่านำพยานหลักฐานที่ได้มาพอสมควรแก่การดำเนินคดีจะมีคำสั่งฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป

การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในเรื่องจำคุกตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ และวิธีการบังคับเพื่อความปลอดภัยที่จำกัดเสรีภาพที่มีชื่อว่า Strafvollzugsrecht (StVollzG) มีวัตถุประสงค์ในการบังคับโทษจำคุกเป็นภารกิจหลัก เพื่อให้ผู้ต้องขังสามารถที่จะดำเนินชีวิตในอนาคตต่อไปได้โดยปราศจากความผิดอาญาอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคมตอบสนองต่อการคุ้มครองสาธารณะจากการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้น

การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ในด้านการรับตัวผู้ต้องขังจะกระทำโดยมีผู้ต้องขังอื่นอยู่ร่วมด้วยไม่ได้ ผู้ต้องขังต้องได้รับการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่หลังจากการรับตัวผู้ต้องขัง ผู้ต้องขังจะต้องได้รับการตรวจร่างกายทันทีและต้องนำตัวผู้ต้องขังไปพบผู้บัญชาการเรือนจำหรือหัวหน้าแผนกรับตัว<sup>159</sup> หลังจากนั้นจะเริ่มต้นด้วยการค้นหาบุคลิกภาพและความเป็นไปของชีวิตผู้ต้องขัง การค้นหาบุคลิกภาพดังกล่าวอาจทำได้โดยละเว้นได้ เมื่อคำนึงถึงระยะเวลาของการบังคับโทษแล้ว กรณีไม่เปิดช่องให้กระทำเช่นนั้นได้ ในการตรวจสอบจะต้องครอบคลุมพฤติกรรมทั้งหลาย ซึ่งการได้รู้ถึงข้อนี้จำเป็น

<sup>158</sup> Criminal Code (Strafgesetzbuch: StGB), Section 163.

<sup>159</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 5.



สำหรับการบำบัดผู้ต้องขังอย่างมีแผนในการบังคับโทษและสำหรับการกลับเข้าสู่สังคมหลังจากการพ้นโทษของผู้ต้องขัง<sup>160</sup>

สำหรับมาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถแยกพิจารณาตามหลักการคุ้มครองที่ตั้งต่อไปนี้

ในการตรวจค้นตัวบุคคล กรณีผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (Strafprozeßordnung: StPO) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “เจ้าพนักงานมีอำนาจในการค้นตัวผู้ต้องหา หรือผู้ต้องสงสัย หากการค้นนั้นสันนิษฐานได้ว่าจะนำไปสู่หลักฐานในการกระทำความผิด”<sup>161</sup> และในส่วนของ การตรวจค้นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ต้องหา หรือผู้ต้องสงสัย ได้วางหลักไว้ว่า “การตรวจค้นบุคคลอื่นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความยินยอม และการค้นดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อการจับกุมผู้ถูกกล่าวหา หรือติดตามร่องรอย การกระทำความผิดอาญา”<sup>162</sup> ทั้งกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วางหลักการคุ้มครองสิทธิในร่างกายของบุคคลที่ถูกค้นโดยกฎหมายมองว่าเพศหญิง เป็นเพศที่มีความแตกต่างในสาระสำคัญ จึงควรได้รับการรับรองเป็นการเฉพาะ โดยวางหลักเกณฑ์ซึ่งมีสาระสำคัญความว่า “ในกรณีการตรวจค้นตัวหญิงโดยหญิง นั้นยินยอมให้ดำเนินการโดยผู้หญิงหรือแพทย์ที่มีเพศเดียวกับผู้ตรวจค้นตัว”<sup>163</sup>

ตามความในหลักเกณฑ์ข้างต้นเห็นได้ว่า การตรวจค้นตัวบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมีความชัดเจน โดยคำนึงถึงการรบกวนร่างกาย และการคุ้มครองสิทธิ ของผู้ถูกค้นเป็นสำคัญ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จึงได้รับการคุ้มครองตามหลักการนี้ การตรวจค้นตัวผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัย ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่มีการรับรองสถานะทางเพศตามกฎหมาย แล้วจึงต้องตรวจค้นตามสภาพทางเพศที่ปรากฏ คือ หากมีการผ่าตัดแปลงเพศ เป็นเพศหญิงแล้วจำเป็นต้องให้ผู้ตรวจค้นเป็นเพศหญิงด้วย

ในการตรวจค้นตัว กรณีผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปรากฏอยู่ในกฎหมาย The Prison Act 1976 มาตรา 84 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า

(1) เจ้าหน้าที่เรือนจำจะได้รับอนุญาตให้ค้นหาสิ่งของจากตัวผู้ต้องขัง เมื่อผู้ต้องขังเป็นเพศชาย และเป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ต้องโทษจำคุก โดยให้เจ้าหน้าที่เพศชายเท่านั้น เป็นผู้ตรวจค้น กรณีผู้ต้องขังเป็นหญิง และได้รับคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น เพื่อไม่ให้ผู้ต้องขังรู้สึกว่าคุณกระทำละเมิด

(2) การค้นหาของจากร่างกายด้วยการเปลี่ยนผ้า จะต้องได้รับอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีอันตรายเกิดขึ้น หรือตามคำสั่งจากหัวหน้าของเรือนจำแล้วแต่กรณี เมื่อผู้ต้องขังเป็นเพศชาย ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำ

<sup>160</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 6.

<sup>161</sup> German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung: StPO), Section 102.

<sup>162</sup> German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung: StPO), Section 103.

<sup>163</sup> German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung: StPO), Section 81 d.

การค้นเป็นเพศชายเท่านั้น เมื่อค้นตัวผู้ต้องขังเพศหญิงให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเท่านั้นเป็นผู้ค้น การตรวจค้นต้องเป็นส่วนตัว โดยไม่มีนักโทษคนอื่น ๆ อยู่ด้วย<sup>164</sup>

ผลของกฎหมายรับรองสถานะของบุคคลผู้ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ที่มีชื่อว่า Das Transsexllengesetz (TSG 1980) ทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว สามารถเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อของตนได้ตามเพศใหม่และยังสามารถมีสิทธิตามเพศใหม่ตามความใน มาตรา 5<sup>165</sup> และมาตรา 10<sup>166</sup> ในกฎหมาย Das Transsexllengesetz (TSG 1980) ส่งผลให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ และได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนตามกฎหมายนี้ ได้รับสิทธิในส่วนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสถานะของผู้ต้องขัง โดยได้รับสิทธิในการตรวจค้นตามเพศใหม่ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ตาม The Prison Act 1976 มาตรา 84 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า เมื่อผู้ต้องขังเป็นเพศชายให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำการค้นเป็นเพศชายเท่านั้น เมื่อค้นตัวผู้ต้องขังเพศหญิง ให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเท่านั้นเป็นผู้ค้น และในการตรวจค้นที่ต้องให้ผู้ต้องขังเปลือยกายต้องเป็นกรณีที่ได้รับคำสั่งอนุญาตเป็นการเฉพาะและกระทำในที่มิดชิด ปราศจากสายตาของผู้ต้องขังอื่นและเพศตรงข้ามกับสภาพทางเพศตามเพศใหม่ที่ปรากฏ

การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีกฎหมายในการบังคับโทษและวิธีการบังคับเพื่อความปลอดภัยที่จำกัดเสรีภาพ Strafvollzugsrecht (StVollzG) ซึ่งมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการบังคับโทษจำคุกของนักโทษ เพื่อให้เกิดความปลอดภัยในสังคมแล้ว ยังก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของนักโทษตามความในมาตรา 2 ด้วย โดยกฎหมายดังกล่าวมีหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่จะถูกกระทบสิทธิ อันเนื่องมาจากการบังคับโทษจำคุกให้น้อยที่สุด ตั้งแต่กระบวนการแรกเริ่มในการรับตัวผู้ต้องขัง การให้สิทธิต่าง ๆ อาทิ สิทธิของผู้ต้องขังในการมีที่อยู่ สิทธิของผู้ต้องขังในการได้รับอาหาร สิทธิของผู้ต้องขังในการได้รับเครื่องหลับนอน สิทธิของผู้ต้องขังในการรักษาพยาบาล สิทธิในการศึกษาของผู้ต้องขัง การให้ทุนการศึกษา สิทธิในการคุ้มครองการทำงาน การฝึกอาชีพของผู้ต้องขัง รวมทั้งสิทธิในการได้รับสิ่งจำเป็นในชีวิตอื่น ๆ เป็นต้น

สำหรับผู้ต้องขังซึ่งเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ปรากฏว่ากฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้รับรองสถานะของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ ตามกฎหมาย Das Transsexllengesetz โดยผู้ต้องขังซึ่งเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนตามกฎหมายรับรองสถานะของผู้แปลงเพศแล้ว ต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะผู้ต้องขังตามเพศใหม่ที่ปรากฏ ดังนั้นผู้ต้องขังซึ่งเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับการรับรองสิทธิและคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ และวิธีการบังคับเพื่อความปลอดภัยที่จำกัดเสรีภาพ

การร้องเรียนกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขัง เห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในกรณีนี้ ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปรากฏตามความในมาตรา 174 a ของประมวล

<sup>164</sup> The Prison Act 1976, Section 84.

<sup>165</sup> Das Transsexllengesetz 1980, § 5.

<sup>166</sup> Das Transsexllengesetz 1980, § 10.

