



การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ: ศึกษากรณี  
เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

วรพล วิจิตรพงษา

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปีการศึกษา 2566

PROTECTION OF THE RIGHTS OF GENDER DIVERSE CHILDREN  
AND YOUTHS: A CASE STUDY OF CHILDREN  
AND YOUTHS IN DETENTION CENTER

WORAPHOL WIJITPONGSA

A Thematic Paper Submitted in Partial Fulfillment of the  
Requirements for the Degree of Master of Laws  
Department of law,  
Pridi Banomyong Faculty of Law  
Dhurakij Pundit University  
Academic Year 2023



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


หัวข้อสารนิพนธ์ การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ : ศึกษากรณี  
เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน  
เสนอโดย วรพล วิจิตรพงษา  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์  
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว

  
..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินี)

  
..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.จिरวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)  
วันที่ 11 เดือน สิงหาคม พ.ศ. 2567

หัวข้อสารนิพนธ์	การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ: ศึกษากรณีเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน
ชื่อผู้เขียน	วรพล วิจิตรพงษา
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

### บทคัดย่อ

สารนิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร เนื่องจากบุคคลกลุ่มนี้มีความต้องการที่มีลักษณะเฉพาะและมีอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับการปฏิบัติที่มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยการคุ้มครองสิทธิยังคงพิจารณาจากเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว ส่งผลให้เด็กและเยาวชนดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ จากการศึกษาพบว่า การปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศโดยคำนึงถึงเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและหลักการสากลที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยความเท่าเทียม เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ ตั้งแต่ขั้นตอนการจำแนกเพศ การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม รวมถึงความต้องการเฉพาะอื่นๆ ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ

**คำสำคัญ:** เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ, อัตลักษณ์ทางเพศ, การคุ้มครองสิทธิ

.....  
รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์

Thematic Paper Title	PROTECTION OF THE RIGHTS OF GENDER DIVERSE CHILDREN AND YOUTHS: A CASE STUDY OF CHILDREN AND YOUTHS IN DETENTION CENTER
Author	Woraphol Wijitpongsa
Thematic Paper Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

### ABSTRACT

This thematic paper investigates guidelines for protecting the rights of juveniles with gender diversity in detention centers, employing a comparative analysis of Australian and United Kingdom legislation. The study focuses on a group with diverse sexual orientations and gender identities beyond the traditional male and female binary, requiring specific considerations for their unique characteristics. In the absence of legislation addressing this complexity in Thailand, diverse juveniles encounter inappropriate practices within detention centers. The research reveals that discrimination based on gender binarism is contrary to constitutional rights and the Universal Principles, which advocate for treating diverse children equally, with dignity, and in alignment with their gender identity throughout processes such as gender identification, physical searches, placement in custody, and addressing specific needs. Consequently, the findings suggest the imperative for Thailand to establish sui generis legislation tailored to treat children and youths in detention centers appropriately and in accordance with their sexual features.

**Keywords:** Gender Diverse Children and Youth, Gender Identity, Protection of Rights

  
.....

## กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีก็ด้วยความเมตตาของรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ผู้ซึ่งสละเวลาและให้เกียรติมาเป็นประธานกรรมการสอบสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ผู้ซึ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ และอาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ให้เกียรติมาเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ โดยทั้งสามท่านได้ให้คำปรึกษา ข้อคิด ข้อเสนอแนะ ตลอดจนช่วยปรับแก้และตรวจสอบเนื้อหาของสารนิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียนจนสามารถนำความรู้มาเขียนสารนิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จ

เหนือสิ่งสำคัญอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่คอยสนับสนุนผู้เขียนในทุก ๆ เรื่อง จนทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จในวันนี้ รวมทั้งครอบครัวเสริมทรัพย์ที่คอยสนับสนุนทั้งกำลังทรัพย์และกำลังใจให้ผู้เขียนมีแรงใจในการศึกษาเล่าเรียนและเขียนสารนิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จตามความมุ่งหมาย

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณทยา ศิริเศรษฐวงศ์ ผู้เป็นกำลังใจสำคัญที่คอยช่วยเหลือและแก้ไขปัญหาให้กับผู้เขียนจนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีและขอขอบคุณหอสมุดรัฐสภาซึ่งเป็นสถานที่ที่ผู้เขียนได้มาสืบค้นข้อมูลในการเขียนสารนิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จ สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณตนเองที่ยัน มานะอดทน และมุ่งมั่นเขียนสารนิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จตามเป้าหมายที่ตั้งไว้

สารนิพนธ์เล่มนี้อาจจะยังมีความผิดพลาดและบกพร่องด้วยประการใด ๆ ผู้เขียนขอน้อมรับความผิดพลาดบกพร่องและข้อตำหนิต่าง ๆ ไว้ด้วยตนเอง หากสารนิพนธ์เล่มนี้ได้สร้างประโยชน์ให้แก่บุคคลใด ๆ ผู้เขียนขอยกความดีความชอบนี้ให้แก่บิดา มารดาและทุกคนที่อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของผู้เขียน

วรพล วิจิตรพงษา

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฌ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
1.6 ระเบียบวิธีวิจัย.....	4
2. แนวคิด ทฤษฎีและหลักการสากลที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน.....	5
ที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน	
2.1 แนวคิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	5
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา.....	26
2.3 การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจ.....	33
คุ้มครองเด็กและเยาวชนตามกฎหมายไทย	
3. การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็ก....	40
และเยาวชนในต่างประเทศ	
3.1 เครือรัฐออสเตรเลีย.....	40
3.2 สหราชอาณาจักร.....	51
3.3 เปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศใน.....	60
สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนระหว่างประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร	
กับประเทศไทย	

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศใน.....	68
สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน	
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชน.....	68
4.2 วิเคราะห์ปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชน.....	70
4.3 วิเคราะห์ปัญหาการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชน.....	73
4.4 วิเคราะห์ปัญหาการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ.....	75
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	78
5.1 บทสรุป.....	78
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	80
บรรณานุกรม.....	82
ประวัติผู้เขียน.....	85



## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 แสดงการเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ.....	65
ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร กับประเทศไทย	

## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โลกในยุคปัจจุบันนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว มนุษย์มีวิวัฒนาการอย่างก้าวกระโดดและมีความซับซ้อนมากขึ้นในแง่ของร่างกายและจิตใจ โดยปัจจุบันการจำแนกเพศของมนุษย์นั้นใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดโดยแบ่งเพียงแค่เพศชายและหญิงเท่านั้นตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ แต่ในสังคมปัจจุบันมิได้มีแต่เพียงแค่เพศชายและเพศหญิงตามที่เรารู้จักอีกต่อไป โดยจากความซับซ้อนในร่างกายและจิตใจได้ก่อให้เกิดกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQ) ขึ้นมาในสังคมซึ่งบุคคลเหล่านั้นมิได้ถือว่าตนเองเป็นเพศชายหรือเพศหญิงตามเพศกำเนิดของตน โดยมีความแตกต่างจากชายและหญิงและมีลักษณะของอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่แน่นอนสามารถเปลี่ยนแปลงได้ บางคนมีเพศกำเนิดเป็นชายแต่จิตใจเป็นหญิงหรือบางคนเพศกำเนิดเป็นหญิงแต่จิตใจเป็นชาย เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรบุคคลเหล่านั้นก็เป็นมนุษย์เหมือนกับผู้ที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิง มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกันทุกประการตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงสมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิจากรัฐอย่างเท่าเทียมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

แต่กฎหมายของไทยในปัจจุบันยังไม่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเท่าที่ควร จึงก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากพอสมควร ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาขึ้นมาในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในประเทศไทยด้วย

ปัจจุบันประเทศไทยมีจำนวนเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมในสถานพินิจฯ ในแต่ละปีจำนวนหลายพันราย<sup>1</sup> แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ นั้น มิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจฯ<sup>2</sup> ดังนี้

1. แยกเด็กหรือเยาวชนหญิงและชายให้มิต้อยู่ต่างหากจากกัน
2. แยกเด็กหรือเยาวชนตามอายุ พฤติการณ์ และความร้ายแรงของการกระทำความผิด
3. แยกเด็กหรือเยาวชนซึ่งมีลักษณะที่อาจเป็นภัยต่อเด็กหรือเยาวชนอื่นไว้ต่างหาก

จากการจำแนกเพศตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มิได้มีการกล่าวถึงเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เลย ระบุไว้แต่เพียงเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศชายและหญิงเท่านั้นทำให้เด็กหรือ

<sup>1</sup> กรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน, รายงานสถิติคดีประจำปี พ.ศ. 2565 (pdf, กรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน 2565).

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 44.

เยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศต้องถูกจำแนกไปอยู่ร่วมกับเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศชายหรือหญิงตามเพศกำเนิดของตนซึ่งไม่ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบัน

ในประเด็นถัดมาตามระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ได้กำหนดว่าเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในสถานที่ควบคุมต้องจัดให้มีการแยกหญิงและชายให้มีที่อยู่ต่างหากจากกัน<sup>3</sup> ซึ่งเป็นการแยกตามเพศกำเนิด จึงเกิดปัญหาตามมาว่าถ้าหากมีเด็กหรือเยาวชนที่เพศกำเนิดเป็นชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงก็ต้องถูกจัดให้อยู่ร่วมกับเด็กหรือเยาวชนเพศชาย ซึ่งผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าวนั้นอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและถูกละเมิดสิทธิทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ในอีกกรณีหนึ่งการค้นตัวเด็กหรือเยาวชนเมื่อแรกรับตัวตามระเบียบดังกล่าวนั้นก็ได้อำนาจสิทธิเพียงแต่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นเพศหญิงเท่านั้นที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงเป็นผู้ตรวจค้นตัว<sup>4</sup> แต่มีได้คุ้มครองสิทธิของเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในการถูกตรวจค้นตัว จึงเกิดปัญหาตามมาว่าถ้าหากมีเด็กหรือเยาวชนที่เพศกำเนิดเป็นชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงก็ต้องถูกตรวจค้นตัวโดยเจ้าหน้าที่ผู้ชายตามระเบียบฯ ซึ่งอาจทำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตใจและเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และในอีกกรณีหนึ่งหากเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการทดสอบฮอร์โมนเพศหรือการรับฮอร์โมนเพศหรือการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศซึ่งต้องได้รับฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง แต่ในระเบียบดังกล่าวมิได้ระบุไว้ถึงสิทธิในการได้รับฮอร์โมนดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยระบุเพียงแต่ให้เด็กหรือเยาวชนที่เจ็บป่วยนั้นได้รับการรักษา<sup>5</sup> ซึ่งเมื่อมิได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนอาจทำให้เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงฮอร์โมนนั้นได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมซึ่งอาจเกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้นั้นเองได้

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวการที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างทั่วถึง เท่าเทียมและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนเมื่อเทียบกับเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิงที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจนซึ่งเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นก็ควรได้รับการปฏิบัติตนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน เนื่องจากเป็นกลุ่มที่มีความต้องการที่ไม่เหมือนกับกลุ่มที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิงและเป็นกลุ่มที่มีโอกาสถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนได้โดยง่าย

ดังนั้นสารนิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาทฤษฎีกฎหมาย หลักการสากล หลักกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งมาตรการต่างๆที่ใช้คุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ

---

<sup>3</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับ และศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 6.

<sup>4</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับ และศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 14.

<sup>5</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับ และศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 18.

ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีความต้องการที่มีลักษณะเฉพาะและแตกต่างจากเพศชายหรือเพศหญิง โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยว่าได้มีการบัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวไว้เพียงใด เหมาะสมกับกลุ่มเด็กและเยาวชนดังกล่าวหรือไม่และมีความสอดคล้องกับหลักการสากลมากน้อยเพียงใด ตลอดจนศึกษาถึงสภาพปัญหาและอุปสรรคที่ไม่สามารถดำเนินการคุ้มครองสิทธิให้เป็นไปตามหลักสากลได้เพื่อหาแนวทางการแก้ไขและนำมาปรับปรุงให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการสากลและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.2.2 เพื่อศึกษา วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิซึ่งได้แก่ การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชน การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม และการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาข้อกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมาย ระเบียบ และแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องให้มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศและให้มีความสอดคล้องกับหลักการสากล

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจฯ เอาไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาการคุ้มครองสิทธิซึ่งไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนซึ่งยังคงใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์เพียงอย่างเดียว การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม และความไม่ชัดเจนในการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักการสากล กฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของต่างประเทศนั้น ในบางประเทศได้ให้ความสำคัญกับสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจฯ โดยได้กำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ

จากปัญหาการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน จึงเสนอแนะให้ประเทศไทยกำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยการจำแนกให้พิจารณาอัตลักษณ์ทางเพศร่วมกับเพศกำเนิด บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตรวจ

คั้นร่างกายและการจัดสถานที่ควบคุมให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชน บัญญัติให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมตัว ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยทั้งร่างกายและจิตใจและป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนฯ ที่ถูกควบคุมในสถานพินิจฯ

#### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

สารนิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งทำการศึกษาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิซึ่งได้แก่ การจำแนกเพศ การตรวจคั้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม และการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนเท่านั้น โดยจะทำการศึกษาจากแนวคิด ทฤษฎี กฎหมาย หลักการสากล หลักกฎหมายในต่างประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองสิทธิต่างๆ นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพื่อดำเนินการหาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิให้เหมาะสมและสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

#### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ได้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการสากลและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.5.2 ได้ทราบถึงปัญหาและผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิซึ่งได้แก่ การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชน การตรวจคั้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม และการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.5.3 ได้ทราบถึงปัญหาข้อกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยกับต่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

1.5.4 ได้ทราบถึงข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมาย ระเบียบ และแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องให้มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศและให้มีความสอดคล้องกับหลักการสากล

#### 1.6 ระเบียบวิธีวิจัย

สารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นการเขียนวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิธีการวิจัยเอกสาร ด้วยการศึกษา วิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมาย ตำราด้านกฎหมาย วารสาร บทความวิทยานิพนธ์ ข้อมูลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งศึกษาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนากฎหมายให้มีความทันสมัยและเป็นสากลมากยิ่งขึ้น

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎีและหลักการสากลที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีและมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ (LGBTQ) ที่ถูกควบคุมในสถานพินิจฯ ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีความแตกต่างจากกลุ่มที่เป็นเพศชายและเพศหญิง จึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิและมีแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะเฉพาะ โดยเริ่มดำเนินการศึกษาจากแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ แนวคิดการลงโทษ การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 รวมทั้งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กฎระเบียบ ข้อบังคับ และหลักสากลต่างๆที่เกี่ยวข้อง

#### 2.1 แนวคิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

##### 2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 โดยมีใจความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”<sup>6</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่งโดยปวงชนชาวไทยต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกันด้วย นอกจากนี้ในมาตรา 26 ยังได้มีหลักว่าการตรากฎหมายนั้นต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้<sup>7</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นได้ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปวงชนชาวไทยทุกคน เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะพลเมืองคนหนึ่งย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยและการตรากฎหมายนั้นจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและเยาวชนดังกล่าวนั้นมิได้เช่นกัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้

##### (1) ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในประการแรกจะเริ่มศึกษาจากความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นั้นถือเป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง เป็นค่าที่มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานโดยเริ่มจากกลุ่มประเทศในแถบยุโรป และอเมริกา

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4.

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26.

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้ตัวเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายมาเป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา

ในสมัยกลางของอิตาลี ได้มีนักมนุษยนิยมชาวอิตาลีเลียนที่ชื่อว่า Giovanni Pico Count of Mirandola and Concordia ได้มีแนวความคิดที่ว่า มนุษย์ต่างจากสัตว์ตรงที่มีมนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้ ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวความคิดที่มีมาแต่สมัยโรมันของ Cicero และจากจุดนี้เองที่ Pico ได้พัฒนาความคิดต่อไปว่าความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้นี้อ้างกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของมนุษย์โดยแท้และทำให้มนุษย์สามารถสร้างสรรค์สิ่งต่าง ๆ ขึ้นมาได้ด้วยตนเอง ความสามารถดังกล่าวนี้ทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาตนเองขึ้นมาในบริบทที่เปี่ยมไปด้วยเสรีภาพบนพื้นฐานของความเป็นตัวของตัวเองจนสำเร็จได้ ความสามารถเหล่านี้เองที่ประกอบกันขึ้นมาเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (hominis dignitas)<sup>8</sup>

ในสมัยโรมันหากพิจารณาเฉพาะคำว่า “ศักดิ์ศรี” (dignitas) หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณชน ดังนั้น จึงเป็นเรื่องเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณชน

ส่วนในความหมายของศาสนาคริสต์นั้น หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้าซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในทางศาสนาคริสต์ว่ามนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า เมื่อเป็นเช่นนั้นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอาจถูกทำลายหรือพรากไปได้โดยการกระทำของบุคคลอื่น หากแต่ถูกทำลายได้โดยบาปของตนเอง ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของคริสต์ศาสนาจึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระผู้เป็นเจ้า

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการกล่าวถึงความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในแง่ของประวัติศาสตร์ ปรัชญา และศาสนา ในลำดับถัดไปจะเป็นการกล่าวถึงความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในแง่ของนักนิติศาสตร์ โดย Guenter Duerig ได้อธิบายความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีเอาไว้ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายในขอบเขตส่วนบุคคลต้องขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั้นเองในการที่จะกำหนดและสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง

Klaus Stern ได้ให้ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล

<sup>8</sup> บุญศรี มีวงศ์โฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549) 385-386.



W. Maihofer และ R.F. Behrendt เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมณฑลของความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้และใช้ประโยชน์จากปริมณฑลดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์และเพื่อปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดีขึ้น โดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน ได้อธิบายความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ในคดี KPD-Urteil ว่าเป็นสิ่งมีค่าสูงสุดที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งซึ่งต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์คือคุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลจะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาคุณลักษณะส่วนบุคคลให้ได้มากที่สุด<sup>9</sup>

ในประการสุดท้ายจะได้ศึกษาความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในแง่ของความหมายตามพจนานุกรม โดยวิเคราะห์จากตัวอักษรเฉพาะคำว่า ศักดิ์ศรี แปลว่า เกียรติศักดิ์ ซึ่งหากลดทอดความหมายจากการแยกคำออกจากกันจะได้เป็น ศักดิ์ แปลว่า ฐานะ ศรี แปลว่า ผู้เป็นที่รักหรือเคารพนับถือ เกียรติ แปลว่า การยกย่องนับถือ เมื่อพิจารณาคำทั้งหลายข้างต้นแล้วจึงได้ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การยอมรับนับถือสถานภาพของบุคคล<sup>10</sup>

## (2) สถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### (2.1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือได้ว่าเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่าหากรัฐจะกระทำการใดๆนั้นต้องไม่ขัดต่อหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากพลเมืองในรัฐนั้นถือเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐและรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อพลเมืองในรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นอาจแสดงให้เห็นได้ในเรื่องดังต่อไปนี้<sup>11</sup>

(2.1.1) การกำหนดทิศทางของรัฐ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงเป็นตัวกำหนดและจำกัดความชอบธรรมของรัฐและของกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลไปถึงการใช้สิทธิและเสรีภาพด้วยเนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงได้

<sup>9</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 88-90.

<sup>10</sup> อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2544) 74.

<sup>11</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรธ 9) 93.



(2.1.2) การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ภายในรัฐให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

(2.2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

หลักการอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองภายในรัฐนั้นจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ ดังนั้นการแทรกแซงใดๆจากรัฐที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทำการใดๆที่กระทบต่อกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ<sup>12</sup>

(2.3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะสิทธิประเภทหนึ่ง

จากการที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือเป็นสิทธิประเภทหนึ่งตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันจึงก่อให้เกิดความมุ่งหมาย 2 ประการ ประการแรก ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิหนึ่ง ประการที่สอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในทางคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำ เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ นั้นสามารถบรรลุเป้าหมายได้<sup>13</sup>

(3) การละเมิดสิทธิต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความหมายในเชิงภาวะวิสัยของการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การกระทำที่ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการกระทบกระเทือน หากมนุษย์ได้ถูกลดคุณค่ามาเป็นเพียงวัตถุของการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจจำแนกได้เป็นดังนี้<sup>14</sup>

(3.1) การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อความเสมอภาคในทางกฎหมายของบุคคล เช่น การนำบุคคลไปเป็นทาส การบังคับใช้แรงงาน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา

(3.2) การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อการคุ้มครองลักษณะเฉพาะตัวและบุรณภาพของบุคคล เช่น การปฏิบัติต่อบุคคลอย่างทรมาณ ทารุณโหดร้าย การข่มขู่ รวมทั้งการสืบสวนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีขอบด้วยกฎหมาย

(4) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(4.1) ธรรมชาติของมนุษย์และภารกิจของรัฐ

นับแต่ยุคโบราณมนุษย์ได้พัฒนาตนเองมาอย่างต่อเนื่องในการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชนหรือประชาคม โดยการดำรงชีวิตของมนุษย์ในแต่ละวันนั้นจำเป็นต้องอาศัยการพึ่งพากันและกันอยู่เสมอ ใน

<sup>12</sup> เฟ็งอ้าง 95.

<sup>13</sup> เฟ็งอ้าง 95-96.

<sup>14</sup> เฟ็งอ้าง 103-104.

ปัจจุบันการทำงานหรือการทำกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ ก็จำเป็นต้องอาศัยการพึ่งพากันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อให้ภารกิจในงานหรือกิจกรรมนั้นบรรลุผลสำเร็จ จึงอาจกล่าวได้ว่าความเป็นปัจเจกบุคคลในปัจจุบันมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างแยกไม่ออก ในประเด็นนี้ Pufendorf เคยใช้คำว่า “socialitas” ซึ่งหมายถึง “ธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม” ธรรมชาติดังกล่าวนี้เรียกได้ว่าเป็นหัวใจของความเป็นมนุษย์ เนื่องจากด้วยธรรมชาติดังกล่าวนี้เองที่ทำให้ความเป็นมนุษย์พัฒนาตนเองอย่างมีเอกลักษณ์และบรรลุถึงเป้าหมายที่พึงปรารถนาได้และด้วยการที่ได้อยู่ท่ามกลางเพื่อนมนุษย์ด้วยกันนี้เท่านั้นที่ทำให้มนุษย์ได้มาซึ่งศักดิ์ศรีที่แท้จริง (dignatio nominis humani)<sup>15</sup>

แต่อย่างไรก็ตามการอยู่ร่วมกันเป็นชุมชนหรือประชาคมของมนุษย์นั้น หากอยู่ร่วมกันภายในรัฐเดียวกันแล้ว เพื่อให้รัฐนั้นสามารถดำรงอยู่และดำเนินต่อไปได้โดยปราศจากความวุ่นวายภายในรัฐ รัฐอาจจำเป็นต้องจำกัดหรือก้าวล่วงในสิทธิ เสรีภาพ ของพลเมืองในรัฐ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่บ้างเนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ แต่รัฐก็สามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในรัฐได้อย่างสิ้นเชิง ไม่เช่นนั้นแล้วก็จะเป็นการทำผิดวัตถุประสงค์ของการมีรัฐนั่นเอง

#### (4.2) ความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของสิทธิต่าง ๆ

สถานะพิเศษของความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเป็นสถานะที่ตกแก่มนุษย์ที่มีเนื้อหนังแต่ละคนโดยแท้ มิใช่ตกแก่ความเป็นนามธรรมใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของส่วนรวมหรือประชาคมใด ๆ ของมนุษย์ หรือแม้กระทั่งมนุษยชาติ หรือกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องมีผู้ถือที่เป็นรูปธรรม โดยลักษณะของความเป็นปัจเจกชนนิยม ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์สะท้อนให้เห็นในตัวบทกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 16 แล้ว ก้าวแรกของกฎหมายที่ดำเนินมาในทิศทางดังกล่าวก็คือการรับรองความสามารถทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล หรือความเป็นบุคคลของมนุษย์แต่ละคนตามกฎหมายแพ่ง การยอมรับในความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นจุดเริ่มต้นแห่งสิทธิและหน้าที่นั้น นับได้ว่าเป็นขั้นตอนของพัฒนาการที่สูงขึ้นไปอีกขั้นหนึ่งของวัฒนธรรมทางกฎหมายและจากพัฒนาการดังกล่าวนี้ได้ทำให้คำว่า บุคคลหรือสิ่งที่เป็นส่วนบุคคลหรือบุคลิกภาพซึ่งติดตัวอยู่กับมนุษย์แต่ละคนนั้นมีบทบาทที่มีความสำคัญมากขึ้น จนบางครั้งก็ถูกนำมาใช้เป็นเนื้อหาในการอธิบายเกี่ยวกับสาระสำคัญของคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย<sup>16</sup>

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว เห็นว่า อัตลักษณ์ทางเพศถือเป็นคนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่ง โดยเป็นลักษณะหรือคุณค่าเฉพาะที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่ควรถูกละเมิดหรือถูกลดทอนคุณค่า โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 26 ซึ่งเท่ากับว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ต้องให้ความสำคัญต่ออัตลักษณ์ทางเพศในฐานะที่

<sup>15</sup> บุญศรี มีวงศ์โฆษ (เชิงอรรถ 8) 390.

<sup>16</sup> เฟ็งอ้าง 391-393.

เป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยและนอกจากนั้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะพลเมืองคนหนึ่งย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย

### 2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการดำรงชีวิตอยู่อย่างอิสระ โดยมีอำนาจกระทำการใด ๆ ตามที่กฎหมายรับรองไว้ และมีอำนาจในการกระทำการใด ๆ โดยอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่นซึ่งเป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือตนเอง แต่เมื่อบุคคลถ้าได้กระทำความผิดและถูกพิพากษา บุคคลนั้นย่อมต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางส่วนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาความหมายของสิทธิและเสรีภาพ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชน ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกไล่ออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

#### (1) ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2522 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม บุคคลมีสิทธิหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย<sup>17</sup>

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น โดยเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการ หรือละเว้นการกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน<sup>18</sup> สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคล โดยบุคคลแต่ละคนมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของบุคคลอื่น และบุคคลทุกคนจะต้องไม่กระทำการใดที่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นด้วย

ส่วน “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดซึ่งบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองปัจเจกบุคคลในการกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด อำนาจดังกล่าวทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อมิให้บุคคลอื่นเข้ามาละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะการใช้สิทธิเพื่อเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้เข้ามาละเมิดในสิทธิของตน นอกจากนั้นการรับรองสิทธิดังกล่าวยังก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ

Pieroth และ Schlink ได้ให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพหรือตามที่เยอรมันเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน ว่าหมายถึง สิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นสิทธิที่ผูกพันต่อรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เรียกร้อง

<sup>17</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 18 ศาลรัฐธรรมนูญ ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2563) 414.

<sup>18</sup> อุคม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรธ 10) 86.

การให้เหตุผลจากรัฐในกรณีที่จะมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ในกรณีนี้ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีอยู่ก่อนรัฐ<sup>19</sup>

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2522 หมายถึง ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา<sup>20</sup>

เสรีภาพ ตามความหมายของนักนิติศาสตร์นั้น หมายถึง สภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง โดยมีอำนาจกำหนดอิสระของตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำจากบุคคลอื่น บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพตราบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่บุคคลนั้นประสงค์ที่จะกระทำ<sup>21</sup>ซึ่งเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใดไม่เหมือนกับสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคล โดยบุคคลแต่ละคนมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของบุคคลอื่น

ดังนั้น เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิในแง่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น และสิทธินั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่เสรีภาพไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติรับรองคำว่าเสรีภาพไว้นั้นย่อมหมายความว่าบุคคลมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการละเมิดเสรีภาพตามกฎหมายของบุคคลนั้น และต้องเคารพเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายได้รับรองไว้แล้วนั้นด้วย และในอีกมุมหนึ่งย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ทรงเสรีภาพที่สามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตน

เมื่อพิจารณาทั้งคำว่าสิทธิและเสรีภาพรวมกัน จึงหมายความว่า อำนาจที่บุคคลจะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการ หรือละเว้นการกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน โดยการใช้อำนาจต้องเป็นไปตามที่กฎหมายรับรองไว้และบุคคลมีอำนาจกำหนดอิสระของตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำจากบุคคลอื่น

## (2) แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง

จากความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล กล่าวคือ ก่อให้เกิดอำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล และขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น โดยอำนาจในทางกฎหมายนั้นทำให้บุคคลมีสิทธิเรียกร้องให้มีการละเว้นการกระทำ หรือเรียกร้องให้กระทำการหรือให้ยอมรับการกระทำของบุคคลนั้น เมื่อพิจารณาจากผลของสิทธิและเสรีภาพแล้วทำให้เกิดผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพขึ้นมา ซึ่งในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น โดยจะกล่าวถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง

<sup>19</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 9) 51-52.

<sup>20</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (เชิงอรรถ 17) 414.

<sup>21</sup> อุคม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 10) 87.

## (2.1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)<sup>22</sup>

สิทธิมนุษยชนนั้นมีแนวคิดมาจากการที่มีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง ซึ่งก่อให้เกิดความวุ่นวาย และความไม่สงบสุขในสังคม มนุษย์จึงมีความต้องการที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง มีความปลอดภัยตลอดจนได้รับสิทธิต่าง ๆ ที่ตนจะพึงมี

มนุษย์จึงได้พิจารณาถึงสิทธิตามธรรมชาติซึ่งเป็นที่มาสำคัญของสิทธิมนุษยชน โดยสาระสำคัญของสิทธิตามธรรมชาติคือ มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ใครจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดอาจส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นมนุษย์ได้ โดยแนวความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาตินี้มีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติ หมายถึง กฎหมายซึ่งบุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ กล่าวคือเกิดขึ้นมาเองโดยมนุษย์มิได้ทำขึ้น เป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ

จากแนวคิดของสิทธิมนุษยชนดังกล่าวสามารถให้คำนิยามของสิทธิมนุษยชนได้ดังนี้ สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิที่มีตามธรรมชาติซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิซึ่งกำหนดให้แก่บุคคลโดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะของตัวบุคคล กล่าวคือเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่งมีความเป็นสากล และมีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือกติกา อนุสัญญา ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ทุกประเทศทั่วโลกให้การรับรอง<sup>23</sup>

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วสิทธิมนุษยชนจึงมิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นการที่กฎหมายของรัฐรับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

## (2.2) สิทธิพลเมือง (Civil Rights)<sup>24</sup>

เป็นสิทธิเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น ที่เป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าว สิทธิที่ตกให้แก่พลเมืองของรัฐนั้นมักเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิในการรับราชการ หรือสิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรของรัฐ เนื่องจากสิทธิในทางการเมืองเป็นพื้นฐานของหลักประชาธิปไตยและหลักอธิปไตยเป็นของปวงชน สิทธิพื้นฐานดังกล่าวจึงเป็นสิทธิของพลเมืองในรัฐนั้นเท่านั้น นอกเหนือจากสิทธิในทางการเมืองแล้วยังมีสิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุคคลของชาตินั้นเท่านั้น

จากสิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุคคลของชาติได้ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญไทย เนื่องจากบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้เฉพาะปวงชนชาวไทยเท่านั้น ด้วยเหตุเช่นนี้ รัฐธรรมนูญไทยจึงไม่ได้แยกระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมืองออกจากกัน หากมีกรณีที่ชาวต่างด้าวไม่อาจอ้างสิทธิของปวงชน

<sup>22</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (เชิงอรรถ 17) 384.

