

ปัญหาทางกฎหมายในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายที่เป็นเพศหญิง ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา¹

ธนพนธ์ วัฒนกุล²

ความเชื่อเรื่องความเป็นหญิงและความเป็นชาย ตามความคาดหวังของสังคมได้ถูกถ่ายทอดเข้าสู่ระบบความคิดของคนทั่วไป ผ่านระบบสังคมในสถาบันต่าง ๆ เพื่อให้เห็นว่าสิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องธรรมชาติ นับตั้งแต่สถาบันครอบครัว สถาบันการศึกษา ระบบกฎหมาย ระบบการแพทย์ สถาบันศาสนา เป็นต้น ทำให้คนในสังคมส่วนใหญ่เชื่อและยอมรับว่า เพศของมนุษย์มีเพียง 2 เพศ คือ ชายและหญิงเท่านั้น และเชื่อว่าการสัมพันธ์ทางเพศที่ถูกต้องดีงาม คือ ความสัมพันธ์ระหว่างคนต่างเพศในระบบครอบครัวเท่านั้น ในขณะที่ปรากฏการณ์ในสังคม มนุษย์แต่ละคนสามารถดำเนินชีวิตตรงตามความคาดหวังทางสังคมหรือแตกต่างไปจากนั้น รวมถึงการมีวิถีทางเพศที่หลากหลายมากกว่าความสัมพันธ์แบบรักต่างเพศเท่านั้น บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศถูกมองว่าเป็นคนผิดปกติจากคนทั่วไป ขณะที่เรื่องราวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศปรากฏมากขึ้นในสังคมทั้งในทางบวกและทางลบ สิ่งเหล่านี้กลายเป็นสิ่งที่ท้าทายระบบความเชื่อเดิม และส่วนหนึ่งทำให้คนทั่วไปเข้าใจว่า สังคมไทยได้เปิดกว้างสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ความรู้เรื่องของเพศในอดีตนั้นถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของมนุษย์ อีกทั้งเรื่องเพศยังถูกมองว่าเป็นเรื่องของธรรมชาติ เป็นความต้องการพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ เรื่องเพศที่ถูกต้องดีงามมักถูกจัดวางให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมชาติที่มนุษย์ในสังคมสามารถสังเกตเห็นได้อย่างชัดเจนในสังคม ส่วนใหญ่แล้วบุคคลแยกสภาพเพศโดยใช้ธรรมชาติเป็นเกณฑ์ มีความเชื่อว่าเพศนั้นไม่สามารถจะเปลี่ยนแปลงได้ แต่สำหรับผู้ที่มีจิตใจไม่เป็นไปตามเพศสรีระทางการแพทย์ถือว่าเป็นความผิดปกติเพราะเอาร่างกายมาเป็นเกณฑ์ในการวัด ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการที่ร่างกายไม่ตรงกับจิตใจจึงมีความพยายามอย่างเต็มที่ที่จะปรับเปลี่ยนร่างกายของตนให้เข้ากับสภาพจิตใจ โดยมีวิวัฒนาการทางการแพทย์มาช่วยรองรับความต้องการดังกล่าว เพื่อให้ตนเองได้มีเพศสภาพชีวิตที่ปราศจากความขัดแย้งกันระหว่างร่างกายกับจิตใจของตนเอง โดยอ้างอิงความเป็นเพศใดเพศหนึ่งในสังคม เพื่อให้ตนเองสามารถดำรงอยู่ได้ในสังคมที่มีความเชื่อเรื่องสองระบบเพศจะเห็นได้โดยทั่วไปว่ามีกลุ่มบุคคลที่เรียกแทนกลุ่มเขาเหล่านี้ว่ากลุ่ม LGBT โดยย่อมาจาก

- Lesbian (กลุ่มผู้หญิงรักผู้หญิง)
- Gay (กลุ่มผู้ชายรักผู้ชาย)

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายที่เป็นเพศหญิง ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ซึ่งได้ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการสอบ ดังมีรายนามต่อไปนี้ รองศาสตราจารย์จตุพร วงศ์ทองสรรค์ ประธานกรรมการ รองศาสตราจารย์ประเทือง ธนิยผล และรองศาสตราจารย์รัล เล็งวิทยา เป็นกรรมการ

²นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

- Bisexual (กลุ่มที่รักได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง)
- Transgender (กลุ่มคนที่ข้ามเพศ จากเพศชายเป็นเพศหญิง หรือจากเพศหญิงเป็นเพศชาย)

กลุ่มคนเหล่านี้จึงพยายามที่จะต่อสู้เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายและสังคมตามความเหมาะสม

ประเทศไทยได้ร่วมลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาตั้งแต่ต้น แม้ปฏิญญาดังกล่าวจะมีได้มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศอันจะก่อให้เกิดพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ประเทศไทยก็ได้พยายามปฏิบัติการให้เป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดไว้ในปฏิญญาดังกล่าวด้วยดีตลอดมาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้ให้การยอมรับว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน ดังจะเห็นได้จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 1 และ ข้อ 2 ที่มุ่งเน้นเคารพสิทธิและอิสรภาพเหล่านี้ ด้วยมาตรการแห่งชาติและระหว่างประเทศ โดยวางหลักไว้ว่า

“ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างในตนมีเหตุผลและมีโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ

ข้อ 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนใด อาชีพ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัดไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”

จากหลักปฏิญญาสากลที่ได้นำมากล่าวอ้างนี้จะเห็นได้ว่าความแตกต่างทางเพศสภาพนั้น ไม่เป็นข้ออ้างในการที่จะเลือกปฏิบัติกับบุคคลอื่น แม้ในปัจจุบันนี้เหล่าบรรดาบุคคลในกลุ่ม LGBT โดยเฉพาะในกลุ่มของ Transgender (กลุ่มคนที่ข้ามเพศ จากเพศชายเป็นเพศหญิง หรือจากเพศหญิงเป็นเพศชาย) จะได้มีการยอมรับว่ามีตัวตนอยู่ในสังคมและมีสิทธิมากขึ้นกว่าเดิมแต่ก็ยังมีสิทธิบางประการที่กลุ่มคนเหล่านี้ยังคงถูกเลือกปฏิบัติจากคนในสังคมที่แตกต่างเห็นได้ชัด

หากจะกล่าวถึงกฎหมายที่เปรียบเทียบได้อย่างชัดเจนในความไม่เท่าเทียมในสังคมของบุคคลกลุ่ม Transgender ก็เช่น กฎหมายครอบครัวที่ทำให้เขาไม่สามารถจดทะเบียนกับคนที่เขารักได้ส่งผลไปถึงทรัพย์สิน ค่าอุปการะ และการมีบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย และปัญหาสำคัญอีกประการคือสิทธิในกระบวนการยุติธรรมยังไม่ได้คุ้มครองบุคคลกลุ่ม Transgender ได้อย่างเหมาะสม ในผลงานชิ้นนี้เพื่อให้การศึกษามีขอบเขตอย่างชัดเจนในการศึกษา ผู้ศึกษาจึงขอวิเคราะห์ในส่วนของกลุ่มของเพศชายเป็นเพศหญิงเท่านั้น ดังจะกล่าวเป็นปัญหาพร้อมกับการเสนอแนวแก้ไขทางกฎหมาย ดังนี้

1) ปัญหาในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายที่เป็นเพศหญิงในการค้นตัว

จากการศึกษาค้นคว้าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 ของประเทศไทย กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แก้ไขฉบับที่ 4 (Fourth Amendment) กฎหมายว่าด้วยกฎหมายตำรวจและพยานหลักฐาน PACE ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของ

