

สิทธิคนข้ามเพศ: ศึกษากรณีขั้นตอนการดำเนินคดีอาญา
และการบังคับโทษในประเทศไทย
Transgender Rights: A Study on Criminal Procedure
and Punishment in Thailand

กษมา เดชรักษา¹
Kasama Dechraksa

Received: April 1, 2020

Revised: May 24, 2020

Accepted: May 25, 2020

บทคัดย่อ

มนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับภาวะเพศ โดยมนุษย์จะถูกจำแนกได้เป็นชายและหญิง ทำให้เกิดผลตามมาทั้งในเชิงสังคมและวัฒนธรรม พระคัมภีร์ไบเบิลบัญญัติว่า พระเจ้าสร้างมนุษย์คู่แรก คือ อัดัมและเอวา เป็นคู่กัน เพื่อดำรงเผ่าพันธุ์มนุษย์ ความเป็นเพศชายและความเป็นเพศหญิงจึงถูกมองว่าเป็นสิ่งที่คู่กัน เพราะสามารถที่จะสืบพันธุ์และให้กำเนิดมนุษย์ได้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้กฎหมายตามธรรมชาติ มนุษย์สามารถที่จะมีรสนิยมทางเพศหรือความพึงพอใจทางเพศแตกต่างไปจากเอกลักษณ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น ซึ่งรวมถึงกลุ่มของคนข้ามเพศ

ประเทศไทยมีกฎหมายรับรองสิทธิของกลุ่มความหลากหลายทางเพศ ซึ่งรวมถึงคนข้ามเพศอยู่ แต่ยังไม่เพียงพอ แม้ว่าไทยจะเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมถึงกฎหมายภายในประเทศ ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ที่รับรองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนไว้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฯลฯ แต่การปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือผู้ต้องขังที่เป็นคนข้ามเพศ ยังคงเป็นปัญหาในขั้นตอนการดำเนินคดีทางอาญาและการบังคับโทษว่า เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะมีแนวปฏิบัติต่อบุคคลที่เป็นคนข้ามเพศอย่างไร จึงควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคทางเพศอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: คนข้ามเพศ สิทธิมนุษยชน การดำเนินคดีอาญา การบังคับโทษ

Abstract

All human beings are born with a gender that is normally classified as male and female. Defining and labeling gender leads to social and cultural consequences. The Bible said that God created the first humans, Adam and Eve, paired to inherit the human

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50000 เบอร์โทรศัพท์ 053-851478 e-mail: dkasama@hotmail.com

race. Masculinity and femininity are defined congruently in order to reproduce and procreate the human race. However, under natural phenomenon, humans indeed are also able to possess sexual satisfaction which is different from their birth assigned gender or sexual identity. Best example is the existence of transgender.

Thailand has enacted the law that certifies a status adhering to sexual and gender diversity but it is not enough. Although Thailand is a party of multilateral treaties and related fundamental human rights such as The Universal Declaration of Human Rights 1948, International Covenant on Civil and Political Rights 1966, and Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979. Thailand also has the Constitution of Thailand B.C. 2560 which itself has provisions that set out the guarantee of rights, liberty and equality of the people, the Criminal Procedure Code etc. but there was no secondary related law prescribed for the treatment of the accused or inmate who is a transgender. As a result, there is a problem in the criminal procedure and punishment about how an officer treats the accused or prisoners who are transgender lawfully. Therefore, it should be considered as an appropriate legal measure to avoid discrimination on the basis of gender, in order to achieve efficient gender equality in our country.

Keywords: Transgender, Human rights, Criminal procedure, Punishment

บทนำ

มนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับภาวะที่มีเพศ หากแบ่งตามสภาพทางชีววิทยาของมนุษย์ ซึ่งบ่งชี้โดยความแตกต่างของลักษณะรูปร่าง สรีระ และอวัยวะสืบพันธุ์นั้น มนุษย์จะถูกจำแนกได้เป็นชายและหญิง การแบ่งเพศของมนุษย์ มีผลตามมาในเชิงสังคมและวัฒนธรรม จากพระคัมภีร์ไบเบิล พระเจ้าสร้างมนุษย์คู่แรกคือ อัดัมและเอวาหรืออีฟ (Adam and Eve) เป็นคู่กัน เพื่อดำรงเผ่าพันธุ์มนุษย์ ความเป็นชายและความเป็นหญิงจึงถูกมองเป็นสิ่งที่คู่กัน เพราะเป็นคู่ที่สามารถสืบพันธุ์และให้กำเนิดมนุษย์ได้ แต่ในสังคมภายใต้ธรรมชาติที่ถูกกำหนดมาแล้วนั้น มนุษย์ยังสามารถที่จะมีสนิยมทางเพศหรือความพึงพอใจทางเพศหรือวิถีทางเพศ (Sexual orientation) แตกต่างไปจากเอกลักษณ์หรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น (Sexual identity) ซึ่งในปัจจุบันสามารถแบ่งย่อยออกได้เป็นหลายรูปแบบ เช่น ชายรักชาย หรือหญิงรักหญิง ซึ่งเรียกรวมกันว่า ภาวะความพึงพอใจในบุคคลเพศเดียวกัน (Homosexuality) หรือชายที่รักได้ทั้งชายทั้งหญิง หรือหญิงที่รักทั้งหญิงทั้งชาย ซึ่งเรียกรวมกันว่า ภาวะความพึงพอใจแบบสองเพศ (Bisexuality) หรือบางคนอาจจะแบ่งออกเป็น กลุ่มหญิงรักหญิง (Lesbian) กลุ่มชายรักชาย (Gay) กลุ่มรักสองเพศ (Bisexual) และกลุ่มแปลงเพศ หรือพวกที่มีความต้องการที่จะผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศของตน ให้มีลักษณะตรงกันข้ามกับเพศโดยกำเนิดของตน (Transgender, Transsexual) รวมถึงบุคคลข้ามเพศที่มี

