

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคล ที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

จรรย์ ศรีสุข¹ วิณัฏฐา แสงสุข²
สุธี อยู่สถาพร³ จรรย์ ภัคดีธนากุล⁴

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ปัญหาอันเกิดจากการไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม และสิทธิทางสังคม ของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง (2) ศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ตามแนวคิดทฤษฎีของต่างประเทศ และ (3) หาแนวทางเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพและเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เจาะลึก และการสนทนากลุ่ม และวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหาและแปลความหมายจากการเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย พบว่า การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในเรื่องการถูกค้นตัวมีข้อเสนอแนะว่า ต้องให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นเพศหญิงทำการค้นตัว ในการถูกควบคุมตัวต้องแยกห้องควบคุมตัวออกจากเพศชาย การสอบสวนบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ในฐานะผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องให้เจ้าพนักงานตำรวจหญิงเป็นผู้สอบสวน การคุมขังจะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยแยกเขตแดนการคุมขังออกจากเพศชายเพื่อป้องกันการถูกล่วงละเมิดทางเพศ การทำงานในเรือนจำก็ต้องจัดให้ทำงานประเภทเดียวกับเพศหญิง สิทธิในการทำงานควรได้รับความคุ้มครองโดยให้ทำงานในลักษณะเดียวกันกับเพศหญิง ไม่ให้ทำงานที่มีความเสี่ยง การกำหนดค่าจ้างต้องมีความเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ควรให้สิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงสมรสกับเพศชายได้ เพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่อกันตามกฎหมาย

คำสำคัญ: มาตรการทางกฎหมาย; บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ; การคุ้มครองสิทธิ

ประเภทบทความ: บทความวิจัย

การอ้างอิง:

จรรย์ ศรีสุข, วิณัฏฐา แสงสุข, สุธี อยู่สถาพร และจรรย์ ภัคดีธนากุล. (2565). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง. *วารสารดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์*, 12(1), 114-129.

¹ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240, ประเทศไทย

อีเมล: jaran-sresuk@hotmail.com

² คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนครศรีอยุธยา

³ คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล

⁴ อดีตตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ

Legal Measures for Transsexual Persons' Rights Protection

Jaran Srisuk¹ Winatta Saengsook²
Suthee Usathaporn³ Jaran Pukditanakul⁴

Abstract

This research article aims to study (1) problems arising from the lack of protection of rights in the justice system. and the social rights of persons having sex reassignment surgery, (2) to study the legal measures to protect the rights of persons having sex reassignment surgery according to foreign theory, and (3) to find recommendations on legal measures to protect the rights of persons having sex reassignment surgery suitable for Thailand. The study uses a qualitative research model and collecting data through document research and in-depth interviews and focus group discussion and analyzed the data by using content analysis techniques and comparison interpretation.

Findings show that for the protection of the rights of transsexual persons on body searches, the recommendations are that female officials conduct the body searches. In detention, the transsexual persons must be detained in separation from male offenders. The questioning of transsexual persons as the victims of gender offences must be conducted by female police officers. The prisoner must receive the protection of rights by being imprisoned in areas separated from male inmates in order to prevent sexual violation. Work in prison must be of the same type as done by female inmates. The right to work should be protected by being given work in female types of work. Work with risks should not be performed. The determination of wages must be equal without any discrimination. In addition, transsexual persons should have the right to marry male partners in order to have legal rights and shared duties.

Keywords: Legal Measures; Transsexual Persons; Rights Protection

Type of Article: Research Article

Cite this article as:

Srisuk, J., Saengsook, W., Usathaporn, S., & Pukditanakul, J. (2022). Legal measures for transsexual persons' rights protection. *Ph.D. in Social Sciences Journal*, 12(1), 114-129.

¹ Doctor of Laws Program, Ramkhamhaeng University
2086 Ramkhamhaeng Road, Huamak, Bangkapi, Bangkok, 10240, Thailand
Email: jaran-sresuk@hotmail.com

² Faculty Humanities and Social Sciences, Phranakhon Si Ayutthaya Rajabhat University

³ Faculty of Public Health, Mahidol University

⁴ Former, Judge of the Constitution Court

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลที่มีจิตใจไม่เป็นไปตามเพศสรีระ ทางกาย แพทย์ถือว่าเป็นความผิดปกติ บุคคลกลุ่มนี้จึงมีความพยายามที่จะปรับเปลี่ยนร่างกายให้เข้ากับสภาพจิตใจ โดยใช้วิวัฒนาการทางการแพทย์เพื่อให้ตนเองสามารถดำรงอยู่ได้ในสังคมและพยายามที่จะต่อสู้เพื่อได้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายและสังคมตามความเหมาะสม แต่การผ่าตัดแปลงเพศโดยแพทย์ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับ ดังนั้น บุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงจึงยังคงมีสถานภาพทางกฎหมายเป็นเพศที่ติดตัวมาแต่กำเนิด

ประเทศไทยได้ร่วมลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ อันจะก่อให้เกิดพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศให้ปฏิบัติการณ์เป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 1 และ ข้อ 2 มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน มีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ จากหลักการดังกล่าวทำให้ความแตกต่างทางเพศสภาพนั้นไม่เป็นข้ออ้างในการที่จะเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ

เรื่องเพศอาจถูกจัดว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของมนุษย์ ที่โยงใยไปถึงเรื่องของครอบครัว ความสัมพันธ์ การอยู่ร่วมกัน และมีทายาทสืบสกุล เพื่อดำรงซึ่งสายพันธุ์มนุษย์สืบไป ความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายและหญิง จึงถูกมองว่าเป็นเรื่องธรรมชาติ สังคมเป็นผู้กำหนดบทบาทหน้าที่ทางเพศ แบ่งหน้าที่ของชายหญิงตามลักษณะทางกายภาพและชีวภาพ บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงถูกมองว่าผิดปกติจากคนทั่วไป ขณะที่ ในสังคมปัจจุบันมีความหลากหลายทางเพศปรากฏมากขึ้นในสังคม การผ่าตัดแปลงเพศได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นการรักษาที่เหมาะสม เป็นประโยชน์ และช่วยเหลือกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า “บุคคลข้ามเพศ” (transsexual) ให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นโดยใช้ ศัลยกรรมช่วยสร้างอวัยวะเพศใหม่ให้ตรงกับเพศที่