ฝรั่งเศสแล้ว เห็นว่า การตรวจค้นตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด ของทั้งสี่ประเทศมีความพยายามในการสร้างกระบวนการในการตรวจค้นตัวบุคคลทั้งก่อนการตรวจค้น ระหว่างการตรวจค้น และหลังทำการตรวจค้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลประเทศต่าง ๆ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส โดยกฎหมายมีหลักและแนวคิดมุ่งเน้นให้ความคุ้มครองในด้านสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล เป็นสำคัญ การค้นตัวจะต้องมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลนั้นมีอาวุธซึ่งอาจใช้ทำร้าย เจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่นในบริเวณนั้น ประกอบกับต้องมีข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจง ที่มีความสมเหตุสมผลหรือข้อเท็จจริงแวดล้อมที่น่าเชื่อถือ ไม่กระทบสิทธิในร่างกายและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และผู้ถูกค้นต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเกือบทุกประเทศให้อำนาจแก่ตำรวจหรือเจ้าพนักงานเฉพาะเรื่องเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจค้นตัวบุคคล และยังไม่มีกฎหมายของประเทศใดกำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิของการค้นตัวเป็นการเฉพาะกับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ซึ่งบุคคลกลุ่มนี้จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในเรื่องของการค้นตัว เนื่องจากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงสภาพจิตใจของบุคคลเหล่านี้จะเป็นเหมือนกับเพศหญิง คนกลุ่มนี้จะมีความรู้สึกว่าตนเองไม่ได้รับความปลอดภัยหากต้องถูกตรวจค้นโดยเพศชาย รู้สึกเหมือนกำลังถูกล่วงละเมิดทางเพศ ทำให้เกิดความเหนียวอาย และในขณะเดียวกันก็มีความรู้สึกเหมือนโดนกระทบสิทธิของความเป็นหญิง ซึ่งผู้เขียนก็มีความเห็นว่า หากมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจนให้ความคุ้มครองในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเรื่องของการค้นตัวชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงว่าต้องให้เพศหญิงทำการค้นตัว ก็จะเป็นการเหมาะสมอย่างมาก ด้วยสภาพของสังคมและยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งยังเป็นไปตามปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ให้สิทธิความเสมอภาคเท่าเทียมกันหากได้มีการรับรองและคุ้มครองชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง เนื่องจากในสังคมปัจจุบันนี้ ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงมีอยู่ในทุกประเทศทั่วโลก และถือเป็นบุคคลอีกกลุ่มบุคคลหนึ่งที่มีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้น

เห็นว่าสมควรแก้ไข มาตรา 85 และมาตรา 93 ดังนี้

มาตรา 85 ให้บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้ มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหา และยึดสิ่งของต่าง ๆ ที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้”

การค้นนั้นจะต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงหรือผู้ที่มีร่างกายเช่นเดียวกับหญิงต้องให้เจ้าพนักงานผู้จับที่เป็นหญิงเป็นผู้ค้น

สิ่งของใดที่ยึดไว้เจ้าพนักงานมีอำนาจยึดไว้จนกว่าคดีถึงที่สุด เมื่อเสร็จคดีแล้วก็ให้คืนแก่ผู้ต้องหาหรือแก่ผู้อื่น ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องขอคืนสิ่งของนั้น เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น”

มาตรา 93 ให้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ทำการค้นบุคคลใดในที่สาธารณะ เว้นแต่ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ค้นในเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลนั้นมีสิ่งของในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิดหรือซึ่งมีไว้เป็นความผิด

การค้นตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 85 วรรคสอง มาบังคับใช้ต่อไป”

2) ปัญหาในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายที่เป็นเพศหญิง ในการสอบสวน