รสนิยมการแต่งกายเลียนแบบเพศตรงข้ามของตน (Transvestite) ซึ่งมักจะรู้จักกันในชื่อย่อว่า “LGBT” โดยปัจจัยที่กำหนดให้มนุษย์เหล่านี้มีรสนิยมหรือความพึงพอใจดังกล่าว อาจเกิดจากสภาวะทางธรรมชาติ รวมถึงสภาวะทางสังคมที่หล่อหลอม ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่สามารถควบคุมได้ ผู้ที่มีความหลากหลายของภาวะทางเพศ (Sexual diversity) หรือผู้ที่มีรสนิยมทางเพศไม่ตรงกับลักษณะชีวภาพทางเพศ จึงถูกผลักออกจากการถูกสังคมมองว่า “ปกติ” เนื่องจากไม่สามารถที่จะสืบพันธุ์ได้ รวมทั้งแนวคิด ทศนคติ ค่านิยมต่าง ๆ ในเรื่องเพศยังแทรกซึมอยู่ในระบบกฎหมายที่ใช้ปกครองสังคมของมนุษย์อีกด้วย (Juthas in law, 2556)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้คำนิยามของคำว่า เพศ ไว้ว่า เพศ (น.) รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย (สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 2554) ซึ่งหากพิจารณาความเชื่อและทัศนคติต่อคำว่าเพศและผู้รักร่วมเพศแล้ว การบันทึกไว้เป็นหลักฐานไม่ปรากฏอย่างชัดเจนว่า ผู้รักร่วมเพศในสังคมไทยเริ่มต้นเมื่อใด อย่างไรก็ตาม เชื่อว่ามีการรับรู้หรือพบเห็นปัญหาของพฤติกรรมรักร่วมเพศมาตั้งแต่ในอดีต เพราะมีบันทึกไว้ในเรื่องราวของพระพุทธศาสนา ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของนิทานและภาพพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน ที่ปรากฏบนจิตรกรรมฝาผนังของวัดต่าง ๆ ในประเทศไทย นอกจากนี้ในพระไตรปิฎกอันประกอบด้วย พระวินัยปิฎก อภิธรรมปิฎก และสุตตันตปิฎก ได้กล่าวในเรื่องของ “กะเทย” หรือ “บันฑะกะ” โดยที่ “บันฑะกะ” ถือเป็นข้อห้ามหนึ่งที่ไม่ยินยอมให้บวชได้ ในทางพระพุทธศาสนาเชื่อว่า เพศของฆราวาสและเพศของบรรพชิตนั้นสามารถหลุดพ้นได้ และพฤติกรรมรักเพศเดียวกันได้มีการบัญญัติว่า เป็นสิ่งที่ผิดและไม่ดีงามต่อพุทธศาสนา โดยเฉพาะในพระวินัยปิฎกได้ระบุเป็นข้อห้ามข้อหนึ่งของพระสงฆ์ว่าจะกระทำมิได้ อันทำให้ไม่ใส่ใจช่วยเผยแผ่พระศาสนาอันเป็นกิจของสงฆ์ (ปิยลักษณ์ โพธิวรรณ, 2554, น. 111)

ในปัจจุบัน มีการเรียกกลุ่มเพศที่สามอย่างเป็นทางการว่า “กลุ่มเพศทางเลือก” แทนการใช้คำว่า “รักร่วมเพศ” เนื่องจากคำดังกล่าวมีนัยยะในความหมายเชิงลบ และสื่อมวลชนไทยก็ได้ใช้คำว่า “กลุ่มเพศทางเลือก” แทนการเรียกบุคคลเพศที่สาม จนถือได้ว่าเป็นคำเรียกอย่างเป็นทางการของประเทศไทยแล้ว โดยศูนย์วิจัยโรคเอดส์ สภากาชาดไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า “กลุ่มเพศทางเลือก” ว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในภาษาอังกฤษจะรู้จักในอักษรย่อว่า LGBT หรือ GLBT ซึ่งอักษรย่อนี้ เกิดจากการนำอักษรตัวแรกของคำว่า Lesbian, Gay, Bisexual และ Transgender/Transsexual มาประสมกัน (ธเนศวร์ กาญจธีรานนท์, 2555, อ้างถึงใน ศุภฤกษ์ ปลั่งศรีนนท์, 2557, น. 4)

สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล โดย รศ. ดร. กฤตยา อาชวนิจกุล ได้กล่าวถึง “กลุ่มเพศทางเลือก” ว่าเป็นผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ (Sexual diversities) ซึ่งหมายรวมถึงผู้มีเพศวิถีทางเลือกทุกแบบทั้ง ชายรักชาย หญิงรักหญิง เกย์คิง เกย์ควีน ทอม ดี กะเทย สาวประเภทสอง คนข้ามเพศ ฯลฯ รวมถึงผู้ที่รักต่างเพศด้วย แต่ภายหลังมีแนวโน้มว่าหมายถึงบุคคล 5 กลุ่มนี้ ที่เป็นผู้มีความหลากหลายทางเพศ คือ LGBTI (lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex) (ศุภฤกษ์ ปลั่งศรีนนท์, 2557, น. 4-5)

ในช่วงปลายทศวรรษ 2540 ถึงต้นทศวรรษ 2550 คำว่า “ความหลากหลายทางเพศ” เป็นคำใหม่ที่สังคมไทยนำมาใช้เพื่อที่จะอธิบายกับสังคมว่า เราไม่ได้มีแค่ผู้หญิงผู้ชายเท่านั้น แต่ยังมีเพศอื่นๆ อาศัยรวมอยู่ในสังคมนี้ด้วย และสังคมควรจะปฏิบัติต่อพวกเขาอย่างเท่าเทียม (นฤพนธ์ คังวิเศษ และ แจ็คสัน, 2556, น. 29-30)