กฎหมายอาญาเยอรมัน Strafgesetzbuch (StGB) ซึ่งวางหลักว่า มาตรา 174 a “การทารุณทางเพศต่อผู้ต้องขัง ผู้ป่วย และผู้ที่อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ดูแล

(1) ผู้ใดล่วงละเมิดทางเพศผู้ต้องขัง หรือบุคคลที่ถูกคุมขังโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตนเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ในการดูแลบุคคลดังกล่าว หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวมีเพศสัมพันธ์กับตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) ผู้ใดกระทำผิดต่อบุคคลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อยู่ภายใต้การดูแลของตนซึ่งเป็นบุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่สำหรับผู้ป่วย หรือต้องการความช่วยเหลือและได้รับมอบหมายให้ดูแลหรือดูแลแล้วกระทำการล่วงละเมิดทางเพศกับบุคคลนั้นหรือใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วย หรือความต้องการของบุคคลนั้น หรือการช่วยเหลือหรือการอนุญาตที่เกิดขึ้นนั้น เพื่อให้มีสัมพันธ์ทางเพศกับตนเอง จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน

(3) การพยายามกระทำความผิด ในความผิดดังกล่าว ต้องได้รับโทษ<sup>167</sup>

ตามความในมาตราข้างต้นเห็นได้ว่า แม้ในกฎหมายราชทัณฑ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน หากแต่เห็นได้ว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a ได้มีการบัญญัติความผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ตามความในมาตรา 3(2) ระบุว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์”

ดังนั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว และผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศตามบทบัญญัติกฎหมาย Das Transsexuellengesetz ย่อมได้รับการคุ้มครองตามเพศใหม่ที่จดทะเบียน

ในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษและวิธีการบังคับเพื่อความปลอดภัยที่จำกัดเสรีภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดให้ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะติดต่อกับบุคคลภายนอกในการติดต่อสื่อสารและการออกนอกเรือนจำ<sup>168</sup>

ในการที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเยี่ยมและห้ามเยี่ยมนั้น ผู้ต้องขังต้องได้รับอนุญาตให้เยี่ยมอย่างน้อยเดือนละ 1 ชั่วโมง ทั้งนี้ให้เป็นไปตามระเบียบข้อบังคับของเรือนจำโดยการเยี่ยมนั้นเป็นการส่งเสริมการบำบัด หรือการกลับสู่สังคมของผู้ต้องขังหรืออาจเป็นเรื่องส่วนตัวผู้ต้องขังในทางกฎหมายหรือธุรกิจ<sup>169</sup> โดยผู้อำนวยการเรือนจำมีอำนาจห้ามมิให้เยี่ยมได้ หากเห็นว่า น่าจะเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของเรือนจำ หรือหากผู้เยี่ยมไม่เกี่ยวข้องกับนักโทษภายในขอบเขตแห่งความหมายของประมวลกฎหมายอาญา และเกรงว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะชักจูง

<sup>167</sup> Strafgesetzbuch (StGB), Section 174 a.

<sup>168</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 23-36.

<sup>169</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 24.

นักโทษไปในทิศทางที่เสียหาย หรือขัดขวางนักโทษต่อการปรับตัวให้เข้ากับสังคม<sup>170</sup> และการเยี่ยมของ ทนายความ ที่ปรึกษาทนายความ หรือโนตารีในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับนักโทษต้องได้รับอนุญาต หากแต่ การตรวจข้อความในเอกสารรวมถึงบันทึกอื่น ๆ ที่อยู่ในความครอบครองของที่ปรึกษาทางกฎหมาย ไม่ จำต้องได้รับอนุญาต<sup>171</sup> ในการเยี่ยมผู้ต้องขังนั้น จะต้องอยู่ในความควบคุม และดูแลด้วยเหตุผลของการ บำบัดความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของเรือนจำ การสนทนาต่าง ๆ จะอยู่ในความควบคุมดูแล เฉพาะเมื่อจำเป็นและเป็นการเฉพาะเท่านั้น การเยี่ยมของทนายความในคดีอาญานั้น จะไม่มีการ ควบคุมดูแล และสิ่งต่าง ๆ ที่จะมอบหรือฝากไว้ให้ผู้ต้องขังจะต้องได้รับการอนุญาต<sup>172</sup>

นอกจากนี้ผู้ต้องขังยังมีสิทธิติดต่อกับญาติพี่น้องทางจดหมายได้และห้ามมิให้มีการจำกัด เสรีภาพในการติดต่อทางจดหมายกับผู้ที่ไม่ใช่พี่น้อง ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีมาตรา 10 ได้วางหลักไว้ว่า

(1) ความลับของจดหมาย ความลับทางไปรษณีย์ และทางโทรคมนาคมมีอาจล่วงละเมิดได้

(2) การจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น ถ้าการ จำกัดสิทธิดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย หรือเพื่อ คุ้มครอง หรือเพื่อการดำรงอยู่ หรือเพื่อความมั่นคงของสหพันธ์หรือของมลรัฐ กรณีนี้กฎหมายอาจ กำหนดว่า การจำกัดสิทธิเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบ และอาจกำหนดให้ตรวจสอบการ กระทำดังกล่าวซึ่งกระทำโดยองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งโดยตัวแทนของประชาชนแทนการใช้สิทธิทาง ศาลได้

จะเห็นได้ว่าในมาตรา § 25 ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษและวิธีการบังคับเพื่อความ ปลอดภัยที่จำกัดเสรีภาพ ได้หนดไว้ว่า ในการรักษาความปลอดภัยหากผู้เข้าเยี่ยมมิใช่บุคคลที่เป็นญาติ ตามที่กฎหมายกำหนด ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เรือนจำอาจไม่ให้สิทธิเข้าเยี่ยมก็ได้ ซึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 11<sup>173</sup> วางหลักว่า “ญาติ หมายถึง บุคคลดังต่อไปนี้ คือ บุคคลที่ มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือโดยการแต่งงานในฐานะคู่สมรส หรือหุ้นส่วนชีวิต”

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 11 ญาติ ในความหมายนี้ จึงกำหนดให้ ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือผู้ที่จดทะเบียนสมรส รวมทั้งจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตตามกฎหมาย Act on Life Partnership 2001 โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นหุ้นส่วน ชีวิตถูกต้องตามกฎหมายจึงมีสิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศที่กฎหมายของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดไว้

3.2.3 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลาย ทางเพศในสหราชอาณาจักร

<sup>170</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 25.

<sup>171</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 26.

<sup>172</sup> Strafvollzugsrecht (StVollzG), § 27.

<sup>173</sup> German Criminal Code, Section 11.

ในอดีตสหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายยอมรับสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงประสบปัญหาการไม่ยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยเช่นเดียวกัน มีปรากฏอยู่ในคดี *Corbett v. Corbett (1970)*<sup>174</sup> โดยข้อเท็จจริงในคดี มีสาระสำคัญความว่า April Ashley มีเพศกำเนิดเป็นชาย ต่อมาได้ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงและใช้ชีวิตเป็นหญิงตลอดมา จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1963 ได้จดทะเบียนสมรสกับ Mr. Arthur Cameron Corbett ทั้งคู่ได้อยู่กินฉันท์สามีภรรยา เป็นระยะเวลา 14 วัน และได้เกิดปัญหาขึ้น April Ashley ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเลี้ยงดูจากสามี แต่ฝ่ายสามีให้การต่อสู้ว่าการสมรสไม่สมบูรณ์เนื่องจาก April Ashley ไม่ใช่หญิง การตัดสินคดีนี้ผู้พิพากษา Ormrod J. ได้เลือกใช้หลักเกณฑ์การแยกเพศ ระหว่างเพศหญิงและเพศชายของศาสตราจารย์ Dewhurst ซึ่งใช้วิธีพิสูจน์โครโมโซม ผลการทดสอบปรากฏว่า April Ashley มีโครโมโซม XY จึงพิพากษาว่า เป็นผู้ชายและให้การสมรสเป็นโมฆะ

ผลจากการใช้เกณฑ์ดังกล่าว ทำให้ศาลในสหราชอาณาจักรได้ยึดเป็นบรรทัดฐานตลอดมา โดยถือว่า บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งแปลงเพศแล้ว ยังคงเป็นบุคคลตามเพศเดิมของตน เป็นเหตุให้เพศของบุคคลในสายตาของกฎหมายสหราชอาณาจักรเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้

ต่อมาในปี ค.ศ. 2004 สหราชอาณาจักรได้มีการออกกฎหมาย เพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งผ่านการแปลงเพศแล้ว ให้บุคคลที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกันจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้ โดยกฎหมายซึ่งมีชื่อว่า The Gender Recognition Act 2004 บุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 18 ปี ที่มีความเชื่อว่า อัตลักษณ์ทางเพศของตนไม่ตรงกับลักษณะทางกายวิภาค ทำให้บุคคลดังกล่าวมีความประสงค์ที่จะแปลงเพศโดยได้ใช้ชีวิตในเพศใหม่มาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี และตั้งใจที่จะใช้ชีวิตที่เหลือในเพศใหม่ จนกระทั่งถึงแก่ความตาย ทั้งบุคคลที่ยื่นขอจดทะเบียนดังกล่าว จะต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ โดยพิจารณาจากผลการตรวจของแพทย์และจิตแพทย์<sup>175</sup> ภายหลังได้มีการเรียกร้องสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้ได้รับการยอมรับมากขึ้น จนก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในปี ค.ศ. 2004 เมื่อประเทศอังกฤษได้ตรากฎหมาย ชื่อว่า Civil Partnership Act 2004 อันเป็นกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกัน สามารถที่จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตทางแพ่งได้ แต่สิทธิตาม Civil Partnership Act 2004 ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่ทำให้แตกต่างจากสิทธิในการสมรส นอกจากการยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุคคลซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยออกเป็น Civil Partnership Act 2004 แล้ว รัฐบาลอังกฤษยังคำนึงถึงหลักความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชนจึงได้ประกาศเจตนาที่จะเสนอกฎหมายการสมรสของ บุคคลเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษ โดยการยกร่างกฎหมายการสมรสของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกัน ค.ศ. 2012-2013 (The Marriage Same Sex Couple Bill 2012-2013) จนกระทั่งในวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 สภาสมาญได้พิจารณาเห็นชอบร่างกฎหมายดังกล่าว เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติ

<sup>174</sup> Corbett v. Corbett (Otherwise Ashley)

<sup>175</sup> The Gender Recognition Act 2004, Section 2.