บุคคลนั้นต้องการ โดยในปี พ.ศ. 2552 ได้มีการออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่อง หลักเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่า ก่อนที่บุคคลข้ามเพศแต่ละคนจะสามารถเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศได้จะต้องมีกระบวนการที่ใช้เวลามากขึ้น ขั้นตอน เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น (Regulations of the Medical Council on Ethical Treatment of the Medical Profession: Criteria for Sex Change Treatment B.E. 2552, 2009) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน

ผู้วิจัยจึงมีความสนใจที่จะศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ในด้านต่างๆ ทั้งสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และสิทธิในทางสังคม ดังนี้

1. การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ สิทธิในกรณีถูกค้นตัวและการควบคุมตัว สิทธิในกรณีสอบสวน และสิทธิในกรณีถูกคุมขัง
2. การคุ้มครองสิทธิทางสังคม ได้แก่ สิทธิในการทำงานอย่างยุติธรรม และสิทธิในการสมรส

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหาอันเกิดจากการไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม และสิทธิทางสังคม ของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ตามแนวคิดทฤษฎีของต่างประเทศ
3. เพื่อหาแนวทางเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ที่เหมาะสมกับประเทศไทย

ขอบเขตของการวิจัย

ผู้วิจัยมุ่งเน้นที่จะศึกษาการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง จึงได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายว่าด้วยกฎหมายตำรวจและพยานหลักฐาน พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ (Prison Act, 1952) ของสหราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศส การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขององค์การสหประชาชาติ เป็นหลักในการศึกษาวิเคราะห์ ตลอดจนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิเคราะห์ ตลอดจนหนังสือ บทความ วารสาร และสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาอันเกิดจากการไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม และสิทธิทางสังคม ของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง
2. ทำให้ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลซึ่งผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ตามแนวคิดทฤษฎีของต่างประเทศ
3. ทำให้ได้แนวทางการเสนอแนะเกี่ยวกับ มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงที่เหมาะสมกับประเทศไทย

แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

แนวคิดทฤษฎีในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

เมื่อกล่าวถึง เพศ (sex) ซึ่งหมายถึงลักษณะทาง สรีระหรือชีวภาพแบ่งชายและหญิงออกจากกัน ทำให้แนวคิดการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นเพศตระหนักถึง ต้นตอของความเป็นเพศชายและความเป็นเพศหญิง (feminity and masculinity) ส่วนคำว่า Gender หมายถึง เพศที่ถูกกำหนดโดยเงื่อนไขทางสังคมหรือ วัฒนธรรมให้แสดงบทบาทหญิงหรือบทบาทชาย เพศ ที่ถูกกำหนดโดยสังคมจึงอาจเปลี่ยนแปลงได้ตาม สภาวะการณ์ ความเป็นเพศจึงเป็นตัวกำหนดความเป็น ตัวตน ทักษะและความสัมพันธ์ที่มีต่อผู้อื่นของคนใน แต่ละเพศ ความเสมอภาคทางเพศเป็นเรื่องที่มีการ เรียกร้องให้มีการแก้ไข (Archavanitkul & Thongsima, 2005)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights--UDHR) ข้อ 2 ระบุไว้ว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่ กำหนดไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่า ชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิด เห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่นๆ นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัดไม่ว่าดินแดนนี้จะ เป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรือ อยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด (Boonprakong, 2008) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ใน มาตรา 4 ทั้งในเรื่องสิทธิในร่างกายและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค

ปัญหาการรับรองสถานะทางกฎหมายแก่บุคคล ที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ซึ่งส่งผลกระทบต่อ

ต่อกลุ่มบุคคลในการดำรงชีวิตในสังคมเนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายยอมรับหรือให้การรับรองสิทธิของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นประเด็นในทางสังคมที่ส่งผลในทางกฎหมายในระดับมหาชนว่าจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของเอกชนภายในรัฐเพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบการดำเนินชีวิต แม้ว่าขณะนี้ประเทศไทยยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะในระดับพระราชบัญญัติต่างๆ บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศนั้นจะมีแนวทางในการเยียวยาปัญหาที่บุคคลเหล่านั้นประสบโดยอาศัยจากการกล่าวอ้างสิทธิที่ตนได้รับการรับรองและคุ้มครองให้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับมีบทบัญญัติหลักให้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศสามารถแก้ไขสูติบัตรได้ เช่น มลรัฐไอโวา กฎหมาย (Iowa Code, 2022) มาตรา 144.23 การแก้ไขสูติบัตรใหม่ (State registrar to issue new certificate) นายทะเบียนจะออกสูติบัตรใหม่ให้แก่บุคคลซึ่งเกิดในมลรัฐนี้ เมื่อนายทะเบียนได้รับเอกสารหนังสือยืนยันจากแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดซึ่งแสดงให้เห็นว่าจากการผ่าตัดหรือการรักษา ทำให้บุคคลนั้นได้เปลี่ยนไปแล้ว ส่วนการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญากับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายต้นแบบยอมรับสถานะการแปลงเพศ จึงได้รับความคุ้มครองน้อยมาก

สหราชอาณาจักรมีพระราชบัญญัติการจำแนกเพศ พ.ศ. 2547 (Gender Recognition Act, 2004) ให้คนที่ถูกแปลงเพศสามารถสมัครขอรับใบรับรองการจำแนกเพศ (GRC) ซึ่งเป็นเอกสารที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมีคุณสมบัติตรงตามเกณฑ์การรับรู้ทางกฎหมายในเพศที่ได้มา พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการรับรองทางเพศ Dysphoria เป็นสมาชิกของ

เพศที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศ ภายหลังจากตัดแปลงเพศจะได้สิทธิตามเพศใหม่ทุกประการ (Boondech, 2018) ในขณะเดียวกันก็ไม่เสียสิทธิในเพศกำเนิดในเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น การแก้ไขทางทะเบียน (registration) การสมรส (marriage) ความเป็นทายาท (parenthood) การรับประโยชน์จากการประกันสังคมและบำนาญ (social security benefits and pensions) การเลือกปฏิบัติ (discrimination) มรดก (succession etc.) ตำแหน่งหน้าที่การงาน (peerages etc.) การให้สัตยาบันและการเป็นตัวแทน (trustees and personal representatives) การแข่งขันกีฬา (sport) การกระทำความผิด การคุมขัง การดำเนินคดีในศาล (Gender-specific offences)