ในบทความนี้จะขอกล่าวถึง คนข้ามเพศ หรือ Transgender ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีความรู้สึก ความชอบและการแสดงออกทางเพศ ตรงข้ามกับเพศทางชีววิทยาหรือเพศที่มีโดยกำเนิด และได้รับการรักษาโดยการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ในกลุ่มนี้จะรวมถึง FTM (Female to Male) หมายถึง ผู้หญิงข้ามเพศเป็นชาย หรือผู้หญิงที่เปลี่ยนแปลงตนเองให้เป็นชายด้วยการใช้ฮอร์โมนชาย และ MTF (Male to Female) หมายถึง ผู้ชายข้ามเพศเป็นหญิง (ศุภฤกษ์ ปลั่งศรีนนท์, 2557, น. 9) และประเด็นสิทธิของคนข้ามเพศในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย แม้ว่าไทยจะเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมถึงกฎหมายภายในประเทศ ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 รวมถึงระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายชัดเจนเพียงพอในประเด็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐต่อบุคคลข้ามเพศและสิทธิของคนข้ามเพศในขั้นตอนการดำเนินคดีอาญา รวมถึงการบังคับโทษเองก็ยังไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร

ความหมายของ สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

สิทธิ ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, น. 22 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, 2558, น. 53)

การที่จะพิจารณาว่า บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกเพศใดเพศหนึ่งหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” เสียก่อน โดยจะแยกพิจารณาเป็น 2 ทฤษฎี คือ สิทธิและเสรีภาพตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) กับตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) (จักรพันธ์ สอนสุภาพ, 2533, น. 20)

ที่มาของสิทธิและเสรีภาพในทางทฤษฎี (วิชญ์ เครืองาม, 2530, น. 642-643)

(1) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) แนวความคิดนี้เชื่อว่า สิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมๆ กับมนุษย์ และถือว่าความยุติธรรมมาก่อนตัวบทกฎหมาย นับแต่สมัยโบราณมาแล้วที่มีความคิดว่า กฎหมายตามธรรมชาติมีอยู่จริง แม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นกฎหมายที่สูงส่งควรแก่การเคารพยิ่งไปกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ สิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติเกิดมีเป็นขึ้นตามกฎหมายธรรมชาตินี้ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังนั้น เป็นเพียงการยอมรับหรือรับรองสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วว่ามีอยู่จริง และรัฐบังคับคุ้มครองให้เท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ก่อตั้งหรือประสาทสิทธิ

ในมนุษย์ แนวคิดนี้เกิดขึ้นโดย Grotius นักกฎหมายเรอเนซองส์ในคริสต์ศตวรรษที่ 17 และเป็นที่ยอมรับตลอดมา โดยเชื่อกันว่า Law of Nature คือ กฎธรรมชาติของความเป็นมนุษย์เท่านั้น เมื่อทฤษฎีนี้เชื่อในกฎธรรมชาตินี้จึงเชื่อในสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ด้วย และเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ในเวลาต่อมา

(2) ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ทฤษฎีนี้มีความเห็นแย้งกับกฎหมายธรรมชาติข้างต้น โดยมีความเห็นว่า สิทธิเกิดขึ้นโดยกฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองแล้วสิทธินั้น ๆ ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น สิทธิบัตรหรือสิทธิในประดิษฐ์กรรม เป็นต้น หากกฎหมายภายในของรัฐมิได้รับรองไว้ บุคคลในรัฐย่อมจะอ้างสิทธิดังกล่าวไม่ได้

แนวความคิดนี้เห็นว่า การกล่าวอ้างว่าสิทธิเกิดจากกฎหมายธรรมชาตินั้น แท้จริงแล้ว กฎหมายธรรมชาตินี้ก็คือ ศีลธรรม มโนธรรม และความรู้สึกที่ควรจะเป็น ซึ่งหากกฎหมายได้ยากกว่าสิทธิต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาตินั้นมีอยู่เพียงใด และภายในขอบเขตและหลักเกณฑ์อย่างไร หากยอมให้มีการอ้างกฎหมายธรรมชาติดีแล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาถกเถียงไม่มีที่สิ้นสุด

หลักความเสมอภาค เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากสิทธิในชีวิตและร่างกายที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนจะต้องเคารพในสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน หลักความเสมอภาคจึงหมายถึงความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality Before the Law) ซึ่งเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่ทำให้ประชาชนทุกคนได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เพราะหลักความเสมอภาคเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มนุษย์จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี หากมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับมนุษย์คนอื่นๆ ในสังคม (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2558, น. 157)

แนวคิด ทฤษฎีและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากที่สุดในการมีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศใดหรือที่ใดก็ตามปราศจากการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นแล้ว ย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะเป็นได้ก็แค่เพียงกระบวนการดำเนินคดีทางอาญาหรือกระบวนการลงโทษทางอาญาเท่านั้น (ชาติ ชัยเดชสุริยะ, 2549, น. 1)

การยอมรับแนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหลายประเทศ ได้พัฒนาไปสู่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาองค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) อันมีข้อความที่เป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้หลายประการ (The Office of the High Commissioner for Human Rights, 1948, pp. 7-9) ได้แก่ ข้อ 5, 9-11 ซึ่งสรุปความได้ว่า

“จะต้องไม่มีบุคคลใดถูกจับกุมหรือคุมขังโดยอำเภอใจ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาดีจากศาลอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาพึงได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดตามกฎหมาย

บุคคลจะมีความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการนั้นว่าเป็นความผิด และโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นจะหนักไปกว่าตามที่กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิดกำหนดไว้นั้นมิได้ บุคคลใดจะถูกกระทำทรมานหรือปฏิบัติหรือถูกลงโทษที่เป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้” (ชาติ ชัยเดชสุริยะ, 2549, น. 14)