มีการประกาศเป็นพระราชบัญญัติการสมรสของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ค.ศ. 2013 The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013

หลักการสำคัญของ The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 คือการที่รัฐเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่รักเพศเดียวกันสามารถสมรสกับคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามแบบพิธีทางกฎหมายได้ เป็นการรับรองสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสถานะทางกฎหมายที่เสมอภาค และเท่าเทียมกับการสมรสของบุคคลต่างเพศ ก่อให้เกิดสิทธิต่าง ๆ ตามมา อันจะเป็นประโยชน์ต่อชีวิตสมรสของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน รวมไปถึงการส่งเสริมสิทธิ หน้าที่ และประโยชน์ที่คู่สมรสเพศเดียวกันพึงได้รับ เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ ทั้งในขณะสมรส และภายหลังการสมรส

จากวิวัฒนาการของการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหราชอาณาจักร สามารถแยกพิจารณามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิ คือ สิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาว่าด้วยการตรวจค้นตัวของสหราชอาณาจักรในประเทศอังกฤษและเวลส์ ได้ปรากฏกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งผ่านการแปลงเพศแล้ว

สำหรับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยเฉพาะที่มีชื่อว่า The Association of Chief Police Offices (ACPO) ซึ่งอยู่ภายใต้หลักการตรวจค้นที่มีชื่อว่า The Police and Criminal Evidence Act 1984 โดยได้มีการวางแนวทางในการปฏิบัติไว้ดังนี้ การปฏิบัติใด ๆ ต่อผู้ต้องหา ต้องบริสุทธิ์ ยุติธรรมและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยไม่ต้องสงสัยในเพศของบุคคล แต่ให้ปฏิบัติตามเพศที่ปรากฏ ในกรณีที่สงสัยเพศของบุคคลใดหรือผู้ต้องหา ให้สอบถามผู้นั้นและปฏิบัติอย่างดีที่สุด พร้อมบันทึกข้อมูลไว้เพื่อยืนยัน แต่หากไม่แน่ใจในเพศของบุคคลใด ให้ดูการใช้ชีวิตของผู้นั้นประกอบการพิจารณา ถ้ายังไม่แน่ใจอีก จึงให้ขออุสูติบัตร และในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยเป็นผู้ป่วย Transsexualism จะต้องแยกควบคุมต่างหากจากผู้ต้องหาอื่น ในการตรวจค้นหรือการปฏิบัติใด ๆ ตามแนวทางนี้ จะต้องอยู่ภายใต้การบังคับของ The Police and Criminal Evidence Act 1984 ซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจ จะ ทำ ำ ก ำ ร ำ ร ำ ว ำ จ ำ ค ำ น ำ บ ำ ก ำ ล ำ ไ ำ ด ำ จะ ำ ต ำ อ ำ ง ำ ไ ำ ห้ ำ ผู้ ำ ที่ ำ มี ำ เพ ำ ศ ำ เด ำ ย ำ ว ำ ก ำ น ำ เป็น ำ ผู้ ำ ต ำ ร ำ ว ำ จ ำ ค ำ น ำ<sup>176</sup>

ฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากแนวทางของ The Association of Chief Police Offices (ACPO) และ The Police and Criminal Evidence Act 1984 พบว่า ในการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ จะต้องให้เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งมีเพศเดียวกับเพศใหม่ที่ผ่านการแปลงเพศแล้วของบุคคลนั้น เป็นผู้ทำการตรวจค้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ไม่ได้บังคับใช้ทั่วสหราชอาณาจักร ในบางประเทศจึงมีแนวทางการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไป

สำหรับการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังนั้น มีกฎหมายที่วางแนวทางในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังปรากฏใน Prison Rule 1999 ข้อ 41 ซึ่งวางแนวทางไว้ดังนี้

<sup>176</sup> Home Office, 'Report of the Interdepartmental Working Group on Transsexual People' <<http://www.dca.gov.uk/constitution/transsex/wgtrans.pdf>> สืบค้นเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2566.

(1) ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องได้รับการตรวจค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ในส่วนแรกรับตัวผู้ต้องขัง และหากในเวลาต่อมา ผู้บัญชาการเห็นว่ามีความจำเป็น หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะมีคำสั่งโดยตรงก็ได้

(2) ผู้ต้องขังจะได้รับการตรวจค้นตัวที่เหมาะสมกับลักษณะที่เป็นการค้นจะต้องมีความสอดคล้องเพื่อพบสิ่งที่เป็นอันตราย

(3) ผู้ต้องขังทุกคนจะได้รับการตรวจค้นตัวโดยการเปลี่ยนผ้า ก็ต่อเมื่อต้องการค้นสิ่งที่เป็นอันตรายไว้ และการค้นนั้นต้องค้นในที่มิดชิด ปราศจากสายตาของผู้ต้องขังอื่นหรือคนอื่น ๆ รวมทั้งจากสายตาผู้ที่มีเพศตรงกันข้ามกับตน

การรับรองสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมาย The Gender Recognition Act 2004 ตามความในมาตรา 20 ของ The Gender Recognition Act 2004 มีสาระสำคัญว่า ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อย่างสมบูรณ์ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิในทางศาล ให้ได้รับความคุ้มครองตามเพศใหม่นั้น<sup>177</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 20 ของ The Gender Recognition Act 2004 แล้ว บทบัญญัติในมาตรานี้ จึงเป็นการรับรองสถานะของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศและจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ให้ได้รับความคุ้มครองตามเพศใหม่ และสามารถอ้างอิงสิทธิตามเพศใหม่ได้ ส่งผลให้สิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหราชอาณาจักรที่ได้จดทะเบียนรับรองสถานะของการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ได้รับการคุ้มครองสิทธิการตรวจค้นตัวในสถานะผู้ต้องขังของเรือนจำตามเพศใหม่ที่กฎหมายรับรอง

การจัดการระบบบริหารของราชทัณฑ์ในสหราชอาณาจักร ดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีชื่อว่า Her Majesty's Prison Service (HMPS) โครงสร้างที่สำคัญเกี่ยวกับการบังคับโทษจำคุกของอังกฤษและเวลส์ปรากฏอยู่ใน Prison Act 1952 และ Prison Rule 1964 ภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของงานราชทัณฑ์ในอังกฤษและเวลส์ โดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นในแนวทางของการอบรม และการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง โดยเป็นไปตามแนวทางในข้อ 1 ของ Prison Rule 1964 ซึ่งได้วางหลักว่า “งานราชทัณฑ์มีเป้าหมายเพื่อการอบรมและการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง เพื่อให้ผู้ต้องขังเกิดแรงกระตุ้น และให้การสนับสนุนผู้ต้องขัง เพื่อนำไปสู่การมีชีวิตที่ดีและมีประโยชน์ต่อไป”<sup>178</sup> ทำให้มาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหราชอาณาจักรตามกฎหมายราชทัณฑ์ของอังกฤษและเวลส์ มีการดำเนินการแยกและจำแนกประเภทของผู้ต้องขังควบคู่กันไป เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำคุกและการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างเหมาะสม

การแยกประเภทผู้ต้องขังปรากฏในมาตรา 15 ของ Prison Act 1952 ซึ่งวางหลักว่า “ในเรือนจำที่มีผู้ต้องขังชายและหญิงปะปนกัน ให้แยกอาคารหรือส่วนของอาคารที่ใช้สำหรับผู้ต้องขังชายและผู้ต้องขังหญิงออกจากกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เห็นหรือสื่อสารกันได้”<sup>179</sup> ทั้งนี้ความในมาตรา

<sup>177</sup> The Gender Recognition Act 2004, Section 20.

<sup>178</sup> Prison Rule 1964, ข้อ 1.

<sup>179</sup> Prison Act 1952, Section 15

ข้างต้นเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวต้องการให้ผู้ต้องขังแยกกันอยู่ โดยอาศัยเรื่องของเพศเป็นเกณฑ์ ไม่ว่าผู้ต้องขังจะกระทำความผิดอาญาหรือกระทำความผิดทางแพ่ง

แม้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ไม่ได้จดทะเบียนตาม The Gender Recognition Act 2004 ยังคงต้องแยกประเภทของผู้ต้องขังตามเพศกำเนิด แต่ในสหราชอาณาจักรได้มีการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขัง เพื่อเป็นการแก้ไขและฟื้นฟูผู้ต้องขังเป็นรายบุคคล ตามความในข้อ 1 ของ Prison Rule 1964 ได้วางหลักว่า

(1) ในการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขัง จะต้องจัดให้สอดคล้องกับทิศทางของสหราชอาณาจักร โดยคำนึงถึงอายุ สภาพจิตใจ ประวัติ และพฤติการณ์ใด ๆ ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและอำนวยความสะดวกในการฝึกอบรม ในกรณีของนักโทษที่ตัดสินใจแล้ว จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการฝึกอบรม และการควบคุมดูแลตามที่กำหนดไว้ในข้อ 3

(2) ผู้ต้องขังระหว่างพิจารณา

ก. จะถูกแยกออกจากผู้ต้องขังซึ่งตัดสินใจแล้วเท่าที่ผู้บริหารเรือนจำเห็นว่า สามารถกระทำได้ หรือกระทำได้พอสมควร เท่าที่จะได้รับความยินยอมจากผู้ต้องขังซึ่งยังไม่ตัดสินใจ ที่จะแบ่งปันที่พักอาศัย หรือการมีส่วนร่วมในกิจกรรมใด ๆ กับผู้ต้องขังที่ตัดสินใจแล้ว และ

ข. อยู่ภายใต้สถานการณ์ ซึ่งไม่มีความจำเป็นต้องแบ่งปันห้องขังกับผู้ต้องขังซึ่งถูกตัดสินใจแล้ว

(3) ผู้ต้องขังซึ่งถูกลงโทษทางแพ่ง หรืออุทธรณ์ศาล หรือล้มเหลวจากสิ่งที่ต้องการกระทำหรือละเว้นจากการกระทำ หรือยกเลิก

ก. ให้ถือว่า เป็นผู้ต้องขังที่แยกออกเด็ดขาดตามกฎหมายนี้

ข. หากมีกรณีใดในกฎหมายนี้ อาจได้รับอนุญาตให้ร่วมกับผู้ต้องขังอื่น ๆ หากผู้ต้องขังยินยอม และ

ค. ให้มีสิทธิเช่นเดียวกับนักโทษระหว่างพิจารณา ถ้าเป็นไปตามข้อ 20 (5), 23 (1) และ 35

(1)

(4) ห้ามมิให้กระทำการใด ๆ ตามกฎนี้ ที่จะทำให้ผู้ต้องขังถูกลิดรอนสิทธิเกินควร<sup>180</sup>

การแยกและจำแนกผู้ต้องขังดังกล่าว ส่งผลต่อการฟื้นฟู และแก้ไขพฤติกรรมของผู้ต้องขัง เพื่อเตรียมความพร้อมในการกลับเข้าสู่สังคม สหราชอาณาจักรได้เห็นถึงความสำคัญดังกล่าว จึงจัดทำหลักสูตรเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย และเมื่อผู้ต้องขังสำเร็จหลักสูตรแล้ว ก็จะมีประกาศนียบัตรรับรองสองใบ คือ ประกาศนียบัตรวางแผนอาชีพ กับประกาศนียบัตรเพื่อการเตรียมตัวในการทำงาน ซึ่งได้รับการรับรองจาก OCR หรือ Oxford Cambridge and RSE ซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนายจ้างทั่วประเทศ

นอกจากนี้สหราชอาณาจักร ยังมีแนวคิดที่จะเอารายได้จากการฝึกวิชาชีพของผู้ต้องขังไปชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายด้วยการทำงานของผู้ต้องขัง ปรากฏตามความในข้อ 47 ของ Prison Rule of 1980 ซึ่งวางหลักว่า “นักโทษทุกคนจะต้องมีส่วนร่วมในการทำงานที่เป็นประโยชน์ไม่เกิน 10 ชั่วโมงต่อวัน เท่าที่ปฏิบัติได้อย่างน้อย 8 ชั่วโมง และจะต้องใช้เวลาอยู่นอกห้องขัง และมีปฏิสัมพันธ์กับ

<sup>180</sup> Prison Rule 1964, Section 1.