จากการค้นคว้าศึกษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวนที่บัญญัติเรื่องการสอบปากคำในชั้นสอบสวนของพนักงานสอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอม หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้” การที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศเฉพาะการถามปากคำผู้เสียหายที่เป็นหญิงเท่านั้น จะให้พนักงานสอบสวนหญิงทำการสอบสวน ซึ่งในความเป็นจริงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อาจเกิดกับผู้เสียหายที่เป็นชายผ่าตัดแปลงเป็นหญิงก็ได้ การให้พนักงานสอบสวนชายทำการสอบสวนผู้เสียหายที่เป็นชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงอาจไม่เหมาะสมนัก เพราะในการสอบสวนจะต้องสอบถามอย่างละเอียดถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ระหว่างการสอบสวนถ้อยคำบางคำ หรือคำถามบางคำถามอาจเกิดผลกระทบกับจิตใจของผู้เสียหายที่ทำให้รู้สึกเหมือนถูกกระทำซ้ำ รู้สึกว่าตนกำลังถูกละเมิดสิทธิ การให้พนักงานสอบสวนหญิงทำการสอบสวนผู้เสียหายที่เป็นชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง จะทำให้มีความเข้าใจในความเป็นเพศหญิงมากกว่าสามารถใช้คำถามได้อย่างเหมาะสมนุ่มนวล ผู้เสียหายกลัวที่จะเปิดเผยข้อมูลมากขึ้นเพราะแม้เพศกำเนิดของชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงจะเป็นเพศชาย แต่สภาพจิตใจของบุคคลดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปเหมือนกับเพศหญิงแล้ว กฎหมายไทยควรให้ความสำคัญคุ้มครองด้านการสอบสวนกับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง กฎหมายเรื่องการสอบสวนของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้กำหนดไว้เช่นกันว่าการสอบสวนผู้เสียหายที่เป็นบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ จะต้องให้พนักงานสอบสวนชายหรือหญิงทำหน้าที่ในการสอบสวนเพียงแต่กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจชั้นพลตำรวจสายตรวจมีอำนาจสอบสวนได้ ซึ่งจะยิ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงที่จะต้องถูกสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ซึ่งอาจขาดความรู้ความสามารถและทักษะในการถาม ส่งผลกระทบกระเทือนต่อสภาพจิตใจของบุคคลผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงที่ต้องถูกสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องการสอบสวนของสหราชอาณาจักรกำหนดอำนาจการสอบสวนของตำรวจไว้เพียงว่าให้มีอำนาจกระทำเพื่อที่จะทราบว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญหรือมีการบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องการสอบสวนผู้เสียหายที่เป็นบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องให้ดำเนินการสอบสวนโดยบุคคลใดและกระทำในลักษณะใดและในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติเรื่องการสอบสวนให้การปฏิบัติหน้าที่สืบสวนและสอบสวน ตำรวจฝ่ายคดีอยู่ใต้การกำกับและควบคุมของพนักงานอัยการประจำศาลชั้นต้น มิได้กำหนดเรื่องการสอบสวนบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในฐานะผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร และใครจะทำการสอบสวนคงกำหนดไว้เพียงแต่อำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของพนักงานสอบสวนเท่านั้น ยังไม่มีหลักกฎหมายที่กำหนดเรื่องการสอบสวนบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นการเฉพาะ ทำให้เกิดปัญหาการถูกละเมิดสิทธิจากการสอบสวนผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาจากการกระทำของผู้ต้องหา จะเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายประเทศไทย ประเทศ

สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่บัญญัติเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการสอบสวนผู้เสียหายที่เป็นบุคคลที่ฝ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ว่าจะต้องมีการสอบสวนในลักษณะใด และจะต้องมีบุคคลใดเป็นผู้ทำการสอบสวน กฎหมายไทยควรได้มีการปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับเรื่องนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลที่ฝ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงให้ได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อไป

เห็นว่าสมควรแก้ไขมาตรา 133 ดังนี้

มาตรา 133 “พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกผู้เสียหายหรือบุคคลใดซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่าถ้อยคำของเขาอาจเป็นประโยชน์แก่คดีให้มาตามเวลาและสถานที่ใน หมายแล้วให้ถามปากคำบุคคลนั้นไว้

การถามปากคำนั้นพนักงานสอบสวนจะให้ผู้ที่ให้ถ้อยคำสาบานหรือปฏิญาณตัวเสียก่อนก็ได้ และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยพยานบุคคล

ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือน พุดให้ท้อใจหรือใช้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำ ซึ่งอาจจะให้ด้วยความเต็มใจ

ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงหรือผู้ที่มีร่างกายเช่นเดียวกับหญิง ให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานยืนยันตัวผู้กระทำความผิด ในชั้นจับกุม หรือชี้ตัวผู้ต้องหาในคดีอาญา ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือพนักงานสอบสวนจัดให้มีการยืนยันตัวผู้กระทำความผิดหรือชี้ตัวผู้ต้องหา ในสถานที่ที่เหมาะสม และสามารถจะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาเห็นตัวผู้เสียหายหรือ พยาน โดยให้คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้เสียหายหรือพยานเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ แห่งกรณี เว้นแต่ผู้เสียหายหรือพยานนั้นยินยอม และให้บันทึกความยินยอมนั้นไว้”

3) ปัญหาในการปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายที่เป็นเพศหญิงในการคุมขัง