สำหรับประเทศไทย ได้ตระหนักถึงความสำคัญของหลักเกณฑ์สากลขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และได้ดำเนินการขึ้นมูลฐานเพื่อแสดงออกถึงการสนับสนุนหลักเกณฑ์สากลและมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยประเทศไทยได้เข้าร่วมลงมติในที่ประชุมสมัชชาทั่วไปขององค์การสหประชาชาติ เพื่อรับรองให้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (อิชพงษ์ วงษ์เหรียญทอง, 2558, น. 46)

ต่อมา ได้มีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาขององค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519) ซึ่งมีข้อความที่เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหลายประการ ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลดังกล่าว แต่มีรายละเอียดมากยิ่งขึ้น (The Office of the High Commissioner for Human Rights, 1976, pp. 5-8) ได้แก่ ข้อ 7, 9, 10, 14, 15 ซึ่งสรุปความได้ว่า (ชาติ ชัยเดชสุริยะ, 2549, น. 15-16)

“บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพและความปลอดภัย จะต้องไม่มีใครถูกจับกุมขังโดยอำเภอใจ เว้นแต่ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ผู้ถูกจับกุมต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลและข้อหาในการจับกุม อีกทั้งต้องถูกนำตัวไปยังศาลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามกฎหมาย รวมถึงสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาในเวลาอันควรหรือได้รับการปล่อยตัว ซึ่งการคุมขังบุคคลระหว่างพิจารณามีใช้หลักที่ควรกระทำ แต่พึงปล่อยตัวผู้ถูกกล่าวหาโดยมีหลักประกันตามสมควร นอกจากนี้ผู้ที่ถูกจับกุมหรือคุมขังยังมีสิทธิได้รับการพิจารณาจากศาลโดยไม่ชักช้า รวมทั้งต้องปล่อยตัวผู้นั้นหากพบว่าการคุมขังมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายจากการนั้นด้วย

บุคคลย่อมได้รับความเสมอภาคจากการพิจารณาคดี และการพิจารณาคดีนั้นต้องกระทำอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย โดยองค์กรที่เป็นกลางและเป็นอิสระที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย สาธารณชนและสื่อมวลชนอาจถูกจำกัดการเข้ารับฟังการพิจารณาคดีได้ หากกระทบกับเรื่อง ศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงของชาติ หรือด้วยความจำเป็นอย่างอื่น เช่น คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของคู่ความ หรือความยุติธรรมในคดี อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลจะต้องเปิดเผยเสมอ เว้นแต่กรณีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเยาวชน

บุคคลทุกคนที่ถูกดำเนินคดีอาญา พึงมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่า บุคคลนั้นกระทำผิดจริงตามกฎหมาย และผู้ที่ถูกดำเนินคดีอาญา พึงได้รับการคุ้มครองไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในเรื่องต่าง ๆ เช่น การได้รับทราบถึงรายละเอียดของข้อ

กล่าวหา การมีเวลาเตรียมตัวต่อสู้คดีหรือปรึกษากับที่ปรึกษาตามความต้องการ การมีล่ามโดย
ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย หรือการต้องไม่ถูกบังคับให้รับสารภาพ เป็นต้น

ในคดีที่เยาวชนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ต้องมีวิธีพิจารณาความเป็นกรณีเฉพาะ โดย
คำนึงถึงอายุและการส่งเสริมแนวทางการบำบัดฟื้นฟูเยาวชน

ผู้ที่ต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดทางอาญามีสิทธิอุทธรณ์หรือได้รับการทบทวนโดย
ศาลชั้นที่สูงกว่าตามที่กฎหมายกำหนด และหากได้รับโทษไปแล้ว ต่อมาได้มีการกลับคำ
พิพากษาหรือได้รับการอภัยโทษเพราะได้รับข้อเท็จจริงใหม่ ให้ผู้นั้นมีสิทธิได้รับการชดใช้
เยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการต้องโทษไปแล้ว ยกเว้นแต่กรณีผู้นั้นมีส่วนบกพร่องไม่
เปิดเผยให้ศาลทราบข้อเท็จจริงตั้งแต่แรก

บุคคลต้องไม่ถูกดำเนินคดีหรือพิพากษาลงโทษซ้ำอีกสำหรับความผิดเดียวกันที่ได้มี
คำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็คำพิพากษาลงโทษ หรือยกฟ้องก็ตาม

บุคคลจะมีความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ ตามที่มี
กฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่กระทำหรือละเว้นกระทำการนั้นว่าเป็นความผิด และโทษที่จะลง
แก่ผู้นั้น จะหนักกว่าตามที่กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่กระทำความผิดกำหนดไว้นั้นมิได้

นอกจากนี้ พึงจำแนกผู้ต้องหาออกจากผู้ต้องโทษ และพึงจำแนกผู้ต้องหาและผู้
ต้องโทษที่เป็นเยาวชนออกจากผู้ใหญ่ ระบบราชทัณฑ์พึงปฏิบัติต่อนักโทษด้วยความมุ่งหมายใน
ทางแก้ไขฟื้นฟูทางสังคมให้แก่ นักโทษ

บุคคลใดจะถูกกระทำทรมานหรือถูกปฏิบัติหรือถูกลงโทษที่เป็นการทารุณโหดร้าย
ไร้มนุษยธรรม หรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้”

สำหรับประเทศไทย คณะรัฐมนตรีมีมติ เมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2535 ให้ประเทศไทยเข้า
เป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 โดยมีความเห็นว่
การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นระบบที่สามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ดีที่สุด (ธัชพงษ์
วงศ์เหรียญทอง, 2558, น. 48)