<sup>23</sup> เฟิงอ่าง 413.

<sup>24</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 9) 63-65.

ชาวไทยในหมวด 3 ได้ แต่อย่างน้อยหากชาวต่างด้าวตกเป็นผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายในคดีอาญาอาจจะอ้างสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการทางอาญาของรัฐธรรมนุญได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิและเสรีภาพในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน กล่าวคือเป็นสิทธิที่พึงจะตกได้แก่บุคคลทุกคนโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นชาวต่างด้าวหรือไม่

ส่วนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยทั่วไปแล้วย่อมผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นชนชาติ ศาสนาใด ซึ่งมีไข่สาระสำคัญ หากพิจารณารากฐานอันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ประกอบด้วยเสรีภาพในชีวิตร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค ดังนั้นการจะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครอง บุคคลต้องได้รับความคุ้มครองในสองประการดังที่กล่าวมา โดยในส่วนของเสรีภาพในร่างกาย รัฐธรรมนุญไทยได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเท่านั้น ส่วนสิทธิในความเสมอภาคนั้น บุคคลต่างด้าวมิอาจจะได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกับพลเมืองของชาตินั้นได้ แต่อย่างน้อยที่สุดบุคคลต่างด้าวพึงจะต้องได้รับสิทธิที่เรียกว่า สิทธิมนุษยชน ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

เมื่อพิจารณาทั้งสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองแล้วพบว่ามีความแตกต่างกันอยู่เล็กน้อย โดยสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด และมีความเป็นสากลไม่จำกัดอยู่เฉพาะรัฐหนึ่งรัฐใดเท่านั้น ส่วนสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของแต่ละรัฐ เป็นสิทธิเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น ที่เป็นผู้ทรงสิทธิ

### (3) แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขัง

ทฤษฎี “สิทธิของผู้ต้องขัง” (Theory of prisoner’s right) มีความคิดที่ว่าผู้ต้องขังก็มีตัวตนตามกฎหมายซึ่งเขาควรได้รับสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย การออกกำลังกาย การศึกษา สภาพในทางทฤษฎีปัจจุบันนี้ได้ปรับปรุงไปในทางที่จะคิดในแง่ที่ว่าข้อจำกัดใดบ้างที่มีความจำเป็นในการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ในปัจจุบันผู้ต้องขังไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างในสิทธิโดยเฉพาะ แต่ควรจะเป็นเรื่องของสมมติฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในระบบเรือนจำ ซึ่งมีไข่เรื่องของสิทธิของผู้ต้องขัง แต่เป็นเรื่องของการให้เหตุผลสนับสนุนของรัฐ ที่รัฐจะต้องให้เหตุผลสนับสนุนในการแทรกแซงใดๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคลภายหลังจากที่ผู้ต้องขังถูกบังคับโทษเขาจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับ<sup>25</sup>

สิทธิของผู้ต้องขังเริ่มเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1950 จากการผลักดันของ Warrant Court ซึ่งสนับสนุนแนวความคิดสิทธิมนุษยชน โดยเห็นว่าควรขยายสิทธิทางกฎหมายมาสู่หน่วยย่อยของสังคม เช่นผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องขังด้วย และศาลสูงได้เริ่มแทรกแซงการทำงานของคุกในรัฐต่างๆ โดยถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องป้องกันสิทธิของผู้ต้องขังตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา Doyle เคยกล่าวว่า การรักษาสิทธิของผู้ต้องขังทำให้ศาลต้องระมัดระวังถึงข้อจำกัดที่จะไม่กระทบถึงการดำเนินงานของเรือนจำจะต้องก่อให้เกิดความสมดุล

<sup>25</sup> พัชรภรณ์ กองอุบล, ‘สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 22.



ระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังกับเป้าหมายของการคุมขังด้วย ศาลสูงมักไม่ค่อยอยากแทรกแซงการบริหารงานของเรือนจำในรัฐต่าง ๆ จะกระทำต่อเมื่อข้ออ้างของผู้ต้องขังเป็นปัญหาในเรื่องการละเมิดสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายกำหนดไว้แจ้งชัดว่าไม่มีการแบ่งชนชั้นของบุคคลทั่วไปกับนักโทษภายใต้รัฐธรรมนูญ<sup>26</sup>

ดังนั้น สิทธิของผู้ต้องขังจึงมาจากการแสวงหาหลักเกณฑ์พื้นฐานของความเป็นปัจเจกชน (Individual Basis) โดยการที่ต้องถูกแยกตัวออกไปจากสังคมปกติ ซึ่งผู้ต้องขังจะต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับสังคมภายนอก ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของความถูกต้องชอบธรรม ความเหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ความทุกข์ทรมานทั้งด้านร่างกายและจิตใจของผู้ต้องขังที่ได้รับจากการถูกจำกัดเสรีภาพตามกฎหมายต่าง ๆ สิ่งเหล่านี้ได้มีการนำไปสู่การเรียกร้องสิทธิของผู้ต้องขังอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน รวมทั้งให้มีการเรียกร้องการรับรองสิทธิตามกฎหมายอันพึงมีของบุคคลเหล่านั้นด้วยไม่ว่าเขาจะเป็นเพศใดก็ตาม

ที่มาของการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังนั้น เกิดมาจากแนวคิดที่ว่าผู้ต้องขังที่ต้องถูกลงโทษได้สูญเสียสิทธิบางส่วนจากการที่ได้รับโทษไป แต่บุคคลเหล่านั้นยังมีสิทธิที่ยังเหลืออยู่อีกจากการถูกลงโทษนั้น มิได้หมายความว่าผู้ต้องขังนั้นสิ้นสิทธิความเป็นมนุษย์ไปเสียทั้งหมดแต่อย่างใด<sup>27</sup>

### 2.1.3. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในหลักสากล

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการสากลที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชน อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพ (กฎแห่งกรุงฮาวานา) ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยจะทำการศึกษาในประเด็นการคุ้มครองสิทธิและวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ ดังนี้

#### (1) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

##### (1.1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คือ ประกาศเจตนารมณ์ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก ซึ่งที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติให้การรับรองตามข้อมติที่ 217A(III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ซึ่งประเทศไทยได้ออกเสียงสนับสนุนโดยปฏิญญาฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาคมโลกในการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

<sup>26</sup> เฟิงอ่าง 18.

<sup>27</sup> ธานี วรภัทร์, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558) 48.

ร่วมกันและได้จัดทำปฏิญญาสากลนี้ขึ้น เพื่อเป็นหลักฐานว่าสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญแก่การที่จะได้รับความคุ้มครอง

โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับเหมือนกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เป็นเพียงประกาศที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายซึ่งหมายความว่าหากมีการละเมิดหลักการตามที่ปรากฏในปฏิญญาดังนี้ก็ไม่มีผลลงโทษรัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น เพียงแต่เป็นแนวทางในการส่งเสริมมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลก เพื่อให้แต่ละประเทศนำหลักการไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายสิทธิมนุษยชนในประเทศของตน<sup>28</sup>

สาระสำคัญในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น มีอยู่ 5 ประการด้วยกัน ประการแรกคือ สิทธิส่วนบุคคลซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 3-11 ประการที่สอง คือ สิทธิซึ่งเป็นของปัจเจกบุคคลในความสัมพันธ์ของเขากับกลุ่มสังคมซึ่งตนเข้าไปมีส่วนร่วมซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 12-17 ประการที่สาม เป็นเรื่องของอิสรภาพของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 18-21 ประการที่สี่ คือ สิทธิซึ่งมีการใช้ในด้านที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคมซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 22-27 และประการที่ห้า สิทธิในการมีระเบียบทางสังคมและระเบียบระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 28-30<sup>29</sup>

หากพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจในปฏิญญาสากลฉบับนี้นั้นได้ให้การรับรองสิทธิของบุคคลไว้ดังนี้

ข้อ 1. “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี และสิทธิต่างในตน มีเหตุผลและมีมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ”

ข้อ 2. “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติใดอาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใด บนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”

ข้อ 5. “บุคคลใดจะถูกกระทำทารุณหรือการปฏิบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้”

ข้อ 7. “ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใดอันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”

<sup>28</sup> ธรณชัย อ่อนทอง, ‘การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 35-36.

<sup>29</sup> จริญญา โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2559) 304.



เมื่อพิจารณาจากข้อที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าปฏิญญาฉบับนี้มีได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ แต่จากจุดมุ่งหมายของปฏิญญานี้มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนโดยปราศจากการแบ่งแยกทางเพศตามข้อ 2 และบุคคลทุกคนไม่ว่าเพศใดมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติตามข้อ 7 ซึ่งเท่ากับว่าแม้จะเป็นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมได้รับการคุ้มครองจากปฏิญญาฉบับนี้ด้วยเช่นกันในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง

(2) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(2.1) ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (ข้อกำหนดแมนเดลา Mandela Rules)<sup>30</sup>

ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา) ได้รับการลงมติเห็นชอบอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์จากสมัชชาแห่งสหประชาชาติในเดือนธันวาคม 2015 ซึ่งประเทศไทยเป็น 1 ใน 17 ประเทศที่เสนอร่างและให้การสนับสนุน โดยมีผลให้ประเทศต่างๆที่เป็นสมาชิกสหประชาชาตินำไปใช้ในการปรับปรุงสภาพผู้ต้องขังในประเทศของตนให้ได้มาตรฐานสากล ข้อกำหนดนี้วางมาตรฐานขั้นต่ำในการบริหารจัดการเรือนจำที่ดี รวมทั้งประกันว่าสิทธิของผู้ต้องขังต้องได้รับความเคารพ

ข้อกำหนดแมนเดลาไม่ใช่ข้อกำหนดที่จัดทำขึ้นใหม่ทั้งหมด แต่เป็นการปรับปรุงของข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังปี 1955 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners - SMR) โดยมี 8 หัวข้อสำคัญเพื่อสะท้อนให้เป็นถึงมาตรฐานด้านการราชทัณฑ์และสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี 1955

ในปี 2010 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติให้ดำเนินการปรับปรุง SMR โดยรัฐสมาชิกได้เห็นชอบกับการปรับปรุงและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ หน่วยงานของสหประชาชาติ องค์การระหว่างรัฐบาล ภาคประชาสังคมและนักวิชาการได้เข้าร่วมในขั้นตอนการปรับปรุงดังกล่าว

ข้อกำหนดแมนเดลาได้จัดการเรียงลำดับข้อใหม่เนื่องจากมีการแก้ไขเนื้อหาสำคัญหลายส่วน โดยขั้นตอนการปรับปรุงได้รวบรวมมาตรฐานทางด้านกระบวนการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนไว้ในเอกสารเดียว โดยทั้งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังและยังเป็นแนวทางการปฏิบัติงานที่ทันสมัยและเชื่อถือได้สำหรับเจ้าหน้าที่เรือนจำและการบริหารเรือนจำ

ข้อกำหนดฉบับนี้มีจำนวน 122 ข้อ ได้ครอบคลุมการบริหารจัดการเรือนจำในทุกด้านและวางมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังทั้งผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีและผู้ต้องขังคดีเสร็จเด็ดขาด โดยในข้อสังเกตที่ 4 ได้กล่าวว่าข้อกำหนดนี้ไม่ได้มุ่งที่จะวางกฎระเบียบการบริหารงานสำหรับเยาวชน เช่น

<sup>30</sup> สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, *ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา): คู่มือฉบับย่อ* (สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย 2559).

สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน แต่สามารถนำข้อกำหนดในส่วนที่หนึ่งนี้ไปใช้ปฏิบัติในสถานพินิจฯ ได้ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ จึงได้มีการนำข้อกำหนดแมนเดลลาไปใช้ปฏิบัติด้วย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

#### (2.1.1) หลักการพื้นฐาน

ข้อกำหนดที่ 1-5 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานเอาไว้ คือ ผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีอันมีติดตัวมาแต่กำเนิดและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ห้ามมีการทรมานหรือการปฏิบัติอื่นๆที่ทารุณโหดร้าย การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังต้องคำนึงถึงความต้องการพื้นฐานของผู้ต้องขังนั้นโดยไม่เลือกปฏิบัติ

#### (2.1.2) การแยกประเภทผู้ต้องขัง

ข้อกำหนดที่ 11 ได้กำหนดว่า ผู้ต้องขังต่างประเภทกันต้องได้รับการคุมขังที่แยกจากกัน เพื่อเป็นการคุ้มครองและจัดให้มีการปฏิบัติที่เหมาะสมแก่ผู้ต้องขังรายนั้น หลักการนี้ใช้ในกรณีแยกผู้ต้องขังชายและหญิง ผู้ต้องขังระหว่างการพิจารณาคดีและผู้ต้องขังเสร็จเด็ดขาด และผู้ต้องขังที่เป็นเด็กและผู้ใหญ่

#### (2.1.3) สุขภาพกายและสุขภาพจิต

ข้อกำหนดที่ 24 – 29 ได้กำหนดว่า รัฐมีหน้าที่ดูแลผู้ถูกกีดรอนสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ผู้ต้องขังต้องมีสิทธิได้รับการดูแลสุขภาพที่มีมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐจัดให้กับประชาชนทั่วไปและตามแนวปฏิบัติที่ดี การจัดการดูแลสุขภาพภายในเรือนจำควรทำร่วมกับหน่วยงานบริการด้านสุขภาพในชุมชนเพื่อความต่อเนื่องในการดูแลผู้ป่วย

#### (2.1.4) การค้นตัวผู้ต้องขังและห้องขัง

ข้อกำหนดที่ 50 – 53 ได้กำหนดว่า ขั้นตอนการค้นต้องได้รับการบรรจุอยู่ในกฎหมายหรือระเบียบและการตัดสินใจที่จะทำการค้นจะต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นและความได้สัดส่วน ขั้นตอนการค้นจะต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีและความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องขัง และจะต้องไม่ใช้การค้นเพื่อการข่มขู่หรือคุกคาม การค้นตัวที่เป็นการล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวควรเป็นทางเลือกสุดท้าย

#### (2.1.5) บุคลากรของเรือนจำ

ข้อกำหนดที่ 81 ได้กำหนดว่า ในเรือนจำที่มีทั้งผู้ต้องขังชายและหญิง เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบดูแลและควบคุมผู้ต้องขังหญิงจะต้องเป็นผู้หญิง และห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ชายเข้าไปในพื้นที่ส่วนตัวของผู้ต้องขังหญิง เว้นแต่จะมีเจ้าหน้าที่หญิงไปด้วย

เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดแมนเดลลาฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่วางมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังไม่ให้ถูกละเมิดหรือลดทอนเนื่องจากการถูกจำกัดเสรีภาพ โดยกำหนดแนวทางการดำเนินงานในระบบราชทัณฑ์ตั้งแต่การรับเข้า การจำแนกผู้ต้องขัง การดูแลสุขภาพ การค้นตัว การลงโทษให้มีมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่ถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ โดยในส่วนที่หนึ่งของข้อกำหนดนี้สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนใน

สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้อีกด้วย แต่การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในข้อกำหนดฉบับนี้ยังไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แม้ในหลักการพื้นฐานจะให้การคุ้มครองผู้ต้องขังโดยผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีอันมีติดตัวมาแต่กำเนิดและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ห้ามมีการทรมานหรือการปฏิบัติอื่น ๆ ที่ทารุณโหดร้าย แต่ในส่วนของกรจำแนกประเภทผู้ต้องขังข้อกำหนดฉบับนี้ยังใช้เกณฑ์การจำแนกผู้ต้องขังจากเพศกำเนิดซึ่งทำให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศต่างจากเพศกำเนิดต้องถูกจำแนกเพศตามเพศกำเนิดไปด้วย

(2.2) กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง)

ในการประชุมสภาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดครั้งที่ 6 ณ กรุงคาราคัส ประเทศเวเนซุเอลา ค.ศ. 1980 นั้น ได้มีการวางหลักขั้นมูลฐานซึ่งพัฒนาขึ้นสำหรับการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชน ในอันที่จะปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐานของเด็กและเยาวชนที่มีปัญหาในทางกฎหมาย กฎที่จัดทำขึ้นจึงถือเสมือนเป็นแบบอย่างของการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนแก่ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติ ที่ประชุมดังกล่าวเสนอแนะให้มีการร้องขอต่อคณะกรรมการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นคณะกรรมการประจำของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมให้จัดทำกฎตามหลักเกณฑ์ขั้นมูลฐานดังกล่าว

หลายปีต่อมาคณะกรรมการได้ร่างกฎขึ้น โดยทำงานร่วมกับสถาบันวิจัยเกี่ยวกับการป้องกันสังคมของสหประชาชาติ สถาบันระดับภูมิภาคต่าง ๆ ของสหประชาชาติ และสำนักงานเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ ร่างดังกล่าวได้รับความเห็นชอบในหลักการจากที่ประชุมระดับภูมิภาคซึ่งจัดเตรียมการประชุมสภาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดครั้งที่ 7 ต่อจากนั้นร่างนี้ได้รับการแก้ไขและยอมรับจากที่ประชุมเตรียมการระดับระหว่างภูมิภาค ณ กรุงปักกิ่ง ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ระหว่างวันที่ 14-18 พฤษภาคม ค.ศ. 1984

ในการประชุมสภาองค์การครั้งที่ 7 ณ นครมิลาโน ประเทศอิตาลี ระหว่างเดือนสิงหาคมถึง กันยายน ค.ศ. 1985 สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมได้นำเสนอกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชนซึ่งรู้จักกันในนามกฎแห่งกรุงปักกิ่ง และได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมในวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1985 ก่อนเสนอต่อสมัชชาใหญ่เพื่อลงมติวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1985 สมัชชาใหญ่ให้การยอมรับและผนวกกฎดังกล่าวไว้ในมติที่ 40/33

กฎนี้ได้ปรับปรุงให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของระบบคดีเด็กและเยาวชนในทุกระดับของโลก อีกนัยหนึ่งเป็นระบบที่อยู่ท่ามกลางความหลากหลายของสภาพแวดล้อมและโครงสร้างกฎหมาย กฎนี้จัดทำขึ้นซึ่งยอมรับกันว่าเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปที่ดีในการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชนคือเป็นเงื่อนไขขั้นต่ำที่สหประชาชาติยอมรับว่าไม่ว่าจะอยู่ภายใต้ระบบใดที่เหมาะสมสำหรับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน บันทึกเพิ่มเติมถัดจากข้อความของกฎนี้มุ่งประสงค์จะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของเอกสารนี้ด้วย

โดยเนื้อหาในกฎแห่งกรุงปักกิ่งนี้ได้แบ่งหลักการสำคัญในการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนออกเป็น 5 ประการดังต่อไปนี้ หลักการทั่วไป การสอบสวนและการฟ้องคดี การบำบัดโดยไม่ใช้สถานฝึกอบรมแบบปิด การบำบัดโดยใช้สถานฝึกอบรมแบบปิด และการวิจัย วางแผน วางนโยบายและประเมินผล ซึ่งจากหลักการในกฎดังกล่าวมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ดังนี้

ในหลักการทั่วไปกฎฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายให้ระบบความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนมุ่งเน้นถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชนและให้เกิดความมั่นใจว่าการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนจะได้สัดส่วนกับสภาพแวดล้อมทั้งของผู้กระทำผิดและความผิดที่ได้กระทำลงไป กล่าวคือ การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้นมิใช่พิจารณาแต่ความรุนแรงของความผิดเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำผิดและรายละเอียดเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดแต่ละบุคคล (เช่น สถานภาพทางสังคม สภาพครอบครัว ความเสี่ยงที่เกิดจากการรบกวน พฤติกรรมส่วนบุคคล) ควรมีผลต่อสัดส่วนของการปฏิบัติ<sup>31</sup>

หลักการที่เกี่ยวกับการสอบสวนและการฟ้องคดี การควบคุมตัวไว้พิจารณาคดีควรเป็นมาตรการสุดท้ายที่จะใช้และควรใช้ในระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยก่อนหน้านั้นควรใช้มาตรการอื่นแทนการควบคุมตัวไว้พิจารณาคดี เช่น การสอดส่องอย่างใกล้ชิด การดูแลเพิ่มขึ้นหรือให้อยู่ที่บ้าน สถานศึกษาหรืออยู่กับครอบครัวใดครอบครัวหนึ่ง นอกจากนั้นเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวไว้พิจารณาคดีควรมีสสิทธิและได้รับสิ่งที่สหประชาชาติรับรองไว้ในกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อนักโทษด้วย เช่น ควรได้รับความเอาใจใส่ ได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นในด้านสังคม การศึกษา การงานจิตใจ ร่างกายและยารักษา โรค ซึ่งเด็กและเยาวชนอาจต้องการตามสภาพของอายุ เพศ และบุคลิกภาพ<sup>32</sup>

การบำบัดโดยใช้สถานฝึกอบรมแบบปิด มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีการดูแล การให้ความปลอดภัย การศึกษา ทักษะการทำงานและความช่วยเหลือที่จำเป็นในด้านสังคม อาชีพ จิตใจ การบำบัดรักษา และด้านร่างกายที่คนเหล่านั้นอาจต้องการตาม อายุ เพศ และบุคลิกภาพ เพื่อช่วยคนเหล่านั้นให้มีบทบาทที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและพัฒนาการที่ครบถ้วน โดยความช่วยเหลือด้านการบำบัดรักษาและด้านจิตใจเป็นสิ่งสำคัญสูงสุดสำหรับเด็กและเยาวชนที่ป่วยทางจิตซึ่งถูกส่งไปอยู่สถานฝึกอบรมแบบปิด ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นสตรีในสถานฝึกอบรมแบบปิดควรได้รับความสนใจเป็นพิเศษตามความจำเป็นส่วนตัวและตามปัญหาควรได้รับการดูแล การคุ้มครองความปลอดภัย ความช่วยเหลือ การบำบัดและการฝึกอบรมที่ไม่ด้อยกว่าที่ให้กับผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเพศชาย และมีความเท่าเทียมกัน<sup>33</sup>

การนำกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษที่สหประชาชาติให้การยอมรับและคำแนะนำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ที่พัก รูปแบบของอาคาร เครื่องนอน เสื้อผ้า การร้องทุกข์และ

<sup>31</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice article 5.

<sup>32</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice article 13.

<sup>33</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice article 26.

การขอความช่วยเหลืออื่น ๆ การได้ติดต่อกับโลกภายนอก อาหาร การดูแลด้านการรักษาโรค บริการด้านศาสนา การแบ่งแยกของอายุผู้ดูแลงาน เป็นต้น มาบังคับใช้โดยอนุโลมกับการบำบัดผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนในสถานฝึกอบรมแบบปิดรวมถึงผู้ที่ถูกควบคุมตัวไว้รอการพิจารณาคดีนั้น เพื่อตอบสนองความต้องการตามอายุ เพศ และบุคลิกภาพของเด็กและเยาวชน<sup>34</sup>

เมื่อพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนแล้ว พบว่ากฎแห่งกรุงปักกิ่งนี้มุ่งเน้นไปที่การจัดกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชนเป็นการทั่วไปโดยคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการต้องได้รับการคุ้มครองและมีการกำหนดวิธีปฏิบัติที่เหมาะสมแก่เด็กและเยาวชนนั้นในระหว่างที่อยู่ในกระบวนการ อาทิเช่น การควบคุมตัวไว้พิจารณาคดีจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการปฏิบัติ เน้นไปที่การดูแลเอาใจใส่มากกว่าการควบคุม การดูแลในสถานฝึกอบรมแบบปิด มุ่งเน้นไปที่การฝึกอบรมเด็กและเยาวชนให้มีความรู้ อาชีพติดตัว โดยต้องได้รับการคุ้มครองดูแลความปลอดภัยจากเจ้าหน้าที่ในสถานฝึกอบรมนั้น และส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนที่เป็นสตรีมีสิทธิเท่าเทียมกับบุรุษ และในกฎแห่งกรุงปักกิ่งนี้ยังได้นำกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษและคำแนะนำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องไปปฏิบัติให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้อีกด้วย เพื่อการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ แต่การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในกฎฉบับนี้ยังไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในกฎนี้มุ่งคุ้มครองเด็กและเยาวชนทุกคนเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้กำหนดสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ

(2.3) กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกถูกรอนเสรีภาพ (กฎแห่งกรุงฮาวานา)

กฎของสหประชาชาติฉบับนี้มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนซึ่งถูกถูกรอนเสรีภาพจากกระบวนการยุติธรรมและผู้ที่มีความเสียหายจากจากอาชญากรรม โดยในส่วนที่สำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน มีดังนี้

หลักการทั่วไปที่เป็นแนวคิดพื้นฐาน คือ การดำเนินการใด ๆ แก่เด็กและเยาวชนจะต้องกระทำโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าในทางใด อาทิเช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สัญชาติ แนวคิดทางการเมืองหรือทางอื่น ความเชื่อทางวัฒนธรรม หรือวิธีการปฏิบัติ ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานภาพของครอบครัว จริยธรรมหรือตนกำเนิดทางชาติ ความพิการ ศาสนาและความเชื่อทางวัฒนธรรม วิธีการปฏิบัติและแนวความคิดทางศีลธรรมของเด็กและเยาวชนควรได้รับการเคารพ<sup>35</sup>

หลักในการจัดการสถานควบคุมเด็กและเยาวชน ภายหลังจากกระบวนการแรกรับเด็กหรือเยาวชนควรจะต้องได้รับการสอบถามข้อมูล รายงานทางจิตวิทยาและรายงานทางสังคมซึ่งแยกแยะปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะเฉพาะตัวและระดับของการดูแลรวมทั้งการรับทราบรายงานจากแพทย์ผู้ซึ่งทำการตรวจเด็กและเยาวชนนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณากำหนดถึงสถานที่ในการควบคุมเด็กและ

<sup>34</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice article 27.

<sup>35</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 4.

เยาวชนให้มีความเหมาะสมมากที่สุด<sup>36</sup> ในระหว่างการควบคุมเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพมีสิทธิที่จะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกรวมทั้งบริการต่าง ๆ ซึ่งจะสอดคล้องกับความต้องการทางด้านสุขภาพตลอดจนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์<sup>37</sup> เช่น ที่สำหรับนอนพักผ่อนควรจัดเตรียมเตียงนอนให้เพียงพอและแยกเตียงและให้มีการเปลี่ยนเครื่องนอนบ่อย ๆ เพื่อประกันถึงความสะอาด มีการตรวจตราความปลอดภัยเพื่อเป็นหลักประกันว่าเด็กและเยาวชนแต่ละคนจะได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยขณะพักผ่อน<sup>38</sup> ควรจัดให้มีเสื้อผ้าและเครื่องใช้สอยส่วนตัวซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนอย่างเหมาะสมและเพียงพอเพื่อความเป็นส่วนตัวและความจำเป็นต่อสุขภาพจิตที่ดีของเด็กและเยาวชน<sup>39</sup> เป็นต้น

โดยหลักในการจัดการสถานควบคุมเด็กและเยาวชนควรอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าเด็กและเยาวชนจะต้องได้รับประโยชน์ตามความจำเป็น ตามสถานภาพและตามความต้องการเป็นพิเศษซึ่งเป็นไปตามอายุของเด็กและเยาวชน บุคลิกภาพ เพศ และลักษณะของการกระทำผิด เช่นเดียวกับสุขภาพจิตและสุขภาพกาย อีกทั้งหลักเกณฑ์ในการแยกเด็กและเยาวชนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไป ควรระบุไว้ในข้อกำหนดการดูแลที่ดีที่สุดซึ่งเหมาะสมกับความจำเป็นเฉพาะตัวเด็กและเยาวชนแต่ละคนและให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ ให้มีความเป็นอยู่ที่ดี<sup>40</sup>

หลักการดำเนินการด้านสุขภาพ เด็กและเยาวชนทุกคนจะได้รับการดูแลรักษาพยาบาลอย่างเพียงพอทั้งในเชิงป้องกันและเชิงรักษาเยียวยา<sup>41</sup> และมีสิทธิที่จะได้รับการตรวจจากแพทย์ทันทีเมื่อมีการรับตัวให้อยู่ในสถานที่ควบคุมเรียบร้อยแล้ว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการบันทึกไว้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับความสำคัญของการเจ็บป่วยและการรักษาพยาบาลและการแยกแยะว่าอะไรเป็นสภาพทางกายและจิตใจที่มีความจำเป็นต้องดูแลเอาใจใส่ในการรักษาทางการแพทย์<sup>42</sup> โดยบริการทางการแพทย์นั้นควรเป็นบริการตรวจโรคและหาสมุฏฐานของโรคและให้การบำบัดรักษาการเจ็บป่วยทั้งทางด้านร่างกายหรือจิตใจ การใช้ยาเสพติดหรือสภาพอื่น ๆ ที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางเด็กและเยาวชนในการแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้นั้นกลับไปอยู่ในสังคมอย่างสมบูรณ์ มีอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่มีความเหมาะสมกับจำนวนและความต้องการของเด็กและเยาวชนตลอดจนมีเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการฝึกฝนอบรมเกี่ยวกับการบริการสุขภาพ<sup>43</sup>

ในกรณีเด็กและเยาวชนซึ่งมีอาการทุกข์ทรมานจากการเจ็บป่วยทางจิตควรได้รับการบำบัดรักษาในสถานบำบัดรักษาโดยเฉพาะ ภายใต้การจัดการทางด้านการแพทย์ที่เป็นอิสระโดยทุกขั้นตอนใน

<sup>36</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 27.