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุมขังของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ทุกประเทศล้วนแต่ไม่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องของการคุมขังบุคคลที่ฝ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง จะกล่าวถึงก็แต่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกคุมขังโดยทั่วไป ตามกฎหมายของราชทัณฑ์ไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่เป็นชายฝ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง แม้แต่ในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 8. กำหนดว่า “นักโทษชายและหญิงต้องแยกจำคุกต่างเรือนจำกันหากเป็นไปได้ แต่หากเรือนจำใดรับทั้งนักโทษชายและหญิงจะต้องแยกแดนจำคุกสำหรับชายและหญิงออกจากกันโดยเด็ดขาด...” กฎข้อ 8 แสดงให้เห็นชัดเจนในความจำเป็นต้องให้ผู้ชายและผู้หญิงถูกคุมขังแยกออกจากกัน แต่ด้วยผลกระทบจากการขาดแคลนสถานที่สำหรับผู้คุมขังหญิง ทำให้ผู้หญิงและเด็กหญิงในหลายประเทศถูกคุมขังในสถานที่ที่มีผู้ชายและผู้หญิงร่วมใช้

สถานที่เดียวกันเห็นได้ว่า องค์การสหประชาชาติให้ความสำคัญกับการคุมขังเพศชายและเพศหญิงที่จะต้องแยกจากกันโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ ก็เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องการละเมิดสิทธิทางเพศ การใช้ชีวิตอยู่ในเรือนจำ หรือการปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขังในเรือนจำ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อสังคมมีบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้ว กฎหมายควรคุ้มครองสิทธิของบุคคลกลุ่มนี้ด้วย เพราะเมื่อชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงกระทำความผิด ตกเป็นจำเลย และจะต้องถูกคุมขังในเรือนจำ การคุมขังร่วมกับเพศชาย จะทำให้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงมีความรู้สึกละอายใจและไม่ปลอดภัย เกรงว่าตนจะถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ แต่หากคุมขังชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงร่วมกับบุคคลเพศหญิงก็จะเกิดปัญหาในเรื่องของการถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม เนื่องจากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงไม่ใช่เพศหญิงโดยกำเนิด อาจทำให้เกิดปัญหาความอิจฉาริษยา ทะเลาะวิวาท ทำให้เรือนจำกลายเป็นสถานที่ที่ไม่ปลอดภัยของผู้ต้องขังอีกต่อไป

เห็นว่าสมควรแก้ไขมาตรา 4 และมาตร 31 ดังนี้

มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“เรือนจำ” หมายความว่า ที่ซึ่งใช้ควบคุม ขัง หรือจำคุกผู้ต้องขังกับทั้งสิ่งที่ใช้ต่อเนื่องกัน และให้หมายความรวมถึงที่อื่นใดซึ่งรัฐมนตรีได้กำหนดและประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่าอาณาเขตไว้โดยชัดเจนด้วย

“ผู้ต้องขัง” หมายความว่า รวมถึงนักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก

“ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ” หมายความว่าบุคคลซึ่งถูกขังไว้โดยมีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด

“นักโทษเด็ดขาด” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายจำคุกภายหลังคำพิพากษาถึงที่สุด และให้หมายความรวมถึงบุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้ลงโทษด้วย

“คนต้องขัง” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายขัง

“คนฝาก” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกฝากให้ควบคุมไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นโดยไม่มีหมายอาญา

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการราชทัณฑ์

“กรรมการ” หมายความว่า กรรมการราชทัณฑ์

“เจ้าพนักงานเรือนจำ” หมายความว่า ผู้ซึ่งมีคุณสมบัติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและอธิบดีได้แต่งตั้ง เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“อธิบดี” หมายความว่า อธิบดีกรมราชทัณฑ์”

มาตรา 31 “การจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำ ให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยอาศัยเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เพศของผู้ต้องขัง

(2) สถานะของผู้ต้องขัง

(3) ความประสงค์ในการพัฒนาพหุตินิสัยของผู้ต้องขัง

(4) ความมั่นคงของเรือนจำ

(5) ลักษณะเฉพาะทางของเรือนจำ

เพื่อประโยชน์ในการอบรม พัฒนาพหุตินิสัย และควบคุมผู้ต้องขัง อธิบดีจะสั่งให้จัดแบ่งอาณาเขตภายในเรือนจำออกเป็นส่วน ๆ โดยคำนึงถึงประเภทหรือชั้นของเรือนจำที่ได้จำแนกไว้และความเหมาะสมกับผู้ต้องขังแต่ละประเภทก็ได้