ผู้ต้องขังคนอื่น ยกเว้นในกรณีแพทย์ขอตัวผู้ต้องขังไปทำงานเกี่ยวกับงานพยาบาล และต้องไม่ใช่ผู้ต้องขังที่ได้รับมอบหมายให้ทำงานอื่นอยู่ นอกจากนี้ผู้ต้องขังต้องได้รับการตรวจสอบว่าเป็นผู้ที่เหมาะสมกับชนิดของงานนั้นหรือไม่ และจะได้รับเงินเป็นค่าตอบแทนสำหรับการทำงานนั้นด้วย”

สิทธิประการสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าสหราชอาณาจักรเห็นความสำคัญของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ด้วยการให้ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตทางแพ่งตาม Civil Partnerships Act 2004 ได้ ปรากฏตามมาตรา 19 ซึ่งวางหลักว่า บุคคลที่ถูกคุมขัง

(1) มาตรานี้มีผลบังคับใช้ เมื่อบุคคลสองคนที่ประสงค์จะจดทะเบียนเป็นหุ้นส่วนชีวิตทางแพ่ง ในสถานที่ใด ๆ ซึ่งพวกเขาถูกคุมขังอยู่ และ

(2) คุมขัง หมายถึง ถูกคุมขังโดย

ก. เป็นผู้ป่วยในโรงพยาบาล (แต่อาศัยอำนาจมาตรา 2, 4, 5, 35, 36 หรือ 136 ของ Mental Health Act 1980 (การกักกันในระยะสั้น) หรือ

ข. ในเรือนจำ หรือสถานที่อื่น ซึ่งมีผลบังคับใช้ตาม Prison Act 195296 ตามความในมาตราข้างต้นพบว่า แม้ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะถูกจำกัดอิสรภาพ หากแต่สิทธิในการสร้างครอบครัวก็ได้ถูกปิดกั้น

สหราชอาณาจักรกลับส่งเสริมสิทธิมนุษยชนดังกล่าว โดยการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตกันได้ การยอมรับสถานะของคู่ชีวิต ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ตามมาตรา 11 (1) ของ The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ทำให้บุคคลที่เป็นคู่สมรสเพศเดียวกันสามารถได้รับสิทธิในการเยี่ยมผู้ต้องขังในเรือนจำ คู่ชีวิต เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศด้วย

### 3.3 ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยกับต่างประเทศ

3.3.1 เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยกับเครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียนีมีการออกกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเลือกคำระบุเพศ ได้ อาทิ "คลุมเครือ" "ความหลากหลายทางเพศ" และ "ยังไม่กำหนด" ในเอกสารราชการได้ แทนที่จะมีแต่ "ชาย" และ "หญิง" โดยแต่ละบุคคลมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่า ต้องการให้ระบุเพศของตนว่า M (ชาย), F (หญิง) หรือ X (คลุมเครือ-Indeterminate/ความหลากหลายทางเพศ-Intersex/ยังไม่กำหนด-Unspecified) ผู้ขอเปลี่ยนเพศสภาพของตนเองนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศ หรือรับฮอร์โมนบำบัด เมื่อประชาชนทำการร้องขอเปลี่ยนเพศในเอกสารราชการ หน่วยงานรัฐบาลใช้แต่เพียงใบรับรองจากแพทย์หรือนักจิตวิทยา หนังสือเดินทางออสเตรเลีย ที่ได้รับอนุญาตให้ระบุเพศ X มาก่อนหน้านี้หลายปี หรือสูติบัตรที่ออกโดยรัฐต่าง ๆ หรือเอกสารอื่นที่แสดงสถานะของเพศสภาพที่ตนต้องการ ในขณะที่ประเทศไทย กรมการปกครองกระทรวงมหาดไทย เคยมีหนังสือลงวันที่ 21 ตุลาคม 2535 ระบุ

ระเบียบวิธีปฏิบัติไว้ว่า การเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อต้องนำเอกสารทางราชการเกี่ยวกับตัวเองและใบรับรองแพทย์ไปยื่นสำนักทะเบียนในท้องที่ที่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีชื่อในทะเบียนบ้าน ซึ่งเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนหรือไม่เปลี่ยนให้ นั้น ขึ้นอยู่กับใบรับรองแพทย์เป็นสำคัญ ซึ่งต้องระบุชัดเจนว่ามีอวัยวะความหลากหลายทางเพศมาแต่กำเนิด และทำการตรวจวินิจฉัยแล้วเป็นเพศอะไรมาตั้งแต่กำเนิด แต่ร่างกายผิดปกติ ต้องผ่าตัดอวัยวะเพศที่ผิดปกติออก และไม่ใช้การแปลงเพศ ซึ่ง สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) มีหนังสือตอบกลับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ลงวันที่ 28 กันยายน 2560 ระบุว่า “บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTI) ที่เข้าช่วยบุคคลที่มีภาวะความหลากหลายทางเพศ ที่จะผ่าตัดเพื่อการรักษาให้ตรงกับเพศสภาพตามที่แพทย์ให้การรับรอง จัดอยู่ในประเภทและขอบเขตการบริการสาธารณสุขที่บุคคลมีสิทธิได้รับตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ...” ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีภาวะความหลากหลายทางเพศสามารถใช้สิทธิประกันสุขภาพถ้วนหน้า สิทธิประกันสังคม หรือสิทธิรักษาพยาบาลสำหรับข้าราชการตามแต่กรณี ในการเข้ารับการผ่าตัดให้มีเพศเดียวที่สมบูรณ์ตามเพศสภาพของตนที่แพทย์ได้ให้การรับรองได้นั่นเอง แต่ก็มีได้มีการระบุไว้ว่า หากไม่ประสงค์จะทำการผ่าตัดดังกล่าวแล้ว บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะสามารถดำเนินการเปลี่ยนคำนำหน้านามของตนให้ตรงกับเพศสภาพที่ปรากฏต่อบุคคลอื่นได้หรือไม่ อย่างไร การที่ภาครัฐกำหนดหลักเกณฑ์มาบังคับให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องผ่าตัดแก้ไขเพศกำเนิดของตนให้มีเพศเดียวเสียก่อน จึงจะดำเนินการเปลี่ยนคำนำหน้านามให้ตามเพศสภาพนั้น เป็นการจำกัดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อันถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

### 3.3.2 เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แม้กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเลือกคำระบุเพศได้ อาทิ "คลุมเครือ" "ความหลากหลายทางเพศ" และ "ยังไม่กำหนด" ในเอกสารราชการได้ จะยังไม่ประกาศใช้อย่างเป็นทางการ แต่ศาลสูงสุดเยอรมันมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายเกี่ยวกับสถานะพลเมืองที่มีอยู่ในปัจจุบันของเยอรมนี เลือกปฏิบัติต่อกลุ่มคนที่มีภาวะเพศไม่ชัดเจน และสมาชิกรัฐสภาเยอรมนีจะต้องผ่านกฎหมายฉบับใหม่ ภายในสิ้นปี 2561 เพื่อเสนอทางเลือกแก่บุคคลเพศที่ 3 ในการจดทะเบียนแจ้งเกิด จึงนับเป็นก้าวสำคัญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำลังเข้าสู่การเป็นประเทศที่ให้สิทธิการเลือกและชะลอการระบุเพศบุคคลในเอกสารราชการได้

สำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งได้จดทะเบียนตาม Act on Life Partnership of 2001 จึงได้รับสิทธิเสมือนคู่สมรสต่างเพศ โดยบุคคลที่จะจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตได้ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการจดทะเบียนการอยู่ร่วมกัน ซึ่งวางหลักไว้ในมาตรา 1 (1) กล่าวคือ “บุคคลที่มี เพศเดียวกันสองคน ที่ตัดสินใจใช้ชีวิตร่วมกัน” ซึ่งหมายความว่า บุคคลสองคน ซึ่งต่างเพศกันมีอาจจดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้ หากแต่ต้องจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันเท่านั้น เมื่อคู่ชีวิตร่วมเพศซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้จดทะเบียนในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การจดทะเบียนนั้น ย่อมสมบูรณ์และมีผลบังคับตามกฎหมาย ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ในการใช้

ชีวิตอยู่ร่วมกันเสมือนคู่ชีวิตต่างเพศพึงมีต่อกัน ในการจดทะเบียนสมรส เห็นได้ว่าคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ได้รับความคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายเสมือนสามีภริยาที่พึงมีต่อกัน และมีหน้าที่ในการช่วยเหลือ และดูแลซึ่งกันและกันตามกฎหมาย อันเป็นไปตามมาตรา 5<sup>181</sup> ซึ่งให้นำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1360 a และ มาตรา 1360 b มาปรับใช้ ทำให้คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ที่จดทะเบียนใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยจำนวนเงิน ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้นขึ้นอยู่กับรายได้ซึ่งแต่ละฝ่ายหาได้ ทั้งนี้ การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ของบุคคลที่ผูกพันตามบทบัญญัติการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันหรือ Act on Life Partnership of 2001 นั้น จะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อมีคำสั่งของศาล และเมื่อมีเหตุโดยที่คู่ชีวิตที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันทั้งสองฝ่ายสมัครใจที่จะไม่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน หรือมีเหตุที่การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันต่อไป จะเป็นการทุกข์ทรมานซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 15<sup>182</sup>

การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หากบุคคลผู้นั้นได้ทำการแปลงเพศใหม่ ตาม Das Transsexuellengesetz แล้ว ให้ถือสิทธิในการคุ้มครองและรับรองสถานะตามกฎหมายของเพศใหม่ และเช่นเดียวกันในการจะค้น ชั่ง จีบ หรือดำเนินคดีใด ๆ กับผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือจำเลย ก็ต้องปฏิบัติตามเพศใหม่ด้วย ไม่เว้นแม้แต่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขัง โดยให้ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นตามเพศที่ปรากฏ หรือตามเพศใหม่ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศนั่นเอง จึงมีแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทย คือ เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ ได้แยกประเภทการคุมขัง และให้การคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขัง โดยถือตามเพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ สิทธิในการร้องเรียนกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 174 a ที่ได้มีการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ทั้งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ตาม ความในมาตรา 3 (2) ไว้ว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชาย หญิง หรือ ผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์”<sup>183</sup> ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกับผู้ต้องขังเพศชาย และเพศหญิง ทั้งผู้ต้องขังซึ่งแปลงเพศแล้วย่อมได้รับสิทธิในการคุ้มครองตามเพศใหม่แตกต่างจากที่พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ของไทยที่เห็นได้ว่า แม้จะมีการขยาย สิทธิในการร้องเรียนให้ครอบคลุมไปถึงสิทธิของผู้ต้องขังชาย หากแต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งให้การคุ้มครองผู้ต้องขังหญิงเป็นการเฉพาะ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีเพศกำเนิดกำกวมไว้อย่างชัดเจน ทั้งที่กลุ่มผู้ต้องขังดังกล่าวเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างในสาระสำคัญ ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง

<sup>181</sup> Act on Life Partnership of 2001, Section 5.