<sup>37</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 31.

<sup>38</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 33.

<sup>39</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 35, 36.

<sup>40</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 28.

<sup>41</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 49.

<sup>42</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 50.

<sup>43</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 51.



การรักษาควรดำเนินการให้แก่เด็กและเยาวชนที่เจ็บป่วยผ่านหน่วยงานที่มีความเหมาะสม เพื่อประกันว่าจะมีการให้ความช่วยเหลือและรักษาสุขภาพจิตที่ต่อเนื่องภายหลังจากที่เด็กและเยาวชนได้รับการปล่อยตัวไปแล้ว<sup>44</sup>

สำหรับยารักษาโรค ควรนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการรักษาตามความจำเป็นบนพื้นฐานทางด้านการแพทย์ภายหลังจากที่เด็กและเยาวชนผู้รับการรักษาให้ความยินยอมโดยสมัครใจและการใช้ประโยชน์จากยาชนิดใดก็ตามควรดำเนินการโดยบุคลากรทางการแพทย์ที่มีอำนาจหน้าที่และมีคุณสมบัติที่เหมาะสม<sup>45</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยเริ่มจากแนวความคิดพื้นฐานจะเห็นได้ว่ากฎฉบับนี้ควรนำไปใช้ โดยปราศจากการแบ่งแยกทางเพศ เมื่อเป็นเช่นนั้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายด้วย ถัดมาในเรื่องของการจำแนกประเภทและการกำหนดสถานที่อยู่ สิ่งแวดล้อมและที่อยู่ทางด้านกายภาพ รวมทั้งการรักษาพยาบาล ได้มีการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกกีดรอนเสรีภาพเอาไว้อย่างครบถ้วน แต่สิทธิบางประการที่เป็นความต้องการโดยเฉพาะของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น ยังไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนและในอีกประการหนึ่งเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไปก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้

#### (2.4) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก<sup>46</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีที่มาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญรวม 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพและการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวาในปี พ.ศ. 2466 นั้น เป็นความพยายามครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกันต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กที่สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502

ความจำเป็นที่ต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 และกติกาสากลรวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับโดยทัดเทียมกันด้วยภูมิหลังดังกล่าวนี้เองประเทศไปแลนด์จึงเสนอให้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ. 2522) ความคิดริเริ่มนี้เป็นโอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้งค่านิยมที่ชัดเจนเกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมาปรับรวมเข้าด้วยกันและลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่าง ๆ แล้วมีการประเมินผลโดยละเอียด เพื่อนำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทาง

<sup>44</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 53.

<sup>45</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 55.

<sup>46</sup> อภิการ์ตัน นิยมไทย, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้’ (กรกฎาคม - สิงหาคม 2552) 4 จุลินิติ 139, 142.

กฎหมาย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติหลังจากที่ประเทศโปแลนด์นำเสนอร่างอนุสัญญาเมื่อปี พ.ศ. 2521 โดยผ่านการพิจารณาของคณะทำงานขององค์การสหประชาชาติและได้รับการรับรองจากประเทศต่าง ๆ ในการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในปี พ.ศ. 2532 อันเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 10 ของปีเด็กสากล ครบรอบปีที่ 10 ของการเริ่มกระบวนการร่างอนุสัญญาและเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 30 ของการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2532 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กันยายน 2533 ประกอบด้วยบทบัญญัติรวม 54 ข้อ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาด้วยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535 และอนุสัญญามีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535 โดยได้ตั้งข้อสงวนจำนวน 3 ข้อ คือ ข้อที่ 7 เรื่อง การจดทะเบียนการเกิดและการให้สัญชาติผู้ลี้ภัย ข้อที่ 22 สถานะของเด็กผู้ลี้ภัยและข้อที่ 29 (ค) เรื่องสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ต่อมาในวันที่ 11 เมษายน 2540 ประเทศไทยจึงได้ถอนข้อสงวนข้อที่ 29 (ค)

โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กควรได้รับแบ่งออกเป็น 6 หลักการ คือ หลักการทั่วไป หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดทางอาญา และหลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาสซึ่งจากหลักการในอนุสัญญาดังกล่าวมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ ดังนี้

เด็กแต่ละคนจะต้องได้รับความเคารพและการประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ โดยแต่ละประเทศที่เป็นภาคีจะต้องดำเนินการโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดย ไม่คำนึงถึงเชื้อชาติสีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือ สถานะอื่น ๆ ของเด็กหรือบิดา มารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย และจะต้องดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อที่จะประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติหรือการลงโทษในทุกรูปแบบบนพื้นฐานของสถานภาพกิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออกหรือความเชื่อของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือสมาชิกในครอบครัวของเด็ก<sup>47</sup>

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งปรากฏอยู่ในหลักการทั่วไป<sup>48</sup>กำหนดให้หน่วยงานของรัฐและเอกชนไม่ว่าจะเป็นสถาบันสังคมสงเคราะห์ ศาลยุติธรรม หน่วยงานที่อยู่ในฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หากต้องมีการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก อันเป็นการกำหนดลักษณะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของหน่วยงานหรือองค์กรในการพิจารณาและการปฏิบัติต่อเด็ก แสดงให้เห็นว่ารัฐภาคีหากจะต้องมีการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญกว่าสิ่งอื่นใด โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้นำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาบัญญัติไว้ในมาตรา 22 ซึ่งได้กำหนดหลักการในการปฏิบัติต่อเด็กว่าจะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึง

<sup>47</sup> Convention on the Rights of the Child article 2.

<sup>48</sup> Convention on the Rights of the Child article 3(1).



ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก โดยการกระทำใดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นให้พิจารณาตามที่กำหนดในกฎกระทรวงก็เพื่อมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กให้เหมาะสมในแต่ละกรณี<sup>49</sup>

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กถือเป็นหลักประกันสิทธิที่ใช้สำหรับการกระทำหรือการพิจารณาใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กเป็นสำคัญ โดยหลักการในการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมีอยู่ 2 ประการ คือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้น กล่าวคือ เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเป็นการทั่วไป เพื่อการพิจารณาหรือการตัดสินใจใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็ก โดยต้องนำประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาเป็นอันดับแรกและพิจารณาร่วมกับประโยชน์อื่น ๆ และหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ ในการพิจารณาหรือการตัดสินใจใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงประการเดียวเท่านั้น โดยไม่มีประโยชน์ของผู้ใดหรือสิ่งอื่นใดอยู่เหนือกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็ก<sup>50</sup>

ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็ก รัฐจะต้องดำเนินการต่อเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิด ความอาญาโดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้นั้นและจะต้องมีหลักประกันว่าจะไม่มีเด็กคนใดได้ถูกกระทำทรมานหรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าจะไม่มี การลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัว สำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุน้อยกว่าสิบแปดปี โดยการจับกุม กักขังหรือจำคุกเด็กจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะใช้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น

นอกจากนั้นการลงโทษที่ทำให้เด็กต้องถูกกีดกันเสรีภาพจะต้องเป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย มีมนุษยธรรมและด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์และในลักษณะที่คำนึงถึงความต้องการของบุคคลในวัยนั้นด้วย โดยการกีดกันเสรีภาพนั้นจะต้องให้สิทธิแก่เด็กในการขอความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมโดยพลัน ตลอดจนสิทธิที่จะคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของการกีดกันเสรีภาพของเขาต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นที่เป็นอิสระและเป็นกลาง<sup>51</sup>

อีกประการหนึ่ง เมื่อเด็กเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องมีหลักประกันว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการดำเนินคดีจะต้องกระทำโดยไม่ชักช้า โดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาความอย่างยุติธรรมตามกฎหมายและในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาให้เคารพต่อเรื่องส่วนตัวของเด็กอย่างเต็มที่ สำหรับกระบวนการหลังจากมีคำตัดสินชี้ขาดจะต้องมีการดำเนินการต่าง ๆ เช่น คำสั่งให้มีการดูแล แนะแนว และควบคุมการให้คำปรึกษา การภาคทัณฑ์ การอุปการะดูแล แผนงานการศึกษาและฝึกอบรมวิชาชีพ และ

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 22.

<sup>50</sup> รินท์ลภัส ชาวสิทธิวิงษ์, 'การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 19-20.

<sup>51</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 37.

ทางอื่นนอกเหนือจากการให้สถาบันเป็นผู้ดูแล โดยต้องมีหลักประกันว่าเด็กจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เหมาะสมแก่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและได้สัดส่วนกับทั้งสภาพการณ์และความผิดของเด็ก<sup>52</sup>

เมื่อพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในอนุสัญญาฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอยู่ในหลักการทั่วไป(ข้อ 2,3) และหลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดทางอาญา(ข้อ 37,40) ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น โดยในข้อ 2 ได้ระบุว่ารัฐภาคีจะต้องเคารพและประกันสิทธิในอนุสัญญานี้แก่เด็กที่อยู่ในรัฐของตนโดยไม่คำนึงถึงเพศ ถือว่าเป็นการให้ความสำคัญแก่เด็กทุก ๆ คน อย่างเท่าเทียมกันโดยไม่นำเรื่องเพศมาเป็นหลักในการพิจารณา ส่วนข้อ 3 ได้กำหนดว่าในการดำเนินการใด ๆ ของหน่วยงานรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ สถานพินิจคุ้มครองเด็กฯ ถือเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐ ดังนั้น ในการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศก็จะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญโดยต้องพิจารณาร่วมกับประโยชน์อื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาให้เป็นคนดีกลับคืนสู่สังคม และในกรณีที่เด็กต้องถูกไล่ออกจากการถูกคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ข้อที่ 37 ได้ระบุว่าเด็กทุกคนที่ถูกไล่ออกจากการคุมขังจะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม และด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์และในลักษณะที่คำนึงถึงความต้องการของบุคคลในวัยนั้น ดังนั้นไม่ว่าผู้ถูกควบคุมตัวจะเป็นเพศชาย เพศหญิง หรือผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศย่อมต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิในข้อนี้อย่างเสมอภาคกัน แต่ในการคุ้มครองสิทธิและวิธีปฏิบัติที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของเด็กที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น อนุสัญญานี้มิได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนและในอีกประการหนึ่งเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไปก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้

จากการศึกษาบทบัญญัติของหลักการสากลในบทนี้ จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนนั้นแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆคือ การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนทุกคนเป็นการทั่วไปและการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกไล่ออกจากกระบวนการยุติธรรม ซึ่งทั้งสองส่วนมุ่งเน้นไปที่การยอมรับถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและเยาวชน การคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ การปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติใดชาติ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น โดยในส่วนของเด็กและเยาวชนที่ถูกไล่ออกจากกระบวนการยุติธรรมนั้นจะเพิ่มเติมในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวอยู่ในกระบวนการยุติธรรมซึ่งพวกเขาเหล่านั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมและมีมนุษยธรรม โดยมุ่งเน้นไปที่การอบรมฟื้นฟู บำบัด และหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการที่เป็นการควบคุมเด็กและเยาวชนมากเกินไป และในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวต้องได้รับสิทธิต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม การศึกษา และการรักษาพยาบาล อย่างเท่าเทียมกันทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากรัฐ

<sup>52</sup> United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty article 40.

กรณีของการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น นอกจากจะได้รับการคุ้มครองจากหลักสากลในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งเช่นเดียวกับเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิงแล้วนั้น ปฏิเสธไม่ได้ว่าพวกเขายังมีความต้องการบางประการที่มีความแตกต่างจากเพศชายและเพศหญิงเนื่องด้วยอัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน แต่หลักการสากลยังไม่บัญญัติการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าในแต่ละประเทศได้นำแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนจากหลักการสากลดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตนอย่างไร โดยจะทำการศึกษาจากกฎหมายภายในและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศต่อไป

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา

บุคคลต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ฉะนั้น ไม่ว่าบุคคลใดหากกระทำความผิดกฎหมายย่อมได้รับโทษตามกฎหมายซึ่งหมายความรวมถึงเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาด้วยก็ต้องได้รับโทษตามกฎหมายด้วย แต่มาตรการในส่วนของการลงโทษเด็กและเยาวชนนั้นจะมีความแตกต่างไปจากการลงโทษผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายหรือมาตรการการลงโทษ ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวัตถุประสงค์การลงโทษและมาตรการการลงโทษเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา เพื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องกันระหว่างวัตถุประสงค์การลงโทษและมาตรการการลงโทษ

### 2.2.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษ คือ การปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐที่ทำให้ผู้ได้รับการปฏิบัตินั้นได้รับผลร้ายแก่ตน เนื่องจากบุคคลผู้นั้นได้ละเมิดกฎระเบียบของสังคม โดยรัฐมีหน้าที่จัดการให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายนั้น ๆ การลงโทษเป็นรูปแบบหนึ่งของการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิด โดยแบ่งเป็น การป้องกันทั่วไป ซึ่งก็คือ การลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 และการป้องกันพิเศษ คือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งเป็นวิธีทางเลือกที่ศาลสามารถมีคำสั่งใช้ควบคู่ไปกับการลงโทษเพื่อตอบสนองต่อภารกิจหลักในการคุ้มครองสังคมและการป้องกันการกระทำความผิดของกฎหมายอาญา<sup>53</sup>

โดยกฎหมายอาญาคู่ขนานนั้น มิได้มุ่งเน้นเพียงแต่การใช้ “โทษ” แต่เพียงอย่างเดียว แต่เปิดโอกาสให้บุคคลที่จะแก้ไขพฤติกรรมให้กลับตนเป็นคนดีและสามารถออกไปสู่สังคมหลังพ้นโทษได้โดยการเลือกใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการป้องกันพิเศษอีกประการหนึ่ง โดยการลงโทษนี้มีวัตถุประสงค์ของการลงโทษดังต่อไปนี้

#### (1) เพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)<sup>54</sup>

การแก้แค้นทดแทน (retribution) เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่เกิดขึ้นในสมัยโบราณ มีลักษณะเป็นการแก้แค้นส่วนตัวซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับในสมัยนั้น โดยมีหลักว่า “อาชญากรควรได้รับ

<sup>53</sup> ธาณี วรภัทร์ (เชิงอรรถ 27) 33-34.

<sup>54</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 203.

การลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อขึ้นให้กับผู้เสียหาย” กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่าเป็น กฎตาต่อตา ซึ่งเป็นที่มาของหลักความได้สัดส่วนและทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ เช่น การประหารชีวิตผู้ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

โดยในอดีตนั้นเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายแก้แค้นผู้กระทำความผิดเอง แต่ในปัจจุบันรูปแบบของการแก้แค้นทดแทนได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นการแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม โดยขั้นตอนของการลงโทษนั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้เสียหายจะแก้แค้นผู้กระทำความผิดตามอำเภอใจไม่ได้ ดังนั้นเมื่อกระบวนการยุติธรรมเป็นผู้แก้แค้นแทนผู้เสียหายแล้ว จึงต้องมีความเป็นธรรมให้กับผู้เสียหายได้ด้วย หากกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้ ผู้เสียหายก็มีโอกาสที่จะกลับไปแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดด้วยตนเอง ซึ่งทำให้สังคมเกิดความวุ่นวายไม่มีที่สิ้นสุด

แต่วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการด้วยกันดังนี้<sup>55</sup>

(1.1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นมิได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต กล่าวคือไม่ได้พิจารณาว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันการกระทำความผิดไม่ให้เกิดขึ้นอีกหรือไม่

(1.2) การลงโทษโดยการแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำแล้ว เมื่อครบกำหนดก็ต้องปล่อยตัวออกมาทั้ง ๆ ที่อาจจะยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่

(1.3) ในสภาพความเป็นจริงเป็นการยากที่จะกำหนดความรุนแรงของโทษกับความผิดที่กระทำให้มีความเท่าเทียมอย่างแท้จริง

ด้วยเหตุนี้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนได้ถูกลดความสำคัญลงในปัจจุบันแต่ก็ยังคงมีอยู่ เพื่อให้สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษเพื่อให้ทดแทนสาสมกัน

(2) เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)<sup>56</sup>

วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากลับมากระทำความผิดอีก และเป็นตัวอย่างให้กับบุคคลอื่นได้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าลอกเลียนแบบผู้กระทำความผิด ทำให้เกิดความยับยั้งชั่งใจไม่กล้าที่จะลงมือกระทำความผิด ซึ่งการลงโทษนั้นได้สอดคล้องกับแนวคตินิติปรัชญาประโยชน์นิยม เนื่องจากเป็นการลงโทษที่เกิดประโยชน์แก่สังคม

การข่มขู่ดังกล่าวทำให้เกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษจะทำให้หลายคนไม่กล้าที่จะกระทำความผิดแล้ว นอกจากนั้นยังมีผลทำให้คนทั่วไปคิดว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยง

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขู่และยับยั้งจะต้องทำให้การลงโทษนั้นมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม ซึ่งมีลักษณะ 4 ประการดังนี้

<sup>55</sup> ธาณี วรภัทร์ (เชิงจรด 27) 35.

<sup>56</sup> เพ็งอ้าง 36-37.

(2.1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีความผิดเกิดขึ้นแล้ว จะต้องรีบจับกุมผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้นั้นไม่มีโอกาสที่จะหลุดรอดการจับกุม ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก เพราะหากทำผิดแล้วต้องถูกจับกุมซึ่งทำให้ผู้นั้นต้องสูญเสียอิสรภาพไปบางส่วน

(2.2) การลงโทษจะต้องกระทำได้อย่างรวดเร็ว หลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้โดยเร็ว เพื่อให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นเห็นเป็นตัวอย่างว่า เมื่อกระทำผิดแล้วตนจะได้รับผลร้ายเช่นไร หากการลงโทษผู้กระทำความผิดไม่สามารถทำได้อย่างรวดเร็ว ก็จะทำให้คนทั่วไปสืบทอดกรรมหรือเรื่องราวที่ได้มีการกระทำผิดไปและทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่สามารถทำให้เห็นผลได้ในทันที

(2.3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้ที่กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะกระทำความผิดไม่มีโอกาสแก้ตัว หรือหาทางหลีกเลี่ยงเพื่อให้ตนเองพ้นจากการถูกลงโทษ การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้งก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดแล้วผู้กระทำนั้นได้รับโทษ ซึ่งหากกระทำผิดแล้วสามารถหลีกเลี่ยงไม่รับโทษได้นั้นก็จะทำให้การลงโทษหมดความศักดิ์สิทธิ์ และไม่มีผลเกรงกลัวต่อโทษ

(2.4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียมกับความผิด หากบทลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นไม่เกิดความเกรงกลัว และเห็นว่าบางกรณีนั้นคุ้มค่าที่จะกระทำความผิดเนื่องจากผลที่จะได้รับมีมากกว่าบทลงโทษ และหากมีบทลงโทษที่หนักจนเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น และจะทำให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมจะต้องทำงานหนักมากขึ้นในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เพราะโทษยิ่งหนักยิ่งต้องมีการพิสูจน์หรือมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนศาลจึงจะสั่งลงโทษ ดังนั้น โทษจึงต้องมีความเหมาะสมและตัดเทียมกับความผิดที่กระทำจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง

นอกจากนั้น หากบทลงโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดก็จะส่งผลให้ไปกระทบกับสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 7 ซึ่งไทยเป็นรัฐภาคี ได้กำหนดห้ามมิให้มีการลงโทษที่ทรมาณ ทารุณโหดร้าย หรือเย้ยศักดิ์ศรี ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งนั้นเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับสิทธิมนุษยชนเสมอ<sup>57</sup>

### (3) เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation)<sup>58</sup>

เป็นวัตถุประสงค์หรือแนวคิดที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกระทำความผิด ซึ่งได้แก่ การประหารชีวิต การจำคุกผู้กระทำความผิดไว้ตลอดชีวิตหรือตามระยะเวลาที่กำหนด เป็นต้น โดยประสงค์จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมโดยชั่วคราวหรือถาวร อันเป็นการป้องกันให้คนในสังคมใช้ชีวิตได้อย่างปลอดภัย ไม่ต้องหวาดระแวงจากบุคคลนั้น ๆ อีกต่อไป

<sup>57</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 54) 204.

<sup>58</sup> ธาณี วรภัทร์ (เชิงอรรถ 27) 37.

(4) เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด เนื่องจากวัตถุประสงค์นี้มีความต้องการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลที่กระทำความผิดมาแล้ว กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และหากแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้สำเร็จสังคมก็จะได้ประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก โดยฝ่ายที่เห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ในข้อนี้จะมองว่าผู้กระทำความผิดทุกคนเปรียบเสมือนผู้ป่วยที่สามารถทำการรักษาได้และสามารถทำให้ผู้ที่กระทำความผิดที่ได้รับการแก้ไขฟื้นฟูแล้วกลับเข้าสู่สังคมได้ เพื่อที่จะให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้นมีประสิทธิภาพจะต้องดำเนินการโดยนำแนวคิดการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมมาใช้ร่วมด้วย<sup>59</sup>

แนวคิดนี้เห็นว่าการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบาก หรือได้รับผลร้ายโดยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดมีความประพฤติหรือสำนึกที่ดีขึ้น และเห็นว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีผลเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษแล้วกลับตัวกลับใจไม่กระทำความผิดซ้ำอีกและไม่เป็นสิ่งที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้เลย<sup>60</sup>

จากวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนี้ เห็นว่าวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความสอดคล้องกับการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนมากที่สุด เนื่องจากเด็กและเยาวชนยังเป็นผู้ไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีหรือมีวุฒิภาวะในการยับยั้งชั่งใจไม่ให้เกิดการกระทำผิดได้เท่าผู้ใหญ่ ดังนั้นเมื่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดต้องถูกลงโทษ จึงมีกระบวนการการลงโทษที่มีลักษณะพิเศษโดยเน้นไปที่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เช่น การอบรมแก้ไขฝึกวิชาชีพ การจัดให้ได้รับการศึกษา การหางาน เป็นต้น ซึ่งในการจัดหาสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมานั้นก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีจิตสำนึกและกลับตัวกลับใจไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีก

(5) เพื่อนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม (Resocialization)<sup>61</sup>

เป็นวัตถุประสงค์ที่ต่อยอดจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นแนวคิดแห่งการให้โอกาสผู้คนในสังคม ดังตัวอย่างเช่น ก่อนที่ผู้กระทำความผิดจะพ้นโทษ เรือนจำอาจทำความตกลงกับนายจ้างให้รับนักโทษไปทำงานในตอนกลางวันและกลับมาที่เรือนจำเวลากลางคืน เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้กับนักโทษในด้านสังคม สภาพการทำงาน และการปรับตัวเข้ากับสภาพแวดล้อมภายนอกเรือนจำ ให้แก่นักโทษซึ่งเมื่อพ้นโทษออกไปแล้วจะได้รับการยอมรับจากสังคมและไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ดังเช่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ถือเป็นพื้นฐานสำคัญในการลงโทษทางอาญา โดยการนำไปใช้นั้นจะเน้นไปที่วัตถุประสงค์ใดก็เป็นไปตามสภาพของสังคม วัฒนธรรม และแนวนโยบายแห่งรัฐของรัฐนั้น ๆ ซึ่งในบางช่วงเวลาแนวคิดในทฤษฎีต่าง ๆ รัฐสามารถนำไปใช้ในการคุ้มครองป้องกันสังคมใน

<sup>59</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ (เชิงอรรถ 54) 205.

<sup>60</sup> ธาณี วรภัทร์ (เชิงอรรถ 27) 37.

<sup>61</sup> ปกป้อง ศรีสนธิ (เชิงอรรถ 54) 205.



สถานการณ์ที่วิกฤตได้ โดยการดำเนินการบังคับโทษและเนื้อหาของกฎหมายบังคับโทษต้องไม่เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้ต้องขังถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งต้องไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในวัฒนธรรมการดำรงชีวิตของผู้ต้องขัง หรือทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

### 2.2.2 มาตรการการลงโทษสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา

การดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนนั้นแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาทั่วไป กล่าวคือการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนเป็นกรณีที่มีมุ่งไปที่ตัวเด็กและเยาวชนที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาเป็นเรื่องของสถานภาพส่วนตัวของเด็กและเยาวชน โดยมุ่งหวังที่จะให้การอบรมสั่งสอนเด็กและเยาวชนนั้นเป็นเรื่องที่จะช่วยเหลือเด็กและเยาวชนทั้งในด้านส่วนตัวและด้านสังคมทั่วไปได้มุ่งไปที่การลงโทษเป็นหลัก ฉะนั้นการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนจึงมีเป้าหมายเพื่อให้การอบรมสั่งสอนและแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กและเยาวชน<sup>62</sup> เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายดังกล่าวนี้ เห็นว่ามีความสอดคล้องกับหลักสากล ในเรื่องการควบคุมหรือกักขังเด็กและเยาวชนควรใช้เป็นมาตรการสุดท้ายซึ่งปรากฏอยู่ในกฎแห่งกรุงปักกิ่ง ข้อ 13 และข้อ 19 ที่กำหนดให้การควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนไว้พิจารณาคดีหรือการส่งเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานฝึกอบรมแบบปิดควรกำหนดให้ใช้เป็นมาตรการสุดท้ายและใช้เวลาให้สั้นที่สุดและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 37(ข) ที่กำหนดว่าการกักขังหรือจำคุกเด็กจะต้องใช้เป็นมาตรการสุดท้ายและให้มีระยะเวลาสั้นที่สุดอย่างเหมาะสม ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดที่ว่าเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับพัฒนาการและความเป็นอยู่ที่ดี เด็กและเยาวชนไม่ควรถูกควบคุมหรือกักขัง หากยังมีหนทางอื่นในการแก้ไขฟื้นฟูหรืออบรมสั่งสอนเด็กและเยาวชนนั้นนอกเหนือจากการควบคุมหรือกักขัง ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้นำหลักควบคุมหรือกักขังเด็กและเยาวชนเป็นมาตรการสุดท้ายมาใช้ โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการใช้ “วิธีการสำหรับเด็ก” ได้ซึ่งเป็นวิธีการแก้ไขฟื้นฟูที่ไม่ได้กำหนดเอาไว้แค่การควบคุมหรือกักขังเพียงอย่างเดียว หากศาลนำวิธีการสำหรับเด็กซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป มาปรับใช้อย่างเหมาะสมแก่ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศก็จะเป็นการช่วยลดปัญหาการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจซึ่งถูกควบคุมอย่างไม่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศได้อีกทางหนึ่ง เนื่องจากเด็กและเยาวชนดังกล่าวไม่ต้องถูกควบคุมในสถานพินิจ

#### (1) ความรับผิดชอบของเด็กและเยาวชนในการกระทำผิดทางอาญา<sup>63</sup>

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แสดงว่าได้มีการกระทำอันเป็นการเสียหายหรืออันตรายแก่สังคมแล้ว บุคคลที่กระทำความผิดย่อมจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

สำหรับกรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดแล้ว กฎหมายเห็นว่าพวกเขาเหล่านั้นอาจมีความรู้สึกผิดชอบอย่างจำกัด ไม่เหมือนกับกรณีที่ผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงกำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กและเยาวชน ไว้เป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะในบางกรณีแม้การกระทำของเด็กจะเป็นความผิด แต่กฎหมายอาจไม่ลงโทษเลยก็ได้

<sup>62</sup> คณิต ฌ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2549) 587.