นอกจากนี้ ได้มีอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (Convention on
the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) ซึ่งที่ประชุมสมัชชาองค์การ
สหประชาชาติได้รับรอง เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่
3 กันยายน ค.ศ. 1981 (พ.ศ. 2524) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม
พ.ศ. 2528 และมีผลใช้บังคับกับไทย เมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528 หลังจากนั้น ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี
โดยการให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2543 และมีผลใช้บังคับกับไทยเมื่อวันที่ 14 กันยายน
พ.ศ. 2543 ซึ่งมีข้อความบางตอนที่เป็นข้อสังเกตและยืนยันหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ
มนุษยชนที่ว่า การเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ และประกาศว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและ
เสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ และว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพ บรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้
โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใด ๆ รวมทั้งความแตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศ โดยมีเนื้อหาที่ระบุ

ในข้อ 1 ถึงความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา (The Office of the High Commissioner for Human Rights, 1981, p. 2)

คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (Committee on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women) ได้มีข้อเสนอแนะหมายเลข 27 ว่าด้วยการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสตรีสูงอายุ (General recommendation No.27 on older women and protection of their human rights) ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2010 โดยได้เพิ่มคำอธิบายการเลือกปฏิบัติในย่อหน้าที่ 13 ดังนี้ “การเลือกปฏิบัตินั้นมีมิติที่หลากหลาย ทั้งการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุ เพศ เพศภาวะ เชื้อชาติ ความพิการ ความยากจน วิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ สถานการณ์ย้ายถิ่นฐาน สถานะทางครอบครัวและการแต่งงาน การรู้หนังสือ และเหตุผลอื่น ๆ” และในข้อเสนอแนะหมายเลข 28 ว่าด้วยพันธกรณีของรัฐภาคีภายใต้ข้อ 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (General recommendation No. 28 on the Core Obligation of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) ได้กล่าวถึง ความทับซ้อนของเหตุและปัจจัยต่าง ๆ (Intersectionality) ที่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติต่อสตรี

“การเลือกปฏิบัติต่อสตรีด้วยเหตุแห่งเพศและเพศภาวะนั้นเชื่อมโยงกับปัจจัยอื่นๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสตรี ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา ความเชื่อ สถานภาพ สุขภาพ อายุ ชนชั้นทางสังคม วรรณะ และวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและเพศภาวะอาจจะส่งผลกระทบต่อสตรีในกลุ่มต่างๆ เหล่านี้แตกต่างไปจากบุรุษ รัฐภาคีมีหน้าที่รับรองและห้ามไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ อันเกิดด้วยเหตุและปัจจัยเหล่านี้ รวมถึงผลกระทบเชิงลบจากการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นต่อสตรี รัฐภาคีมีหน้าที่รับรองและดำเนินนโยบาย โครงการ หรือมีมาตรการพิเศษเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติเหล่านี้ให้หมดไป”

ถึงแม้ว่าเดิมทีอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ จะเน้นการคุ้มครองและการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีเพียงเท่านั้น แต่การตีความค่านิยมการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ให้ครอบคลุมถึงเหตุแห่งเพศวิถี และเพศภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศ ในข้อเสนอแนะ 27 และ 28 ที่เกิดในภายหลังนั้นเป็นการขยายความคุ้มครองของอนุสัญญาฯ ไปสู่ประชากรกลุ่มความหลากหลายทางเพศ และเป็นการแสดงเจตนารมณ์ในการพิทักษ์รักษาและปกป้องสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกหมู่เหล่าให้เป็นไปตามหลักการสากล (ชีรา ทองกระจ่าง, ม.ป.ป, น. 31)

หากพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเข้าเป็นภาคีแล้วจะเห็นว่า ประเทศไทยยอมรับมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนยุติธรรมทางอาญาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้องชอบธรรม โดยจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศวิถีและเพศภาวะหรืออัตลักษณ์ทางเพศดังกล่าว แต่หากพิจารณาในส่วนของกฎหมายภายในประเทศในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของคนข้ามเพศในกระบวนยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าจะเป็นในชั้นก่อนพิจารณา ได้แก่ สอบสวน ตรวจค้น จับกุม คမ်းขัง หรือขึ้นบังคับโทษในส่วนของการปฏิบัติในเรื่องจำยังไม่ชัดเจนและไม่เพียงพอ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป

วิเคราะห์สิทธิและปัญหาคนข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 บัญญัติคุ้มครองบุคคลจากการถูกเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในเรื่องเพศสภาพทางกาย และสถานะบุคคลไว้กว้างๆ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 27 และ มาตรา 28

(รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, 2560, น. 4, 8) ดังนี้

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามวรรคสาม”

มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกาย จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ความโดยสรุปดังนี้ การให้คำนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ว่าคือการกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้น เป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศกำเนิด

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ ยังมีคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ และคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว รวมถึงให้มีการตรวจสอบการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ การขูดขุยและเยียว ความเสียหาย จากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และกำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนส่งเสริม

ความเท่าเทียมระหว่างเพศและบทกำหนดโทษอีกด้วย (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ, 2558, น. 17-27)

จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายรับรองสิทธิของบุคคล จากการถูกเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในเรื่องเพศ สภาพทางกาย และสถานะบุคคล และคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศดังที่ปรากฏ แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติในเรื่องสิทธิของคนข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนพิจารณา ได้แก่ สอบสวน ตรวจค้น จับกุมคุมขังและในด้านการบังคับโทษในเรือนจำ

สิทธิของคนข้ามเพศชั้นก่อนพิจารณาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย

ในปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศหรือสถานะของคนข้ามเพศไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้หญิงข้ามเพศเป็นชาย หรือผู้ชายข้ามเพศเป็นหญิง และแนวคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยในประเด็นข้อกฎหมายไว้ว่า เพศของบุคคลนั้นกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่กำหนดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่า คนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชาย ถึงหากจะมีเสรีภาพในการผ่าตัดแปลงเพศเป็นอวัยวะเพศหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) (2562) บัญญัติให้เพิ่ม (18) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