<sup>182</sup> Das Transsexuellengesetz 1980, Section 15.

<sup>183</sup> Strafgesetzbuch (StGB), Section 174 a.

### 3.3.3 เปรียบเทียบมาตรการการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของไทยกับสหราชอาณาจักร

การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่านการแปลงเพศในสหราชอาณาจักร

ได้รับการรับรองผ่านกฎหมายที่มีชื่อว่า The Gender Recognition Act 2004 ซึ่งให้การรับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอแล้ว ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามกฎหมาย หากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวด้วย รัฐยังให้ความคุ้มครองในส่วนการดำเนินการยุติธรรมทางอาญา บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับสิทธิที่จะถูกปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรือนจำและสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการจำแนกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย ซึ่งจุดเด่นประการสำคัญของสหราชอาณาจักรในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ การที่ผู้ต้องขังสามารถจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตทางแพ่งได้ สำหรับการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของเรือนจำสหราชอาณาจักร

คู่ชีวิตที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งจดทะเบียนตาม Civil Partnerships หรือจดทะเบียนสมรสตาม The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ย่อมได้รับสิทธิในการเข้าเยี่ยมเหมือนคู่สมรสต่างเพศทุกประการ

หากแต่กฎหมายในประเทศไทยพบว่า การตรวจค้นตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องขังได้มีการวางหลักไว้ในกฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 58 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 76 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ให้เจ้าพนักงานเป็นผู้มีอำนาจค้นตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องขังได้ หากเป็นไปตามกรณีที่กำหนด และการค้นนั้นจะต้องกระทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้ต้องขังผู้ชาย ต้องให้เจ้าหน้าที่ชายเป็นผู้ค้น กรณีถ้าค้นผู้ต้องขังผู้หญิง ต้องให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ค้น การตรวจค้นตัวตามกฎหมายราชทัณฑ์ไทย จึงถือตามเพศกำเนิด โดยมิได้คำนึงถึงรสนิยม หรือความพึงพอใจทางเพศของบุคคลนั้น ๆ แต่อย่างใด ประกอบกับเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายของสหราชอาณาจักร เห็นได้ว่ากฎหมายไทยในส่วนการตรวจค้นตัว ยังไม่มีกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองสิทธิตามเพศกำเนิดเท่านั้น

สำหรับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในประเทศไทย ปรากฏตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ประกอบกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดประเภทการคุมขังให้เหมาะสมแก่ผู้ต้องขัง โดยให้รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจกำหนดประเภท หรือชั้นของเรือนจำหรือสั่งให้จัดอาณาเขตภายในเรือนจำออกเป็นส่วน ๆ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประเภท ชั้น เพศของผู้ต้องขังหรือความประสงค์ในการอบรมผู้ต้องขังด้วย และเพื่อมิให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน จึงแบ่งประเภทของผู้ต้องขังออกเป็น

7 ประเภท โดยแบ่งตามเพศกำเนิด และแบ่งตามฐานความผิด ทั้งสิทธิต่าง ๆ ที่ผู้ต้องขังได้รับ หรือการปฏิบัติใด ๆ ต่อผู้ต้องขังถือตามเพศกำเนิด โดยไม่คำนึงถึงเพศสภาวะหรือเพศสภาพของผู้ต้องขังแต่อย่างใด ต่างจากสหราชอาณาจักรที่มีการออกกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามเพศใหม่ ที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย

กรณีบุคคลผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมิใช่ญาติ แต่เป็นคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่เป็นผู้ต้องขังพบว่า ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ประกอบกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ได้วางหลักเกณฑ์ ให้ต้องเข้าเยี่ยมในลักษณะของบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ในกรณีผู้ต้องขังไม่มีญาติมาติดต่อขอเยี่ยม ให้ผู้บัญชาการเรือนจำใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาต ให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลที่เป็นญาติข้างต้นเข้าเยี่ยมได้ แม้กรมราชทัณฑ์จะมีนโยบายให้มีการพบญาติแบบใกล้ชิดตลอดทั้งปี เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ต้องขังใกล้ชิดกับครอบครัว สร้างความผูกพัน และให้ครอบครัวเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไข และพัฒนาพฤติกรรมนิสัยของผู้ต้องขัง หากแต่มิได้มีการรับรองสิทธิให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นคู่ชีวิตสามารถเข้าเยี่ยมได้ ซึ่งแตกต่างจากสหราชอาณาจักร ที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่ชีวิต ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่จดทะเบียนตามกฎหมายแล้ว ให้สามารถเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังได้ เช่นเดียวกับสิทธิของคู่สมรสต่างเพศ

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย

ในบทนี้ ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งนี้จากบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ปรากฏว่า มีปัญหาและข้อขัดข้องหลายประการ ดังนี้ คือ

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังในเรือนจำนั้นได้สร้างความอับอายให้เกิดแก่ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศโดยเฉพาะกรณีที่ผ่าตัดแปลงเพศ หรือผ่าตัดเสริมหน้าอกแล้ว แต่ยังคงต้องถูกตรวจค้นตัวจากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเพศชาย เพราะกฎหมายไม่ได้รับรอง และคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้ต้องยึดหลักในการตรวจค้นตัวตามเพศกำเนิดของบุคคลเป็นสำคัญ ส่งผลให้ในบางกรณีผู้ต้องขังอาจถูกลวนลามหรือได้รับคำดูถูกเหยียดหยามจากเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้น หรือจากผู้ต้องขังอื่น ตลอดจนบุคคลอื่นที่พบเห็นการตรวจค้นดังกล่าว

การศึกษาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาข้างต้น ประกอบกับการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักรแล้ว พบว่าในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ปรากฏกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีชื่อว่า Das Transsexuellengesetz 1980 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการรับรองสถานะของบุคคลผู้ผ่าตัดแปลงเพศจนครบถ้วน ย่อมทำให้ผู้นั้นมีสิทธิตามเพศใหม่ทุกประการ และไม่ทำให้สูญเสียสิทธิความเป็นทายาท บุพการี ตามเพศเดิมของตน ปรากฏตามความในมาตรา 5<sup>167</sup>

<sup>167</sup> Das Transsexuellengesetz 1980 § 5 Offenbarungsverbot

(1) Ist die Entscheidung, durch welche die Vornamen des Antragstellers geändert werden, rechtskräftig, so dürfen die zur Zeit der Entscheidung geführten Vornamen ohne Zustimmung des Antragstellers nicht offenbart oder ausgeforscht werden, es sei denn, daß besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

(2) Der frühere Ehegatte, die Eltern, die Großeltern und die Abkömmlinge des Antragstellers sind nur dann verpflichtet, die neuen Vornamen anzugeben, wenn dies für die Führung öffentlicher Bücher und Register erforderlich ist. Dies gilt nicht für Kinder, die der Antragsteller nach der Rechtskraft der Entscheidung nach § 1 angenommen hat.

และมาตรา 10<sup>168</sup> ของ Das Transsexuellengesetz 1980 ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 2000 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 (2) แก้ไขการรับรองสิทธิโดยวางหลักว่า ให้ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชายหญิงหรือผู้แปลงเพศ พึงได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การรับรองตามรัฐธรรมนูญและตาม Das Transsexuellengesetz 1980 ส่งผลให้ในการตรวจค้นผู้ต้องขังของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งปรากฏหลักเกณฑ์ตาม The Prison Act 1976 Section 84 ที่กำหนดแนวทางไว้ว่า กรณีผู้ต้องขังเป็นเพศชายและเป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ต้องโทษจำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศชายเท่านั้น เป็นผู้ตรวจค้น ส่วนกรณีผู้ต้องขังเป็นหญิงและได้รับคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น

สำหรับในสหราชอาณาจักร พบว่า The Gender Recognition Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว ตามความในมาตรา 20 ได้วางหลักให้ผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นบุคคลที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อย่างสมบูรณ์ สามารถใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและสิทธิในทางศาลให้ได้รับความคุ้มครองตามเพศใหม่ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้มีการรับรองสถานะของผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนแล้ว ให้ได้รับความคุ้มครองไปถึงสถานะในการเป็นผู้ต้องขังด้วย และสามารถอ้างอิงสิทธิตามเพศใหม่ในการตรวจค้นตัวของเรือนจำได้ โดยหลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังของสหราชอาณาจักร ปรากฏอยู่ใน Prison Rule 1999 ข้อ 41 ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องได้รับการตรวจค้นตัว โดยเจ้าหน้าที่ในส่วนแรกจับตัวผู้ต้องขังและหากในเวลาต่อมา จะตรวจค้นเมื่อผู้บัญชาการเห็นว่ามีคามจำเป็น หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจะมีคำสั่งโดยตรงก็ได้ ผู้ต้องขังจะได้รับการตรวจค้นตัวที่เหมาะสมกับลักษณะที่เป็น และต้องมีความสอดคล้อง เพื่อให้พบสิ่งที่ผู้ต้องขังปกปิด

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันและอังกฤษต่างก็มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในขณะที่กฎหมายไทยขาดบทบัญญัติที่แสดงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ทำให้กฎหมายไทยมีสถานะด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่ด้อยกว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศ

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังเป็นมาตรการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีความสำคัญ การใช้มาตรการดังกล่าว จึงต้องพยายามรักษาความสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐตามหลักการในทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม เนื่องจากหากรัฐคำนึงถึงความคล่องตัวในการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำ

---

(3) In dem Geburtseintrag eines leiblichen Kindes des Antragstellers oder eines Kindes, das der Antragsteller vor der Rechtskraft der Entscheidung nach § 1 angenommen hat, sind bei dem Antragsteller die Vornamen anzugeben, die vor der Rechtskraft der Entscheidung nach § 1 maßgebend waren.