<sup>63</sup> ดวงพร เพชรคง, *กฎหมายกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

เรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กและเยาวชนนี้ ประมวลกฎหมายอาญาได้แบ่งกลุ่มอายุของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดไว้ดังนี้

(1.1) เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี สามารถกระทำความผิดทางอาญาได้เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ซึ่งถือว่าเด็กนั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่เด็กนั้น โดยห้ามมิให้ลงโทษแก่เด็กนั้นเลย แต่ทั้งนี้หมายความว่า การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ยังถือว่าเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่กฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องรับโทษเท่านั้น ให้นักงานสอบสวนส่งตัวเด็กนั้น ให้นักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(1.2) เด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปี สามารถกระทำความผิดทางอาญาได้เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ โดยถือว่าเด็กนั้นอาจเป็นผู้กระทำความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม เด็กในวัยนี้กฎหมายยังถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอย่างจำกัดเช่นเดียวกัน จึงให้มีการยกเว้นโทษแก่เด็กที่กระทำความผิด โดยห้ามมิให้ลงโทษทางอาญาแก่เด็กนั้นเลย แต่ทั้งนี้หมายความว่า การกระทำของเด็กนั้นยังเป็นความผิดอาญาอยู่ เพียงแต่กฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องรับโทษเท่านั้น อย่างไรก็ตามสำหรับเด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปี ที่กระทำความผิดนี้ กฎหมายก็เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะใช้ “วิธีการสำหรับเด็ก” ได้ ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำหรับแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมเด็กให้กลับตนเป็นคนดีและไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต

วิธีการสำหรับเด็ก ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้แก่

(1.2.1) การว่ากล่าวตักเตือนแก่เด็กที่กระทำความผิด หรือแก่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วย

(1.2.2) การเรียกบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยมาทำทัณฑ์บนว่าจะระวังไม่ให้เด็กไปกระทำความผิดอีก

(1.2.3) ใช้วิธีการคุมประพฤติสำหรับเด็ก โดยมีพนักงานคุมประพฤติคอยควบคุมสอดส่องดูแลเด็กนั้น

(1.2.4) ส่งตัวไปอยู่กับบุคคลหรือองค์กรที่ยอมรับเด็กเพื่อสั่งสอนอบรม

(1.2.5) ส่งตัวไปโรงเรียนหรือสถานฝึกอบรม หรือสถานที่ตั้งขึ้นเพื่อฝึกอบรมเด็ก (แต่ต้องไม่ให้เด็กนั้นอยู่จนอายุเกิน 18 ปี)

จะเห็นได้ว่าวิธีการสำหรับเด็กนี้เป็นวิธีการหรือเครื่องมือที่ศาลคดีเด็กและเยาวชนหรือศาลที่พิจารณาเด็กที่กระทำความผิด จะใช้สำหรับจัดการแก่เด็กผู้กระทำความผิด และบิดามารดาตลอดจนผู้ปกครองซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กที่กระทำความผิด โดยวิธีการสำหรับเด็กนี้ไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นเพียงแต่เครื่องมือที่มุ่งหมายให้เด็กกลับตนเป็นคนดีเท่านั้น สำหรับศาลคดีเด็กและเยาวชนยังมีมาตรการอื่น ๆ ในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กอีก เช่น วิธีการตามมาตรา 104 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวว่า

(ก) เด็กอายุ 15 ปี ไม่เกิน 18 ปี เป็นผู้กระทำความผิด กฎหมายถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีตามสมควรแล้ว แต่ก็อาจจะไม่เต็มທີ່เหมือนกับกรณีผู้ใหญ่กระทำความผิด กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ โดยศาลที่พิจารณาคดีอาจเลือกลงโทษทางอาญาแก่เด็กผู้นั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำ



ผิดทั่วไป (แต่ให้ลดโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน) หรือศาลอาจจะเลือกใช้วิธีการสำหรับเด็กก็ได้ โดยศาลต้องพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบและสิ่งอื่นที่ปวงที่เกี่ยวข้องกับผู้นั้น เพื่อพิจารณาว่าสมควรจะเลือกใช้วิธีใดระหว่างการลงโทษทางอาญาหรือวิธีการสำหรับเด็ก

(ข) เด็กอายุ 18 ปี ไม่เกิน 20 ปี โดยปกติแล้วผู้กระทำความผิดที่มีอายุ 18 ปี ไม่เกิน 20 ปี จะต้องรับโทษทางอาญาเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้หนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนก็ได้

(2) การดำเนินการของสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในขณะที่เด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดอยู่ในความควบคุม<sup>64</sup>

สำหรับคำว่าสถานพินิจ<sup>65</sup>หมายความถึง สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนกลาง สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัด และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนแผนกคดีเยาวชนและครอบครัวในศาลจังหวัด

เมื่อพนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กหรือเยาวชนที่ถูกจับกุมมายังสถานพินิจแล้ว เด็กหรือเยาวชนนั้นจะอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในระหว่างพิจารณา หรือเมื่อศาลพิพากษาแล้ว ให้สถานพินิจมีอำนาจตามมาตรา 34<sup>66</sup>และในระหว่างนั้นผู้อำนวยการ สถานพินิจมีอำนาจควบคุมเด็กหรือเยาวชนนั้นไว้ หรือมีคำสั่งอนุญาตให้ปล่อยตัวชั่วคราวก็ได้ เด็กหรือเยาวชนที่ไม่ได้ขอให้ปล่อยตัวชั่วคราวหรือไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยตัวชั่วคราวก็จะถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานฝึกและอบรมของสถานพินิจ ในระหว่างนั้นผู้อำนวยการสถานพินิจจะมอบหมายให้หัวหน้าสถานฝึกและอบรมชี้แจงให้เด็กหรือเยาวชนเข้าใจในหลักการและความมุ่งหมายในการอบรม พร้อมทั้งอธิบายกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการรักษาระเบียบวินัยของเด็กและเยาวชนที่อยู่ในความควบคุม ต่อจากนั้นจะวางแผนการฝึกอบรมเด็กหรือเยาวชนแต่ละคนให้เหมาะสมแก่อัธภาพโดยฝึกและอบรมทั้งวิชาสามัญวิชาชีพ ตลอดจนด้านจริยศึกษาและธรรมศึกษา ซึ่งจะทำให้เด็กและเยาวชนเหล่านั้นสามารถนำความรู้ที่ได้รับจากการศึกษาเล่าเรียนและการฝึกอบรมไปประกอบอาชีพที่สุจริตเมื่อพ้นจากการฝึกอบรมไปแล้ว นอกจากนั้นยังทำให้เด็กและเยาวชนได้รู้ถึงกิริยาและมารยาทที่ดี การอยู่ร่วมกันโดยสันติ และการรู้จักเคารพต่อกฎหมายบ้านเมือง

อย่างไรก็ตามเมื่อเด็กและเยาวชนมาอยู่รวมกันๆ เป็นจำนวนมากอาจเรื่องเรื่องยุ่งยากบ้างเป็นธรรมดา เช่น การก่อความวุ่นวาย ทะเลาะวิวาท การพยายามหลบหนี การใช้ความรุนแรง ปัญหาทางเพศ เป็นต้น โดยเด็กและเยาวชนที่มาอยู่รวมกันในสถานพินิจนั้นอาจมีเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศปะปนอยู่กับเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิงด้วย ซึ่งเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

<sup>64</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชนและคดีครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552) 99-100.

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 4.

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 34.

ดังกล่าวในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งเหมือนกับเด็กและเยาวชนเพศชายและเพศหญิง ควรจะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.3

## 2.3 การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนภายในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.2558 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 และระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับ และศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 โดยจะทำการศึกษาในประเด็นการคุ้มครองสิทธิและวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเฉพาะ ดังนี้

### 2.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

เริ่มจากการพิจารณาในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 4 โดยมีใจความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่งโดยปวงชนชาวไทยต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกัน โดยมาตรานี้เป็นบทกำหนดการคุ้มครองปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งเป็นเรื่องที่สุดคล้องกับหลักสากล และเนื่องจากคำว่า “บุคคล” มีความหมายครอบคลุมไม่ว่าจะเป็นเพศใด หรือเพศสภาพใด ดังนั้น การใช้คำว่า “บุคคล” ในวรรคหนึ่ง เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ทุกคนตามหลักสากล และใช้คำว่า “ปวงชนชาวไทย” ในวรรคสอง เพื่อให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้เกิด แก่ประชาชนชาวไทยอย่างเสมอกันเป็นสำคัญ<sup>67</sup>

ดังนั้น เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศแม้จะถูกกลั่นแกล้งจากกระบวนการยุติธรรม แต่ในฐานะบุคคลคนหนึ่งเช่นเดียวกับเด็กและเยาวชนเพศหญิงและเพศชายย่อมต้องได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกันตามมาตรา 4 ผู้ใดจะกระทำการใดซึ่งเป็นการละเมิดหรือลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลดังกล่าวมิได้

ถัดมาในเรื่องของการตรากฎหมายซึ่งในมาตรา 26 ได้บัญญัติไว้ว่า การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ

<sup>67</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562) 6.

บุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย<sup>68</sup> ดังนั้นการตรากฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนควรคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่เป็นการละเมิดหรือลดทอนศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ

ประการสุดท้ายในเรื่องของความเสมอภาคของบุคคลและห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 27<sup>69</sup> โดยเฉพาะวรรคสองซึ่งได้กล่าวว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใดจะกระทำมิได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ คำว่าเพศจึงไม่ควรจะถูกจำกัดแต่เพียงว่า หมายถึง เพศชายและหญิง เท่านั้น แต่ควรหมายถึง บุคคลที่รักเพศเดียวกันและบุคคลที่มีจิตใจข้ามเพศด้วย เช่น กะเทย สาวประเภทสอง และผู้ที่ต้องการแปลงเพศ ฉะนั้นการตีความคำว่า “เพศ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 จึงต้องหมายถึงบุคคลทุกคนแม้กระทั่งบุคคลนั้นจะเป็นเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดและถูกควบคุมอยู่ในสถานที่ควบคุม ไม่ว่าจะจะมีรสนิยมทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่หลากหลายแตกต่างกัน นอกเหนือไปจากเพศกำเนิด การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงไม่สามารถกระทำได้<sup>70</sup>

### 2.3.2 พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558<sup>71</sup>

เป็นกฎหมายทางเลือกในการคุ้มครองและป้องกันสิทธิให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ได้เข้าสู่กระบวนการของกฎหมายอย่างเสมอภาค ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นชาย หญิง หรือกลุ่มหลากหลายทางเพศและเป็นการใช้สิทธิเฉพาะตัวไม่อาจโอนกันได้และไม่ตกทอดทางมรดก เว้นแต่กรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือคนไร้ความสามารถหรือในกรณีที่ผู้เสียหายไม่สามารถยื่นคำขอรับการชดเชยหรือ เยียวยาด้วยตนเองได้

ตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 3 ถือเป็นหัวใจหลักที่กำหนดนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไว้ว่า “การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรมเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ซึ่งเป็นครั้งแรกที่กฎหมายไทยได้บัญญัติเรื่องเพศที่มีความหลากหลายนอกเหนือจากเพศหญิงและเพศชาย อันถือเป็นก้าวสำคัญที่แสดงถึงการยอมรับความมีตัวตนของบุคคลดังกล่าวของกฎหมายและแสดงว่าสังคมไทยได้มีการเปลี่ยนแปลง เปิดกว้างต่อความแตกต่างทางเพศมากขึ้น

<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4.

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27.

<sup>70</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรรถ 28) 111.

<sup>71</sup> เพิ่งอ้าง 111-113.

พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการจำนวน 2 คณะ ทำหน้าที่เป็นกลไกขับเคลื่อนการทำงานเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศ กล่าวคือ

(1) คณะกรรมการส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ (สทพ.) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ แผนงานส่งเสริมความเสมอภาคให้ทุกหน่วยปฏิบัติ

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ (วลพ.) มีอำนาจหน้าที่เพื่อชี้ขาดตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งคำวินิจฉัยถือเป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปอีกไม่ได้ แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิในการนำประเด็นข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลที่มีอำนาจและมีหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการชดเชยหรือเยียวยาให้กับผู้เสียหายจากการถูกเลือกปฏิบัติ

สำหรับกรณีของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ แม้จะมีสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้แต่ในทางปฏิบัติแล้วการใช้สิทธิยื่นคำร้องคงเป็นไปได้ยากเมื่อเทียบกับบุคคลทั่วไป เนื่องด้วยการถูกควบคุม ถูกจำกัดเสรีภาพ จึงเห็นว่าคณะกรรมการส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ(สทพ.) ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ รวมถึงแผนงานต่าง ๆ ที่ส่งเสริมความเสมอภาคให้ทุกหน่วยปฏิบัติ ดังนั้น เพื่อให้เด็กและเยาวชนดังกล่าวเข้าถึงความเสมอภาคได้นั้น คณะกรรมการฯ ควรกำหนดหลักเกณฑ์ของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่โดยเป็นธรรมระหว่างเพศ เพื่อให้เด็กและเยาวชนใช้เป็นเกณฑ์ในการรักษาสิทธิของตนขณะถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯได้ และกำหนดช่องทางในการยื่นคำร้องเป็นกรณีเฉพาะสำหรับผู้ถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานที่ถูกควบคุม เพื่อให้เด็กและเยาวชนมีโอกาสยื่นคำร้องไปถึงคณะกรรมการฯได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการสร้างความเท่าเทียมและจัดการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

### 2.3.3 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันนั้น ได้มีการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง และแก้ไข เพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ พ.ศ. 2534 ที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนในคดีอาญา เพื่อให้มีวิธีการสำหรับใช้แก่เด็กและเยาวชนอย่างเหมาะสม โดยหลักในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของศาลเยาวชนและครอบครัวจะมุ่งเน้นไปที่การค้นหาสาเหตุที่ทำให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดแล้วดำเนินการแก้ไขสาเหตุแห่งการกระทำผิดนั้น ๆ พร้อมทั้งกำหนดวิธีดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดให้กลับตนเป็นคนดีก่อนปล่อยกลับสู่สังคมมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็กและเยาวชนนั้น<sup>72</sup>ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) และเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักสากลและรับรองสิทธิของเด็กและเยาวชนตามหลักสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กฎแห่งกรุงปักกิ่ง เป็นต้น รวมทั้งเพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินงานให้เหมาะสมกับสภาพสังคมให้เป็นปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

<sup>72</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 64) 284.

เมื่อพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจแล้ว เห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจ<sup>73</sup>เอาไว้ดังนี้

- (1) แยกเด็กหรือเยาวชนหญิงและชายให้มียุติอยู่ต่างหากจากกัน
- (2) แยกเด็กหรือเยาวชนตามอายุ พฤติการณ์ และความร้ายแรงของการกระทำความผิด
- (3) แยกเด็กหรือเยาวชนซึ่งมีลักษณะที่อาจเป็นภัยต่อเด็กหรือเยาวชนอื่นไว้ต่างหาก

โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นารคุ้มครองสิทธิในความปลอดภัยและสิทธิทางเพศของเด็กและเยาวชนเพศหญิง จึงต้องจัดให้มีการแยกตามเกณฑ์ดังกล่าวและป้องกันปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศและโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

อย่างไรก็ดีสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งมีความจำเป็นพิเศษแตกต่างจากเด็กและเยาวชนทั่วไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาค ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับความจำเป็นนั้นด้วย นับตั้งแต่ขั้นตอนการจำแนกเพศและระบุอัตลักษณ์ทางเพศ การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม รวมถึงสิทธิในสิ่งจำเป็นอื่น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในสถานพินิจแล้วมีเพียงแค่การกำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนซึ่งยังคงยึดตามเพศกำเนิดเป็นหลักและยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดีสถานพินิจนั้นมีย่านในการสืบเสาะและพินิจอายุ นิสัย ประวัติ การศึกษา สภาพร่างกายและจิตใจ ฐานะ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน เพื่อรายงานต่อศาลหรือประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่<sup>74</sup>ซึ่งเป็นหน้าที่ของพนักงานคุมประพฤติในการดำเนินการสืบเสาะและพินิจ<sup>75</sup> โดยอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นสิ่งหนึ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานคุมประพฤติที่จะต้องทำการสืบเสาะและพินิจด้วย เนื่องจากเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กหรือเยาวชน เพื่อเก็บเป็นข้อมูลและนำไปรายงานต่อศาลหรือประกอบการพิจารณาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนกลุ่มนี้ต่อไป

นอกจากนั้นแล้ว ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กหรือเยาวชนประกอบกับต้องคำนึงถึงบุคลิกลักษณะ สภาพร่างกายและจิตใจของบุคคลนั้นด้วย<sup>76</sup> โดยอัตลักษณ์ทางเพศถือเป็นส่วนที่มีความเกี่ยวข้องกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กและเยาวชนโดยตรง จึงทำให้ศาลจะต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศก่อนที่จะมีการพิพากษาคดีด้วย

#### 2.3.4 พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด พ.ศ.2561

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 44.

<sup>74</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 36(1).

<sup>75</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 47(1).

<sup>76</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 119.

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเป็นไปเพื่อให้กลไกการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดในเชิงบูรณาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ อันจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนและความเรียบร้อยของสังคม

โดยบทบัญญัติที่สำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจนั้น ประการแรก การจำแนกเด็กให้อธิบดีเป็นผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ในการออกระเบียบเพื่อจัดกลุ่มเด็กและเยาวชนในสถานที่ควบคุม โดยให้คำนึงถึงประเภทของสถานที่ควบคุมที่ได้จำแนกไว้ ความเหมาะสมกับเด็กและเยาวชนแต่ละประเภท การควบคุมดูแล แก้ไขบำบัดฟื้นฟู และพัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนและการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย<sup>77</sup> ประการที่สอง สิทธิและสุขอนามัยของเด็กและเยาวชนนั้น ให้สถานที่ควบคุมจัดให้เด็กและเยาวชนได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานตามกฎหมายและมีโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาและการฝึกอบรมอย่างเท่าเทียมกัน<sup>78</sup> ให้สถานที่ควบคุมจัดการกีฬา ดนตรี และนันทนาการ ให้แก่เด็กและเยาวชนที่เหมาะสมกับวัยและสภาพของเด็กและเยาวชนแต่ละคน<sup>79</sup> เด็กหรือเยาวชนที่เจ็บป่วยต้องได้รับการรักษาจากแพทย์และพยาบาลไม่ว่าจะเป็นด้านสุขภาพกายหรือสุขภาพจิต<sup>80</sup> และคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนหญิงที่มีครรภ์<sup>81</sup>

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าในเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กนั้นให้เป็นอำนาจอธิบดีในการออกระเบียบเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัตินี้ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้อธิบดีใช้ดุลพินิจกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำแนกเด็กได้ค่อนข้างกว้าง ซึ่งจะทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเท่าที่ควรหากผู้ออกระเบียบเลือกที่จะจำแนกเด็กและเยาวชนในสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว ในส่วนของสิทธิและสุขอนามัยของเด็กและเยาวชนนั้นได้มีการคุ้มครองเด็กและเยาวชนทุกคนที่อยู่ในสถานที่ควบคุมอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นด้านการศึกษา นันทนาการ การรักษาพยาบาล รวมทั้งการคุ้มครองเด็กและเยาวชนหญิงที่มีครรภ์ ซึ่งเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศก็จะได้รับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวด้วย

2.3.5 ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547

ระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีดำเนินงานของสถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน เพื่อให้การปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิเด็ก

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 มาตรา 28.

<sup>78</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 มาตรา 37.

<sup>79</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 มาตรา 39.

<sup>80</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 มาตรา 42.

<sup>81</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 มาตรา 44.



โดยที่มีพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 และกฎกระทรวงแบ่ง ส่วนราชการ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม พ.ศ.2545 ยังผลให้หน่วยงาน ผู้รับผิดชอบ การปฏิบัติงานซึ่งเดิมเป็นของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนนั้นเปลี่ยนแปลงไปทั้งหมด ระเบียบที่เคยใช้คือ “ระเบียบว่าด้วยการดำเนินงานของสถานฝึกและอบรมสถานกักและอบรม พ.ศ.2535” “ระเบียบสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนกลางว่าด้วยการเยี่ยมเด็กและเยาวชนในสถานแรกรับ สถานฝึกและอบรมกับสถานกักและอบรม พ.ศ.2523” และ “ระเบียบศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่เวรยามรักษาการณ พ.ศ.2540” ซึ่งมีข้อความในระเบียบหลายข้อที่ไม่มีผลบังคับและ บางข้อไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จำเป็นต้องออกระเบียบใหม่จึงได้จัดทำระเบียบวิธีดำเนินงาน สถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนนี้ โดยรวมเนื้อความของทั้งสามระเบียบซึ่งได้รับการ ปรับปรุงแล้วไว้ในระเบียบนี้ด้วย

บทบัญญัติที่สำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุม อยู่ในสถานพินิจนั้น แบ่งออกเป็นดังนี้

(1) ด้านการจัดสถานที่ควบคุม ได้มีกำหนดหลักเกณฑ์การจัดสถานที่ควบคุมโดยแยกเด็กและ เยาวชนหญิงและชายให้มิที่อยู่ต่างหากจากกัน และห้ามมิให้ชายเข้าไปในสถานที่ควบคุมเด็กหรือเยาวชนหญิง ในเวลากลางคืน เว้นแต่มีเหตุจำเป็น<sup>82</sup>

(2) ด้านการตรวจค้นตัวในสถานแรกรับ โดยที่เมื่อแรกรับตัวเด็กหรือเยาวชนจะต้องทำการ ตรวจค้นตัวในสถานที่ที่จัดไว้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นต้องกระทำโดยสุภาพ และการตรวจค้นเด็กหรือเยาวชน หญิง ต้องให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น<sup>83</sup>

(3) ด้านสิทธิและสุขอนามัย เด็กและเยาวชนที่มีอาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของสภาพ ร่างกายจะต้องได้รับการรักษาอย่างทันท่วงที<sup>84</sup> ให้จัดเสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่มและเครื่องใช้ส่วนตัวที่สะอาด พอเหมาะและมีจำนวนเพียงพอให้แก่เด็กหรือเยาวชน และจัดให้เด็กหรือเยาวชนได้อบน้ำชำระร่างกาย เปลี่ยนเครื่องแต่งกายเมื่อมาถึงสถานแรกรับ เสื้อผ้าที่จัดให้ต้องเหมาะสมกับสภาพอากาศและโอกาสรวมทั้ง ต้องจัดให้มีการซักให้สะอาดอยู่เสมอ<sup>85</sup> จัดให้มีน้ำสะอาดสำหรับดื่มและใช้อย่างเพียงพอและจัดอาหารที่มี

<sup>82</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 6.

<sup>83</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 14.

<sup>84</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 18.

<sup>85</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 20.



คุณค่าตามหลักโภชนาการ มีปริมาณเพียงพอวันละสามมื้อแก่เด็กและเยาวชนในสถานแรกรับ<sup>86</sup> ให้เด็กและเยาวชนสามารถติดต่อสื่อสารและพบปะครอบครัวได้ตามความเหมาะสม<sup>87</sup> สถานแรกรับต้องจัดให้เรียนวิชาสามัญ หรือวิชาชีพเท่าที่ระยะเวลาอำนวย ให้มีการอบรมจริยธรรม ศีลธรรม และสันตนาการ ตามความเหมาะสม<sup>88</sup>

เมื่อพิจารณาจากระเบียบฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าการจัดสถานที่ควบคุมได้จัดให้แยกหญิงและชายออกจากกันซึ่งเป็นการจำแนกตามเพศกำเนิดเพื่อคุ้มครองสิทธิในด้านความปลอดภัยของเด็กและเยาวชน และป้องกันปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ ส่วนการตรวจค้นตัวได้คุ้มครองสิทธิให้แก่เด็กและเยาวชนหญิงโดยการที่ให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น และด้านสิทธิและสุขอนามัยได้มีการคุ้มครองสิทธิไม่ว่าจะเป็นด้านการรักษาพยาบาล เครื่องอุปโภคบริโภค ความสะอาด การติดต่อสื่อสารกับคนภายนอกและการศึกษาแก่เด็กและเยาวชนอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นเพศใด แต่อาจจะมีสิทธิบางประการที่เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามระเบียบนี้ เช่น สิทธิในการมีที่อยู่อย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของตน เนื่องจากข้อ 6 ได้จำแนกเด็กและเยาวชนตามเพศกำเนิด สิทธิในความปลอดภัยจากการถูกตรวจค้นตัวเนื่องจากข้อ 14 ได้คุ้มครองสิทธิเฉพาะเด็กและเยาวชนหญิงเท่านั้น และสิทธิในการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ เนื่องจากข้อ 18 ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับสิทธิดังกล่าว

---

<sup>86</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 21.

<sup>87</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 23, 24.

<sup>88</sup> ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 27.

## บทที่ 3

### การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในต่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งจะมุ่งเน้นไปที่เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาและต้องถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยจะทำการศึกษาในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินการสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา รวมทั้งกฎหมายและวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร เพื่อที่จะได้ทราบถึงแนวทางและวิธีปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่ามีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่บังคับใช้อยู่ในประเทศไทย

#### 3.1 เครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) เป็นประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ ประกอบด้วย 6 รัฐ คือ New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia และ Tasmania กับอีก 3 เขตการปกครองตนเองที่อยู่บนเกาะออสเตรเลีย และ 7 เขตปกครองตนเองที่ไม่ได้อยู่บนเกาะออสเตรเลีย

แม้เครือรัฐออสเตรเลียจะเป็นประเทศในเครือจักรภพอังกฤษและใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับอังกฤษ แต่กลับมิได้นำรูปแบบการปกครองแบบอังกฤษมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ โดยเครือรัฐออสเตรเลียนำรูปแบบการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแบบอังกฤษมาผสมผสานกับรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประมุขของอังกฤษจะทรงดำรงพระราชอิสริยยศเป็นสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการผ่านองค์กรของรัฐใน 2 ระดับ คือ ระดับเครือรัฐ และระดับรัฐ โดยองค์กรในระดับเครือรัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครือรัฐ ส่วนองค์กรในระดับรัฐจะใช้อำนาจดังกล่าวภายในรัฐของตน

ในส่วนของการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้น หากเป็นระดับเครือรัฐ รัฐสภาแห่งเครือรัฐซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จะทำหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับกับทุกรัฐและเขตปกครองตนเอง เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องในมาตรา 51 ของรัฐธรรมนูญแห่งเครือรัฐ ส่วนในระดับรัฐนั้นแต่ละรัฐก็จะมีรัฐสภาเป็นของตนเอง เพื่อทำหน้าที่ตรากฎหมายอื่นที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาแห่งเครือรัฐขึ้น

บังคับใช้ภายในอาณาเขตของรัฐนั้น ซึ่งแต่ละรัฐต่างมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และแนวปฏิบัติในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแตกต่างกันออกไป<sup>89</sup>

ดังนั้น เพื่อให้สามารถศึกษาและนำมาตราการทางกฎหมายและแนวปฏิบัติของเครือรัฐออสเตรเลียมาประยุกต์ใช้และทำให้เกิดประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของประเทศไทย จึงขอหยิบยกเฉพาะกฎหมายที่สำคัญและแนวทางการปฏิบัติที่ตอบสนองต่อความจำเป็นพิเศษของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ มานำเสนอในบทนี้ ดังนี้

3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา

(1) พระราชบัญญัติความยุติธรรมของเยาวชน ค.ศ. 1992 (Youth Justice Act 1992) เป็นกฎหมายในระดับรัฐ ใช้บังคับภายในรัฐควีนส์แลนด์ มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การบริหารงานยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน กำหนดแนวทางการดำเนินการสำหรับเด็กหรือเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา โดยมุ่งเน้นไปที่การแก้ไขฟื้นฟูและการปล่อยผู้นั้นกลับสู่สังคมภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน<sup>90</sup> โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของสถานที่ควบคุมสำหรับเยาวชนที่กระทำความผิดอาญานั้น พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักความยุติธรรมของเยาวชน เพื่อคุ้มครองสิทธิของเยาวชนที่ถูกควบคุม โดยกำหนดให้เยาวชนอยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะต้องถูกปฏิบัติด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สถานที่ควบคุมต้องมีความเหมาะสมกับเยาวชนนั้นโดยต้องมีความปลอดภัยและมั่นคง เยาวชนนั้นต้องสามารถเข้าถึงบริการสุขภาพ การศึกษา ความเป็นส่วนตัว และการเข้าถึงความช่วยเหลือต่าง ๆ<sup>91</sup> เป็นต้น กำหนดให้ผู้อำนวยการสถานที่ควบคุมมีหน้าที่รับผิดชอบดูแลความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีของเยาวชนที่ถูกควบคุม<sup>92</sup> กำหนดให้สถานที่ควบคุมต้องมีการให้บริการที่ส่งเสริมสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเยาวชนที่ถูกควบคุม<sup>93</sup> การรับตัวและควบคุมตัวเยาวชนนั้นจะกระทำต่อเมื่อมีหมายควบคุมตัวหรือคำพิพากษาจากศาล<sup>94</sup> เมื่อผ่านกระบวนการแรกรับเด็กและเยาวชนต้องได้ทราบถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ของตนเอง ขณะถูกควบคุมอยู่ในสถานที่ควบคุม<sup>95</sup> เช่น สิทธิที่จะมีทนายความ<sup>96</sup> สิทธิเลี้ยงดูบุตรของผู้ถูกควบคุม<sup>97</sup> สิทธิใน

<sup>89</sup> ปกรณ์ นิลประพันธ์, การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการตรากฎหมายและการดำเนินการตามกฎหมายในระดับเครือรัฐของเครือรัฐออสเตรเลีย (มปป. 2544) 3-4.

<sup>90</sup> Youth Justice Act 1992 article 2.

<sup>91</sup> Youth Justice Act 1992 article 3 and Schedule 1.

<sup>92</sup> Youth Justice Act 1992 article 263(1).

<sup>93</sup> Youth Justice Act 1992 article 263(3).

<sup>94</sup> Youth Justice Act 1992 article 266.

<sup>95</sup> Youth Justice Act 1992 article 267.

<sup>96</sup> Youth Justice Act 1992 article 275.

<sup>97</sup> Youth Justice Act 1992 article 280.

การจดทะเบียนการเกิดของบุตร<sup>98</sup> การออกกฎระเบียบของสถานที่ควบคุม เช่น การรักษาความปลอดภัยและระเบียบวินัยภายในสถานที่ควบคุม การให้บริการสุขภาพแก่ผู้ถูกควบคุม การตรวจค้นร่างกายและทรัพย์สินของผู้ถูกควบคุม เป็นต้น เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ<sup>99</sup>

(2) พระราชบัญญัติเด็กและเยาวชน ค.ศ. 2008 (Children and Young People Act 2008) เป็นกฎหมายในระดับรัฐ ใช้บังคับภายในมณฑลนครหลวง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนให้มีสภาพแวดล้อมความเป็นอยู่ที่ดีและปลอดภัย โดยคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ เป็นต้น และป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน<sup>100</sup> โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของสถานที่ควบคุมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญานั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้การรับตัวและควบคุมตัวเด็กและเยาวชนนั้นจะกระทำต่อเมื่อมีหมายควบคุมตัวหรือกระทำโดยอาศัยอำนาจอื่นตามกฎหมาย<sup>101</sup> การระบุตัวตนของผู้ถูกควบคุมในขั้นตอนแรก<sup>102</sup> สถานที่ควบคุมต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่แก่ผู้ถูกควบคุมในระหว่างที่อยู่ในสถานที่ควบคุม<sup>103</sup> สถานที่ควบคุมต้องจัดให้ผู้ถูกควบคุมได้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมไม่ว่าจะเป็นด้านโภชนาการ ห้องนอน สุขอนามัย สุขภาพกายและสุขภาพจิต การติดต่อผู้ปกครอง การรักษาพยาบาล ความต้องการทางศาสนา เป็นต้น โดยกำหนดไว้ในมาตรา 167-183 การจัดทำทะเบียนผู้ถูกควบคุม<sup>104</sup> การตรวจค้นร่างกายผู้ถูกควบคุมแบ่งออกเป็น การตรวจค้นเด็ก<sup>105</sup> และการตรวจค้นเยาวชน<sup>106</sup> การตรวจค้นสถานที่และทรัพย์สิน<sup>107</sup>

3.1.2 กฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือ Sex Discrimination Act 1984<sup>108</sup> เป็นกฎหมายในระดับเครือรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติกับบุคคลโดยมีพื้นฐานจากความแตกต่างทางเพศ สถานะการสมรส การตั้งครรภ์ และจัดการคุกคามทางเพศในสถานที่ต่าง ๆ อาทิ สถานที่ทำงาน องค์กรการศึกษา และสถานที่จัดกิจกรรมสาธารณะ เป็นต้น รวมถึงเพิ่มความตระหนักและยอมรับความเท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงและเพศชายตามมาตรา 28A (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ

<sup>98</sup> Youth Justice Act 1992 article 281.

<sup>99</sup> Youth Justice Act 1992 article 314(2) and Schedule 2.

<sup>100</sup> Children and Young People Act 2008 article 7.

<sup>101</sup> Children and Young People Act 2008 article 156(2).

<sup>102</sup> Children and Young People Act 2008 article 158.

<sup>103</sup> Children and Young People Act 2008 article 159.

<sup>104</sup> Children and Young People Act 2008 article 185.

<sup>105</sup> Children and Young People Act 2008 article 254-263

<sup>106</sup> Children and Young People Act 2008 article 264-273.

<sup>107</sup> Children and Young People Act 2008 article 275-277.