“(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

นอกจากนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2562, น. 128) บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำให้มีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหรึงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ถือเป็นการแก้ไขบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ให้มีขอบเขตเฉพาะกรณีการใช้วัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพื่อให้เป็นไปตามลักษณะของการกระทำตามธรรมชาติซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ซึ่งถือได้ว่าคุ้มครองกลุ่มคนข้ามเพศมากยิ่งขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะไม่ว่าจะเป็นกรณีของหญิงแปลงเพศเป็นชาย หรือชายแปลงเพศเป็นหญิง ผู้กระทำต่อบุคคลเหล่านี้ ย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

ในการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติถึงวิธีปฏิบัติของเจ้าพนักงานในขั้นตอนก่อนพิจารณา กรณีตรวจค้น จับกุม คุมขัง ไว้ ดังนี้ (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 28, 2551, น. 4)

“มาตรา 85 “เจ้าพนักงานผู้จับหรือรับตัวผู้ถูกจับไว้ มีอำนาจค้นตัวผู้ต้องหาและยึดสิ่งของต่างๆ ที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้

การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิงต้องให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น

สิ่งของใดที่ยึดไว้เจ้าพนักงานมีอำนาจยึดไว้จนกว่าคดีถึงที่สุด เมื่อเสร็จคดีแล้วก็ให้คืนแก่ผู้ต้องหาหรือแก่ผู้อื่น ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องขอคืนสิ่งของนั้น เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น”

มาตรา 132 “เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมหลักฐาน ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอม หรือตรวจตัวผู้ต้องหา หรือตรวจสิ่งของหรือที่ทางอันสามารถอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ให้รวมทั้งทำภาพถ่าย แผนที่ หรือภาพวาดจำลองหรือพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า กับให้บันทึกรายละเอียดทั้งหลายซึ่งน่าจะกระทำให้คดีแจ่มกระจ่างขึ้น

ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ทั้งนี้ ในกรณีที่มิเหตุอันสมควร ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะขออนุญาตบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้

(2) ค้นเพื่อพบสิ่งของ ซึ่งมีไว้เป็นความผิด หรือได้มาโดยการกระทำความผิด หรือได้ใช้หรือสงสัยว่าได้ใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการค้น

(3) หมายถึงบุคคลซึ่งครอบครองสิ่งของ ซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ แต่บุคคลที่ถูกหมายเรียกไม่จำเป็นต้องมาเอง เมื่อจัดส่งสิ่งของมาตามหมายแล้ว ให้ถือเสมือนได้ปฏิบัติตามหมาย

(4) ยึดไว้ซึ่งสิ่งของที่ค้นพบหรือส่งมามากกว่าไว้ใน อนุมาตรา (2) และ (3)”

มาตรา 133 “พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกผู้เสียหาย หรือบุคคลใดซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่าถ้อยคำของเขาอาจเป็นประโยชน์แก่คดี ให้มาตามเวลาและสถานที่ในหมาย แล้วให้ถามปากคำบุคคลนั้นไว้

การถามปากคำนั้น พนักงานสอบสวนจะให้ผู้ให้ถ้อยคำสาบานหรือปฏิญาณตัวเสียก่อนก็ได้ และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยพยานบุคคล

ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือน พุดให้ท้อใจหรือใช้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำ ซึ่งอาจจะให้ด้วยความเต็มใจ

ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิง ให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องจัดให้ผู้เสียหายหรือพยานยืนยันตัวผู้กระทำความผิดในชั้นจับกุมหรือชี้ตัวผู้ต้องหาในคดีอาญา ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือพนักงานสอบสวนจัดให้มีการยืนยันตัวผู้กระทำความผิดหรือชี้ตัวผู้ต้องหาในสถานที่ที่เหมาะสม และสามารถจะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องหาเห็นตัวผู้เสียหายหรือพยาน โดยให้คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้เสียหายหรือพยานเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งกรณี เว้นแต่ผู้เสียหายหรือพยานนั้นยินยอม และให้บันทึกความยินยอมนั้นไว้”

จะเห็นว่าในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาในชั้นตรวจค้น จับกุมยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ มาตรา 85 กำหนดให้การตรวจค้นหญิงต้องให้หญิงเป็นผู้ตรวจ มาตรา 132 กำหนดว่า ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหา หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิง หรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ และตามมาตรา 133 การสอบถามปากคำหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้

กรณีเมื่อจะควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ที่สถานีตำรวจ มีประเด็นว่าจะควบคุมไว้ร่วมกับห้องควบคุมหญิงหรือชาย และเมื่อพนักงานสอบสวนหมดอำนาจควบคุมตัวแล้ว ต้องไปฝากขังผู้ต้องหา เมื่อจะฝากขังและศาลอนุญาตให้ขังไว้ เจ้าหน้าที่เรือนจำจะควบคุมบุคคลดังกล่าวไว้กับกลุ่มผู้ต้องขังใด หากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 การตรวจค้น การจับกุม คุมขัง การออกหมายจำคุกผู้ต้องหาเหล่านี้ต้องถือตามเพศที่กำหนดมา ซึ่งจะทำให้เป็นปัญหากับผู้ต้องขังเหล่านี้ในความเป็นจริง (วัชรินทร์ สังสีแก้ว, 2547, น. 34-35) แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อสอบถามเจ้าพนักงานในกรณีของคนข้ามเพศในกรณี

ชายแปลงเพศเป็นหญิง หากมีการตรวจค้นก็ยังคงใช้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจ โดยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนแต่อย่างใด ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยในกรณีดังกล่าวจึงยังคงล้าสมัยอยู่