ฝรั่งเศส ไม่มีกฎหมายยอมรับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศโดยตรง แต่การยอมรับสถานะผู้ป่วยผ่าตัดแปลงเพศเกิดจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุด (Cour de Cassation) ซึ่งตัดสินไว้ตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม 1992 สถานะทางกฎหมายภายหลังจากผ่าตัดแปลงเพศสามารถนำคำสั่งศาลไปขอแก้ไขชื่อกับพนักงานเจ้าหน้าที่ และได้สิทธิตามเพศใหม่ของตน สามารถสมรสตามเพศใหม่และมีผลให้การสมรสเดิมถูกยกเลิกไป รัฐยอมรับการอยู่ร่วมกันของพวกรักร่วมเพศ แต่ไม่ยินยอมให้จดทะเบียนสมรสอย่างเป็นทางการ ส่วนการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญา ผู้แปลงเพศได้รับการปฏิบัติตามเพศใหม่ทุกประการ (Sangsikaew, 2013)

การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการค้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 บัญญัติให้การค้นนั้นจักต้องกระทำโดยสุภาพ ถ้าค้นตัวผู้ต้องหาต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น ซึ่งจากหลักการของกฎหมายดังกล่าวพิจารณาได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายไทยยังไม่ให้ความคุ้มครองการค้นตัวชายที่ผ่าตัด

แปลงเพศเป็นหญิง เนื่องจากคำว่า เพศ หมายความว่า เฉพาะเพศหญิงหรือเพศชายโดยกำเนิดเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ทั้งที่บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นบุคคลที่มีรูปร่างภายนอก และสภาพจิตใจเป็นหญิง ซึ่งตรงกันข้ามกับเพศกำเนิดที่แท้จริงของตนเอง การให้ผู้ชายค้นตัวอาจเป็นการละเมิดสิทธิและกระทบความรู้สึก เนื่องจากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงย่อมมีสภาพจิตใจใกล้เคียงกับเพศหญิงมาก อาจรู้สึกเหนียมอายและรู้สึกว่าการถูกคุกคามทางเพศ หรือถูกกระทำอนาจาร ส่งผลกระทบต่อด้านจิตใจ เป็นการไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และไม่เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน (Criminal Procedure Code of Thailand B.E. 2477, 1930) และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการค้นตัวเป็นการเฉพาะ

การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการสอบสวน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับการถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลที่อยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้” เพราะคดีความที่เกิดขึ้นมากมายหลายครั้งผู้เสียหายเป็นบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศและเมื่อพนักงานสอบสวนต้องสอบปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองว่าจะต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้ทำการสอบสวน แต่กลับให้พนักงานสอบสวนชายทำการสอบสวน ทำให้

เกิดผลกระทบทางด้านจิตใจของผู้เสียหาย เหมือนถูกกระทำซ้ำ เพราะพนักงานสอบสวนชายอาจใช้คำถามที่ตรงเกินไป หรืออาจพูดจาไม่ให้เกิดเกียรติ ทำให้ผู้เสียหายมีความรู้สึกว่าการกำลังถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการสอบสวนเช่นกัน (Criminal Procedure Code of Thailand B.E. 2477, 1930)

การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการคุมขัง

ในชั้นจับกุม มีการจัดแบ่งห้องสำหรับควบคุมตัวผู้ต้องหา โดยแยกเป็นห้องขังสำหรับผู้ชาย ผู้หญิง และห้องขังสำหรับเด็ก โดยมีได้มีการจัดแบ่งห้องสำหรับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงเป็นการเฉพาะ เมื่อต้องถูกคุมขังในเรือนจำ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 31 กำหนดให้จำแนกผู้ต้องขังตามเพศ เพื่อประโยชน์ในการอบรม พัฒนา พลุดินนิสัย และควบคุมผู้ต้องขัง มีการศึกษาประวัติผู้ต้องขังเป็นรายบุคคล วิเคราะห์และจัดประเภทผู้ต้องขัง ซึ่งการจำแนกผู้ต้องขังตามเพศก็ยึดถือตามเพศกำเนิดเท่านั้น บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งส่งผลไปถึงการจัดประเภทการทำงานของผู้ต้องขัง ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 48 ด้วย (Corrections Act B.E. 2560, 2017) ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการคุมขัง จะกล่าวถึงก็แต่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกคุมขังโดยทั่วไป แม้แต่ในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 8 กำหนดว่า “นักโทษชายและหญิงต้องแยกจำคุกต่างเรือนจำกันหากเป็นไปได้ แต่หากเรือนจำได้รับทั้งนักโทษชายและหญิงจะต้อง

แยกแค้นจำคุกสำหรับชายและหญิงออกจากกันโดยเด็ดขาด...” กฎข้อ 8 แสดงให้เห็นชัดเจนในความจำเป็น ต้องให้ผู้ชายและผู้หญิงเท่านั้นถูกคุมขังแยกออกจากกัน มิได้กล่าวถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแต่อย่างใด

การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการทำงาน

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 15 กำหนดหลักเกณฑ์โดยให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชาย และหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 38 บัญญัติว่า ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้าง ซึ่งเป็นหญิงทำงานบางอย่างที่ไม่เหมาะสมกับเพศหญิง รวมถึงมาตรา 40 ที่บัญญัติให้กรณีให้นายจ้างให้ลูกจ้าง ซึ่งเป็นหญิงทำงานระหว่างเวลา 24.00 นาฬิกา ถึงเวลา 06.00 นาฬิกา และพนักงานตรวจแรงงานเห็นว่างานนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของหญิงนั้น ให้พนักงานตรวจแรงงานรายงานต่ออธิบดี หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งให้นายจ้างเปลี่ยนเวลาทำงาน หรือลดชั่วโมงทำงาน ได้ตามที่เห็นสมควรและให้นายจ้างปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายให้ความสำคัญกับการทำงานที่ใช้แรงงานเพศหญิงโดยกำเนิดแต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง เช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ก็มีให้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในเรื่องการทำงานโดยเฉพาะเช่นกัน (Labour Protection Act B.E. 2541, 1998)

การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในการสมรส

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ (Civil and Commercial Code B.E. 2535, 1992) ตามกฎหมายไทยหลักเกณฑ์การสมรสต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถทำการสมรสกันได้เลย ปัจจุบันมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกัน เป็นครอบครัวคู่รักชายหญิงทั่วไป แต่สถานภาพของคู่ชีวิตไม่มีกฎหมายรับรอง ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะพึงมีพึงได้ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประชาชนต่อสู้เพื่อเรียกร้องความเท่าเทียมในสิทธิสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ในปี 2558 สหรัฐอเมริกา จึงเป็นประเทศที่ 21 ของโลกที่มีกฎหมายรับรองให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้ (Kampusiri, 2017) ทำให้คู่สมรสเกิดสิทธิและหน้าที่ภายหลังการสมรส สหราชอาณาจักร ให้สิทธิบุคคลเพศเดียวกันสมรสกัน และในฝรั่งเศสให้เฉพาะเพศชายและเพศหญิงเท่านั้นสมรสกันได้ แต่มีกฎหมายรับรองให้บุคคลที่ใช้ชีวิตอยู่ด้วยกัน มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน

กรอบแนวความคิดที่ใช้ในการวิจัย

ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และหลักความเสมอภาคในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงมีการใช้ชีวิตท่ามกลางสังคม ที่ไม่เปิดรับความหลากหลายทางเพศ สังคมยังคงเชิดชูระบบเพศตามธรรมชาติ ส่งผลให้ความบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงตกอยู่ในสถานะของความ เป็นชาย ทั้งสิทธิทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และสิทธิทางสังคม บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง แม้จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเสร็จให้

คล้ายคลึงกับเพศหญิง รวมทั้งการดำเนินชีวิตประจำวัน เป็นเพศหญิง แต่สังคมยังยึดเยียดความเป็นชายให้ทั้ง กฎหมาย บัตรประชาชน หนังสือเดินทาง ล้วนแต่เป็น หลักฐานอ้างอิงว่าบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศไม่สามารถ จะเป็นหญิงได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งนอกจากความไม่เท่า เทียมกันทางด้านกฎหมายแล้ว สภาพการใช้ชีวิตโดย ทั่วไปของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ยังคงไม่ได้รับการยอมรับ และถูกเลือกปฏิบัติทั้งใน การทำงานหรือการมีชีวิตรู้ (Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, 2017)

สมมุติฐานของการวิจัย

การแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า ส่งผลให้ผู้ซึ่งมีร่างกาย ไม่ตรงกับจิตใจใช้วิทยาการทางการแพทย์มาช่วย รองรับความต้องการด้วยการผ่าตัดแปลงเพศ บุคคล ที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในประเทศไทย มี แนวโน้มเพิ่มมากขึ้นในทุกปี แต่ประเทศไทยยังไม่มี กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการ ดำเนินกระบวนการยุติธรรม และคุ้มครองสิทธิทาง สังคมของบุคคลดังกล่าว อันได้แก่

1. สิทธิในกรณีถูกค้นตัวและการควบคุมตัวชายที่ ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว เมื่อต้องถูกเจ้าพนักงาน ผู้มีอำนาจค้นตัว ซึ่งเป็นเพศชายมาค้นตัวและเมื่อมี การควบคุมตัวโดยนำมากักขังรวมไว้กับเพศชาย ย่อม เหมือนการถูกละเมิดสิทธิ กฎหมายจึงต้องให้ความ คุ้มครองบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง
2. สิทธิในกรณีสอบสวน ในกรณีความผิดเกี่ยวกับ เพศซึ่งชายผ่าตัดแปลงเป็นหญิงตกเป็นผู้เสียหาย กฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องการสอบสวนเป็นการเฉพาะ ว่าให้บุคคลใดเป็นผู้ทำการสอบสวน จึงต้องแก้ไข กฎหมายและกำหนดพนักงานสอบสวนไว้เป็นการ เฉพาะ
3. สิทธิในกรณีถูกคุมขัง การแยกประเภทผู้ถูก คุมขังของเรือนจำกำหนดให้แยกตามเพศกำเนิด เมื่อมี

การคุมขังบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงรวม กับผู้ต้องขังเพศชายจึงมักประสบปัญหาถูกล่วงละเมิด ทางเพศ จึงต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง สิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

4. สิทธิในการทำงานอย่างยุติธรรม บุคคลที่ผ่าตัด แปลงเพศจากชายเป็นหญิงถูกเลือกปฏิบัติและไม่ได้ รับความคุ้มครองทางกฎหมายในเรื่องของการทำงาน บางประเภท จึงต้องแก้ไขกฎหมายให้ปฏิบัติกับบุคคล ที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงอย่างเท่าเทียมและ ให้ความคุ้มครองการทำงานบางประเภทด้วย

5. สิทธิในการสมรส ประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์ มาตรา 1448 ให้เฉพาะเพศชายและเพศหญิง เท่านั้นสมรสกันได้ เมื่อบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชาย เป็นหญิง ในสังคมมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น จึงต้องแก้ไข กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชาย เป็นหญิงสามารถสมรสกับเพศชายได้ เพื่อให้มีสิทธิและ หน้าที่ตามกฎหมายต่อกัน เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิ บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ให้มีความ สอดคล้องกับหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษย ชนและสอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราช อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ระเบียบวิธีวิจัย

ในการวิจัยเรื่องนี้ ผู้วิจัยได้รวบรวมข้อมูลจาก เอกสาร (documentary research) บทบัญญัติแห่ง กฎหมาย หนังสือ คำอธิบาย บทความ ผลงานทาง วิชาการ ดุษฎีนิพนธ์ ข้อมูลที่ได้จากสื่อข้อมูลทาง อิเล็กทรอนิกส์ รายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้อง รวมถึง นโยบายของภาครัฐ แล้วนำมาวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research approaches) ซึ่งเป็นวิธีการหลักใน การดำเนินการวิจัย โดยให้ความสำคัญกับมาตรการทาง กฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลซึ่งได้รับการผ่าตัด แปลงเพศแล้ว ว่าควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อ เป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชาย

เป็นหญิงกลุ่มนี้อย่างไรบ้าง

โดยมีขั้นตอนวิธีการดำเนินการในการวิจัยเชิงคุณภาพ ดังนี้

1. วิจัยเอกสารเพื่อทำการยกร่างมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

2. วิจัยภาคสนาม โดยออกแบบสอบถาม และทำการสัมภาษณ์เจาะลึก (in-depth interview) บุคลากรซึ่งเกี่ยวข้อง

3. ใช้เทคนิค Focus group discussion และ ประเมินร่างมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงและวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ข้อมูล

ปัจจุบันสิทธิเสรีภาพของชายและหญิงรวมถึงเพศที่สาม เป็นสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการยอมรับทางสังคมมากขึ้น การผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญและตามหลักสิทธิมนุษยชน ความเป็นเพศชายหรือหญิงไม่ได้ถูกจำกัดโดยเพศสภาพอีกต่อไป บุคคลสามารถเลือกเพศให้กับตนเองได้ โดยหากไม่พอใจในเพศสภาพก็สามารถเลือกเพศใหม่ให้กับตนเองได้ด้วยการแปลงเพศ เพียงแต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับสถานะของชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง เหตุผลเพราะว่ากฎหมายของแต่ละประเทศมีพื้นฐานมาจากประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศไทยยังไม่เอื้อประโยชน์ต่อบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง กฎหมายในปัจจุบันกำหนดโดยยึดหลักเพศสภาพโดยกำเนิด ซึ่งก็ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหรือการบังคับใช้กฎหมาย กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลมีข้อจำกัดมากมายสำหรับ

บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง เมื่อกฎหมายไทยยังไม่ให้ความสำคัญและไม่ได้ตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในกลุ่มดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อและก่อให้เกิดความวิตกกังวลกับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง จะมีก็แต่เพียงพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เท่านั้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

จากการสัมภาษณ์กลุ่มบุคคล 3 กลุ่ม คือ

1. กลุ่มประชากรที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมาย โดยตรง ประกอบด้วย ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ เจ้าพนักงานตำรวจที่มีหน้าที่จับกุมสอบสวน เจ้าหน้าที่ปกครอง เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ เจ้าพนักงาน กรมแรงงาน และนายความ

2. กลุ่มประชากรที่เกี่ยวข้องกับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ประกอบด้วย แพทย์ อาจารย์มหาวิทยาลัย (นักวิชาการ) ชายที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง นักเรียน นักศึกษา

3. กลุ่มประชากรผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมาย

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นแยกเป็นสองกลุ่ม

1. กลุ่มแรกมีความเห็นว่า การค้นตัวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 มิได้จำกัดเพศของผู้กระทำการค้น การค้นเป็นเหตุเฉพาะหน้า ซึ่งต้องเป็นการกระทำโดยทันที หากพิจารณาในด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและชอบธรรมทั้งผู้ค้นและผู้ถูกค้นตัว ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วควรปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด โดยควรระทำการค้นตัวในลักษณะที่บุคคลนั้นอยู่ในฐานะเพศกำเนิด เพื่อมิให้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย

2. กลุ่มที่สองมีความเห็นว่าบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นเพศหญิงแล้ว ควรใช้แนวทางการค้นคว้าในฐานะเพศสภาพ เพื่อความเหมาะสมเป็นธรรมชาติ และเพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามหลักสิทธิมนุษยชน และมีความเห็นเรื่องการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ เกี่ยวกับการค้นคว้าบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงเป็นสองความเห็น

2.1 ความเห็นแรก เห็นว่าควรมีการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องการค้นคว้าบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะถูกล่วงละเมิด หรือเพื่อคุ้มครองการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ หรือควรเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 ให้กรณีการค้นคว้าบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ต้องให้หญิงเป็นผู้ทำการตรวจค้น

2.2 ความเห็นที่สอง เห็นว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะ แต่การบังคับใช้กฎหมายควรคำนึงถึงเพศสภาพของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงเพื่อมิให้เป็นการละเมิดสิทธิ และเพื่อมิให้มีการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศของผู้ทำการค้น

ผู้วิจัยเห็นว่า หากพิจารณาในด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและชอบธรรม ทั้งต่อผู้ค้นและผู้ถูกค้นนั้น กฎหมายไทยในปัจจุบันบัญญัติไว้เฉพาะในส่วนของการค้นคว้าเพศชายและเพศหญิงเท่านั้น ยังมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการค้นคว้าบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ซึ่งก็ก่อให้เกิดเป็นปัญหาในทางปฏิบัติปัจจุบันเพราะบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วควรต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในเรื่องนี้อย่างจริงจัง การไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่อาจถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ ย่อมไม่เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน มีศักดิ์ศรี

ของความเป็นมนุษย์ ทั้งความคิดและการกระทำที่ไม่มีการล่วงละเมิดได้ และไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการสอบสวนบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศการถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน...” ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นแยกเป็นสองกลุ่ม

1. กลุ่มแรกมีความเห็นว่า เป็นสิทธิที่มีอยู่แล้ว คือ ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศผู้เสียหายซึ่งเป็นชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงจะให้การต่อพนักงานสอบสวนหรือไม่ก็ได้ หากมีข้อขัดข้องต้องการเปลี่ยนตัวพนักงานสอบสวนก็ให้สามารถกระทำได้ และหากการสอบสวนไม่ได้กระทำให้เกิดความกระทบกระเทือนทางด้านจิตใจก็ควรดำเนินการสอบสวนไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและปฏิบัติต่อผู้เสียหายเช่นเดียวกับเพศหญิง แต่จะต้องดำเนินการสอบสวนโดยคำนึงถึงหลักความถูกต้องและเป็นธรรมให้เหมาะสมกับสภาพของผู้เสียหายในขณะนั้นมากที่สุดเท่านั้น

2. กลุ่มที่สองมีความเห็นว่า ควรให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้ทำการสอบสวน โดยมีนักจิตวิทยา หรือผู้เกี่ยวข้อง เข้าร่วมในการสอบสวนด้วย หรือไม่ก็ควรบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมให้การคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง โดยให้พนักงานสอบสวนหญิงทำการสอบสวน เพราะปัจจุบันชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงมีจำนวนเพิ่มขึ้นมากขึ้น ประกอบกับสังคมทั่วโลกก็ให้การยอมรับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงมากขึ้นด้วย โดยจะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและปฏิบัติต่อ