<sup>168</sup> Das Transsexuellengesetz 1980 § 10 Wirkungen der Entscheidung

(1) Von der Rechtskraft der Entscheidung an, daß der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, richten sich seine vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(2) § 5 gilt sinngemäß.

เกินไป โดยเพิกเฉยต่อการคุ้มครองสิทธิในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศว่าต้องมีลักษณะเฉพาะจากหลักทั่วไป ด้วยมองว่า การใช้หลักในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่แตกต่างออกไป จะทำให้การปฏิบัติงานเกิดยุ่งยากและซับซ้อน ก่อให้เกิดความล่าช้า

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ปัจจุบันการจัดประเภทผู้ต้องขังของกรมราชทัณฑ์ ได้มีการดำเนินการป้องกันไม่ให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน ทั้งนี้ได้แบ่งออกเป็น 7 ประเภท คือ

- (1) ผู้ต้องขังหญิง
- (2) ผู้ต้องขังที่มีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษเป็นครั้งแรก
- (3) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดอาชญากรรม
- (4) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกาย
- (5) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์
- (6) ผู้ต้องขังที่ศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย และ
- (7) ผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ได้ระบุมาแล้ว

ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ข้อ 40 เห็นได้ว่า ในการจัดประเภทผู้ต้องขังของงานราชทัณฑ์ กฎหมายใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของความผิด อายุ และเพศเป็นเกณฑ์การจัดประเภทของผู้ต้องขัง การแยกประเภทผู้ต้องขังโดยใช้เพศเป็นเกณฑ์ ส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากในการแยกประเภทดังกล่าว ยึดตามเพศกำเนิดของบุคคลเท่านั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงถูกแยกประเภทตามเพศกำเนิด โดยไม่ได้คำนึงถึงเพศสภาพที่ปรากฏ เพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการแยกประเภทผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่อย่างใด

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร จากการศึกษพบว่า การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นไปตามกฎหมายชื่อว่า Das Transsexuellengesetz (TSG 1980) มาตรา 9 โดยให้ถือว่าการรับรองสถานะการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ และจดทะเบียนตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ให้สิทธิของบุคคลนั้นเป็นไปตามเพศใหม่ที่ปรากฏ การค้น ขัง จับ หรือดำเนินคดีใด ๆ กับผู้เสียหายผู้ต้องหาหรือจำเลย ก็ต้องปฏิบัติตามเพศใหม่ รวมถึงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องขังด้วย

สำหรับในสหราชอาณาจักร พบว่า มีกฎหมาย The Gender Recognition Act 2004 ข้อ 20 รับรองสถานะทางเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามคำร้องขอ ย่อมถือว่าสมบูรณ์และได้รับสิทธิความคุ้มครองตามกฎหมาย กรณีบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้กระทำความผิด ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ถูกกล่าวหา จำเลย หรือผู้ต้องขังในคดีอาญา ย่อมได้รับการ



คุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิที่จะได้รับปฏิบัติตามเพศที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว รวมถึงการแยกประเภทในเรื่องจำ และสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องขังก็จะได้รับการการแยกประเภท และได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามเพศใหม่ของตนด้วย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันและกฎหมายอังกฤษมีจุดเด่นในเรื่องการการมีบทบัญญัติที่ชัดเจนให้มีการแยกประเภทเรือนจำของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามเพศใหม่ที่ได้รับการจดทะเบียน เพื่อป้องกันการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังด้วยกันเอง ในขณะที่กฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์การจำแนกผู้ต้องขังตามเพศใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ทั้งยังไม่มียกเว้นที่เปิดช่องให้ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศใหม่ดังเช่นกฎหมายออสเตรเลียอีกด้วย ทำให้ตามกฎหมายไทยนั้น ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องถูกจัดให้อยู่รวมกับผู้ต้องขังอื่นตามเพศกำเนิดของตน ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อการถูกทำร้ายร่างกายและล่วงละเมิดทางเพศเป็นอย่างมาก ในประเด็นนี้ กฎหมายไทยจึงมีสถานะการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ต่ำกว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ

#### 4.3 ปัญหาในการล่วงละเมิดทางเพศผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความคุ้มครอง และมีสิทธิร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดได้เช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง ทั้งที่ผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความแตกต่างในสาระสำคัญทางร่างกายที่ก่อให้เกิดโอกาสเสี่ยงสูงที่จะถูกล่วงละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และจากผู้ต้องขังด้วยกัน สะท้อนให้เห็นว่า สังคมไทยยังคงมีช่องว่างของความรู้ในเรื่องคติทางเพศอีกมากมายที่ทับซ้อนอยู่กับความเชื่อขนบธรรมเนียม และประเพณีของคนในสังคม ส่งผลให้ทัศนคติทางเพศ ยังคงเป็นไปในรูปแบบเดิม โดยมีได้คำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะสิทธิในการร้องเรียนกรณีของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หรือเกิดจากผู้ต้องขังด้วยกัน รัฐต้องตระหนักว่าบุคคลทุกคนซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐ พึงต้องได้รับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกัน แม้บุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะผู้ต้องขังก็ตาม

ผลจากการศึกษาในประเด็นดังกล่าว พบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 a ได้มีการบัญญัติความผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในกรณีล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจนตลอดทั้งรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ตามความในมาตรา 3(2) ระบุว่า “ชายหญิงเท่าเทียมกัน การปฏิบัติต่อชายหญิง หรือผู้แปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์” ดังนั้น ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว และผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และมีการจดทะเบียนรับรองสถานะการแปลงเพศตามบทบัญญัติกฎหมาย Das Transsexuellengesetz ย่อมได้รับการคุ้มครองตามเพศใหม่ที่จดทะเบียน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้ให้การรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลาย

ทางเพศไว้ ทั้งกฎหมายราชทัณฑ์ของไทยก็ไม่มีกรกล่าวถึงสิทธิของผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการร้องเรียนกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ หรือใช้ฮอร์โมน หรือตกแต่งส่วนใดของร่างกายให้มีสภาพแตกต่างไปจากเพศกำเนิดของตน ได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศใหม่ให้ตรงกับเพศสภาพปัจจุบัน นอกจากจะส่งผลต่อการแยกประเภทผู้ต้องขังในเรือนจำแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อเป็นปัญหาและอุปสรรคในการร้องเรียนในกรณีที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศอีกด้วย เนื่องจากตามกฎหมายราชทัณฑ์ไทยนั้น กำหนดให้เฉพาะผู้ต้องขังหญิงซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะผู้ที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดดังกล่าวเท่านั้น ที่ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมและต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ดังนั้น หากเป็นผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ทำให้สถานะการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายไทย มีสถานะที่ด้อยกว่ากฎหมายหมายของทั้งสามประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ

#### 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

การศึกษาในประเด็นปัญหานี้พบว่า สิทธิในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังในฐานะคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่มีปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดสิทธิในการเยี่ยมไว้ ตามความในมาตรา 60 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ต้องขังพึงได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับบุคคลภายนอกตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ บุคคลภายนอกซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้าไปในเรือนจำ เพื่อกิจธุระ เยี่ยมผู้ต้องขัง หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่น จะต้องปฏิบัติตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ที่ประกาศไว้โดยเปิดเผย ทั้งตามความในมาตรา 61 ยังกำหนด ให้เรือนจำจัดสถานที่ให้ผู้ต้องขังได้พบและปรึกษากับทนายความหรือผู้ซึ่งจะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัวได้ตามที่กำหนดในระเบียบกรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นระเบียบที่ผู้บัญชาการเรือนจำต่าง ๆ ได้วางไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการเยี่ยมญาติและติดต่อของบุคคลภายนอกต่อผู้ต้องขัง

ผู้ต้องขังในประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่ หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรส ตามกฎหมาย The Marriage (Same Sex Couple) Act 2013 โดยอาจจะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ เช่น เกย์ กะเทย ทอม ดี ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

สำหรับในประเทศไทยไม่ปรากฏการรับรองสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ได้วางหลักไว้ว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุ 17 ปี บริบูรณ์ แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาต

ให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้การสมรสกระทำไ้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดให้การสมรสมีผลต่อเมื่อได้จดทะเบียนการสมรส จึงจะเกิดสิทธิและหน้าที่ในฐานะคู่สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า เมื่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติที่รับรองความสัมพันธ์กันคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ ทำให้กฎหมายอื่น ๆ ที่อ้างอิงสิทธิของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิของคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามไปด้วย ซึ่งในส่วนของกฎหมายราชทัณฑ์ก็เช่นเดียวกัน ปัจจุบันยังไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้คู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับโอกาสให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างใกล้ชิด ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงไม่ได้รับสิทธิเท่าเทียมกับผู้ต้องขังที่มีเพศสภาพตรงกับเพศกำเนิด ที่คู่สมรสสามารถเข้าเยี่ยมโดยใกล้ชิด เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเครียด และกระตุ้นให้ผู้ต้องขังประพฤติตนให้ดี กลับตัวกลับใจ จะได้พ้นโทษและกลับไปอยู่กับคนรักโดยเร็ว จึงกล่าวได้ว่า เมื่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อความเครียดและโอกาสในการกลับใจเป็นคนดีของสังคม อันเป็นเป้าหมายสูงสุดของงานราชทัณฑ์ไปอย่างน่าเสียดาย ในขณะที่ประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างได้รับสิทธิในการเยี่ยมจากคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแบบใกล้ชิดเป็นการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตคู่หรือการเยี่ยมเพื่อการสมรส โดยอาจจะเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ดังนั้น สถานะกฎหมายไทยในประเด็นการคุ้มครองสิทธิในการเข้าเยี่ยมของคู่ชีวิตผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงด้อยกว่าทั้งสองประเทศดังกล่าว

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทำให้ทราบว่า การรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 เนื่องจากนานาชาติได้มีการบัญญัติกฎหมายภายใน รวมทั้งได้มีการสนับสนุนสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้ได้รับการคุ้มครองจากองค์กรระหว่างประเทศ

ต่อมาในภายหลังประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นปัญหาสำคัญ ดังเห็นได้จากหลักการยอร์กยาการ์ตา ค.ศ. 2006 ที่ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการโดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากหลายภูมิภาค รวมทั้งนักวิชาการข้าหลวงใหญ่ด้านสิทธิมนุษยชน ส่งผลให้การดำเนินการของรัฐ จะต้องผูกพันตามพันธกิจด้านสิทธิมนุษยชนในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายและสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนนานาชาติ จึงนับได้ว่าหลักการยอร์กยาการ์ตาเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ได้มีการตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร บนพื้นฐานความคิดที่ได้จำกัดความหมายของเพศเอาไว้เพียงชายหรือหญิง อันเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจอันดีที่มีอย่างกว้างขวางในสังคมต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

จากการศึกษาทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยอันเป็นผลสืบเนื่องจากกระแสตื่นตัวจากการเข้าร่วม และการยอมรับสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเหตุปัจจัยทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวางในกฎหมายภายในของไทย โดยเฉพาะความพยายามที่จะขับเคลื่อนให้เกิดการรับรองคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2558 ซึ่งบัญญัติให้มีคำว่า “เพศสภาพ” ลงในร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หากแต่ในเวลาต่อมาได้มีการตัดคำดังกล่าวออกไป เนื่องจากมีการกำหนดเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศไว้แล้ว

จากการศึกษาทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคของการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ปรากฏปัญหาและอุปสรรคบางประการ คือ

- 1) การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งปรากฏทั้งในสถานะผู้ต้องขังหรือบุคคลอื่นที่มาติดต่อกับเรือนจำทั้งกฎหมายภายในของ

ไทยยังมีได้รับรองและคุ้มครองสิทธิตามอัตลักษณ์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะกลุ่มผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีสภาพทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด ย่อมเสี่ยงต่อการถูกเลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดความยุ่งยากในการจำแนกเพศว่าเป็นชายหรือหญิง ซึ่งอาจนำไปสู่การปฏิบัติที่เป็นการละเมิดต่อความเป็นตัวตนของบุคคลนั้น ๆ ได้ และหากในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังกระทำโดยมีเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการตรวจค้นเป็นเพศชาย ทำการค้นตัวผู้ต้องขังชายซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีการผ่าตัดเสริมหน้าอก หรือผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ในกรณีเช่นนี้อาจก่อให้เกิดความสับสนเสี่ยงในการล่วงละเมิด และทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกตรวจค้นตัว เนื่องจากการยึดหลักการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังตามเพศกำเนิด เพราะไม่มีกฎหมายใด ๆ รองรับและคุ้มครองสิทธิ

2) การคุ้มครองสิทธิในการแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศตามกฎหมายราชทัณฑ์ ปรากฏว่าไม่พบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ เนื่องจากการจำแนกประเภทของผู้ต้องขัง ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 41 บัญญัติถึงการจัดประเภทของการคุมขังให้เหมาะสมกับผู้ต้องขัง โดยคำนึงถึงประเภท ชัน เพศ หรือความประสงค์ในการอบรมผู้ต้องขัง เพื่อมิให้ผู้ต้องขังประเภทต่าง ๆ ปะปนกัน

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้แบ่งประเภทการคุมขังโดยอาศัยตามเพศกำเนิดและตามฐานความผิด ซึ่งไม่ได้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะบุคคลเหล่านั้นจะเสริม เต็มแต่งอวัยวะ หรือแม้แต่ได้ผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุที่กลุ่มบุคคลเหล่านี้ไม่สามารถจัดประเภทได้ชัดเจนว่าจะอยู่ในสถานะของผู้ต้องขังประเภทใด ส่งผลให้กลุ่มผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับสิทธิต่าง ๆ อาทิ สิทธิในการได้รับการจัดให้อยู่ในที่คุมขังที่มีความเหมาะสม นอกจากนี้ผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมักจะถูกกลั่นแกล้ง และถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังอื่นในเรือนจำ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความโหดร้ายและทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

3) สิทธิในการร้องเรียนกรณีถูกล่วงละเมิดของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องมาจากในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้ให้สิทธิผู้ต้องขังร้องเรียน และได้รับการคุ้มครองจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เรือนจำเท่านั้น โดยไม่ได้รวมถึงการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังด้วยกัน ทั้งจะเห็นได้ว่าในส่วนของการให้ความคุ้มครองผลที่เกิดจากเหตุแห่งการล่วงละเมิดทางเพศนั้น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มุ่งที่จะให้การคุ้มครองผู้ต้องขังหญิงเท่านั้น โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิของผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้วแต่อย่างใด สะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ ตลอดจนไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของหลักการยกยอการก้าวร้าวด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

4) สิทธิการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังของคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง แม้ว่าคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิในการเข้า

เยี่ยมผู้ต้องขังในเวลาปกติเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป หากแต่กรณีเมื่อผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศล้มป่วยหรือในกรณีการให้เยี่ยมญาติใกล้ชิด ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ประกอบพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ได้วางหลักเกณฑ์กำหนดให้บุคคลที่สามารถเข้าเยี่ยมได้มีเพียงสองประเภท คือ ผู้เข้าเยี่ยมต้องมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับผู้ต้องขัง หรือผู้เข้าเยี่ยมต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับผู้ต้องขัง อาทิการเป็นคู่สมรส เป็นต้น ซึ่งแน่นอนว่าหลักเกณฑ์ในการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังในส่วนนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพราะสิทธิในการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีเพศเดียวกันยังไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยศึกษากฎหมายสิทธิผู้ต้องขังตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักรผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ คือ

5.2.1 เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ 2479 ในข้อ 36 จากเดิม

ข้อ 36 “การตรวจค้นสิ่งของที่ตัวผู้ต้องขังนั้น ถ้าผู้ต้องขังเป็นชายให้เจ้าพนักงานชายเป็นผู้ตรวจ ถ้าผู้ต้องขังเป็นหญิงให้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจ หากไม่มีเจ้าพนักงานหญิงก็ให้ผู้ต้องขังนั้นเอง แสดงสิ่งของที่ตนมีติดตัวมาต่อเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ตรวจ หากว่ายังเป็นที่ยสงสัยว่าผู้ต้องขังจะไม่แสดงสิ่งของที่มีอยู่ทั้งหมด ก็ให้เชิญหญิงอื่นที่เชื่อถือ มาช่วยทำการตรวจให้”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความในข้อ 36 ดังนี้

ข้อ 36 “การตรวจค้นสิ่งของที่ตัวผู้ต้องขังนั้น ถ้าผู้ต้องขังเป็นชายให้เจ้าพนักงานชายเป็นผู้ตรวจ ถ้าผู้ต้องขังเป็นหญิงให้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจหากไม่มีเจ้าพนักงานหญิงก็ให้ผู้ต้องขังนั้นเอง แสดงสิ่งของที่ตนมีติดตัวมา ต่อเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ตรวจ หากว่ายังเป็นที่ยสงสัยว่าผู้ต้องขังจะไม่แสดงสิ่งของที่มีอยู่ทั้งหมด ก็ให้เชิญหญิงอื่นที่เชื่อถือ มาช่วยทำการตรวจให้ ในกรณีที่ผู้ต้องขังมีสภาพทางเพศเปลี่ยนแปลงไปไม่ตรงกับเพศกำเนิด ไม่ว่าจะในทางกายภาพหรือทางจิตใจ ให้การตรวจค้นผู้ต้องขังนั้นกระทำโดยเจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นที่มีเพศหรือเพศสภาพเดียวกันกับความรับรู้ทางเพศของผู้ต้องขังนั้น”

และแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

มาตรา 85 วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงหรือค้นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ต้องให้เจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้ค้นเป็นผู้ค้น

มาตรา 132 (1) วรรคสอง เพิ่มเติมบทบัญญัติ “ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่งหากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิงหรือเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศให้จัดเจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพของผู้นั้นเป็นผู้ตรวจ...”

5.2.2 การแยกประเภทการคุมขังผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ข้อที่ 40 จากเดิม

ข้อที่ 40 “ภายใต้บังคับมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ให้แบ่งประเภทของผู้ต้องขัง ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ต้องขังหญิง
- (2) ผู้ต้องขังซึ่งมีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษครั้งแรก
- (3) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่อนาจาร
- (4) ผู้ต้องขังซึ่งต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย
- (5) ผู้ต้องขังซึ่งต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน
- (6) ผู้ต้องขังซึ่งศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย
- (7) ผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ได้ระบุมาแล้ว”

แก้ไขโดยเพิ่มเติมข้อความในข้อที่ 40 ของกฎกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ดังนี้

ข้อที่ 40 “ภายใต้บังคับมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ให้แบ่งประเภทของผู้ต้องขัง ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ต้องขังหญิง
- (2) ผู้ต้องขังที่ผ่านการแปลงเพศจากชายเป็นหญิง หรือผ่านการแปลงเพศจากหญิงเป็นชาย หรือผู้ต้องขังซึ่งได้มีการผ่าตัดเสริมหน้าอก ซึ่งทำให้สภาพร่างกายแตกต่างจากเพศกำเนิดในสาระสำคัญ
- (3) ผู้ต้องขังซึ่งมีอายุต่ำกว่า 25 ปี และต้องโทษครั้งแรก
- (4) ผู้ต้องขังที่ต้องโทษสำหรับความผิดที่อนาจาร
- (5) ผู้ต้องขังซึ่งต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย
- (6) ผู้ต้องขังซึ่งต้องโทษสำหรับความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน
- (7) ผู้ต้องขังซึ่งศาลพิพากษาว่าเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย
- (8) ผู้ต้องขังที่ไม่อยู่ในจำพวกที่ได้ระบุมาแล้ว”

และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 หมวด 3 การจำแนก เขตความรับผิดชอบ และมาตรฐานเรือนจำ

มาตรา 31 การจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำ ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยอาศัยเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) เพศของผู้ต้องขัง
- (2) สถานะของผู้ต้องขัง

(3) ความประสงค์ในการพัฒนาพหุตินิสัยของผู้ต้องขัง

(4) ความมั่นคงของเรือนจำ

(5) ลักษณะเฉพาะทางของเรือนจำ

แก้ไขโดยให้เพิ่มความในมาตรา 3 ดังนี้

มาตรา 31 การจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำ ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยอาศัยเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

เพศและเพศสภาพของผู้ต้องขัง

ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเกี่ยวกับสิทธิในการร้องเรียน กรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 47 จากเดิม

มาตรา 47 “ผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของเรือนจำได้ โดยให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันที รวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับและได้รับการไต่สวนชี้ขาดโดยพนักงานอัยการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง หากผู้ต้องขังซึ่งเป็นหญิงและตั้งครรภ์ให้นำบทบัญญัติมาตรา 59 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