สิทธิของคนข้ามเพศในชั้นบังคับโทษในประเทศไทย

ในขั้นตอนการพิจารณาและบังคับโทษนั้น การควบคุมตัวผู้ต้องขังที่เรือนจำตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรค 2 ได้แบ่งผู้ต้องขังไว้เป็น 3 กลุ่ม คือ “ผู้ต้องขัง” หมายความว่า รวมถึงนักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก โดยผู้ต้องขังมีสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 (พระราชบัญญัติราชทัณฑ์, 2560, น. 1-24)

อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอนของการคุมขังในเรือนจำ ยังไม่มีการแยกปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่เป็นคนข้ามเพศ แม้จะมีการกำหนดการจำแนกประเภทหรือชั้นของเรือนจำไว้ในมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และ ข้อ 11 และ 12 ของระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขังและการแยกคุมขัง การเลื่อนหรือลดชั้นนักโทษเด็ดขาด การลดวันต้องโทษจำคุก และการพักโทษ พ.ศ. 2559 (กรมราชทัณฑ์, 2559, น. 3)

ในกรณีของผู้ต้องขังที่เป็นคนข้ามเพศ (Transgender) หรือผู้ที่แปลงเพศแล้วนั้น ในปัจจุบันให้กำหนดโซนเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ หากเรือนจำใดมีผู้ต้องขังเพศทางเลือกจำนวนมาก ให้แยกโซนพิเศษเช่นเดียวกับเรือนจำมินบุรี เรือนจำกลางคลองเปรม และเรือนจำจังหวัดพิจิตร ข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ระบุว่า ปัจจุบันมีผู้ต้องขังลงทะเบียนว่าเป็นกลุ่มหลากหลายทางเพศประมาณ 4,000 คน หรือคิดเป็นร้อยละ 1 จากจำนวนผู้ต้องขังทั้งหมด 3 แสนคน โดยแบ่งเป็นกะเทย 1,800 คน เกย์ 352 คน ทอม 1,200 คน ดี 1,000 คน และกลุ่มชายแปลงเพศประมาณ 34 คน ที่ผ่านมา กรมราชทัณฑ์แบ่งกลุ่มเพศทางเลือกเป็น 4 กลุ่ม คือ ผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศแล้ว ซึ่งจะมีการตรวจร่างกายและส่งตัวไปควบคุมที่แดนหญิง ส่วนชายที่มีพฤติกรรมเป็นหญิง หลังจากพิจารณาพฤติกรรมแล้ว จะส่งไปที่แดนชายเพื่อรอการพิจารณา เมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วก็ถูกส่งไปคุมที่แดนอื่นต่อไป ส่วนผู้ต้องขังหญิงรักหญิง จะแยกควบคุมตัวที่เรือนนอนตามมติคณะกรรมการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง ส่วนผู้ต้องขังสองเพศยังไม่มีในเรือนจำ แต่หากพบแนวทางปฏิบัติต้องยึดตามสำเนาทะเบียนราษฎรที่กำหนดเพศไว้เท่านั้น ซึ่งขั้นตอนหลังจากนี้ต้องรอคำวินิจฉัยจากแพทย์หรือคำสั่งศาลให้ผู้ต้องขังเลือกเพศเพื่อเป็นแนวปฏิบัติต่อไป (กอบเกียรติ กสิวิวัฒน์, 2560)

ในกรณีของผู้ต้องขังที่แปลงเพศในเรือนจำจังหวัดอื่นๆ นอกกรุงเทพมหานคร กรมราชทัณฑ์มีหนังสือที่ มท 0905/ว15 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2532 เรื่อง แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศเป็นหญิง เพื่อความปลอดภัยและป้องกันความเสียหายจึงให้เรือนจำและทัณฑสถานปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. ในเวลากลางคืนให้แยกคุมขังจากผู้ต้องขังชายทั่วไปโดยเด็ดขาด
2. ในเวลากลางวันให้ทำงานที่ทำการฝ่ายควบคุมหรือเรือนพยาบาล โดยให้อยู่ในความควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่อย่างใกล้ชิด

3. หากมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุมหรือสภาพการณ์เรือนจำไม่เอื้ออำนวย ให้ขออนุญาตย้ายผู้ต้องขังที่แปลงเพศเป็นหญิงนี้ ไปคุมขังยังเรือนจำหัวหน้ากลุ่มหรือเรือนจำที่มีความมั่นคงกว่า จะเห็นได้ว่าการณของผู้ต้องขังที่แปลงเพศแล้ว หากสภาพการณ์ไม่เอื้ออำนวยและต้องย้ายผู้ต้องขังไปคุมขังยังเรือนจำหัวหน้ากลุ่มหรือเรือนจำที่มีความมั่นคงกว่า หากเป็นเรือนจำที่อยู่ห่างไกลจากภูมิลำเนาของผู้ต้องขัง โอกาสที่จะได้รับการเยี่ยมเยียนจากญาติพี่น้องเพื่อนฝูงย่อมเกิดขึ้นได้ยาก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ต้องขังเป็นอย่างมาก

หากจะพิจารณาเปรียบเทียบสำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนข้ามเพศและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในต่างประเทศนั้น ในประเทศอังกฤษและเวลส์มีกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยเฉพาะ ชื่อ The Association of Chief Police Offices (ACPO) ส่วนการค้นก็มีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) โดย ACPO มีหลักให้เจ้าพนักงานตำรวจปฏิบัติต่อผู้ต้องหาอย่างดีที่สุด โดยหลักดังกล่าวใช้ทั้งอังกฤษและเวลส์ รวมถึงไอร์แลนด์เหนือ โดย ACPO ได้วางแผนปฏิบัติไว้คือ (วัชรินทร์ สังสีแก้ว, 2547, น. 39-40)