ผู้เสียหายเช่นเดียวกับเพศหญิงเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้กับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง และเพื่อให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในการสอบสวน ได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้อง ไม่ต้องใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่เพราะอาจเป็นช่องทางให้ใช้โอกาสกระทำการอันไม่เหมาะสมได้

ผู้วิจัยมีความเห็นเช่นเดียวกับกลุ่มความเห็นที่สอง ซึ่งมีความเห็นว่าควรบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้ทำการสอบสวนผู้เสียหาย ซึ่งเป็นบุคคลผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิให้กับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้ว และเพื่อให้ผู้ปฏิบัติได้กระทำอย่างถูกต้อง ทั้งยังเป็นทำให้ความคุ้มครองสภาพจิตใจของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ให้มีความรู้สึกเหมือนถูกระงับการสืบสวนสอบสวนของพนักงานสอบสวน แม้กลุ่มแรกจะมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกระทำ แต่จะต้องดำเนินการสอบสวนโดยคำนึงถึงหลักความถูกต้องและเป็นธรรมให้เหมาะสมกับสภาพของผู้เสียหายในขณะนั้นก็ตาม ลักษณะดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะให้บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงซึ่งอยู่ในฐานะผู้เสียหาย ต้องได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสภาพจิตใจ ไม่ให้เกิดการกระทบกระเทือนกับความรู้สึก

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ข้อมูลกรณีที่บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงจะต้องถูกคุมขังในเรือนจำตามกฎหมาย

ผู้ตอบแบบสอบถามมีความคิดเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกัน คือ เห็นสมควรให้มีการแยกสถานที่คุมขังนักโทษระหว่างนักโทษชาย นักโทษหญิง และนักโทษที่เป็นชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง หรืออาจใช้วิธีการกำหนดเขตแดนพิเศษแยกต่างหากสำหรับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง หรือหากสถานที่คุมขังไม่เพียงพอก็อาจใช้วิธีการคุมขังร่วมกับนักโทษหญิงก็ได้ รวมถึงการแยกเรือนนอนด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองและป้องกัน

บุคคลซึ่งเป็นนักโทษที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงมิให้ถูกทำร้ายหรือถูกคุกคามทางเพศขณะถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ รวมถึงการถูกรังเกียจถูกดูหมิ่น เป็นการให้ความคุ้มครองเพื่อให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งผู้วิจัยก็มีความเห็นเช่นเดียวกันว่า เมื่อสังคมมีชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงจำนวนเพิ่มมากขึ้นในทุกวันก็เปรียบเสมือนสังคมให้การยอมรับกับบุคคลกลุ่มนี้มากขึ้น กฎหมายควรคุ้มครองสิทธิของชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงด้วย เพราะเมื่อบุคคลกลุ่มนี้กระทำความผิด ตกเป็นจำเลย และจะต้องถูกคุมขังในเรือนจำ การคุมขังบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงร่วมกับเพศชาย อาจทำให้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศมีความรู้สึกไม่ปลอดภัย

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ข้อมูลเรื่องการทำงานของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง

ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นเกี่ยวกับการเลือกงานโดยอิสระ ภายใต้เงื่อนไขอันยุติธรรม และเป็นประโยชน์แห่งการทำงานของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง เป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ควรได้รับโอกาสและสิทธิอย่างเท่าเทียมกันกับบุคคลที่เป็นเพศชายและเพศหญิงตามหลักสิทธิมนุษยชน เพราะบุคคลทุกเพศควรได้รับความเสมอภาคในการทำงานหรืออาชีพ ที่สามารถกำหนดได้โดยอิสระ โดยไม่มีการแบ่งแยกเพศ และบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วก็ควรได้รับความคุ้มครองในการทำงานบางประเภทเช่นเดียวกับเพศหญิง เช่น งานแบกหาม การปฏิบัติงานในที่สูงซึ่งมีความเสี่ยง เป็นต้น ซึ่งความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อกำหนดในกฎหมายแรงงาน มาตรา 15 ที่บัญญัติให้นายจ้างต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน มาตรา 38 บัญญัติห้ามมิให้นายจ้างหรือลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงทำงานบางประเภท และในมาตรา 40 บัญญัติกำหนดเวลาในการทำงานของ

ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงให้ทำงานเฉพาะในบางเวลาเท่านั้น รวมถึงการให้กำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้ ลูกจ้างอย่างเท่าเทียมกันในงานที่มีลักษณะคุณภาพ และปริมาณเท่ากันหรืองานที่มีค่าเท่าเทียมกันในอัตรา ค่าจ้างที่เท่าเทียมกันไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือ หญิง ตามมาตรา 53 เห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวควร บังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องและเป็นธรรมแก่บุคคลที่ ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วด้วย ในเรื่อง การจ้างงานบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงควร ได้รับการคุ้มครองสิทธิในการทำงานโดยการให้สิทธิ ในการทำงาน เลือกลงงานโดยอิสระ มีการกำหนดหลัก เกณฑ์ที่เหมาะสมตามลักษณะของงาน เช่น การไม่ ให้ทำงานในที่สูง หรืองานที่ต้องมีความเสี่ยง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัจจุบันการจ้างงานบุคคล ที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ยังมีความไม่เท่า เทียมกันกับบุคคลเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น เพื่อ เป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงควรมี การกำหนดมาตรการในการห้ามเลือกปฏิบัติต่อเพศที่ มีการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วในการจ้าง แรงงาน เพราะบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วคือบุคคล หนึ่งที่มีความเป็นมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชน ควร ได้รับการคุ้มครองสิทธิ นอกจากนี้ชายที่ผ่าตัดแปลง เพศเป็นหญิงส่วนใหญ่จะมีบุคลิกที่โดดเด่น ซึ่งก็จะ เป็นเอกลักษณ์ประจำตัวของแต่ละคน การจ้างบุคคล เหล่านี้เข้าทำงานก็พิจารณาตามความเหมาะสมได้ขึ้น อยู่กับลักษณะของงานและความต้องการของนายจ้าง เพราะในปัจจุบันสังคมวงการบันเทิง ธุรกิจความงาม ส่วนใหญ่ให้การยอมรับบุคคลชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็น หญิงเทียบเท่ากับเพศหญิง แต่ในวงราชการยังไม่ให้การ ยอมรับเท่าที่ควร โดยสภาพสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลง ทางเพศอย่างมาก สังคมควรให้โอกาสและยอมรับชาย ที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วเช่นกัน