<sup>108</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรธ 28) 92.

นี้ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้โดยเฉพาะและได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ หมายถึง การเชื้อเชิญอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ หรือการร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อบุคคลอื่น หรือการกระทำอื่นใดที่ถือเป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่าเป็นการคุกคามหรือทำให้ขายหน้าเสียเกียรติหรือทำให้กลัว รวมถึงการแสดงข้อความเกี่ยวกับเรื่องทางเพศต่อบุคคลอื่นไม่ว่าการแสดงออกนั้นจะกระทำโดยใช้คำพูดหรือไม่ก็ตาม”

(2) พระราชบัญญัติเด็กและเยาวชน ค.ศ. 2008 (Children and Young People Act 2008) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ กำหนดไว้ในส่วนของการระบุเพศและการจัดทำทะเบียนประวัติของผู้ถูกควบคุมในกระบวนการแรกเริ่ม กล่าวคือ เมื่อเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศหรือผู้ที่มีเพศกำกวมเข้ามายังสถานที่ควบคุมต้องแจ้งอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันให้แก่เจ้าหน้าที่ทราบ กรณีที่ผู้ถูกควบคุมไม่ใช่สิทธิในการระบุเพศในปัจจุบันของตนให้แก่เจ้าหน้าที่ทราบ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจเป็นผู้ระบุเพศของผู้ถูกควบคุมนั่นเอง โดยพิจารณาจากรายงานของแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมและคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศในขณะนั้นของผู้ถูกควบคุม<sup>109</sup>

การตรวจค้นร่างกายของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและเพศกำกวม นั้นกฎหมายนี้ให้สิทธิแก่ผู้ถูกควบคุมในการเสนอเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงหรือเพศชายเป็นผู้ตรวจค้นตนเอง<sup>110</sup>

(3) คำนิยามของบุคคลข้ามเพศ (Definition)<sup>111</sup>ผู้ที่เป็นบุคคลข้ามเพศตามกฎหมายของออสเตรเลีย นั้น เป็นได้ทั้งหญิงข้ามเพศ (MtF) และชายข้ามเพศ (FtM) รวมถึงผู้ที่มีเพศกำกวม (Inter-sex) ด้วย อย่างไรก็ตามในระบอบกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติของหลายรัฐส่วนใหญ่ อาทิ มณฑลตอนเหนือ มณฑลนครหลวง รัฐเซาท์ออสเตรเลีย ตลอดจนกฎหมายการเลือกปฏิบัติทางเพศของเครือรัฐยังได้ให้ความหมายของคำว่าบุคคลข้ามเพศไว้เช่นเดียวกันกับนิยามตามพระราชบัญญัติต่อต้านการเลือกปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งคำว่าบุคคลข้ามเพศในกฎหมายของหลายๆ รัฐนี้ส่วนมากจะกำหนดว่าเป็นบุคคลข้ามเพศหรือไม่ เกิดจากจากการให้บุคคลนั้นเป็นผู้เลือกที่จะแสดงตัวตนของตนเองว่าอยู่ในกลุ่มของเพศใด (Self-Identification) การเป็นบุคคลข้ามเพศไม่ต้องอาศัยผลตรวจหรือรายงานทางการแพทย์และไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว นอกจากนี้ กฎหมายของบางรัฐอนุญาตให้ผู้ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว (Reassignment Surgery) ได้รับใบสูติบัตรหรือใบแจ้งเกิดใหม่โดยระบุเพศที่ได้แปลงไปแต่อย่างไรก็ดี ประเด็นเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศของแต่ละรัฐนั้น ยังมีความแตกต่างหลากหลายกันไปว่าแค่นั้นอย่างจริงจังจะถือว่าบุคคลนั้นได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ยกตัวอย่างเช่น บางรัฐกำหนดเงื่อนไขว่าการผ่าตัด

<sup>109</sup> Children and Young People Act 2008 article 189.

<sup>110</sup> Children and Young People Act 2008 article 250.

<sup>111</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรธ 28) 95.

แปลงเพศจะต้องเป็นกระบวนการศัลยกรรมที่มีการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้บุคคลหนึ่งสามารถเป็นสมาชิกกลุ่มของเพศตรงข้ามได้ซึ่งในกรณีนี้หากมีการผ่าตัดมดลูกออกหรือผ่าตัดลูกอัณฑะออกก็จะถือว่าบุคคลนั้นผ่านการแปลงเพศมาแล้ว แต่รัฐเซาท์ออสเตรเลียกำหนดเงื่อนไขว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องเป็นการผ่าตัดอวัยวะเพศและลักษณะทางเพศอย่างอื่นด้วย และเมื่อบุคคลใดได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว รัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลนั้นอย่างเพศที่ได้แปลงเพศไป

(4) แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสำหรับศูนย์ควบคุมเยาวชน (Standards for youth detention places) ฉบับชั่วคราวของมณฑลนครหลวง (Australian Capital Territory)<sup>112</sup>

มณฑลนครหลวงเป็นแห่งแรกในออสเตรเลียที่ออกกฎหมายสิทธิมนุษยชนผ่านพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ 2004 ซึ่งได้ระบุว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับบุคคลในการดำเนินชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและคุณค่า โดยหลักการนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในสถานที่ที่ถูกกีดรอนเสรีภาพ เช่น สถานที่ควบคุมเยาวชนซึ่งการจำกัดสิทธิเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวนั้นต้องมีความได้สัดส่วนกระทำเท่าที่จำเป็น ไม่เลือกปฏิบัติและต้องชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนฯ มาตรา 19 และมาตรา 20 ที่กำหนดให้บุคคลที่ถูกกีดรอนเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้หากเป็นเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับอายุด้วย

แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสำหรับสถานที่ควบคุมเยาวชนฉบับนี้ให้ความสำคัญการคุ้มครองสิทธิของเยาวชนที่ถูกควบคุมและส่งเสริมให้ดูแลเยาวชนอย่างเท่าเทียมกันโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเยาวชนนั้นด้วย โดยได้กำหนดหลักการในการคุ้มครองสิทธิ ดังนี้ ความปลอดภัยของเยาวชน การปฏิบัติต่อเยาวชนผู้ถูกควบคุมโดยเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การมีส่วนร่วมในกิจกรรมของเยาวชนผู้ถูกควบคุม และการเตรียมการสำหรับการปล่อยตัว โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้เป็นเกณฑ์มาตรฐานสำหรับผู้ตรวจการกรมราชทัณฑ์ตามกฎหมาย Inspector of Correctional Services Act 2017 ในการตรวจสอบว่าสถานที่ควบคุมเยาวชนในมณฑลนครหลวงเป็นไปตามแนวคิดด้านสุขภาวะในศูนย์กักขังขององค์การอนามัยโลกหรือไม่

แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสำหรับสถานที่ควบคุมเยาวชนนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงหลักเกณฑ์ให้ผู้ตรวจการกรมราชทัณฑ์ ใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบสถานที่ควบคุมเยาวชนว่าได้กำหนดแนวทางในการดำเนินงานที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเยาวชนและมีการกระทำใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานฉบับนี้ได้ระบุไว้ ดังนี้

(4.1) การดำเนินการของสถานที่ควบคุมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความต้องการเฉพาะของเยาวชนผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ<sup>113</sup>

<sup>112</sup> ACT Inspector of Correctional Services, *ACT Standards for Youth Detention Places* (pdf, ACT Inspector of Correctional Services 2020) 3-5.

(4.1.1) ในกระบวนการแรกรับสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นเป็นเรื่องละเอียดอ่อนซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการสอบถามข้อมูล โดยในการระบุเพศนั้นบางครั้งผู้ถูกควบคุมอาจไม่ต้องการเปิดเผยเพศสภาพในปัจจุบันของตนเอง

(4.1.2) เจ้าหน้าที่ผู้ทำการฝึกอบรมต้องส่งเสริมการเคารพคนทุกเพศทุกวัยอย่างเท่าเทียมกัน และสร้างความตระหนักรู้ถึงการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้มีความหลากหลายทางเพศ

(4.1.3) มีมาตรการในการป้องกันพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ

(4.1.4) ผู้ถูกควบคุมที่มีความหลากหลายทางเพศต้องได้รับการดูแลในเรื่องที่มีความเฉพาะต่อเพศสภาพของตนรวมทั้งต้องได้รับการสนับสนุนจากบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย

(4.1.5) การจัดที่อยู่อาศัยในสถานที่ควบคุมสำหรับบุคคลข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำกวมต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมซึ่งได้ระบุไว้ในตอนแรกรับด้วย

(4.1.6) เยาวชนที่ถูกควบคุมทุกคนพึงได้รับสิ่งของในการใช้สอยส่วนตัวให้เหมาะสมเพศสภาพที่ปรากฏ

(4.1.7) เยาวชนที่ถูกควบคุมต้องได้รับการเรียกขานไม่ว่าจะเป็นคำนำหน้า ชื่อ เพศ คำสรรพนามจากเจ้าหน้าที่ตามที่ได้ตกลงกันไว้

(4.1.8) เยาวชนที่ถูกควบคุมทุกคนต้องได้รับการสนับสนุนในเรื่องเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศและการแสดงออกตามเพศสภาพของตน

(4.1.9) จัดให้มีการอบรมให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในเรื่องของความหลากหลายทางเพศและการแสดงออกตามเพศสภาพ เพื่อที่จะได้นำไปปฏิบัติต่อผู้ถูกควบคุมที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างเหมาะสม

(4.1.10) เยาวชนที่ถูกควบคุมหากต้องการที่จะแปลงเพศสามารถปรึกษาและขอคำแนะนำจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้

#### (4.2) การตรวจค้นร่างกาย

การค้นตัวต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้สัดส่วนและเคารพศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดของผู้ถูกค้น<sup>114</sup> ดังนี้

(4.2.1) การตรวจค้นร่างกายต้องทำให้ผู้ถูกตรวจค้นได้รับผลกระทบน้อยที่สุด เช่น การตรวจโดยใช้เครื่องสแกนวัตถุโลหะ เป็นต้น

(4.2.2) การตรวจค้นร่างกายต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงเพศ ความทุพพลภาพ ศาสนา และวัฒนธรรมของผู้ถูกตรวจค้น

(4.2.3) การตรวจค้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการคุกคาม ข่มขู่ หรือก้าวร้าวผู้ถูกตรวจค้น

(4.2.4) การตรวจค้นต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการฝึกอบรมมาแล้วเท่านั้น

<sup>113</sup> เฟิงอ้าง 67-68.

<sup>114</sup> เฟิงอ้าง 35-38.



(4.2.5) การตรวจค้นที่มีลักษณะส่วนบุคคลต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันกับผู้ถูกตรวจค้นและต้องมีเจ้าหน้าที่ 2 คนขณะตรวจค้น

(4.2.6) ในกรณีที่เยาวชนผู้ถูกตรวจค้นเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ(คนข้ามเพศหรือเพศกำกวม) เยาวชนนั้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้น

(4.2.7) กรณีการตรวจค้นร่างกายโดยการเปลื้องผ้าต้องใช้เป็นวิธีการสุดท้ายและมีกฎหมายให้อำนาจกระทำ โดยต้องกระทำในพื้นที่ที่เป็นส่วนตัวและไม่มิก้องโทรทัศน์วงจรปิด ต้องกระทำโดยรวดเร็วและผู้ตรวจค้นต้องเป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกตรวจค้น สำหรับเยาวชนผู้ถูกตรวจค้นโดยการเปลื้องผ้าเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ(คนข้ามเพศหรือเพศกำกวม) เยาวชนนั้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นและการตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

(4.2.8) การตรวจค้นบริเวณของสงวนต้องกระทำเป็นทางเลือกสุดท้ายและกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพซึ่งได้รับการแต่งตั้ง กรณีเยาวชนผู้ถูกตรวจค้นเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ(คนข้ามเพศหรือเพศกำกวม) เยาวชนนั้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้น

(5) แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานการตรวจสอบสำหรับเยาวชนที่อยู่ในศูนย์ควบคุมเยาวชน (Inspection Standards For young people in detention) ของรัฐทัสเมเนีย (Tasmania)<sup>115</sup>

เมื่อเยาวชนถูกควบคุมตัวในสถานที่ควบคุมของรัฐ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องให้การรับรองความปลอดภัยแก่เยาวชนที่ถูกควบคุมตัวและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานด้วย โดยเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ดูแลเยาวชนเหล่านี้ต้องมีจริยธรรมและมนุษยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงกำหนดให้มีมาตรฐานการตรวจสอบสำหรับเยาวชนที่อยู่ในสถานที่ควบคุมเยาวชนของรัฐทัสเมเนีย เพื่อเป็นการควบคุมการดำเนินงานของสถานที่ควบคุมและการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนและกำหนดกรอบการทำงานที่สามารถตรวจสอบความประพฤติภายในสถานที่ควบคุมได้ซึ่งกำหนดให้ผู้ตรวจการที่รัฐได้แต่งตั้งเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบ โดยสถานที่ควบคุมควรต้องรับรู้ถึงความต้องการเฉพาะของเยาวชนในทุกขั้นตอนของการดำเนินการตั้งแต่กระบวนการแรกเริ่ม การแก้ไขฟื้นฟูเยาวชนตลอดระยะเวลาที่ถูกควบคุม จนกระทั่งการเตรียมความพร้อมสำหรับการปล่อยตัวเยาวชนนั้นกลับสู่สังคม

การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานฉบับนี้ได้ระบุไว้ ดังนี้

(5.1) การกำกับดูแลและวิธีการดำเนินการของสถานที่ควบคุม<sup>116</sup>

<sup>115</sup> The Tasmanian Custodial Inspector, *Inspection standards for young people in detention in Tasmania* (pdf, The Tasmanian Custodial Inspector 2018) 1-2.

<sup>116</sup> เพ็ญอ้าง 7.

เยาวชนไม่ควรถูกเลือกปฏิบัติหรือถูกระงับสิทธิในระหว่างที่ถูกควบคุมตัว การดำเนินการตามนโยบายของสถานที่ควบคุมไม่ควรส่งผลให้เยาวชนถูกเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ อายุ รสนิยมทางเพศ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ สถานะความสัมพันธ์ การตั้งครรรภ์ ความพิการ ศาสนา การเมือง วัฒนธรรมหรือชาติพันธุ์ ดังนี้

(5.1.1) เยาวชนทุกคนสามารถเข้าถึงบริการต่าง ๆ ภายในสถานที่ควบคุมได้อย่างเท่าเทียมกัน

(5.1.2) สถานที่ควบคุมควรมีกลยุทธ์ในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ มีนโยบายสนับสนุนความเสมอภาคและความหลากหลาย ส่งเสริมในการเคารพความแตกต่างอย่างจริงจัง

(5.1.3) สถานที่ควบคุมควรมีกลยุทธ์ในการปกป้องเยาวชนที่มีความเปราะบางจากการถูกเหยียดหยามกลั่นแกล้ง

(5.1.4) เจ้าหน้าที่ควรได้รับการฝึกอบรมเกี่ยวกับการปกป้องเยาวชนตามข้อ 1.3 ตลอดจนการสนับสนุนความหลากหลายและการป้องกันการเลือกปฏิบัติ

(5.1.5) เยาวชนต้องได้รับข้อมูลที่ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการของสถานที่ควบคุมในการส่งเสริมความเท่าเทียมและความหลากหลายและวิธีการขอความช่วยเหลือหรือคำแนะนำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคหรือความหลากหลาย

(5.1.6) สถานที่ควบคุมต้องดำเนินการให้ข้อมูลและคำแนะนำแก่เยาวชนในลักษณะที่เข้าใจได้โดยง่าย

(5.1.7) มีการดำเนินการตรวจสอบเหตุการณ์ความไม่ปลอดภัยภายในสถานที่ควบคุมอย่างสม่ำเสมอและมีการสอบสวนโดยละเอียดตลอดจนรายงานเหตุการณ์และหาวิธีป้องกันเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้น

(5.1.8) กรณีที่เกิดเหตุการณ์ในสถานที่ควบคุมต้องให้ความเป็นธรรมต่อผู้กระทำผิดและผู้เสียหายในการชี้แจงข้อกล่าวหา

## (5.2) การตรวจค้นร่างกาย<sup>117</sup>

มาตรการการตรวจค้นตัวเยาวชนนั้นต้องได้รับการประเมินอย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความเสี่ยง ดังนี้

(5.2.1) วิธีการค้นตัวโดยให้ถอดเสื้อผ้านั้นควรเป็นวิธีการสุดท้ายเท่านั้น โดยให้ใช้วิธีการตรวจค้นในลักษณะอื่นก่อน เช่น การใช้เครื่องตรวจวัตถุโลหะ การเฝ้าระวัง เป็นต้น

(5.2.2) การตรวจค้นต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ผ่านการฝึกอบรมและต้องกระทำด้วยความสุภาพ รอบคอบและต้องเป็นเพศเดียวกับเยาวชนผู้ถูกตรวจค้น ในกรณีที่เยาวชนผู้ถูกตรวจค้นเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ(คนข้ามเพศ) เยาวชนนั้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้น

<sup>117</sup> เฝิงอ้าง 44.

(5.2.3) การตรวจค้นตัวต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว โดยอนุญาตให้เยาวชนสวมเสื้อผ้าได้บางส่วนขณะตรวจค้น

(5.2.4) ต้องมีการบันทึกผลการตรวจค้นทุกครั้ง โดยระบุชื่อผู้ตรวจและผลการตรวจค้น

(5.2.5) ในกรณีที่มีการตรวจค้นตัวโดยการเปลื้องผ้า สถานที่ควบคุมต้องกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติที่เหมาะสม

(5.2.6) การตรวจค้นโดยไม่สวมเสื้อผ้าให้กระทำในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น

(5.2.7) ห้ามมิให้ตรวจค้นของสงวนของเยาวชนโดยเด็ดขาด

(5.3) สุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเยาวชนในสถานที่ควบคุม

(5.3.1) เยาวชนที่ถูกควบคุมควรได้รับบริการด้านสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เหมาะสมและได้มาตรฐานเทียบเท่ากับศูนย์บริการสุขภาพของชุมชน ไม่ว่าจะให้บริการด้านพยาบาล การแพทย์ ทันตกรรม จิตเวช ยา และสุขภาพทางเพศ โดยการบริการดังกล่าวต้องตอบสนองต่อความต้องการของเยาวชนในแต่ละคน<sup>118</sup>

(5.3.2) เยาวชนที่ถูกควบคุมและเป็นโรคทางจิตเวชสามารถเข้าถึงบริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพจิตอย่างเหมาะสม โดยได้รับการรักษาจากจิตแพทย์ผู้เชี่ยวชาญหรือนักจิตวิทยา<sup>119</sup>

(5.3.3) สถานที่ควบคุมควรจัดให้มีการใช้โปรแกรมป้องกันและฟื้นฟูสำหรับการใช้ยาเฉพาะทางแก่เยาวชนที่เข้ารับการรักษาโดยผู้เชี่ยวชาญ<sup>120</sup>

(6) แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานการตรวจสอบสำหรับศูนย์ควบคุมเยาวชนแห่งรัฐควีนส์แลนด์ (Inspection standards for Queensland youth detention centres)<sup>121</sup>

มาตรฐานการตรวจสอบสำหรับศูนย์ควบคุมเยาวชนแห่งรัฐควีนส์แลนด์ มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความโปร่งใสในผลลัพธ์ของการตรวจสอบศูนย์ควบคุมเยาวชน โดยมาตรฐานในแต่ละด้านจะกำหนดตัวชี้วัดซึ่งมีส่วนช่วยในการประเมินของผู้ตรวจสอบ(ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐควีนส์แลนด์) ว่าศูนย์ควบคุมนั้นได้มาตรฐานเพียงใด

สิทธิของเยาวชนในศูนย์ควบคุมฯ ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติความยุติธรรมของเยาวชน พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2562 ซึ่งระบุว่าบุคคลทุกคนที่ถูกกักขังจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิดของบุคคล

<sup>118</sup> เฟิงอ้าง 50.

<sup>119</sup> เฟิงอ้าง 51.

<sup>120</sup> เฟิงอ้าง 56.

<sup>121</sup> Inspector of Detention Services Queensland Ombudsman, *Inspection standards for Queensland youth detention centres* (pdf, Inspector of Detention Services Queensland Ombudsman 2023) 3-5.

และไม่ควรถูกรังแกหรือได้รับการปฏิบัติหรือถูกละเมิดด้วยวิธีที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรืออย่างย่ำยีศักดิ์ศรี สำหรับสิทธิของเยาวชนที่เป็นกลุ่มเปราะบางซึ่งตกเป็นเหยื่อของการทารุณกรรมและความบอบช้ำทางจิตใจ เสี่ยงต่อการทำร้ายตนเอง ผู้ที่มีปัญหาสุขภาพจิตรวมทั้งผู้ที่เป็นบุคคลข้ามเพศ ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ และผู้ที่มีเพศกำกวม มาตรฐานนี้ได้ตระหนักถึงความเปราะบางและความต้องการที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง ของเยาวชนกลุ่มนี้และได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของเยาวชนกลุ่มนี้ด้วยเช่นกัน

มาตรฐานเหล่านี้ตระหนักถึงความเปราะบางและความต้องการเฉพาะของเด็กที่ถูกกลืนเร้น เสรีภาพ และความสำคัญของการรับรองว่าเด็กทุกคนจะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมในขณะที่อยู่ในศูนย์ ควบคุมเยาวชน โดยมาตรฐานเหล่านี้ใช้กับเด็กทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีและเยาวชนที่มีอายุ 18 ปี ขึ้นไป ที่ถูกควบคุมตัวในศูนย์ควบคุมเยาวชน

การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานฉบับนี้ได้แบ่งการคุ้มครองสิทธิตามประเภทของผู้มีความหลากหลายทางเพศ ออกเป็น (1) การคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและ (2) การคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่เป็นบุคคลที่มีเพศกำกวม โดยเยาวชนเหล่านี้ควรมีสิทธิเท่าเทียมกันในการยอมรับ อัตลักษณ์ทางเพศของตนเช่นเดียวกับเด็กคนอื่น ๆ ในขณะที่อยู่ในศูนย์ควบคุมเยาวชนควรได้รับการปฏิบัติ อย่างมีมนุษยธรรม เคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความปลอดภัย ความเป็นส่วนตัว และช่วยให้พวกเขา รักษาอัตลักษณ์ทางเพศที่เลือกได้<sup>122</sup> ดังนี้

(6.1) การระบุอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

(6.1.1) เยาวชนต้องได้รับการระบุและอ้างถึงเพศของพวกเขาลงในบันทึก โดยเจ้าหน้าที่จะต้องถามชื่อและสรรพนามของเยาวชนผู้นั้นโดยละเอียดและต้องเรียกขานชื่อ เพศ หรือคำสรรพนามตามที่ได้ตกลงกันไว้กับเยาวชนผู้นั้น

(6.1.2) เยาวชนได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ทุกคนในศูนย์ควบคุมฯ ด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิดของบุคคลนั้น

(6.1.3) เจ้าหน้าที่ทราบหลักการของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ

(6.1.4) เยาวชนได้รับการสนับสนุนเกี่ยวกับอัตลักษณ์และการแสดงออกทางเพศผ่านกลุ่มสนับสนุนและโปรแกรมเฉพาะของศูนย์ควบคุม

(6.1.5) เยาวชนสามารถระบุได้ว่าตนเองเป็นบุคคลข้ามเพศหรือบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือเพศกำกวมในทุกกระบวนการระหว่างที่อยู่ในศูนย์ควบคุม

(6.1.6) เยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือเพศกำกวมสามารถเข้าถึงห้องอาบน้ำและห้องสุขาที่มีความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัว

<sup>122</sup> เฝิงอ่าง 73-82.

(6.1.7) เยาวชนทุกคนได้รับการศึกษาที่เหมาะสมเพื่อลดความรุนแรงและการปฏิบัติที่โหดร้ายต่อบุคคลข้ามเพศและมีความหลากหลายทางเพศ

(6.1.8) ศูนย์ควบคุมมีมาตรการป้องกันความรุนแรงต่อบุคคลข้ามเพศและบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและเพศกำกวม

(6.1.9) เยาวชนจะไม่ถูกแยกจากกันหรือกำหนดข้อจำกัดเนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศของพวกเขา

## (6.2) การตรวจค้นร่างกาย

(6.2.1) เยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและมีความหลากหลายทางเพศและเพศกำกวมควรถูกตรวจค้นเท่าที่จำเป็น

(6.2.2) เยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและมีความหลากหลายทางเพศและเพศกำกวมสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นกรณีที่เจ้าหน้าที่ถูกระบุตัวไม่สามารถตรวจค้นได้ในทันที เยาวชนจะได้รับการจัดการอย่างปลอดภัยจนกว่าจะมีวิธีที่เหมาะสม

(6.2.3) เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นต้องได้รับการฝึกอบรมรวมถึงการมีความรู้เกี่ยวกับความเปราะบางของเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและมีความหลากหลายทางเพศและเพศกำกวม

## (6.3) การจัดสถานที่พักและการแต่งกาย

(6.3.1) ในการตัดสินใจเรื่องที่พักเยาวชน ครอบครัว และเจ้าหน้าที่จะต้องมีส่วนร่วมในการเลือกที่พักที่เหมาะสมที่สุดให้แก่เยาวชนผู้นั้น โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีเป็นสำคัญ

(6.3.2) เยาวชนได้รับอนุญาตให้อาศัยอยู่ในที่พักนั้นโดยถาวรตามเพศที่ระบุไว้

(6.3.3) ภายใต้ความปลอดภัยเยาวชนสามารถเข้าถึงทรัพย์สิน เพื่อใช้รักษาอัตลักษณ์และรูปลักษณ์ทางเพศได้

(6.3.4) เยาวชนจะได้รับเครื่องแต่งกายตามเพศที่ตนร้องขอ

(6.3.5) เยาวชนสามารถมีทรงผมที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนได้

## (6.4) ด้านสุขภาพ

(6.4.1) เยาวชนสามารถเข้าถึงบริการสุขภาพทั้งด้านร่างกายและจิตใจ

(6.4.2) เยาวชนที่ได้รับการยืนยันเพศสภาพแล้วสามารถเข้าถึงความช่วยเหลือทางการแพทย์และจิตวิทยาเฉพาะทางที่เหมาะสมและตรงตามความต้องการของบุคคลนั้น

(6.4.3) การดูแลสุขภาพต้องให้ความเคารพและสนับสนุนอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น

(6.4.4) เยาวชนจะไม่ถูกปฏิเสธการเข้าถึงบริการ โครงการหรือการรักษา เนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศของพวกเขา

จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งมีความหลากหลาย

ทางเพศในสถานพินิจฯ ของเครื่องรัฐออสเตรเลียนั้น พบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสถานพินิจฯ มีวิธีการปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นไปในทิศทางเดียวกันคือในทุก ๆ กระบวนการของสถานพินิจฯ ต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกควบคุม เช่น กระบวนการแรก รับ กระบวนการตรวจค้นร่างกายและทรัพย์สิน ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ถูกควบคุมขณะถูกควบคุม เป็นต้น นอกจากนี้ยังมุ่งเน้นไปที่การแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีก่อนปล่อยคืนสู่สังคม

ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ นั้น พบว่า มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งในระดับเครื่องรัฐและระดับรัฐ โดยในระดับเครื่องรัฐจะมุ่งเน้นไปที่การขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศและสร้างความเสมอภาคในสังคมให้แก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวสำหรับในระดับรัฐนั้นอาจมีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียดของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ในรัฐควีนส์แลนด์มีได้บัญญัติกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้โดยเฉพาะ แต่จะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมเด็กและเยาวชนทุกคน ซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศอาจจะไม่ได้รับสิทธิบางอย่างที่เป็นความต้องการเฉพาะ เช่น การระบุเพศในกระบวนการแรกรับ การเลือกเพศผู้ตรวจค้นร่างกาย เป็นต้น แต่สำหรับมณฑลนครหลวงได้บัญญัติกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้โดยเฉพาะ โดยในกระบวนการแรกรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถแจ้งให้เจ้าหน้าที่ระบุเพศของตนให้ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันได้ และในการตรวจค้นร่างกายยังสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ นอกจากนี้แล้วในแต่ละรัฐยังได้กำหนดมาตรฐานการตรวจสอบซึ่งมีได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่เป็นแค่เพียงคู่มือการตรวจสอบสถานพินิจฯ ของผู้ตรวจการในแต่ละรัฐ แต่ก็แสดงให้เห็นว่าในแต่ละรัฐให้ความสำคัญการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยในคู่มือดังกล่าวได้กำหนดให้สถานพินิจฯ ในแต่ละรัฐต้องมีการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่การระบุอัตลักษณ์ทางเพศ การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ที่ต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน การจัดสถานที่พักการตรวจค้นร่างกาย ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ ที่ผู้มีความหลากหลายทางเพศควรได้รับขณะถูกควบคุมตัว

### 3.2 สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีลักษณะเป็นรัฐเดี่ยว (unitary state) ซึ่งมีประวัติศาสตร์และจารีตทางปกครองที่มุ่งเน้นไปที่การรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง มีรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (parliament democracy) ซึ่งมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล มีรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อันเนื่องมาจากการที่สหราชอาณาจักรมีประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองที่มีพัฒนาการมาเป็นเวลานาน โดยหลักการปกครองต่าง ๆ ไม่ได้อยู่รวมกันเป็นรัฐธรรมนูญเฉพาะแต่กระจายอยู่ตามกฎหมายและคำพิพากษาต่าง ๆ รวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบทอดกันมาจนกลายเป็นจารีต

ประเพณี มีสถาบันและกลไกทางการเมืองการปกครองที่สำคัญอยู่ 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี และฝ่ายตุลาการ คือ ศาลยุติธรรม

หลักการสำคัญในระบอบการเมืองการปกครองของสหราชอาณาจักร คือ ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมและหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา กล่าวคือ อำนาจทางการเมืองการปกครองจะมีการรวมศูนย์อยู่ที่รัฐสภาซึ่งมีความสำคัญสูงสุดและทรงอำนาจที่สุด โดยรัฐสภามีอำนาจในการตราหรือยกเลิกพระราชบัญญัติใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาถือเป็นกฎหมายสูงสุดไม่มีกฎหมายใดมีอำนาจเหนือกว่า ศาลไม่มีอำนาจพิพากษาว่ากฎหมายฉบับใดเป็นโมฆะ ทำได้เพียงตีความกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยในทางกฎหมายและจารีตประเพณี ผู้ที่เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัตินี้ คือ พระมหากษัตริย์ สภาขุนนาง และสภาสามัญชน รัฐสภาสหราชอาณาจักรมีอำนาจหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย ออกกฎหมาย และระเบียบข้อบังคับในการปฏิบัติงานของรัฐบาล ตรวจสอบการปฏิบัติงานของรัฐบาล กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอาจจะเป็นกรณีที่ใช้บังคับทั้งประเทศหรืออาจจะเป็นกรณีที่ออกกฎหมายโดยใช้บังคับเฉพาะบางพื้นที่<sup>123</sup>

ดังนั้น เพื่อให้สามารถศึกษาและนำมาตรกรทางกฎหมายและแนวปฏิบัติของสหราชอาณาจักร มาประยุกต์ใช้และทำให้เกิดประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจฯ ของประเทศไทยจึงขอหยิบยกเฉพาะกฎหมายที่สำคัญและแนวทางการปฏิบัติที่ตอบสนองต่อความจำเป็นพิเศษของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ มานำเสนอในบทนี้ ดังนี้

3.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา

(1) พระราชบัญญัติเรือนจำ ค.ศ.1952 (Prison Act 1952) กำหนดให้ Secretary of State อาจจัดให้มีซึ่งสถานที่ควบคุมเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา โดยเป็นกรณีที่ถูกลงโทษระหว่างพิจารณาคดีหรือศาลมีคำพิพากษาให้เยาวชนนั้นถูกควบคุมในสถานที่ดังกล่าว<sup>124</sup> ดังต่อไปนี้

- (1.1) young offender institutions
- (1.2) secure training centers
- (1.3) secure colleges

และให้นำบทบัญญัติในมาตรา 1 ถึง มาตรา 42A และตารางที่ 1A มาบังคับใช้กับสถานที่ควบคุมเยาวชนโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดกับมาตรานี้ นอกจากนั้นยังให้อำนาจ Secretary of State ในการกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมและบริหารจัดการสถานที่ควบคุมเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา ตลอดจนการ

<sup>123</sup> จีรวรรณ เดชานิพนธ์, การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการงานภาครัฐศึกษากรณีตัวอย่าง (Best Practice) ในด้านต่างๆของสหราชอาณาจักร (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มปป.) 6-7.