การจัดแบ่งอาณาเขตภายในเรือนจำตามวรรคสอง จะจัดโดยให้มีสิ่งกีดกันหรือขอบเขตที่แน่นอน และจัดแยกผู้ต้องขังแต่ละประเภทไว้ในส่วนต่าง ๆ ที่ได้จัดแบ่งนั้นก็ได้ ในกรณีที่เรือนจำใดโดยสภาพไม่อาจดำเนินการดังกล่าวได้ ให้แยกการควบคุมให้ใกล้เคียงกับแนวทางดังกล่าว

กรณีผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศให้สามารถร้องทุกข์แสดงความเห็นเกี่ยวกับเรือนจำที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์และวิถีทางเพศของตนต่อเจ้าพนักงานเรือนจำได้ในชั้นรับตัวตามมาตรา 36 และเพื่อประโยชน์ในการจำแนกและพัฒนาพหุตินิสัยของผู้ต้องขังดังกล่าวให้มีสิทธิยื่นคำร้องเช่นนั้นได้อีกแต่ต้องยื่นไม่เกินกำหนดเวลา 6 เดือนนับแต่ตนถูกจำแนก”

เอกสารอ้างอิง

กฤษฎีจิรัฐ คุณาจิรภรณ์. รายงานการวิจัย เรื่อง โครงสร้างของรัฐธรรมนุญสหรัฐอเมริกา กรณีศึกษา

เปรียบเทียบของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2561.

กระทรวงการต่างประเทศ. ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ, องค์การระหว่างประเทศ, 2551.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์, 2559.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2529.

คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน. สิทธิมนุษยชน รวบรวมสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2544.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สิทธิมนุษยชนของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ศรีเมืองการพิมพ์, 2550.

- คณิต ฅ นคร. **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538.
- ใจเอื้อ ชีวานนท์. “บทความการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเพศที่ 3 ในเรือนจำ.” **วารสารอาชญวิทยาและสังคมวิทยา** 4, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2564): 1-12.
- ชะวั้งชัย ภาคินธุ. **กระบวนการเรียนรู้และปฏิบัติการลัทธิมนุษยชน**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2548.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- ณรงค์ ใจหาญ. **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ธานี วรภัทร์. “กฎหมายบังคับโทษในประเทศไทย: การบังคับโทษจำคุก Penalty Law in Thailand: The Enforcement of Imprisonment.” **วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต** (มกราคม-มิถุนายน 2550): 25-35.
- . **กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- นัทธี จิตสว่าง. **โปรแกรมแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด**. กรุงเทพฯ: วัฒนพงศ์การพิมพ์, 2546.
- . **หลักทัณฑวิทยา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์ กรมราชทัณฑ์, 2547.
- น้ำแท้ มีบุญสร้าง. “กระบวนการยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา.” **บทบัญญัติ** 65, 4 (2552): 36-41.
- . “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศอังกฤษ.” **จูลินิติ** 6, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2552): 41-52.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของ กฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์, 2537.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญวิทยา**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญาภาคสอง บทนำทางประวัติศาสตร์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, 2526.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, สาขาวิชานิติศาสตร์. **กฎหมายสิทธิมนุษยชน**. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2548.
- รชฎ เจริญน้ำ. **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา 1**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.

ร็อดลีย์, ไนเจล, เซอร์ และพอลลาร์ด, แมทท์. การทรมานถือเป็นความผิดทางอาญา: พันธกรณีของรัฐภายใต้
อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติต่อต้านการทรมาน และการประทุษร้ายหรือการลงโทษอื่นที่
โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี. กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญา-
และกฎหมาย, 2544.

วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, คณะนิติศาสตร์, 2532.

วีระศักดิ์ แสงสารพันธ์. การบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ 1-5. นนทบุรี: สำนักพิมพ์-
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555.

สมชาย กษิติประดิษฐ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มูลนิธิเพื่อสิทธิและ-
ความเป็นธรรมทางเพศ, 2556.

สมยศ เชื้อไทย. ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536.

สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ, สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และอนิสมา มานะทน. การลงโทษผู้กระทำความผิดทาง
อาญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรังสิต, 2562.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สิทธิมนุษยชนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ประเทศไทย, 2555

อิทธิพร บุญประคอง. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ,
กรมองค์การระหว่างประเทศ, 2551.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

อุดม รัฐอมฤต. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2544.

อุทัย อาทิวะ. ตำรวจกับการสอบสวนคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส: รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญาฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วี. เจ. พรินต์ติ้ง, 2557.