ข้อค้นพบจากการสัมภาษณ์และการวิเคราะห์ ข้อมูลเรื่องสิทธิในการสมรสของบุคคลที่ผ่าตัดแปลง

เพศจากชายเป็นหญิง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่บัญญัติให้ “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิง มีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว...” ผู้ตอบแบบสอบถามมี ความคิดเห็นที่แตกต่างกัน คือ

1. ความเห็นแรก เห็นว่าสังคมปัจจุบันให้การ ยอมรับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงมากขึ้น กฎหมาย ควรให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสกับชายที่ผ่าตัด แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ให้สามารถจดทะเบียนสมรส กับเพศชายได้ แต่บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจะต้องมี หนังสือรับรองจากแพทย์ว่าได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ โดยสมบูรณ์แล้วเท่านั้นและคู่สมรสอีกฝ่ายต้องได้ตรวจ สอบและรับรู้แล้วว่าเพศกำเนิดของคู่สมรสตนไม่ใช่เพศ หญิง การให้สิทธิในการจดทะเบียนสมรสทำให้ชายที่ ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ได้รับสิทธิตามกฎหมายที่จะ เกิดขึ้นภายหลังจดทะเบียนสมรส

2. ความเห็นที่สอง ไม่เห็นด้วยที่จะให้สิทธิในการ จดทะเบียนสมรส เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุณยศาสตร์ มาตรา 1448 มีเจตนารมณ์คุ้มครองบุคคล เรื่องการสมรส หากให้สิทธิชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็น หญิงให้สามารถจดทะเบียนสมรสได้ด้วยก็อาจจะอาจส่ง ผลกระทบต่อระบบกฎหมายเรื่องครอบครัว มรดก โดย ภาพรวมได้ แต่ควรมีกฎหมายบัญญัติคู่ชีวิตเพื่อให้การ รับรองเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินกรณีการใช้ชีวิตร่วมกัน จะเหมาะสมกว่า

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการ สมรสของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุณยศาสตร์ มาตรา 1448 ที่กำหนดหลักเกณฑ์การสมรสว่า ต้องเป็นการกระทำระหว่างเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถทำการสมรสกันได้เลย ขัด กับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 25 และมาตรา 27 และขัด กับหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ถือเป็น

เป็นการละเมิดสิทธิ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยเหตุผล เรื่องเพศซึ่งมีความแตกต่างจาก

สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ที่ส่งเสริมความเสมอภาคในเรื่องของเพศ และการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน เมื่อประเทศไทยมีการร่างพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งตามมาตรา 3 กำหนดเกี่ยวกับ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” ก็ควรให้สิทธิบุคคลเพศเดียวกันที่อยู่ร่วมกัน หรือไม่เช่นนั้นก็ควรบัญญัติกฎหมายรองรับการใช้ชีวิตคู่ของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันให้มีความมั่นคงในชีวิตคู่เหมือนกับการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของคู่สมรสต่างเพศ

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ทั้งการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ สิทธิในกรณีถูกค้นตัวและการควบคุมตัว สิทธิในกรณีถูกสอบสวน สิทธิในกรณีถูกคุมขัง และการคุ้มครองสิทธิทางสังคม อันได้แก่ สิทธิในการทำงานอย่างยุติธรรม สิทธิในการสมรส ทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ยังไม่ได้รับการยอมรับและได้รับความคุ้มครองจากประเทศไทย เพราะยังคงยึดถือเพศที่ติดตัวมาแต่กำเนิดในการแยกแยะเพศเป็นสำคัญ ทั้งที่ปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติเรื่อง หลักความเสมอภาคของบุคคลไว้แล้ว ประกอบกับเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2558 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พุทธศักราช 2558 ซึ่งมีผลให้การเลือกปฏิบัติทางเพศไม่สามารถกระทำได้เพราะกฎหมายห้ามกระทำการอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อมเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง

หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ซึ่งก็รวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงด้วย

1. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในกรณีถูกค้นตัวและการควบคุมตัว

ควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 วรรคสอง เป็นว่า “การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นหญิงหรือชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น” ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวย่อมต้องคำนึงไปถึงการควบคุมตัวชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงว่า กรณีที่ค้นแล้วพบสิ่งผิดกฎหมายและมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวไว้ที่สถานีตำรวจต้องแยกห้องควบคุมชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง โดยควบคุมรวมกับผู้ต้องหาที่เป็นเพศหญิง หรือแยกควบคุมไว้ห้องอื่นเป็นการเฉพาะจากผู้ต้องหาเพศชาย

2. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในกรณีถูกสอบสวน

เสนอแนะให้แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสี่ เป็นว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศการถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงหรือชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้” ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงให้ได้รับความคุ้มครองด้านจิตใจทำให้ไม่ถูกละเมิดสิทธิหรือมีความรู้สึกถูกรังแกทำซ้ำ เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนเรื่องสิทธิในการมีชีวิต ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต มีความมั่นคงแห่งบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย และมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

3. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิกรณีถูกคุมขัง

เสนอแนะให้เพิ่มเติมคำนิยามศัพท์ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2560 คำว่า “เพศของผู้ต้องขัง หมายถึง เพศชาย เพศหญิง และบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง” เพื่อเชื่อมโยงไปถึงการกำหนดแดนคุมขังพิเศษสำหรับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง อาจเริ่มต้นด้วยการตรวจสอบจำนวนผู้ต้องขังที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศที่ถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำชายทั่วประเทศว่ามีจำนวนมากน้อยเพียงใดเพื่อจะได้กำหนดแนวทางในการดำเนินการโดยอาจกำหนดสถานที่คุมขังไว้ที่จังหวัดใดจังหวัดหนึ่งโดยเฉพาะ เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วให้ย้ายตัวผู้ต้องขังไปคุมขังไว้ที่เรือนจำเดียวกันเพื่อความสะดวก ปลอดภัย ประกอบกับพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2560 มาตรา 48 บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานเรือนจำมีอำนาจสั่งให้ผู้ต้องขังทำงานอย่างหนึ่งอย่างใดในเรือนจำ ดังต่อไปนี้ (1) ทำงานสาธารณะ (2) ทำงานรักษาความสะอาดหรืองานสุขาภิบาลของเรือนจำ (3) ทำงานบำรุงรักษาเรือนจำ (4) ทำงานอื่นใดเพื่อประโยชน์ของทางราชการ