<sup>124</sup> Prison Act 1952 article 43.



จำแนกประเภทผู้ต้องขัง การดูแลผู้ต้องขัง การกำหนดระเบียบวินัยภายในสถานที่ควบคุม<sup>125</sup>โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์ฯ จะได้กล่าวในหัวข้อ The Young Offender Institutions Rules 2000 ต่อไป

(2) พระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจศาลอาญา ค.ศ.2000 (Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000) เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ศาลอาญาในการลงโทษเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา โดยกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเยาวชนซึ่งมีอายุต่ำกว่า 21 ปีถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานฆาตกรรมหรือในฐานความผิดอื่นซึ่งมีโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือศาลมีพิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิต เยาวชนผู้นั้นจะต้องถูกส่งตัวไปควบคุมใน young offender institutions<sup>126</sup>

(3) ระเบียบสถาบันสำหรับเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา ปี 2000 (The Young Offender Institutions Rules 2000 หรือ YOI) สถาบันดังกล่าวเป็นสถานที่ควบคุมสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีอายุ 15-21 ปี ซึ่งกระทำความผิดอาญา มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนให้กลับตนเป็นคนดีก่อนปล่อยกลับสู่สังคม ผ่านการฝึกอบรมและจัดให้มีการศึกษาแก่เด็กและเยาวชนนั้น โดยสถาบันดังกล่าวอยู่ในการควบคุมดูแลของหน่วยงาน Her Majesty's Prison and Probation Service และประมาณร้อยละ 70 ของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาจะถูกส่งตัวมาควบคุมที่นี่<sup>127</sup> โดย YOI ดำเนินการภายใต้ระเบียบสถาบันสำหรับเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา ปี 2000 ซึ่งมีสาระสำคัญดังจะกล่าวต่อไป<sup>128</sup>

(3.1) การแบ่งประเภทของผู้ต้องขัง ให้เป็นอำนาจของ Secretary of State โดยคำนึงถึงอายุ ลักษณะนิสัยและพฤติกรรมของผู้ที่ถูกควบคุม

(3.2) การเข้าถึงข้อมูลและสิทธิหน้าที่ เด็กและเยาวชนหลังจากผ่านกระบวนการแรกรับ จะต้องได้รับทราบถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของตนในระหว่างที่ถูกควบคุมอยู่ใน YOI ภายใน 24 ชั่วโมง โดยสิทธิของเด็กและเยาวชนใน YOI ได้แก่ สิทธิในการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวและสิทธิพิเศษอื่น ๆ สิทธิในการเขียนจดหมายและการเยี่ยม สิทธิในการประกอบพิธีทางศาสนา สิทธิในการได้รับการศึกษาและการฝึกอบรม เป็นต้น นอกจากนั้นแล้วหากเป็นกรณีที่เยาวชนหญิงที่มีครรภ์ สามารถคลอดบุตรและเลี้ยงดูบุตรภายใน YOI ได้ โดยได้รับการสนับสนุนอุปกรณ์ในการเลี้ยงดูบุตรเท่าที่จำเป็น

(3.3) ความเป็นอยู่และสุขอนามัยใน YOI ในระหว่างที่ถูกควบคุมอยู่ใน YOI เด็กและเยาวชนต้องได้รับเครื่องนุ่งห่มที่เหมาะสมและเพียงพอตามที่ระเบียบกำหนด ได้รับอาหารและเครื่องดื่มที่มีคุณภาพและคุณค่าทางโภชนาการอย่างเหมาะสมและเพียงพอ มีเตียงนอนและเครื่องนอนที่เพียงพอต่อผู้ถูกควบคุม ได้รับสิ่งของที่จำเป็นต่อการทำความสะอาดร่างกายของตนและห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ตัดผมเด็กและเยาวชนนั้นวันแต่จะได้รับความยินยอม

<sup>125</sup> Prison Act 1952 article 47.

<sup>126</sup> Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 article 96.

<sup>127</sup> Politics.co.uk, 'Young Offender Institute' (Politics.co.uk)

<<https://www.politics.co.uk/reference/young-offender-institutions/>> สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2567.

<sup>128</sup> The Young Offender Institutions Rules 2000 No.3371.

(3.4) การตรวจค้นร่างกาย ในกระบวนการรับเข้าเด็กและเยาวชนทุกคนจะต้องถูกตรวจค้นร่างกายโดยเจ้าหน้าที่ของ YOI ซึ่งจะต้องกระทำด้วยความสุภาพและมีจุดประสงค์เพื่อค้นหาสิ่งของต้องห้ามหรือสิ่งผิดกฎหมาย โดยในการตรวจค้นนั้นห้ามมิให้ใช้วิธีการตรวจค้นโดยการเปลี่ยนผ้าและห้ามมิให้ตรวจค้นต่อหน้าผู้ถูกควบคุมคนอื่นหรือต่อหน้าบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ถูกตรวจค้น

(3.5) การแพทย์และสุขภาพ เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ด้านการแพทย์จะต้องดูแลเด็กและเยาวชนให้มีสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่ดี กรณีที่เด็กและเยาวชนคนใดอาจได้รับผลกระทบต่อสุขภาพจากการถูกควบคุมหรือจากสภาพที่ถูกควบคุมเจ้าหน้าที่จะต้องรายงานผลกระทบนี้ให้ Secretary of State ทราบในทันทีพร้อมกับข้อเสนอแนะของตน นอกจากนี้หากมีเด็กและเยาวชนคนใดที่มีปัญหาเกี่ยวกับสภาพจิตใจจะต้องได้รับการดูแลจากเจ้าหน้าที่เป็นพิเศษ

3.2.2 กฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

(1) พระราชบัญญัติความเท่าเทียม ค.ศ.2010 (Equality Act 2010)<sup>129</sup>ในปี 2010 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความเท่าเทียมหรือ Equality Act 2010 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐจะต้องดำเนินการต่อบุคคลใด ๆ ด้วยความชอบธรรมในการที่จะก่อให้เกิดความเท่าเทียม โดยจะต้องจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเพศ รสนิยมทางเพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา ความพิการ ขจัดการคุกคามหรือการทำให้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงและต้องส่งเสริมความเท่าเทียมทางโอกาสแก่ผู้ที่มีลักษณะที่ต้องได้รับความคุ้มครอง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ ได้คุ้มครองรวมถึงกรณีการเปลี่ยนแปลงเพศซึ่งจะทำให้บุคคลที่ได้ยื่นความประสงค์ที่จะเข้าสู่หรืออยู่ระหว่างหรือได้ผ่านกระบวนการเพื่อการเปลี่ยนแปลงเพศแล้วได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

(2) พระราชบัญญัติการรับรองเพศสภาพ ค.ศ. 2004 (Gender Recognition Act 2004) เป็นพระราชบัญญัติที่มีจุดเริ่มต้นมาจาก คดี Goodwin v. The United Kingdom ซึ่ง Christine Goodwin หญิงข้ามเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ถูกศาลอังกฤษปฏิเสธไม่ให้ทำการสมรสเธोजึงได้นำคดีไปฟ้องศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปว่าอังกฤษกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้มีคำพิพากษาว่าการที่อังกฤษปฏิเสธสิทธิในการสมรสของบุคคลข้ามเพศนั้น เป็นการละเมิดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรปมาตรา 8<sup>130</sup> และมาตรา 12<sup>131</sup>ผลจาก

<sup>129</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรรถ 28) 75.

<sup>130</sup> European Convention on Human Rights 1950 article 8 “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ทำให้อังกฤษดำเนินการตรากฎหมายฉบับนี้และประกาศใช้ในที่สุด<sup>132</sup> และกฎหมายฉบับนี้ก็ได้กลายเป็นต้นแบบให้กับหลาย ๆ ประเทศในเวลาต่อมา

พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้มุ่งเน้นไปที่ “Self-Identification of Gender” หรือการแสดงเจตนากำหนดเพศสภาพของตนเอง โดยที่พยายามไม่ให้เกิดภาระในการเรียกร้องให้เกิดการแปลงเพศก่อน ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายของประเทศอังกฤษตระหนักได้ว่ากระบวนการการแปลงเพศไม่ใช่สาระสำคัญของการที่จะได้รับการรับรองเพศ จึงทำให้สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้พุ่งถึงเรื่องของการให้สิทธิบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศสามารถได้รับใบรับรองเพศสภาพ (Gender Recognition Certificate หรือ GRC) โดยกำหนดให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถยื่นขอใบรับรองเพศสภาพจากหน่วยงานของรัฐได้ หากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด โดยเพศที่ระบุในใบรับรองเพศสภาพจะถือเป็นเพศที่กฎหมายรับรองและยอมรับให้แก่บุคคลนั้น หลังจากที่ได้รับใบรับรองเพศสภาพแล้วกฎหมายถือว่าบุคคลนั้นมีเพศตามใบรับรอง และมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับเพศหญิงหรือเพศชายทุกประการ นอกจากนี้ยังจะได้รับสิทธิบัตรใหม่ที่ระบุเพศตามใบรับรอง สิทธิในการจดทะเบียนสมรสโดยใช้เพศตามใบรับรอง สิทธิในการได้รับเงินบำนาญตามเพศที่รับรอง และกรณีถึงแก่ความตายใบมรณะบัตรจะแสดงเพศตามระบุไว้ในใบรับรอง

แต่กระบวนการในการได้มาซึ่งใบรับรองเพศสภาพ (GRC) ค่อนข้างยุ่งยากและก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายสูง โดยผู้ที่ประสงค์จะได้รับใบรับรองเพศสภาพ จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่คณะกรรมการว่าตนเองนั้น มีลักษณะเข้าเกณฑ์ที่จะมีคุณสมบัติในการได้รับใบรับรองเพศใหม่ เช่น ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นผู้ป่วยโรค Gender dysphoria และได้ใช้ชีวิตในเพศที่จะยื่นขอรับรองมาแล้วอย่างน้อย 2 ปี และมีเจตนาที่จะใช้ชีวิตตามเพศที่จะยื่นขอรับรองไปตลอดชีวิต<sup>133</sup> และยังมีข้อจำกัดด้านอายุของผู้ขอใบรับรองที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้สิทธิแก่บุคคลข้ามเพศที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไป เท่านั้น ที่สามารถขอใบรับรองเพศสภาพ (GRC) ได้ จึงทำให้ในกรณีของการคุ้มครองสิทธิเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ นั้น เฉพาะแต่เยาวชนที่มีอายุ 18-20 ปี ที่เป็นบุคคลข้ามเพศและกระทำความผิดอาญาและได้รับโทษตามกฎหมายเยาวชน ซึ่งถูกควบคุมอยู่ใน Young Offender Institution<sup>134</sup> เท่านั้น ที่จะได้รับบริการรับรองตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบุคคลข้ามเพศจะได้รับใบรับรองเพศสภาพ (GRC) และมีสิทธิในเพศใหม่ตามกฎหมายทุกประการแล้ว แต่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา บุคคลนั้นก็ไม่สามารถที่จะได้รับสิทธิในเพศใหม่ของตนได้อย่างสมบูรณ์ จากกรณีคดี R. v Secretary of State for Justice, EWHC 2220 2009 All

---

<sup>131</sup> European Convention on Human Rights 1950 article 12 “Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

<sup>132</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรรถ 28) 73.

<sup>133</sup> เฟิงอ้าง 72.

<sup>134</sup> Youth Justice Legal Centre ‘A-Z legal terms for young people’ (Youth Justice Legal Centre) <<https://yjlc.uk/resources/z-legal-terms-young-people>> สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2567.

ER 28 (Sep) ปี 2009 ซึ่งโจทก์เป็นผู้ต้องขังหญิงข้ามเพศที่ยังไม่ได้แปลงเพศ แต่ได้ใบรับรองเพศสภาพใหม่ที่ระบุว่าตนเป็นเพศหญิงแล้ว มีความปกติทางเพศและมีหนังสือรับรองตามพระราชบัญญัติการรับรองเพศสภาพ ค.ศ. 2004 แล้ว โดยโจทก์ถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำชายและได้มีคำร้องขอต่อ Secretary of State ให้ย้ายตนไปเรือนจำหญิงและขอเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ แต่ Secretary of State ปฏิเสธมิให้โจทก์ย้ายไปคุมขังในเรือนจำหญิงถึงแม้จะได้รับใบรับรองเพศสภาพใหม่แล้วก็ตาม ดังนั้น โจทก์จึงยื่นฟ้องต่อศาล Administrative Court ขอให้ทบทวนคำตัดสินที่ Secretary of State ไม่ย้ายโจทก์ไปคุมขังในเรือนจำหญิงอันเป็นการทำให้โจทก์ไม่มีคุณสมบัติที่จะเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศได้

โดยศาล Administrative Court ในคดีนี้ได้วินิจฉัยโดยพิจารณาใน 2 ประเด็น ประเด็นแรกพิจารณาว่า กรณีนี้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า มาตรา 8 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและปกป้องสิทธิในการมีอิสระในการกำหนดตัวเองของมนุษย์ (human autonomy) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนทุกคน (human dignity) มิให้ถูกละเมิดได้ การที่รัฐแทรกแซงและขัดขวางความสามารถของโจทก์ในการเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ โดยการคุมขังโจทก์ในเรือนจำผู้ต้องขังชายต่อไป ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่โจทก์จะสามารถมีอิสระในการกำหนดร่างกายของตนเองและเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของโจทก์ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ต้องบังคับตามมาตรา 8 ดังกล่าวข้างต้น ประเด็นที่สอง พิจารณาว่า การจำกัดสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 8 ได้สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า การพิจารณาใดที่เกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดตัวเองและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นจะต้องใช้ปัจจัยที่มาจากแหล่งข้อมูลที่มีความชัดเจนและมีน้ำหนักเพียงพอ แต่ Secretary of State มิได้นำปัจจัยซึ่งเป็นหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญมาพิจารณาในการตัดสิน ทำให้โจทก์ต้องถูกขังในเรือนจำชายต่อไป ศาลเห็นว่า การพิจารณาของ Secretary of State ที่จำกัดสิทธิของโจทก์นั้นไม่ได้สัดส่วน กรณีจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิอันพึงมีของผู้ต้องขังตามนัยแห่งมาตรา 8 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป ปี 1950<sup>135</sup>

การที่อังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติการรับรองเพศสภาพขึ้น ในปี 2004 ประกอบกับคำพิพากษาในคดี R. v Secretary of State for Justice ในปี 2009 และการแก้ไขพระราชบัญญัติความเท่าเทียมปี ใน 2010 ล้วนแต่เป็นปัจจัยอันเป็นที่มาของการกำหนดนโยบายและกฎเกณฑ์ในการดูแลและบริหารจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศในสหราชอาณาจักร

(3) แนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ ปี 2019<sup>136</sup> ในปี 2019 กระทรวงยุติธรรม โดยหน่วยงาน Her Majesty's Prison and Probation Service (HMPPS) ได้ออกแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ (The Care and Management of Individuals who are Transgender) เพื่อให้หน่วยงานราชทัณฑ์ เช่น เรือนจำภาครัฐ เรือนจำเอกชน

<sup>135</sup> วรรณัย อ่อนทอง (เชิงอรรถ 28) 74-75.

<sup>136</sup> HM Prison and Probation Service Ministry of Justice, *The Care and Management of Individuals who are Transgender* (pdf, HM Prison and Probation Service Ministry of Justice 2019).

หน่วยงานบริการคุมประพฤติทั้งภาครัฐและเอกชน รวมถึงสถาบันสำหรับเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา (Young Offender Institution) นำไปปรับใช้และกำหนดมาตรการภายในของตนเองโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการจัดการความปลอดภัยและการสนับสนุนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่อยู่ภายในความดูแลของแนวปฏิบัติฉบับนี้ซึ่งได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) ไม่ว่าจะมิใช่รับรองเพศสภาพหรือไม่ก็ตาม ผู้ที่มีเพศกำกวม (Inter sex) บุคคลที่มีความรู้สึกว่าการเป็นตัวตนของตนเองนั้นไม่สามารถแสดงออกในรูปแบบของเพศตามปกติได้ (Gender-fluid) บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ใช่ทั้งผู้หญิงและผู้ชาย (Non-binary) และบุคคลซึ่งแต่งกายด้วยเครื่องแต่งกายที่ตามปกติแล้วเหมาะสมกับเพศตรงข้าม (cross dressers) รวมทั้งการจัดการความเสี่ยงที่มีต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและความเสี่ยงที่มาจากบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอง ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความเท่าเทียม ปี 2010 (Equality Act 2010) โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวได้กำหนดตัวชี้วัดในการดูแลและจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศที่สำคัญ ดังนี้

(3.1) บุคคลข้ามเพศทุกคนได้รับการจัดการอย่างปลอดภัยโดยได้รับการเคารพสิทธิอย่างเหมาะสมตามกฎหมาย

(3.2) ในการยืนยันเพศหรือวัยวุฒิเพศ ห้ามมิให้ใช้วิธีการตรวจค้นร่างกาย โดยควรขอเอกสารทางการแพทย์จากผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศมายืนยันหรือใช้เอกสารบันทึกการรักษาพยาบาลมายืนยันเพศแทน

(3.3) บุคคลข้ามเพศที่ได้ใบรับรองเพศสภาพแล้วมีสิทธิได้รับการจัดสรรไปยังสถานที่คุมขังตามเพศสภาพใหม่ที่ระบุใน GRC ส่วนผู้ที่ยังไม่มีใบรับรองเพศสภาพจะต้องถูกจัดสรรไปยังสถานที่คุมขังตามเพศกำเนิดแต่ก็ยังสามารถดำเนินการเพื่อขอรับรองเพศสภาพใหม่ตาม Gender Recognition Act 2004 ได้ โดยได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(3.4) บุคคลข้ามเพศได้รับการปฏิบัติด้วยความยุติธรรมและเหมาะสม โดยได้รับความเคารพและมีสิทธิตามที่กฎหมายระบุไว้

(3.5) เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศโดยปราศจากอคติและต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นด้วย

นอกจากนั้น แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้มีข้อกำหนดในการดูแลและจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ โดยมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ใน Young Offender Institution ดังนี้

(4) การดูแลและการจัดการในสถานที่คุมขัง

(4.1) ในกระบวนการแรกรับจะต้องดำเนินการด้วยความเคารพสิทธิและให้เกียรติบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศและต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลข้ามเพศนั้นและบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานที่ควบคุมนี้<sup>137</sup>

<sup>137</sup> เฝิงอ่าง 10.

(4.2) การได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกตามข้อตกลงโดยสมัครใจ<sup>138</sup>ซึ่งเป็นบันทึกที่สนับสนุนการพิจารณาความเป็นส่วนตัว คักดีศรี ความเป็นอยู่ที่ดี รวมถึงการตรวจค้นร่างกาย ในโอกาสแรกที่เข้ามาในสถานที่ควบคุมและแจ้งให้บุคคลนั้นทราบว่าจะมีคณะกรรมการที่เกี่ยวกับการดูแลบุคคลข้ามเพศเข้ามาดูแลภายใน 14 วัน<sup>139</sup>

(4.3) ในการจัดสรรผู้ต้องขัง บุคคลข้ามเพศที่ได้ใบรับรองเพศสภาพแล้วมีสิทธิได้รับการจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศสภาพใหม่ที่ระบุใน GRC ส่วนผู้ที่ยังไม่มีใบรับรองเพศสภาพจะต้องถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดแต่ก็ยังสามารถดำเนินการเพื่อขอรับรองเพศสภาพใหม่ตาม Gender Recognition Act 2004 ได้โดยได้รับการสนับสนุนจาก HMPPS ทั้งนี้ กระบวนการจัดสรรสถานที่ควบคุมให้แก่บุคคลข้ามเพศจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ Complex Case Board หรือ Head of Casework หรือ Band Senior Case Manager in the Youth Custody Service หรือ Community Interventions Deputy Director แล้วแต่กรณี<sup>140</sup>

(4.4) ปัจจัยที่คณะกรรมการจะต้องนำมาพิจารณาในการจัดสรรสถานที่ควบคุมของบุคคลข้ามเพศมีอยู่ 3 ประการ คือ (ก) ปัจจัยที่เป็นความเสี่ยงเกิดจากตัวบุคคลข้ามเพศ เช่น ความผิดปกติด้านสุขภาพจิต ความเสี่ยงในการฆ่าตัวตาย ความสัมพันธ์ในครอบครัว อายุ สุขภาพกาย เป็นต้น (ข) ปัจจัยด้านความปลอดภัยของบุคคลอื่นในสถานที่ควบคุม เช่น ประวัติการกระทำความผิดของบุคคลข้ามเพศ พฤติกรรมทั่วไปและทางเพศ การใช้ยาที่เกี่ยวข้องกับการแปลงเพศและยาทั่วไป การใช้สารเสพติด เป็นต้น (ค) ปัจจัยที่เป็นบุคลิกภาพส่วนบุคคล เช่น เพศกำเนิด เพศตามกฎหมายและอัตลักษณ์ทางเพศ ใบรับรองเพศสภาพ มุมมองที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการสถานที่ควบคุมและวิถีชีวิตของบุคคลนั้น<sup>141</sup> เป็นต้น

(4.5) บุคคลข้ามเพศที่เป็นเยาวชนซึ่งอยู่ใน Young Offender Institution ซึ่งมีความปรารถนาที่จะแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างจากเพศกำเนิดอย่างถาวรหรือผู้ที่มิได้รับรองเพศสภาพจะต้องได้รับการแจ้งว่าจะมีการประชุมของคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสำหรับกรณีของพวกเขา<sup>142</sup>

(4.6) การจัดการของ Youth Custody Services สำหรับเด็กและเยาวชนถูกกำหนดไว้ในคำแนะนำการปฏิบัติงานเฉพาะด้านบริการที่เกี่ยวข้อง<sup>143</sup>

#### (5) การสนับสนุนการแสดงออกทางเพศ

(5.1) เด็กและเยาวชนทุกคนที่ระบุว่าตนเป็นบุคคลข้ามเพศต้องได้รับอนุญาตให้แสดงออกตามเพศที่ระบุและจัดให้มีการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวข้อง<sup>144</sup>

<sup>138</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรรถ 28) 83.

<sup>139</sup> HM Prison and Probation Service Ministry of Justice (เชิงอรรถ 136) 10.

<sup>140</sup> เฟิงอ้าง 10-11.

<sup>141</sup> เฟิงอ้าง 13-14.

<sup>142</sup> เฟิงอ้าง 14.

<sup>143</sup> เฟิงอ้าง 16.



(5.2) การแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศต้องเป็นไปตามระเบียบการแต่งกายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งขึ้นอยู่กับความเหมาะสมและต้องคำนึงถึงความปลอดภัยโดยเสื้อผ้า ทรงผม อุปกรณ์ที่ส่งเสริมอัตลักษณ์ทางเพศต้องได้รับการประเมินความเสี่ยงด้านความปลอดภัย<sup>145</sup>

(5.3) บุคคลข้ามเพศต้องได้รับอนุญาตให้ใช้ชื่อที่เหมาะสมกับเพศหรือเป็นกลางทางเพศ และผู้อื่นต้องเรียกขานบุคคลดังกล่าวด้วยความเคารพอัตลักษณ์ทางเพศและให้สอดคล้องกับเพศที่ระบุหรือเรียกขานชื่อที่เป็นกลางทางเพศ<sup>146</sup>

(6) การดูแลสุขภาพ<sup>147</sup>

(6.1) หากเยาวชนได้มีการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศมาก่อนที่จะถูกควบคุมแม่ภายหลังจากการถูกควบคุมก็ควรจะมีการดำเนินการรักษาต่อไปจนกว่าผู้เชี่ยวชาญด้านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นจะมีวิธีการรักษาและการจัดการที่เหมาะสมในระหว่างที่ถูกควบคุม

(6.2) สถานที่ควบคุมต้องแน่ใจว่าบุคคลที่มีการรักษาเกี่ยวข้องกับการข้ามเพศนั้นสามารถเข้าถึงการรักษาที่มีมาตรฐานรวมถึงการให้คำปรึกษาและการบำบัดด้วยฮอร์โมนเช่นเดียวกับระบบประกันสุขภาพ(NHS)

(7) การตรวจค้นร่างกาย<sup>148</sup>

(7.1) การตรวจค้นร่างกายเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของสถานที่ควบคุมสำหรับเยาวชน เว้นแต่จะมีการตกลงไว้ในข้อตกลงโดยสมัครใจ

(7.2) การตรวจค้นร่างกายต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อยืนยันเพศกำเนิด

(7.3) การตรวจค้นร่างกายบุคคลข้ามเพศที่ไม่มีใบรับรองเพศสภาพควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศซึ่งมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นเป็นผู้ตรวจค้น

จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของสหราชอาณาจักรนั้น พบว่า กฎหมายและระเบียบวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสถานพินิจฯ นั้น ภายใต้พระราชบัญญัติเรือนจำฯ ได้แบ่งประเภทของสถานพินิจฯ ออกเป็น 3 ประเภท ดังที่ได้อธิบายข้างต้นโดยผู้วิจัยได้หยิบยก Young Offender Institution ซึ่งเป็นสถานพินิจฯ ที่มีจำนวนเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมมากที่สุดขึ้นมาทำการศึกษาศึกษา โดย YOI ได้กำหนดระเบียบวิธีปฏิบัติที่มุ่งเน้นไปที่การแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาให้กลับตนเป็นคนดีก่อนปล่อยคืนสู่สังคม โดยกำหนดให้เด็กและเยาวชนนั้นได้มีสิทธิต่าง ๆ อย่างเหมาะสมและเพียงพอขณะถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ

<sup>144</sup> เฟิงอ้าง 18.

<sup>145</sup> เฟิงอ้าง 18.

<sup>146</sup> เฟิงอ้าง 19.

<sup>147</sup> เฟิงอ้าง 23.

<sup>148</sup> เฟิงอ้าง 24.



และเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนนั้นโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งมีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ นั้น พบว่า สหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศให้มีความเท่าเทียมกับเพศชายและหญิง โดยรัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวและได้ออกกฎหมายขึ้นมารับรองเพศสภาพของบุคคลข้ามเพศให้มีสถานะตามกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดอยู่บางประการ โดยกฎหมายรับรองเพศสภาพนั้นให้สิทธิเฉพาะบุคคลข้ามเพศที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปเท่านั้น จึงทำให้เด็กเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศซึ่งกำหนดแนวทางให้หน่วยงานราชทัณฑ์ต้องปฏิบัติต่อผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและเคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น ตั้งแต่กระบวนการเรียกร้องปล่อยกลับสู่สังคมและสนับสนุนการแสดงออกตามอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุม แต่แนวปฏิบัติดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดในการคุ้มครองสิทธิบางประการโดยแนวปฏิบัติดังกล่าวให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิผู้ที่มีใบรับรองเพศสภาพ ส่วนผู้ที่ไม่มียืนยันใบรับรองเพศสภาพเบื้องต้นในกระบวนการจำแนกผู้ถูกควบคุมอาจจะต้องถูกจำแนกตามเพศกำเนิดก่อนซึ่งทำให้ผู้นั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในส่วนนี้ แต่ในส่วนอื่น ๆ ยังคงได้รับการคุ้มครองสิทธิเช่นเดิม

### 3.3 เปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนระหว่างประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรกับประเทศไทย

ประเด็นแรก การจำแนกเพศของผู้ถูกควบคุม จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ได้มีการกำหนดให้การจำแนกเพศต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศด้วยซึ่งอยู่ในกฎหมาย Children and Young People Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในมณฑลนครหลวง โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ในกระบวนการแรกรับเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศหรือผู้ที่มีเพศกำกวม เมื่อเข้ามายังสถานพินิจฯ จะต้องระบุอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันของตนให้แก่เจ้าหน้าที่ทราบ หากเป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวยังไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ทางเพศของตนได้ กล่าวคือ ยังไม่ทราบแน่ชัดว่าตนเป็นเพศอะไร เจ้าหน้าที่อาจเป็นผู้ระบุเพศเอง โดยพิจารณาจากรายงานของแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุม และคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศในขณะนั้นของผู้ถูกควบคุม นอกจากนี้แล้ว ในบางรัฐของออสเตรียยังได้มีแนวทางปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับการระบุอัตลักษณ์ทางเพศเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นแนวทางให้สถานพินิจฯ ได้ปฏิบัติตาม เช่น แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสำหรับศูนย์ควบคุมเยาวชน (Standards for youth detention places) ของมณฑลนครหลวง ได้กำหนดให้ในกระบวนการแรกรับเจ้าหน้าที่จะต้องมีการสอบถามเด็กและเยาวชนถึงอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันของบุคคลนั้น โดยต้องใช้ความ

ระมัดระวังในการสอบถามข้อมูลนั้น และแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานการตรวจสอบสำหรับศูนย์ควบคุมเยาวชนแห่งรัฐควีนส์แลนด์ (Inspection standards for Queensland youth detention centres) ซึ่งกำหนดว่าจะต้องมีการบันทึกอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ ปี 2019 (The Care and Management of Individuals who are Transgender) ซึ่งออกโดยกระทรวงยุติธรรม ระบุว่าในกระบวนการแรกจะต้องดำเนินการด้วยความเคารพสิทธิและให้เกียรติบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศและต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของบุคคลข้ามเพศนั้น เท่ากับว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้สถานพินิจฯ ได้มีการยอมรับอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งอาจไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้ โดยพิจารณาจากใบรับรองเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่ผู้นั้นได้แสดงออกมา จึงเป็นเหตุให้สถานพินิจฯ ต้องไม่จำแนกเพศตามเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

จากกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกเพศในต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวไปเข้าสู่การประเมินและพิจารณากำหนดแนวทางการปฏิบัติที่มีความเหมาะสมกับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศขณะถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ ต่อไป เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่า ในการดำเนินการจำแนกเพศผู้ถูกควบคุมของสถานพินิจฯ ไม่ได้นำหลักเกณฑ์อัตลักษณ์ทางเพศมาพิจารณาร่วมกับเพศกำเนิด ยังคงใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดเพียงอย่างเดียวในการจำแนกเพศของผู้ถูกควบคุม ทำให้ผู้ถูกควบคุมที่มีความหลากหลายทางเพศยังคงต้องถูกจำแนกเพศตามเพศกำเนิด ซึ่งแตกต่างจากออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรที่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกควบคุมได้ระบุอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งไม่ตรงกับเพศกำเนิดให้เจ้าหน้าที่ทราบได้

ประเด็นที่สอง การละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกาย จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ได้มีการบัญญัติขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ในกฎหมาย Children and Young People Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในมณฑลนครหลวง โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การดำเนินการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศหรือมีเพศกำกวมนั้น ผู้ถูกตรวจค้นสามารถแสดงความประสงค์ได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกายซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจค้นมีส่วนร่วมในการเลือกเพศผู้ตรวจค้น นอกจากนี้ในมณฑลนครหลวง รัฐทัสเมเนียและรัฐควีนส์แลนด์ ได้กำหนดให้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยกำหนดให้การตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศหรือมีเพศกำกวมนั้น ผู้ถูกตรวจค้นดังกล่าวสามารถแสดงความประสงค์ได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย การตรวจค้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการฝึกอบรมรวมถึงต้องมีความรู้เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วยและการตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ได้สัดส่วนและเคารพศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดของผู้ถูกตรวจค้น ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศถูก

กำหนดเอาไว้ในแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ ปี 2019 (The Care and Management of Individuals who are Transgender) โดยระบุว่า การตรวจค้นร่างกายบุคคลข้ามเพศที่ไม่มีใบรับรองเพศสภาพควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศซึ่งมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นเป็นผู้ตรวจค้น กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ยาวชนซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ แต่ยังไม่ได้รับใบรับรองเพศสภาพ (GRC) การตรวจค้นร่างกายบุคคลดังกล่าวควรให้เจ้าหน้าที่ที่มีเพศซึ่งมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นเป็นผู้ตรวจค้น แต่หากบุคคลที่มีใบรับรองเพศสภาพแล้วการตรวจค้นร่างกายจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศตรงกับเพศสภาพที่กฎหมายรับรอง ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกตรวจค้นดังกล่าวโดยมิได้พิจารณาจากเพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียวและในระเบียบสถาบันสำหรับเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา ปี 2000 (The Young Offender Institutions Rules 2000) ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจค้นร่างกายยังได้กำหนดว่าการตรวจค้นจะต้องกระทำด้วยความสุภาพและมีจุดประสงค์เพื่อค้นหาสิ่งของต้องห้ามหรือสิ่งผิดกฎหมายเท่านั้น โดยในการตรวจค้นนั้น ห้ามมิให้ใช้วิธีการตรวจค้นโดยการเปลี่ยนผ้าและห้ามมิให้ตรวจค้นต่อหน้าผู้ถูกควบคุมคนอื่นหรือต่อหน้าบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ถูกตรวจค้น

จากกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นร่างกายของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศที่ได้กล่าวมานั้นแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศโดยไม่ได้คำนึงถึงเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว เช่น การกำหนดให้ผู้ถูกตรวจค้นมีส่วนร่วมในการเลือกเพศผู้ตรวจค้น การกำหนดให้เพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้นและการตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่า ไม่ได้มีการนำหลักเกณฑ์อัตลักษณ์ทางเพศมากำหนดเพศผู้ตรวจค้น โดยระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับฯ กำหนดให้การตรวจค้นเด็กหรือเยาวชนหญิงต้องให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงเป็นผู้ตรวจค้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดเพศผู้ตรวจค้นโดยให้หลักเกณฑ์เพศกำเนิด กล่าวคือ เจ้าหน้าที่เพศชายตรวจเด็กหรือเยาวชนชาย เจ้าหน้าที่เพศหญิงตรวจเด็กหรือเยาวชนหญิง จึงทำให้เด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศต้องถูกตรวจค้นตามเพศกำเนิดเช่นกัน ซึ่งแตกต่างจากออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรที่นำหลักเกณฑ์อัตลักษณ์ทางเพศและเพศกำเนิดมาพิจารณากำหนดเพศผู้ตรวจค้นซึ่งทำให้เพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้นมีความสอดคล้องกันและยังให้สิทธิแก่ผู้ถูกตรวจค้นในการกำหนดเพศผู้ตรวจค้น

ประเด็นที่สาม การจัดสถานที่ควบคุม จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจฯ คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือ Sex Discrimination Act 1984 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติกับบุคคลโดยมีพื้นฐานจากความแตกต่างทางเพศและจัดการคุกคามทางเพศในสถานที่ต่างๆ ซึ่งหมายความรวมถึงสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนด้วย นอกจากนั้นแล้ว ในมณฑลนครหลวงและรัฐควีนส์แลนด์ ได้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสถานที่ควบคุมสำหรับผู้ที่มี

ความหลากหลายทางเพศ โดยกำหนดให้การจัดที่อยู่อาศัยในสถานที่ควบคุมสำหรับเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำเนิดถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมซึ่งได้ระบุไว้ในตอนแรกรับด้วยและในการกำหนดที่อยู่อาศัยได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกควบคุม ผู้ปกครองและเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนร่วมในการกำหนดที่อยู่อาศัยให้แก่ผู้ถูกควบคุมโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีเป็นสิ่งสำคัญ ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ได้มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ (The Care and Management of Individuals who are Transgender) ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสถานที่ควบคุมได้ให้ความสำคัญกับบุคคลข้ามเพศที่มีใบรับรองเพศสภาพ (GRC) โดยบุคคลดังกล่าวจะถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศสภาพใหม่ที่ระบุในใบรับรองเพศสภาพ ส่วนบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ได้ใบรับรองเพศสภาพจะต้องถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดก่อน แต่แนวปฏิบัติฉบับนี้ก็เปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวดำเนินการเพื่อขอรับรองเพศสภาพใหม่ตาม Gender Recognition Act 2004 ได้และหลังจากได้ใบรับรองเพศสภาพแล้วก็สามารถดำเนินการขอย้ายไปยังสถานที่ควบคุมที่เหมาะสมกับเพศสภาพตามใบรับรองได้ ทั้งนี้กระบวนการจัดสรรดังกล่าวจะต้องผ่านการประเมินจากคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง โดยการพิจารณาการจัดสรรสถานที่ควบคุมจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุมและบุคคลอื่น ๆ รวมทั้งอัตลักษณ์ทางเพศด้วย

จากกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดสถานที่ควบคุมของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า ได้มีการนำอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจัดสถานที่ควบคุม โดยมีได้คำนึงถึงเกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียวและในขั้นตอนการพิจารณาจัดสรรนั้นยังเปิดโอกาสให้ผู้ถูกควบคุมเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดสรรหรือเลือกสถานที่ควบคุมได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สถานที่ควบคุมและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมมีความสอดคล้องกันและก่อให้เกิดความปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจแก่ผู้ถูกควบคุม เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่า การจัดสถานที่ควบคุมภายในสถานพินิจ นั้น ได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 และระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับฯ โดยกำหนดให้สถานพินิจต้องแยกเด็กหรือเยาวชนเพศหญิงและเพศชายให้มที่อยู่ต่างหากจากกันซึ่งเป็นการจัดสถานที่ควบคุมโดยพิจารณาจากเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว ทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศต้องถูกจัดให้อยู่ในสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดของตน ซึ่งแตกต่างจากออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรที่มีได้จัดสถานที่ควบคุมโดยพิจารณาจากเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว แต่นำหลักเกณฑ์เรื่องอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมมาพิจารณาร่วมด้วย

ประเด็นที่สี่ การเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ จากการศึกษากฎหมายและแนวทางปฏิบัติของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ในรัฐทัสเมเนียและรัฐควีนส์แลนด์ ได้มีแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงการรักษาทางการแพทย์และบริการสุขภาพสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยได้กำหนดให้เยาวชนที่ถูกควบคุมควรได้รับบริการด้านสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เหมาะสมและได้มาตรฐานเทียบเท่ากับศูนย์บริการสุขภาพของชุมชน ไม่ว่าจะเป็นบริการด้านการแพทย์ ยา และสุขภาพทางเพศ โดยการบริการ

ดังกล่าวต้องตอบสนองต่อความต้องการของเยาวชนในแต่ละคนและการดูแลสุขภาพต้องสนับสนุนอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นด้วย ในส่วนของสหราชอาณาจักร พบว่า ได้มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแลและการจัดการบุคคลที่เป็นบุคคลข้ามเพศ (The Care and Management of Individuals who are Transgender) โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์และบริการสุขภาพนั้นได้กำหนดให้เยาวชนซึ่งได้มีการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศมาก่อนที่จะถูกควบคุมและภายหลังจากการถูกควบคุมก็ควรจะมีการดำเนินการรักษา นั้นต่อไป โดยการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศ การให้คำปรึกษา รวมถึงการบำบัดด้วยฮอร์โมนภายในสถานี่ควบคุมนั้นต้องมีมาตรฐานในระดับเดียวกับระบบประกันสุขภาพ

จากกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงการรักษาทางการแพทย์และบริการสุขภาพของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่าผู้ถูกควบคุมสามารถเข้าถึงบริการสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศซึ่งเป็นส่วนที่นอกเหนือจากการรักษาอาการเจ็บป่วยและความผิดปกติของร่างกายได้เป็นการให้สิทธิในการเข้าถึงบริการสุขภาพที่ค่อนข้างเปิดกว้าง นอกจากนั้นแล้ว ในสหราชอาณาจักรยังได้กำหนดให้ผู้ถูกควบคุมมีสิทธิที่จะเข้าถึงการบำบัดด้วยฮอร์โมนเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับ การเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดของสถานพินิจในประเทศไทย พบว่า ไม่ได้มีการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงฮอร์โมนดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง กำหนดไว้แค่เพียงให้เด็กหรือเยาวชนได้รับการรักษาอาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของสภาพร่างกาย ซึ่งจะเป็นปัญหาในการตีความว่าการใช้ฮอร์โมนบำบัดเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาอาการเจ็บป่วยหรือไม่ ทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศอาจไม่ได้รับฮอร์โมนดังกล่าวได้ เมื่อเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักรที่กำหนดเอาไว้ชัดเจนให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถได้รับฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้ขณะถูกควบคุมจึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความประเด็นดังกล่าว

จากการเปรียบเทียบดังที่ได้อธิบายมาในข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถนำแนวทางปฏิบัติสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร มาปรับใช้กับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของประเทศไทยได้ไม่ว่าจะเป็นการจำแนกเพศของผู้ถูกควบคุม การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุมและการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ เพื่อให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการคุ้มครองสิทธิที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศมากยิ่งขึ้น

ตารางที่ 3.1 แสดงการเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรกับประเทศไทย

การคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ	ออสเตรเลีย	สหราชอาณาจักร	ไทย
1.การจำแนกเพศ	- ในกระบวนการแรกรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศต้องระบุอัตลักษณ์ทางเพศให้เจ้าหน้าที่ทราบเพื่อบันทึกไว้เป็นข้อมูล (Children and Young People Act 2008 Article 189)	- ผู้ถูกควบคุมสามารถระบุถึงอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้เจ้าหน้าที่ทราบได้ (The Care and Management of Individuals who are Transgender	- จำแนกเพศตามเพศกำเนิด (พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ พ.ศ.2553 มาตรา 44(1)) - ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ถูกควบคุมระบุอัตลักษณ์ทางเพศ
2.การตรวจค้นร่างกาย	- ผู้ถูกตรวจค้นสามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะทำการตรวจค้นตนเองได้ - การตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและด้วยความสุภาพ (Children and Young People Act 2008 Article 250)	- ให้เป็นไปตามคำแนะนำของสถานที่ควบคุมหรือข้อตกลงโดยสมัครใจ - ต้องคำนึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้น (The Care and Management of Individuals who are Transgender 2019 Article 4.102-4.104)	- ใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดในการระบุผู้ตรวจค้นเพียงอย่างเดียว (ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับฯ พ.ศ.2547 ข้อ 14)



ตารางที่ 3.1 ต่อ

การคุ้มครองสิทธิเด็ก และเยาวชนที่มี ความหลากหลายทาง เพศในสถานพินิจฯ	ออสเตรเลีย	สหราชอาณาจักร	ไทย
3.การจัดสถานที่ ควบคุม	<p>- ต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุม (Standards for youth detention places Article 74.5)</p> <p>- ผู้ถูกควบคุมมีส่วนร่วมในการเลือกสถานที่ควบคุม (Inspection standards for Queensland youth detention centres Article 91 and 100)</p>	<p>- ผู้ที่มีใบรับรองเพศสภาพจะถูกจัดให้อยู่ในสถานที่ควบคุมที่ตรงกับเพศในใบรับรองเพศสภาพ</p> <p>- ผู้ที่ไม่มีใบรับรองเพศสภาพจะถูกจัดให้อยู่ในสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิด โดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศ (The Care and Management of Individuals who are Transgender 2019 Article 4.8 and 4.27)</p>	<p>- กำหนดให้แยกเด็กหรือเยาวชนเพศหญิงและเพศชายให้มียุทธศาสตร์ต่างหากจากกัน (แยกตามเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียวระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับฯ พ.ศ.2547 ข้อ 6)</p>
4.การเข้าถึงฮอโรโมน บำบัด เพื่อการข้ามเพศ	<p>- ได้รับบริการสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เหมาะสมและตอบสนองต่อความต้องการของผู้ถูกควบคุมและต้องไม่มีการปฏิเสธการรักษาด้วยเหตุผลด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (Inspection Standards for young people in detention Tasmania Article 50)</p>	<p>- ผู้ถูกควบคุมสามารถใช้ฮอโรโมนบำบัดได้ในขณะที่ถูกควบคุม (The Care and Management of Individuals who are Transgender 2019 Article 4.93 and 4.94)</p>	<p>- ได้รับการรักษาอาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของร่างกาย (ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับฯ พ.ศ.2547 ข้อ 18)</p> <p>- ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ถูกควบคุมได้รับฮอโรโมนฯ อย่างชัดเจน</p>



จากตารางที่ 3.1 จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่การจำแนกเพศที่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศ การตรวจค้นร่างกายที่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและให้สิทธิผู้ถูกตรวจค้นเลือกเพศผู้ตรวจค้นได้ การจัดสถานที่ควบคุมที่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุมและการเข้าถึงฮอรัโมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศที่สหราชอาณาจักรได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมในสถานพินิจฯ ด้านต่าง ๆ เช่น การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม หรือการเข้าถึงบริการสุขภาพ ยังคงใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ มีการคุ้มครองสิทธิที่ตอบสนองแต่เฉพาะบุคคลที่เป็นเพศหญิงและเพศชายส่งผลให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน

ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยแบ่งการวิเคราะห์ปัญหา ดังนี้ ปัญหาการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชน ปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกายของเด็กและเยาวชน ปัญหาการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนและปัญหาการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ เพื่อนำกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศรวมทั้งหลักการสากลมาปรับใช้กับกฎหมายไทยและมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชน

การจำแนกเพศถือเป็นประเด็นแรกในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศก่อนที่จะถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยการจำแนกเพศควรต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ซึ่งหมายถึง ความรู้สึกภายในจิตใจที่นิยามว่าตนเองเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายหรืออื่นๆ รวมทั้งการแสดงออกทางเพศภาวะ เช่น การแต่งกาย การพูดจา และกิริยาอื่น ๆ<sup>149</sup> เนื่องจากหากสถานพินิจฯ มีกระบวนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่กระบวนการแรกรับจะทำให้สถานพินิจฯ สามารถกำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการจัดสถานที่ควบคุม การตรวจค้นร่างกาย หรือการให้ผู้ถูกควบคุมได้รับฮอร์โมนบำบัดและเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศระหว่างที่ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ ได้อีกด้วย แต่หากสถานพินิจฯ ไม่ได้กำหนดแนวทางการระบุอัตลักษณ์ทางเพศเอาไว้ อาจจะทำให้เด็กและเยาวชนดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศและมีโอกาสที่จะถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งอาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่เด็กและเยาวชนนั้นในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจฯ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยให้การรับรองสถานะทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลเพศหญิงและเพศชายเท่านั้นซึ่งเป็นการจำแนกเพศตามเพศกำเนิด จึงเป็นเหตุให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นจะได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิตามเพศกำเนิดเท่านั้น ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันของเด็กและเยาวชนแต่ละคน อีกทั้งกฎหมายยังไม่ได้กำหนดแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้อย่างชัดเจน

<sup>149</sup> ธรรมนูญ อ่อนทอง (เชิงอรธ 28) 4.

จากการที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลโดยยึดเอาเพศกำเนิดเป็นหลักนั้น ทำให้การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ นั้น ต้องยึดเอาเพศกำเนิดของบุคคลที่จะถูกควบคุมเป็นเกณฑ์ในการจำแนก โดยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจฯ<sup>150</sup> เอาไว้ดังนี้

1. แยกเด็กหรือเยาวชนหญิงและชายให้มีที่อยู่ต่างหากจากกัน
2. แยกเด็กหรือเยาวชนตามอายุ พฤติการณ์ และความร้ายแรงของการกระทำความผิด
3. แยกเด็กหรือเยาวชนซึ่งมีลักษณะที่อาจเป็นภัยต่อเด็กหรือเยาวชนอื่นไว้ต่างหาก

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ทำให้สถานพินิจฯ จะต้องพิจารณาจำแนกเพศจากเพศกำเนิดเท่านั้น จึงส่งผลให้เด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชาย แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดไม่ว่าจะผ่านการแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตามจะถูกส่งตัวไปควบคุมยังสถานพินิจฯ สำหรับเด็กและเยาวชนเพศชาย ส่วนเด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิง แต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดไม่ว่าจะผ่านการแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตามจะถูกส่งตัวไปควบคุมยังสถานพินิจฯ สำหรับเด็กและเยาวชนเพศหญิง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหลักเกณฑ์การจำแนกเพศจากเพศกำเนิดดังกล่าวนี้ ไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบันซึ่งจะส่งผลเสียต่อการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะส่งผลดี

นอกจากนั้น ในการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติเพื่อรายงานต่อศาลหรือประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่นั้นพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องสืบเสาะและพินิจถึงอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กและเยาวชนนั้นด้วย ทำให้เกิดปัญหาว่าหากผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งพนักงานคุมประพฤติจะต้องทำการสืบเสาะและพินิจนั้น ก็อาจจะไม่สืบเสาะและพินิจถึงประเด็นอัตลักษณ์ทางเพศและพิจารณาระบุเพศของผู้นั้นตามเพศกำเนิด ซึ่งจะส่งผลเสียต่อเด็กและเยาวชนนั้นหากจะต้องถูกตัดสินให้ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ

เมื่อพิจารณาปัญหาการจำแนกเพศดังกล่าวประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักการสากลแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ถือว่าอัตลักษณ์ทางเพศคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่ง แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาจากเพศกำเนิดเท่านั้น โดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศแต่อย่างใด จึงเป็นการลดทอนคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยายและเป็นการไม่สอดคล้องกับความเสมอภาคของบุคคลและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากหลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มุ่งคุ้มครองบุคคลทุกคนโดยไม่เลือกเพศซึ่งการตีความคำว่า “เพศ” นั้น ไม่ได้จำกัดแค่เพศหญิงหรือชายตามเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงเพศอื่น ๆ ด้วย แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาบุคคลจากเพศกำเนิดจึงทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในบางประการส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงและชายกับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ในส่วนของหลักการสากล เช่น ปฎิญญาสากล ข้อกำหนดแมนเดลา หรืออนุสัญญา

<sup>150</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 44.

สิทธิเด็คนั้น มีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญในการมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขจัดการเลือกปฏิบัติและสร้างความเท่าเทียมให้แก่บุคคลทุกคนโดยไม่เลือกเพศ โดยหลักเกณฑ์การจำแนกเพศดังกล่าวก็ยังไม่สอดคล้องกับหลักการสากล เนื่องจากให้ความสำคัญกับการระบุเพศโดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิดเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันดังที่กล่าวไว้ในข้างต้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่าทั้งสองประเทศมิได้จำแนกเพศของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมโดยยึดหลักเกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว หากกรณีผู้ถูกควบคุมเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทางสถานที่ควบคุมจะพิจารณาจำแนกเพศของบุคคลดังกล่าวโดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศร่วมกับเพศกำเนิดด้วย กล่าวคือ ให้ผู้ถูกควบคุมได้แจ้งอัตลักษณ์ทางเพศของตนให้แก่เจ้าหน้าที่ทราบในขั้นตอนการแรกรับตัว ประกอบกับเจ้าหน้าที่จะพิจารณาลักษณะทางกายภาพของผู้ถูกควบคุมด้วยจึงทำให้ผู้ถูกควบคุมได้รับการคุ้มครองสิทธิในสถานที่ควบคุมอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศมากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ การที่สถานพินิจฯ ในประเทศไทยใช้หลักเกณฑ์การจำแนกเพศตามเพศกำเนิดเพียงอย่างเดียว นั้น ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ จำเป็นจะต้องมีกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดแนวทางการจำแนกเพศของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากการระบุตามเพศกำเนิด โดยผู้วิจัยเห็นควรให้พิจารณาอัตลักษณ์ทางเพศร่วมกับเพศกำเนิดด้วยในขั้นตอนของการสืบเสาะและพินิจ กล่าวคือ ให้พนักงานคุมประพฤติจะต้องดำเนินการสืบเสาะและพินิจถึงอัตลักษณ์ทางเพศของเด็กหรือเยาวชนนั้นด้วยและในขั้นตอนการจัดทำข้อมูลการรับตัวเจ้าพนักงานพินิจจะต้องให้ผู้ถูกควบคุมที่มีความหลากหลายทางเพศได้รายงานอัตลักษณ์ทางเพศและเพศวิถีด้วยว่าตนเองนิยามเพศของตัวเองเอาไว้อย่างไร และมีความสนใจหรือสนใจกับบุคคลเพศชายหรือเพศหญิงหรืออื่น ๆ โดยเจ้าพนักงานพินิจต้องพิจารณาข้อมูลดังกล่าวร่วมกับลักษณะทางกายภาพของผู้ถูกควบคุมประกอบกับรายงานการสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบเสาะและพินิจถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุม ทั้งนี้ เพื่อให้สถานพินิจฯ ได้มีข้อมูลในการประเมินและพิจารณากำหนดแนวทางการปฏิบัติที่มีความเหมาะสมกับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศขณะถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ เช่น การตรวจค้นร่างกายและการจัดสถานที่ควบคุม เป็นต้น และทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ มีประสิทธิภาพและมีความเสมอภาคมากยิ่งขึ้น

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชน

การตรวจค้นเด็กและเยาวชนจะเริ่มดำเนินการเมื่อแรกรับตัวหรือในทุก ๆ ครั้งที่มีการเข้า - ออกจากสถานแรกรับ โดยมีจุดประสงค์เพื่อตรวจหาอาวุธ สิ่งผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่ไม่ควรจะเป็นของต้องห้ามในสถานพินิจฯ เพื่อป้องกันเหตุร้ายที่อาจเกิดกับเด็กและเยาวชนผู้อื่นหรือผู้ถูกตรวจคนนั้นเองและเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการควบคุมดูแลภายในสถานแรกรับ โดยการตรวจค้นในแต่ละครั้งนั้นปฏิเสธไม่ได้ว่า

เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นจะต้องมีการสัมผัสส่วนต่างๆของร่างกายผู้ถูกตรวจค้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อให้การตรวจค้นนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ ปัจจุบันในการตรวจค้นเด็กและเยาวชนเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้นและเป็นการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศรวมทั้งเพื่อเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นและผู้ถูกตรวจค้นจะต้องเป็นเพศเดียวกัน กล่าวคือ เจ้าหน้าที่เพศชายจะเป็นผู้ตรวจค้นเด็กและเยาวชนเพศชาย ส่วนเจ้าหน้าที่หญิงจะเป็นผู้ตรวจค้นเด็กและเยาวชนเพศหญิง ซึ่งการจำแนกเพศในการตรวจค้นเป็นการจำแนกตามเพศกำเนิดเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาในการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ เนื่องจากเด็กและเยาวชนกลุ่มนี้มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด การกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นและวิธีการตรวจค้นจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากลำบาก เพราะไม่สามารถนำเพศกำเนิดของผู้ตรวจค้นเพียงอย่างเดียวมาพิจารณากำหนดตัวผู้ตรวจค้นได้และเป็นการเฝ้าระวังต่อความรู้สึกของผู้ถูกตรวจค้น ดังนั้น ในการกำหนดตัวผู้ตรวจค้นและวิธีการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งต้องอยู่บนพื้นฐานความยินยอมของผู้ตรวจค้นและผู้ถูกตรวจค้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจค้นเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ นั้น ได้มีการกำหนดหลักการตรวจค้นดังกล่าวเอาไว้ในระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 14 ซึ่งกำหนดให้เมื่อแรกรับตัวเด็กหรือเยาวชนจะต้องทำการตรวจค้นตัวในสถานที่ที่จัดไว้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นต้องกระทำโดยสุภาพ และการตรวจค้นเด็กหรือเยาวชนหญิงต้องให้เจ้าหน้าที่หญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น จะเห็นได้ว่าการกำหนดตัวผู้ตรวจค้นเป็นการกำหนดโดยใช้เพศกำเนิดของผู้ถูกตรวจค้นเป็นเกณฑ์ โดยระเบียบดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องถูกตรวจค้นโดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ในการถูกตรวจค้น กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศชาย ส่วนเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิงแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะต้องถูกตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่หญิงซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าในบางกรณีเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นอาจจะมีความไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้น นอกจากนั้นการตรวจค้นโดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ยังส่งผลเสียต่อผู้ถูกตรวจค้น กล่าวคือ สร้างความไม่ปลอดภัยให้กับผู้ถูกตรวจค้นทั้งด้านร่างกายและจิตใจ โดยอาจเกิดโอกาสในการถูกล่วงละเมิดทางเพศระหว่างการตรวจค้นและทำให้ผู้ถูกตรวจค้นเกิดความหวาดกลัวต่อเจ้าหน้าที่และไม่ว่างใจการดำเนินการของสถานพินิจฯ รวมถึงอาจทำให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนนั้นไม่บรรลุวัตถุประสงค์

เมื่อพิจารณาปัญหาการละเมิดสิทธิในการตรวจค้นร่างกายดังกล่าวประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักการสากลแล้ว จะเห็นได้ว่า ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดการดำเนินการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิดของผู้ถูกตรวจค้นในการกำหนดเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นนั้น เป็นการดำเนินการที่ลดทอนคุณค่าและไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และ

ยังละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งเขามีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกาย แต่วิธีการตรวจค้นดังกล่าวกลับสร้างความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกตรวจค้นและยังเป็นการสร้างความไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1 ในส่วนของหลักการสากลได้มีการกล่าวถึงการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนเอาไว้ในข้อกำหนดแมนเดลา (Mandela Rules) ข้อที่ 50-53 ซึ่งกำหนดให้ขั้นตอนการตรวจค้นจะต้องถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนและการค้นจะต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีและความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องขัง เมื่อพิจารณาถึงระเบียบกรมพินิจ ข้อ 14 แล้ว การตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงระเบียบดังกล่าวประกอบกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่บัญญัติเอาไว้ในอนุสัญญาสิทธิเด็ก เห็นว่าหลักในการตรวจค้นดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของเด็กที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นสำคัญ เนื่องจากหลักในการตรวจค้นที่ได้คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศนั้นสร้างความไม่ปลอดภัยให้แก่ผู้ถูกตรวจค้นมากกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกตรวจค้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่า ในออสเตรเลียได้กำหนดให้บุคคลข้ามเพศหรือบุคคลที่มีเพศกำกวมซึ่งต้องถูกตรวจค้นร่างกายสามารถแสดงความประสงค์ต่อเจ้าหน้าที่ได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นตนเองและการตรวจค้นต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการฝึกอบรมเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้มีความหลากหลายทางเพศและการตรวจค้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ได้สัดส่วนและเคารพศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดของผู้ถูกตรวจค้น ในส่วนของสหราชอาณาจักรระบุว่า การตรวจค้นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศนั้น เพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นจะต้องมีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกตรวจค้น เพื่อให้การตรวจค้นนั้นมีความปลอดภัยและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกตรวจค้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุ้มครองสิทธิในร่างกายของผู้ถูกตรวจค้นให้มีความปลอดภัยและมีความมั่นใจในกระบวนการของสถานพินิจมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการตรวจค้นเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจของประเทศไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้มีความเหมาะสมอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งผู้วิจัยเห็นควรให้นำแนวทางปฏิบัติของออสเตรเลียมาปรับใช้กับการดำเนินการตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดไม่ว่าผู้นั้นจะผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งข้อมูลของผู้ถูกตรวจค้นในส่วนนี้เจ้าหน้าที่จะได้รับจากรายงานสืบเสาะและพินิจประกอบการสอบถามเพื่อจัดทำข้อมูลแรกรับตัวอยู่แล้ว โดยสถานพินิจฯ จะต้องดำเนินการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจค้นที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถแสดงความประสงค์ต่อเจ้าหน้าที่ของสถานพินิจได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ตรวจค้นตนเอง โดยการแสดงความประสงค์ระบุเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นนั้น เจ้าพนักงานพินิจจะต้องแจ้งสิทธิในการระบุเพศของผู้ตรวจค้นให้ผู้ถูกตรวจค้นนั้นทราบ ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำข้อมูลการรับตัวตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ. 2561 หลังจากที่ผู้ถูกตรวจค้นได้ทำการระบุเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นเอาไว้แล้ว การตรวจ