แก้ไขโดยให้เพิ่มความในมาตรา 47 ดังนี้

มาตรา 47 “ผู้ต้องขังมีสิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานของเรือนจำ และการถูกล่วงละเมิดทางเพศจากผู้ต้องขังด้วยกันได้ โดยให้ได้รับความคุ้มครองและให้คำปรึกษาในทันทีรวมทั้งคำร้องดังกล่าวต้องรักษาเป็นความลับ และได้รับการไต่สวนชี้ขาดโดยพนักงานอัยการ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง หากผู้ต้องขังซึ่งเป็นหญิงและตั้งครรภ์ให้นำบทบัญญัติมาตรา 59 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 59 จากเดิม

มาตรา 59 “ผู้ต้องขังหญิงซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะผู้ที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดดังกล่าว ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมและต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

แก้ไขโดยให้เพิ่มความในมาตรา 59 ดังนี้

มาตรา 59 “ผู้ต้องขังหญิงโดยเฉพาะผู้ต้องขังหญิงที่ตั้งครรภ์จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศและผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้น ต้องได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสม และต้องได้รับการสนับสนุนการดูแลสุขภาพทางกายและทางจิตตามความจำเป็น รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายด้วย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”



ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิการเข้าเยี่ยมผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะคู่ชีวิต ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยเรื่องแก้ไขข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ฉบับที่ 3 เรื่อง กำหนดความสะดวกและประโยชน์บางประการสำหรับผู้ต้องขัง ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2480 ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2533 ข้อ 1. ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ข้อ 1. ให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็น ข้อ ค. และเปลี่ยนข้อความในข้อ ค. (เดิม) เป็น

ข้อ ค. ผู้ต้องขังในทัณฑสถานเปิด

(1) ให้ได้รับความสะดวกและประโยชน์เช่นเดียวกับผู้ต้องขังในข้อ ก. ตามชั้นที่ตนเองถือครองอยู่

(2) ให้ได้รับการเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิดในสถานที่ที่ทางทัณฑสถานเปิดได้จัดไว้ให้ เดือนละ 1 ครั้ง ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ทัณฑสถานเปิดกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากอธิบดีกรมราชทัณฑ์”

จากข้อบังคับกรมราชทัณฑ์ข้างต้น ผู้ศึกษามีความเห็นเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวควรให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณา เพื่อให้สิทธิแก่คู่ชีวิตของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ให้สามารถใช้สิทธิในการเข้าเยี่ยมจากครอบครัวตามลำพังอย่างใกล้ชิด ได้ตามความในข้อ 1 (2) อีกทั้งในส่วนของระเบียบกรมราชทัณฑ์ ว่าด้วยการเยี่ยมการติดต่อของบุคคลภายนอกกับผู้ต้องขัง และการเข้าดูกิจการหรือติดต่อการทำงานกับเรือนจำ พ.ศ. 2561 ที่กำหนดไว้ว่า

“ข้อ 25 บุคคลต่อไปนี้เท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย

(1) บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย

(2) สามี หรือภรรยา

(3) บุตร หรือหลาน

(4) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือพี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(5) บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือผู้ที่ผู้ต้องขังป่วยร้องขอ”

ควรแก้ไขเป็น

“ข้อ 25 บุคคลต่อไปนี้เท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าเยี่ยมผู้ต้องขังป่วย

(1) บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย

(2) สามี หรือภรรยา

(3) บุตร หรือหลาน

(4) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือพี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(5) บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือผู้ที่ผู้ต้องขังป่วยร้องขอ

(6) คู่ชีวิตของผู้ต้องขังป่วยซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

กรุงเทพมหานคร, 'เยอรมนีเลี้ยงคลอดกม.รับรองเพศที่ 3 ตั้งแต่เกิด'

<<https://www.bangkokbiznews.com/world/780424.html>> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2567.

กุลพล พลวัน, *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2547).

คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตกเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุและการตรวจรายงาน การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ,

*เจตนาธรรมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550* (สำนักงานกรรมการธิการ3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2550).

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสมาคมฟ้าสีรุ้ง, *สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*

(ศรีเมืองการพิมพ์ 2550).

คม ชัด ลึก, 'ศาลสั่ง กท.ถอนคำโรจจิตถาวร' <<http://www.komchadluek.net/detail/20110913/108992/>

ศาลสั่ง กท. ถอนคำโรจจิตถาวร .html> สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2566.

'คู่มือหลักปฏิบัติในการตรวจค้นและคู่มือมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง'

<[http://os.correct.go.th/correct/a36156\\_55.pdf](http://os.correct.go.th/correct/a36156_55.pdf)> สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม 2566.

จรรุวรรณ คงยศ, 'การปรับตัวของผู้ต้องขังให้เข้ากับสภาพเรือนจำ ศึกษาเฉพาะกรณีเรือนจำกลางคลองเปรม'

(วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

ชลดา เรื่องรักษ์ลิขิต, *รกร่วมเพศในงานของสุนทรภู่สุนทรภู่อภิลักษณ์นักเลงทำเพลงยาว*

(สำนักพิมพ์สถาพรบุ๊คส์ 2557).

เดือนเพ็ญ กุลสุวรรณ, 'แนวทางการสร้างความเป็นธรรมในสังคม'

<<http://www.sites.google.com/site/deunpen601/naewthang-kar-srangkhvam-pen-thrrm-ni-sangkh>> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2567.

นที จิตสว่าง, 'ราชทัณฑ์กับการพัฒนาองค์ความรู้และบุคลากรที่พึงประสงค์'

<<http://www.gotoknow.org/posts/420489>> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2567.

เนื่องน้อย บุญเนตร, *จริยศาสตร์ตะวันตก คำานท์ มีล์ล์ ฮอบส์ รอลส์ ชาร์ทรี*

(สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2544).

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

ประธาน วัฒนวาณิชย์, 'ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและ

กระบวนการนิติธรรม' วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520)

ปิ่นบุญญา ล่ำมะนา, 'ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอาเซียน: ศึกษากรณีคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2555).

### บรรณานุกรม (ต่อ)

ปิยนุช โปตะวณิช, 'สัญญากับการสมรส' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).

ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539)

ภริชญา วีระสุโข, 'แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมและทฤษฎีความยุติธรรม'

<<http://integratedsciences-sila.blogspot.com/2011/05/blogpost.html>>

สืบค้นเมื่อ 19 พฤศจิกายน 2566.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, สาขาวิชาการจัดการ, *กฎหมาย ข้อบังคับและการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำ ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับงานราชทัณฑ์, หน่วยที่ 6* (อรุณการพิมพ์ 2551).

ยุทธนา สุวรรณประดิษฐ์, 'สิทธิและเสรีภาพของรักร่วมเพศชายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์จากปัญหาของสังคมไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543).

รวี ดาวัน, 'หม่อมไกรสร นักเลงเล่นเพศ'

<[http://www.madmenwriter.com/No20/bthkhwam\\_phises.html](http://www.madmenwriter.com/No20/bthkhwam_phises.html)>

สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2566.

โรม บุณนาค, 'เล่นเพื่อน ในราชสำนักสยาม กลุ่มโปงกันปลายพระบาทเจ้านาย'

<<http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewID=9580000090150>, 2566>

สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2566).

วิชัย ศรีรัตน์, *สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2546).

ศุภีมาน (นฤมล) วงศ์สุภาพ, *นางงามตุ๊กกระจก: การศึกษากระบวนการ กลายเป็นหมอนวดไทย* (สำนักพิมพ์ ศ. สยาม 2544).

สะพาน: กลุ่มสร้างสื่อทางเลือกเพื่อความเข้าใจเรื่องคนรักเพศเดียวกัน, 'การรักเพศเดียวกันกับบัญญัติจำแนก

โรคระหว่างประเทศ' <<http://www.sapaan.org/article/39.html>>

สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2566.

สมาคมสตรีข้ามเพศแห่งประเทศไทย, 'ขอแสดงความยินดีเรื่อง สด.43'

<<http://www.thaitranssexual.org/news-36/ขอแสดงความยินดีเรื่องสด.43.html>>

สืบค้นเมื่อ 6 พฤศจิกายน 2566.

สมชาย อัครพันธ์ธนกุล, 'ความคิดเรื่องความเท่าเทียมในทฤษฎีความยุติธรรมของจอห์น รอลส์'

(วิทยานิพนธ์ อักษรศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2533).

### บรรณานุกรม (ต่อ)

สมบัติ เดียววิศเรศ, คำบรรยายวิชาสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม ใน รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 59 ปีการศึกษา 2549 เล่ม 9 (สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา 2549).

สุจิต บุญบงการ, 'ความชัดเจนในสิทธิและเสรีภาพ: คำนึงกับการพัฒนาประชาธิปไตย'

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 2, 5 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2543).

สุชาดา ทวีสิทธิ์ และอุมาภรณ์ ภัทรวาณิชย์, รายงานวิเคราะห์สถานการณ์แบบมีส่วนร่วม ประเด็นการตีตรา

และเลือกปฏิบัติ การละเมิดสิทธิในกลุ่มชายที่มีเพศสัมพันธ์กับชายและข้อเสนอของสังคมไทย (ทีคิวพี 2554).

สุริชัย หวันแก้ว, คนชายขอบ จากความคิดสู่ความจริง (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550).

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 'สรุปผลการประชุมเปิดตัวมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติ

ต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา) ในระหว่างการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ 70'

<[http://www.cabinet.soc.go.th/Soc/Program2-3.jsp?top\\_serl=99316793](http://www.cabinet.soc.go.th/Soc/Program2-3.jsp?top_serl=99316793)>

สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2567.

อุทัย อาทิวา, ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (วี. เจ. พรินต์ติ้ง 2559).

### ภาษาต่างประเทศ

Home Office, 'Report of the Interdepartmental Working Group on Transsexual People'

<<http://www.dca.gov.uk/constitution/transsex/wgtrans.pdf>>

สืบค้นเมื่อ 11 พฤศจิกายน 2566.

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

Vicharn Panich, 'สนุกกับภาษาไทย – ภาษาอัชฌาไศรย 31 ซายคาภาษาไทย (10)'

<<https://www.gotoknow.org/posts/151017>> สืบค้นเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2566).

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

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล	อัสสชิ เสือวิจิตร
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2555 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 46 ปีการศึกษา 2559 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย 70 ปีการศึกษา 2560
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2560 นิติกร กองบังคับคดีล้มละลาย 6 กรมบังคับคดี พ.ศ. 2562 นิติกร กองคดีธุรกิจการเงินนอกระบบ กรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2564 นิติกรปฏิบัติการ กรมตรวจบัญชีสหกรณ์