การทำงานของผู้ต้องขังตามวรรคสองจะต้องสอดคล้องกับการจำแนกลักษณะและการจัดแยกคุมขัง ผู้ต้องขังตามมาตรา 31 โดยเรือนจำจะต้องจัดงานให้เหมาะสมกับความพร้อมด้านร่างกายและจิตใจ กำหนดเวลาทำงานและวันหยุดประจำสัปดาห์ กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองรักษาความปลอดภัยและสุขภาพให้แก่ผู้ต้องขังและลักษณะของงานสาธารณะ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ตามที่กำหนดในระเบียบกรมราชทัณฑ์” ซึ่งหากได้มีการแยกประเภทการคุมขังตามเพศจากการนิยามศัพท์เพิ่มเติมแล้ว การใช้อำนาจในการสั่งให้ผู้ถูกคุมขังทำงานตามมาตรา 48 ก็จะต้องคำนึงถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงด้วยว่า ควรจะพิจารณาให้ทำงานใน

ลักษณะเช่นเดียวกับเพศหญิงด้วย

4. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการทำงานอย่างยุติธรรม

เสนอแนะให้เพิ่มเติมคำนิยามศัพท์ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ว่า “บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง ให้ถือปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกับเป็นเพศหญิง” มีผลเกี่ยวพันไปถึงมาตรา 15 ที่กำหนดหลักเกณฑ์โดยให้นายจ้างปฏิบัติโดยเท่าเทียมระหว่างลูกจ้างชายกับลูกจ้างหญิงและบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง โดยให้ปฏิบัติเสมือนว่าเป็นเพศหญิง และเกี่ยวพันไปถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 38 ที่บัญญัติห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงทำงานบางอย่างในบางประเภท เช่น การทำงานในที่สูง หรือการทำงานที่มีความเสี่ยง และมาตรา 40 ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างเพศหญิงทำงานที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของหญิงนั้น ในบางช่วงเวลา หากเพิ่มเติมนิยามศัพท์ในมาตรา 5 จะทำให้บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงได้รับความคุ้มครองจากการทำงานด้วย การกำหนดให้ความคุ้มครองเช่นนี้เหมาะสมอย่างยิ่งเพราะสามารถแก้ไขปัญหาทางสังคม เรื่องการไม่ได้รับความคุ้มครองในการทำงานของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงได้ สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนข้อ 23 ซึ่งมีสาระสำคัญว่าทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองการทำงาน ทางสังคมอื่นๆ อันได้แก่ การคุ้มครองในเรื่องการทำงานอันควรค่าแก่ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เป็นต้น

5. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการสมรส

เสนอแนะให้แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 โดยบัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิง หรือชายและชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง มีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรส

ก่อนนั้นได้” บุคคลที่ฝ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง จะได้รับความคุ้มครอง โดยหากกฎหมายอนุญาตให้ สมรสกับเพศชายได้ การสมรสย่อมทำให้คู่สมรสเกิด สิทธิหน้าที่ระหว่างกัน ทั้งสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิ ตามกฎหมายอื่น อันได้แก่ สิทธิในการตัดสินใจรักษา พยาบาล สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม สิทธิในการให้ และรับมรดก สิทธิในผลประโยชน์และสวัสดิการของรัฐ สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน สิทธิในการจัด ทรัพย์สิน สิทธิในการเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา เป็นต้น

สอดคล้องกับหลักปฎิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 16 ที่ว่าทุกคนเกิดมาเท่าเทียม มีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี เสรีภาพในการแต่งงาน ชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์แล้ว มีสิทธิที่จะทำการสมรส โดยปราศจากการจำกัดใดๆ การสมรสจะกระทำกันโดย ความยินยอมอย่างอิสระ และเต็มใจของผู้ที่จะเป็นคู่ สมรสเท่านั้น เพราะครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและ พื้นฐานของสังคม ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง จากสังคมและรัฐ

References

- Archavanitkul, K., & Thongsima, W. (2005). *Women in gender rights discourse*. Department of Women's Studies, Faculty of Social Sciences, Chiang Mai University. [In Thai]
- Boondech, P. (2018). *Family law explanation* (23rd ed.). The Institute of Legal Education Thai Bar Association. [In Thai]
- Boonprakong, B. (2008). *Universal declaration of human rights*. Department of International Organization, Ministry of Foreign Affairs. [In Thai]
- Civil and Commercial Code B.E. 2535*. (1992). Retrieved from <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%BB03/%BB03-20-9999-update.pdf> [In Thai]
- Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560. (2017). *Royal Thai Government Gazette*, 134(40 A), 1-90 [In Thai]
- Corrections Act B.E. 2560. (2017). *Royal Thai Government Gazette*, 134(21 A), 1-24 [In Thai]
- Criminal Procedure Code of Thailand B.E. 2477*. (1930). Retrieved from <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=570066&ext=pdf> [In Thai]
- Gender Recognition Act*. (2004). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>
- Iowa Code*. (2022). Retrieved from <https://www.legis.iowa.gov/law/iowaCode>
- Kampusiri, P. (2017). *Including family law articles* (5th ed.). Winyuchon. [In Thai]
- Labour Protection Act B.E. 2541. (1998). *Royal Thai Government Gazette*, 115(8 A), 1-44 [In Thai]
- Prison Act*. (1952). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6and1Eliz2/15-16/52/contents>
- Regulations of the Medical Council on Ethical Treatment of the Medical Profession: Criteria for Sex Change Treatment B.E. 2552. (2009). *Royal Thai Government Gazette*, 126(Special 77 D), 37-38 [In Thai]
- Sangsikaew, W. (2013). *The law recognizes gender reassignment status in European countries*. Retrieved from http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b39%20jun_2_4.pdf [In Thai]