ค้นบุคคลดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนแรกรับตัวหรือทุก ๆ ครั้งที่มีการเข้า – ออก จากสถานแรกรับจะต้องให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีเพศตามที่ถูกตรวจค้นระบุเอาไว้ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำข้อมูลการรับตัวเป็นผู้ตรวจค้น เท่านั้น ทั้งนี้ การตรวจค้นจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้นเป็นสำคัญด้วย

### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชน

หลังจากที่เด็กและเยาวชนผู้ถูกควบคุมได้ผ่านกระบวนการแรกรับเพื่อจัดทำทะเบียนประวัติผู้ถูกควบคุมและผ่านขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือกระบวนการจัดสรรผู้ถูกควบคุมดังกล่าวไปยังสถานที่ควบคุมต่าง ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากการจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนในหัวข้อ 4.1 ที่ใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการจำแนกเพศของผู้ถูกควบคุม จึงส่งผลให้ในกระบวนการจัดสรรผู้ถูกควบคุมเพื่อไปยังสถานที่ควบคุมต่าง ๆ ต้องใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการจัดสรรผู้ถูกควบคุมนั้นด้วย โดยสถานพินิจจะต้องดำเนินการแยกผู้ถูกควบคุมเพศหญิงและเพศชายออกจากกันและส่งตัวบุคคลนั้นไปยังสถานที่ควบคุมสำหรับเพศหญิงหรือสถานที่ควบคุมสำหรับเพศชายแล้วแต่กรณี แต่สำหรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดนั้น การพิจารณาจัดสรรเด็กและเยาวชนดังกล่าวไปยังสถานที่ควบคุมโดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ เนื่องจากกลุ่มบุคคลดังกล่าวอาจเสี่ยงต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ถูกทำร้ายร่างกายหรือถูกเหยียดหยามกลั่นแกล้งทั้งจากผู้ถูกควบคุมด้วยกันเองหรือจากเจ้าหน้าที่ โดยการพิจารณาจัดสถานที่ควบคุมจะต้องพิจารณาถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้คนนั้นร่วมกับเพศกำเนิดให้มีความเหมาะสมกับสถานที่ควบคุมและคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในความปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจของผู้ถูกควบคุมนั้นด้วย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยแล้ว สืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายของไทยได้จำแนกเพศของบุคคลตามเพศกำเนิด จึงทำให้มีเพียงแค่เพศชายและเพศหญิงเท่านั้นที่จะได้รับการรับรองสถานะตามกฎหมายส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรเด็กและเยาวชนไปยังสถานที่ควบคุมในสถานพินิจ นั้นก็ต้องจัดสรรโดยใช้เกณฑ์เพศกำเนิด โดยการพิจารณาจัดสรรสถานที่ควบคุมได้มีการกำหนดเอาไว้ใน ระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 6 ซึ่งได้กำหนดให้มีหลักเกณฑ์การจัดสถานที่ควบคุม โดยแยกเด็กและเยาวชนเพศหญิงและเพศชายให้มีที่อยู่ต่างหากจากกันและห้ามมิให้ชายเข้าไปในสถานที่ควบคุมเด็กหรือเยาวชนหญิงในเวลากลางคืน เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งเป็นเรื่องของหลักเกณฑ์การจำแนกเด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจ ที่เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ จากระเบียบข้อ 6 นั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการแบ่งแยกให้เด็กและเยาวชนเพศหญิงและเพศชายมีที่อยู่แยกจากกัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในด้านความปลอดภัยของเด็กและเยาวชนและป้องกันปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ แต่การใช้เกณฑ์เพศกำเนิดในการจัดสรรนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ายังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิในด้าน



ความปลอดภัยของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งด้านร่างกายและจิตใจ เนื่องจากเด็กและเยาวชนซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดก็จะต้องถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดของตนเช่นเดิม กล่าวคือ เด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศชายแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศชาย ส่วนเด็กและเยาวชนที่มีเพศกำเนิดเป็นเพศหญิงแต่มีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะถูกจัดสรรให้ไปอยู่ในสถานที่ควบคุมสำหรับเพศหญิง ซึ่งในบางกรณีอาจส่งผลให้ผู้ถูกควบคุมนั้นถูกล่วงละเมิดทางเพศ ถูกทำร้ายร่างกายหรือถูกกลั่นแกล้งได้ ในทางกลับกันผู้ถูกควบคุมนั้นเองก็อาจจะไปทำร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้ถูกควบคุมคนอื่นจนในที่สุดอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสถานพินิจได้และอาจส่งผลให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ได้

เมื่อพิจารณาปัญหาการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนดังกล่าวประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักการสากลแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักในการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนตามระเบียบดังกล่าวซึ่งมิได้คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศนั้น ทำให้ผู้ถูกควบคุมมีโอกาสที่จะถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ กล่าวคือ ผู้ถูกควบคุมนั้นอาจถูกละเมิดสิทธิทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ เช่น การล่วงละเมิดทางเพศ การถูกทำร้ายร่างกาย หรือการดูหมิ่นเหยียดหยาม เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ในส่วนของหลักการสากลนั้น กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพได้กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตลอดจนสภาพความเป็นอยู่ที่ดีทั้งด้านร่างกายและจิตใจ อีกทั้งอนุสัญญาสิทธิเด็กที่กำหนดว่าหลังจากกระบวนการตัดสินชี้ขาดของศาล เด็กจะต้องมีหลักประกันว่าเด็กจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เหมาะสมแก่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและได้สัดส่วนกับทั้งสภาพการณ์และความผิดของเด็ก ซึ่งการจัดสถานที่ควบคุมตามระเบียบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎและอนุสัญญาดังกล่าว เนื่องจากไม่สามารถให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสร้างความเป็นอยู่ที่ดีให้กับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งมีสาเหตุมาจากความไม่ปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุม

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่า ในมณฑลนครหลวงและรัฐควีนส์แลนด์ของออสเตรเลียได้กำหนดให้การจัดที่อยู่อาศัยในสถานที่ควบคุมสำหรับเด็กและเยาวชนที่เป็นบุคคลข้ามเพศและผู้ที่มีเพศกำเนิดต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมซึ่งได้ระบุไว้ในตอนแรกรับด้วย นอกจากนี้ ยังเปิดโอกาสให้ผู้ถูกควบคุม ผู้ปกครองและเจ้าหน้าที่ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดที่อยู่อาศัยให้แก่ผู้ถูกควบคุมโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีเป็นสิ่งสำคัญ ในส่วนของสหราชอาณาจักรกำหนดให้บุคคลข้ามเพศที่มีใบรับรองเพศสภาพจะถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศสภาพใหม่ที่ระบุในใบรับรองเพศสภาพ ส่วนบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ได้ใบรับรองเพศสภาพจะถูกจัดสรรไปยังสถานที่ควบคุมตามเพศกำเนิดก่อน แต่ก็ได้เปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวดำเนินการเพื่อขอใบรับรองเพศสภาพได้และหลังจากได้ใบรับรองเพศสภาพแล้วก็สามารถดำเนินการขอย้ายไปยังสถานที่ควบคุมที่

เหมาะสมกับเพศสภาพตามใบรับรองได้ โดยกระบวนการจัดสรรดังกล่าวจะต้องผ่านการประเมินจากคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องและต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุมและบุคคลอื่น ๆ รวมทั้งอัตลักษณ์ทางเพศด้วย

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศไทย ได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และได้รับความปลอดภัยทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุม ผู้วิจัยเห็นควรให้นำข้อมูลอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้มาจากรายงานสืบเสาะและพินิจของพนักงานคุมประพฤติประกอบกับข้อมูลที่จัดทำในขั้นตอนแรกรับตัวของเจ้าพนักงานพินิจมาพิจารณาพร้อมกับเพศกำเนิดของผู้ถูกควบคุมในการกำหนดสถานที่ควบคุมหรือจัดสรรที่อยู่อาศัยให้แก่ผู้ถูกควบคุมให้มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละคน ซึ่งการพิจารณา กำหนดสถานที่ควบคุมหรือจัดสรรที่อยู่อาศัยนั้นให้อำนาจของผู้อำนวยการสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนแต่ละแห่ง โดยการจัดสถานที่ควบคุมหรือจัดสรรที่อยู่อาศัย ผู้อำนวยการสถานพินิจฯ อาจให้คณะกรรมการสหวิชาชีพประจำสถานพินิจมีข้อเสนอแนะในเรื่องดังกล่าวเพื่อประกอบการตัดสินใจได้ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ถูกควบคุมที่มีความหลากหลายทางเพศมีความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีขณะถูกควบคุมและเป็นการป้องกันปัญหาการทำร้ายร่างกายและปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศในสถานพินิจฯ ได้อีกด้วย

#### 4.4 วิเคราะห์ปัญหาการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ

เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศมีความต้องการเฉพาะอยู่ประการหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการข้ามเพศหรือการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางกายภาพของตนเองให้ตรงกับอัตลักษณ์ทางเพศในปัจจุบัน คือ การใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศซึ่งมีอยู่ 2 ประเภท<sup>151</sup> ดังนี้ (1) ฮอร์โมนเพื่อยับยั้งการเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ (pubertal blocker) เป็นการใช้ฮอร์โมน GnRH agonist เพื่อชะลอการเปลี่ยนแปลงของร่างกายไม่ให้เกิดการเจริญเติบโตของลักษณะทางร่างกายตามเพศกำเนิดซึ่งไม่ใช่เพศที่แท้จริง จนกว่าจะถึงอายุที่เหมาะสมในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศสามารถเริ่มใช้ได้เมื่อเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ตามเกณฑ์ของ Tanner ระยะที่ 2 ซึ่งอยู่ในช่วงอายุประมาณ 8-13 ปี ในเพศหญิงโดยกำเนิด และ 9-14 ปี ในเพศชายโดยกำเนิด (2) ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ เป็นการใช้ฮอร์โมนเพศ (sex hormone) เพื่อทำให้ร่างกายมีการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางกายภาพให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศสภาพที่แท้จริง โดยเริ่มใช้ได้ตั้งแต่อายุ 14-16 ปีขึ้นไปและต้องใช้ฮอร์โมนเพื่อการข้ามเพศไปตลอดชีวิตหรือตลอดช่วงที่ต้องการให้ร่างกายมีลักษณะที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ

แม้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศจะต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการเนื่องจากการกระทำผิดกฎหมายอาญาโดยถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจฯ แต่หากว่าเด็กและเยาวชนดังกล่าว

<sup>151</sup> ลลิต ลีลาทิพย์กุล, 'การใช้ฮอร์โมนเพื่อการยืนยันเพศสภาพในเด็กและวัยรุ่น' (Bumrungrad International Hospital, 23 กุมภาพันธ์ 2566) <<https://www.bumrungrad.com/th/health-blog/february-2023/gender-affirming-hormone-treatment>> สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2567.

ได้ใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศมาตั้งแต่ก่อนที่จะถูกควบคุมตัวแล้ว เพื่อให้การข้ามเพศนั้นสมตามเจตนาธรรมและเป็นการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่แสดงออกผ่านอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลดังกล่าว และเพื่อสุขภาพที่ดีของผู้ถูกควบคุมตัวนั้น หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะสถานพินิจฯ ควรที่จะให้สิทธิแก่เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวอยู่สามารถที่จะเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการข้ามเพศ โดยคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ถูกควบคุมตัวนั้นเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงสิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ นั้น พบว่าไม่ได้มีการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงฮอร์โมนดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน โดยพระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ. 2561 มาตรา 42 และระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 ข้อ 18 ได้กำหนดเอาไว้เพียงแค่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้รับตัวเด็กหรือเยาวชน ต้องสอบถามเด็กในเรื่องอาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของสภาพร่างกายและหากพบว่ามีอาการเจ็บป่วยที่ต้องได้รับการรักษาโดยเร็วต้องรีบจัดให้การผู้นั้นได้รับการรักษาอย่างทันที่หรือในกรณีของเด็กหรือเยาวชนต้องได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่องต้องนำยามามอบให้แก่แพทย์เพื่อทำการรักษา ซึ่งจากข้อกำหนดด้านการรักษาทางการแพทย์ดังกล่าวที่ไม่ได้ระบุเรื่องการเข้าถึงสิทธิในการใช้ฮอร์โมนเพศเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความของเจ้าหน้าที่ที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันได้ กล่าวคือเมื่อแรกรับตัวหากเจ้าหน้าที่ตีความว่าการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศนั้นไม่ได้เป็นเรื่องของโรคหรืออาการเจ็บป่วยหรือความผิดปกติของสภาพร่างกายแต่เป็นความต้องการส่วนตัวของเด็กหรือเยาวชนนั่นเองหรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตีความว่าฮอร์โมนนั้นไม่ได้เป็นยาที่ใช้สำหรับรักษาอาการเจ็บป่วยจะส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่สามารถใช้ฮอร์โมนเพื่อการข้ามเพศได้ในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวและทำให้เกิดผลข้างเคียงจากการที่ไม่ได้รับฮอร์โมนอย่างต่อเนื่อง เช่น ก่อให้เกิดภาวะขาดฮอร์โมนเพศในร่างกายซึ่งส่งผลต่อสุขภาพของกระดูก ร่างกายทรุดโทรม อารมณ์แปรปรวน เป็นต้น ซึ่งอาการเหล่านี้ยังส่งผลให้เด็กและเยาวชนนั้นเกิดภาวะวิตกกังวลหรือโรคซึมเศร้าและอาจทำให้แผนการดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดนั้นไม่บรรลุวัตถุประสงค์เนื่องจากผู้เข้าบำบัดฟื้นฟูได้รับความทรمانทั้งด้านร่างกายและจิตใจจากสาเหตุการไม่ได้รับฮอร์โมนเพศอย่างต่อเนื่อง

เมื่อพิจารณาปัญหาการเข้าถึงสิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนดังกล่าวประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักการสากลแล้ว จะเห็นได้ว่า การไม่ได้กำหนดสิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศเอาไว้อย่างชัดเจนนั้น ส่งผลให้เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวไม่สามารถใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้และทำให้มีผลถึงอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมซึ่งไม่สามารถแสดงออกมาได้อย่างเต็มที่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงสิทธินั้นได้เป็นการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากทำให้ผู้ถูกควบคุมไม่สามารถแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งถือเป็นคุณค่าเฉพาะที่ติดมากับตัวบุคคลได้อย่างเต็มที่ซึ่งมีสาเหตุมาจากความไม่ชัดเจนของระเบียบดังกล่าวและเนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายที่เป็นเหตุให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถเข้าถึง

สิทธิในการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศได้และทำให้ส่งผลเสียต่อสุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้ที่ผู้วิจัยเห็นว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ถูกควบคุมซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่บุคคลเหล่านั้นควรมีสภาพกายและสุขภาพจิตที่ดีขณะถูกควบคุมตัว ในส่วนของหลักการสากลนั้น กฎแห่งกรุงปักกิ่งได้นำข้อกำหนดแมนเดลาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดูแลผู้ถูกลิดรอนสิทธิและเสรีภาพที่เป็นเด็กและเยาวชน ดังนั้น ผู้ถูกควบคุมต้องมีสิทธิได้รับการดูแลสุขภาพที่มีมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐจัดให้กับประชาชนทั่วไปและตามแนวปฏิบัติที่ดี กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิดรอนเสรีภาพ กำหนดให้เด็กและเยาวชนทุกคน จะได้รับการดูแลรักษาพยาบาลอย่างเพียงพอทั้งในเชิงป้องกันและเชิงรักษาเยียวยา การที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดให้ผู้ถูกควบคุมเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนดังกล่าวได้เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการสากลที่กำหนดให้ผู้ถูกควบคุมได้รับการดูแลรักษาที่ดีและเพียงพอและขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่า ในรัฐที่สเมเนียของออสเตรเลียได้กำหนดให้เยาวชนที่ถูกควบคุมได้รับบริการด้านสุขภาพและบริการเสริมอื่น ๆ ที่เหมาะสมและได้มาตรฐานเทียบเท่ากับศูนย์บริการสุขภาพของชุมชน ไม่ว่าจะให้บริการด้านการแพทย์ ยา และสุขภาพทางเพศ โดยการบริการดังกล่าวต้องตอบสนองต่อความต้องการของเยาวชนในแต่ละคนซึ่งทำให้ผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับบริการสุขภาพที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง ในส่วนของสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้เยาวชนที่ได้มีการรักษาซึ่งเกี่ยวข้องกับการข้ามเพศมาก่อนที่จะถูกควบคุมและภายหลังจากการถูกควบคุมก็ควรมีการดำเนินการรักษานั้นต่อไป โดยการรักษาที่เกี่ยวข้องกับการข้ามเพศนั้น รวมถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดด้วยซึ่งต้องมีมาตรฐานในระดับเดียวกับระบบประกันสุขภาพ จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดสิทธิการใช้ฮอร์โมนบำบัดของผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้อย่างชัดเจน

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีสุขภาพที่ดีทั้งด้านร่างกายและจิตใจขณะถูกควบคุมและได้รับการดูแลสุขภาพที่ตอบสนองต่ออัตลักษณ์ทางเพศ อีกทั้งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ผู้วิจัยเห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรในการเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมในสถานพินิจฯ เช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร โดยกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนที่มีการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศมาตั้งแต่ก่อนถูกควบคุมและแพทย์วินิจฉัยว่าต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องหรือผู้ที่ไม่เคยมีการใช้ฮอร์โมนมาก่อนแต่แพทย์วินิจฉัยว่าเป็นโรค Gender Dysphoria และจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยวิธีการให้ฮอร์โมนบำบัดขณะถูกควบคุม สถานพินิจฯจะต้องจัดให้ผู้ถูกควบคุมดังกล่าวได้รับฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศด้วย ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวจะต้องอยู่ในความดูแลของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญอย่างเข้มงวด

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในประเทศไทยได้มีการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศโดยแบ่งตามเพศกำเนิดเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่กำหนดให้ต้องคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการปฏิบัติต่อมนุษย์ทุกคนด้วยความเท่าเทียมโดยไม่เลือกเพศ ตั้งแต่ขั้นตอนของการแรกรับตัว การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุมและความต้องการเฉพาะอื่น ๆ แต่กฎหมายและแนวปฏิบัติของไทยไม่ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน จึงทำให้เด็กและเยาวชนกลุ่มดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิที่มีความเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ ดังนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยจะได้สรุปปัญหาและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อนำไปปรับใช้กับสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนในประเทศไทย

#### 5.1 บทสรุป

เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศที่กระทำความผิดอาญาและต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่การจำกัดสิทธิจะต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกควบคุมไม่ว่าจะเป็นสิทธิด้านความปลอดภัยในร่างกายและจิตใจ สิทธิด้านการศึกษาหรือการเข้าถึงบริการสุขภาพต่าง ๆ อีกทั้งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการนั้น ต้องไม่ทำให้ฐานะความเป็นมนุษย์หรือพลเมืองของรัฐถูกลดทอนคุณค่าลงไปด้วยซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนกลุ่มนี้ยังคงมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เทียบเท่ากับผู้ที่มิได้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพทุกประการ โดยอัตลักษณ์ทางเพศก็เป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย เมื่อเป็นเช่นนั้นรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการละเมิดหรือลดทอนคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ถูกควบคุมมิได้

แม้แต่ในหลักการสากล เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน(กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) กฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกถูกลิดรอนเสรีภาพ ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง(ข้อกำหนดแมนเดลา) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคน โดยกำหนดให้บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีเพศเชื้อชาติ ศาสนาหรือมีฐานะทางสังคมอย่างไรก็ต้องได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติซึ่งหมายความรวมถึงเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำความผิดอาญาด้วย แม้พวกเขาจะถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็ก



และเยาวชนก็ต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคำนึงถึงความต้องการพื้นฐานของบุคคลนั้นโดยไม่เลือกปฏิบัติ

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศภายในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 และระเบียบกรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ.2547 พบว่า ได้มีการคุ้มครองสิทธิซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานพินิจฯ เอาไว้อย่างครอบคลุมในทุก ๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นสิทธิในความปลอดภัย สิทธิที่จะได้รับการศึกษา สิทธิที่จะได้รับอาหารตามหลักโภชนาการ สิทธิที่จะมีสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดี เป็นต้น แต่การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของการจำแนกเพศโดยใช้เพศกำเนิดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ กล่าวคือ ในการควบคุมเด็กและเยาวชนจะแยกเพศชายและเพศหญิงออกจากกัน ทำให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามเพศกำเนิดของตนและไม่ได้มีบทบัญญัติแนวทางการคุ้มครองสิทธิสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะจึงส่งผลให้เกิดปัญหาในแนวทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิบางประการ เช่น การระบุเพศในชั้นตอนแรกรับตัว การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุม หรือการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ ซึ่งเกิดความไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ถูกควบคุมและทำให้ผู้ถูกควบคุมดังกล่าวเสี่ยงต่อการถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ได้รับการคุ้มครองสิทธิที่มีความสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศ จึงควรกำหนดบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เป็นการเฉพาะ

จากการศึกษากฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร พบว่า ทั้งสองประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายและกำหนดแนวปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจฯ เอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการจำแนกเพศที่คำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศ การตรวจค้นร่างกาย การจัดสถานที่ควบคุมและการเข้าถึงฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศ ซึ่งการดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ต้องคำนึงความปลอดภัยและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นด้วยจากการที่ทั้งสองประเทศได้มีบัญญัติของกฎหมายและกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะซึ่งไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นมีความสอดคล้องและเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ

จากบทบัญญัติของกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ ของประเทศไทยได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากลและเพื่อให้เด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการคุ้มครองสิทธิ



อย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกันและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยผู้วิจัยจะได้เสนอแนะการแก้ไข ปัญหาในหัวข้อถัดไป

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่ง ถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนและพบว่าเกิดปัญหาในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวดังที่ได้ อธิบายไว้ในบทที่ 4 แล้วนั้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาในการคุ้มครองสิทธิของเด็กและ เยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในสถานพินิจฯ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหลักการสากลที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

### 5.2.1 การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุม

การจำแนกเพศของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งถูกควบคุมอยู่ในสถานพินิจ คุ้มครองเด็กและเยาวชน ผู้วิจัยเห็นควรให้ดำเนินการจำแนกโดยใช้หลักเกณฑ์เพศกำเนิดร่วมกับอัตลักษณ์ ทางเพศ ดังต่อไปนี้

ประการแรก แก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของสถานพินิจฯ ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ ครอบครั้วและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 36(1) โดยให้ใช้ข้อความ ดังนี้ มาตรา 36(1) “สืบเสาะและพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อัตลักษณ์ทางเพศ...”

ประการที่สอง ให้กรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนกำหนดแนวทางการจัดทำข้อมูลการรับตัว ตาม มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ. 2561 โดย กำหนดแนวทางการจัดทำข้อมูลการรับตัวเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเจ้าพนักงานพินิจ จะต้องให้ผู้มีความหลากหลายทางเพศนั้น ได้รายงานอัตลักษณ์ทางเพศของตนต่อเจ้าพนักงานพินิจว่า “ตน นิยามตนเองว่าเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายหรืออื่นๆ” และรายงานเพศวิถีว่า “ตนรักใคร่หรือเสนาหาในผู้หญิงหรือ ผู้ชายหรือทั้งสอง” และเจ้าพนักงานพินิจจะต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพของผู้ถูกควบคุมประกอบกับ การสอบถามหรือขอเอกสารยืนยันจากผู้ถูกควบคุมด้วยว่า “ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วน แล้วหรือไม่” แล้วบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์ทางเพศและเพศวิถีของผู้นั้นไว้ในข้อมูลการรับตัวด้วย

### 5.2.2 การตรวจค้นร่างกายเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุม

ผู้วิจัยเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงาน สถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 14 โดยเห็นควรให้ เพิ่มวรรคสี่ ซึ่งมี ข้อความดังนี้

“การตรวจค้นเด็กหรือเยาวชนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด ต้องให้ผู้ถูกตรวจค้น สามารถระบุเพศของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการตรวจค้นตนเองได้ว่าจะให้เจ้าหน้าที่เพศหญิงหรือเพศชายเป็น ผู้ตรวจค้นและให้ผู้ถูกตรวจค้นระบุเพศของเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้น ตั้งแต่ขั้นตอนของการจัดทำข้อมูลเมื่อแรก

รับตัว โดยเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ยื่นทราบถึงสิทธิในการระบุเพศผู้ตรวจค้นด้วย ทั้งนี้ การตรวจค้นต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของผู้ถูกตรวจค้น”

### 5.2.3 การจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุม

ในการจัดสถานที่ควบคุมเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศของสถานพินิจฯ ผู้วิจัยเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 44 โดยเห็นควรให้เพิ่ม (4) ซึ่งมีข้อความดังนี้

“(4) แยกเด็กหรือเยาวชนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดให้มีที่อยู่ที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของเด็กหรือเยาวชนนั้น”

แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 6 โดยเห็นควรให้เพิ่มวรรคสอง ซึ่งมีข้อความดังนี้

“ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจดำเนินการจัดสถานที่ควบคุมเด็กหรือเยาวชนที่มีอัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดให้มีที่อยู่ที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงอัตลักษณ์ทางเพศและความปลอดภัยของเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นสำคัญ”

### 5.2.4 การเข้าถึงการใช้ฮอร์โมนบำบัดเพื่อการข้ามเพศของเด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุม

ผู้วิจัยเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ว่าด้วยการดำเนินงานสถานแรกรับและศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2547 ข้อ 18 โดยเห็นควรให้เพิ่มวรรคสาม ซึ่งมีข้อความดังนี้

“หากเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งแพทย์วินิจฉัยว่าต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องหรือผู้ที่แพทย์วินิจฉัยว่าเป็นโรค Gender Dysphoria และจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยวิธีการให้ฮอร์โมนบำบัดขณะถูกควบคุม บุคลากรทางการแพทย์ต้องจัดให้ผู้ยื่นต้องได้รับฮอร์โมนบำบัดรวมถึงการให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับอนามัยส่วนบุคคลสำหรับเด็กหรือเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศ”

## บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

- กรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน, รายงานสถิติคดีประจำปี พ.ศ. 2565 (pdf, กรมพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน 2565).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2549).
- จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2559).
- จิรวรรณ เดชานิพนธ์, การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการงานภาครัฐศึกษากรณีตัวอย่าง (Best Practice) ในด้านต่าง ๆ ของสหราชอาณาจักร (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มปป.).
- ดวงพร เพชรคง, *กฎหมายกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2561).
- ธรรมชัย อ่อนทอง, ‘การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561).
- ธานี วรภัทร์, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549).
- ปกรณ์ นิลประพันธ์, *การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการตรากฎหมายและการดำเนินการตามกฎหมายในระดับเครือข่ายของรัฐของเครือข่ายออสเตรเลีย* (มปป. 2544).
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- พัชราภรณ์ กองอุบล, ‘สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546).
- รินทร์ภัส ขาวสิทธิวงษ์, ‘การคุ้มครองเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก: ศึกษากรณีการแยกเด็กออกจากครอบครัว’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).
- ลลิต ลีลาทิพย์กุล, ‘การใช้ฮอร์โมนเพื่อการยืนยันเพศสภาพในเด็กและวัยรุ่น’ (Bumrungrad International Hospital, 23 กุมภาพันธ์ 2566) <<https://www.bumrungrad.com/th/health-blog/february-2023/gender-affirming-hormone-treatment>> สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2567.
- ศิริประภา วิริยะพาหะ, ‘การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณี สิทธิในการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตครอบครัวและการเยี่ยมเพื่อใช้ชีวิตของผู้ต้องขัง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).

### บรรณานุกรม (ต่อ)

สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, *ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังฉบับปรับปรุง (ข้อกำหนดแมนเดลา): คู่มือฉบับย่อ* (สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย 2559).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562).

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 18 ศาลรัฐธรรมนูญยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2563).

อวิกัรัตน์ นิยมไทย, ‘อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้’ (กรกฎาคม - สิงหาคม 2552) 4 จุลินิติ.

อัจฉริยา ชูตินันท์, *กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552).

อุดม รัฐอมฤต, นพนิจ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2544).

ACT Inspector of Correctional Services, *ACT Standards for Youth Detention Places* (pdf, ACT Inspector of Correctional Services 2020).

HM Prison and Probation Service Ministry of Justice, *The Care and Management of Individuals who are Transgender* (pdf, HM Prison and Probation Service Ministry of Justice 2019).

Inspector of Detention Services Queensland Ombudsman, *Inspection standards for Queensland youth detention centres* (pdf, Inspector of Detention Services Queensland Ombudsman 2023).

Politics.co.uk, ‘Young Offender Institute’ (Politics.co.uk)

<<https://www.politics.co.uk/reference/young-offender-institutions/>>

สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2567.

The Tasmanian Custodial Inspector, *Inspection standards for young people in detention in Tasmania* (pdf, The Tasmanian Custodial Inspector 2018).

Youth Justice Legal Centre ‘A-Z legal terms for young people’ (Youth Justice Legal Centre)

<<https://yjlc.uk/resources/z-legal-terms-young-people>> สืบค้นเมื่อ 26 มกราคม 2567.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล                      วรพล วิจิตรพงษา

### ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2564                      - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 74 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- พ.ศ. 2559                      - ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยนเรศวร

### ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2563                      - เจ้าหน้าที่ตำรวจรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
- พ.ศ. 2560                      - นิติกร ศาลจังหวัดนครไทย จ.พิษณุโลก