- การปฏิบัติใดๆ ต่อผู้ต้องหา ต้องบริสุทธิ์ยุติธรรม และคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสมอ
- จะต้องไม่ตั้งข้อสงสัยในเพศของบุคคล หรือผู้ต้องหา แต่ให้ปฏิบัติตามเพศที่ปรากฏ
- ในกรณีที่สงสัยเพศของบุคคลหรือผู้ต้องหา ให้สอบถามตัวผู้นั้น ให้ปฏิบัติต่อผู้ต้องหานั้นอย่างดีที่สุด และบันทึกข้อมูลไว้เพื่อยืนยัน
- หากไม่แน่ใจในเพศของบุคคลใด ให้ดูการใช้ชีวิตประจำวันของผู้นั้นประกอบการพิจารณา
- หากไม่แน่ใจอีกจึงให้ขอคูสูติบัตร
- หากผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยเป็นผู้ป่วย Transsexualism ต้องแยกควบคุมต่างหากจากผู้ต้องหาอื่น

สำหรับการค้นนั้น PACE กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจจะทำการตรวจค้นบุคคลใด จะต้องให้ผู้ที่มิใช่เพศเดียวกันกับผู้ที่จะถูกตรวจค้นเป็นผู้ตรวจค้น และจากแนวทางของ ACPO การค้นชายแปลงเป็นหญิงจะต้องให้เจ้าพนักงานตำรวจหญิงเป็นผู้ตรวจค้น อย่างไรก็ตาม PACE ไม่ได้ถูกนำไปใช้ในสกอตแลนด์ การปฏิบัติต่อผู้แปลงเพศดังกล่าวจึงแตกต่างกัน

การจำคุกในอังกฤษและเวลส์ มีคำแนะนำสำหรับผู้ป่วย Transsexualism โดยแยกเป็น 2 กรณี คือ ก่อนการผ่าตัดแปลงเพศ และหลังการผ่าตัดแปลงเพศ ผู้ป่วย Transsexualism ที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศในการจำคุกหรือการควบคุมตัว ให้แยกไว้ในสถานที่ต่างหากจากนักโทษหรือผู้ต้องหาอื่น โดยให้เจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมพิจารณาถึงลักษณะที่แสดงออก สภาพแวดล้อม การให้บริการด้านสุขภาพ ระยะเวลาการคุมขัง ตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับนักโทษอื่น (anticipated reaction) ส่วนผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว ให้ควบคุมหรือจำคุกในเพศใหม่ ปัญหาที่พบเป็นประจำคือ ผู้ป่วย Transsexualism ที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศต้องการให้จำคุกหรือควบคุมกับผู้ที่มิใช่เพศตรงกันข้ามกับเพศตน กล่าวคือ ชายที่ต้องการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงต้องการจำคุกหรือควบคุมในเรือนจำหญิง ซึ่งปัญหาที่ตามมาคือ ไม่ได้รับการยอมรับจากนักโทษหญิง โดยเฉพาะผู้ที่เคยถูกชายทำร้ายร่างกายหรือเคยถูกล่วงละเมิดทางเพศมาก่อน ส่วนผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วไม่เกิดปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

คนข้ามเพศ หรือ Transgender หมายถึง บุคคลที่มีความรู้สึก ความชอบและการแสดงออกทางเพศตรงข้ามกับเพศทางชีววิทยาหรือเพศที่มีโดยกำเนิด และได้รับการรักษาโดยการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว แต่ในประเทศไทยยังไม่ยอมรับกฎหมายแปลงเพศ โดยยังคงรับรองสถานะทางเพศของบุคคลโดยถือตามเพศกำเนิด

ประเทศไทยยอมรับมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่หากพิจารณากฎหมายภายในประเทศแล้วจะเห็นว่า ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นก่อนพิจารณาคดีตรวจค้น จับกุม คမ်းบุคคลข้ามเพศ หรือการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ในทางปฏิบัติ ไม่มีกฎหมายกำหนดชัดเจนในการปฏิบัติของเจ้าพนักงาน ซึ่งหากถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ต้องถือตามเพศกำเนิด แต่ในทางปฏิบัติ การตรวจค้นและถามปากคำบุคคลข้ามเพศกรณีชายแปลงเพศเป็นหญิง ยังคงใช้เจ้าพนักงานหญิงเป็นผู้ตรวจ รวมถึงการออกหมายจับกุม คမ်း คงถือตามเพศกำเนิดของบุคคลนั้น

ในขั้นตอนการพิจารณาและบังคับโทษ แม้จะมีวิธีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขังและการแยกคุมขังตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขังและการแยกคุมขังไว้ แต่ไม่มีการกำหนดกรณีของผู้ต้องขังที่เป็นคนข้ามเพศ (Transgender) ดังนั้น ในปัจจุบันจึงกำหนดโทษเฉพาะ ให้แยกโทษพิเศษในการคุมขัง หรือต่างจังหวัดให้ใช้วิธีแยกการคุมขัง โดยยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่ชัดเจนแต่อย่างใด

จากบทสรุปดังกล่าว ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอแนะให้มีนโยบายหรือมาตรการทางกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะ โดยเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือเพิ่มเติมระเบียบที่เกี่ยวข้อง ในขั้นตอนชั้นก่อนพิจารณาในกรณีการตรวจค้น จับกุม คမ်းบุคคลข้ามเพศ เพื่อให้การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานและพนักงานสอบสวนเป็นไปโดยถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย โดยถือตามเพศที่ปรากฏ หรือหากไม่แน่ใจ อาจพิจารณาจากการใช้ชีวิตประจำวันของผู้นั้น และในชั้นพิจารณาบังคับโทษ ควรมีกฎหมายหรือระเบียบในการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศหรือหลากหลายทางเพศ โดยแยกไว้ในสถานที่ต่างหากจากนักโทษหรือผู้ต้องหาอื่น โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมและการให้บริการด้านสุขภาพ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศไม่ว่าจะเป็นเพศใด เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเกิดความเสมอภาคทางเพศอย่างแท้จริงในกระบวนการยุติธรรม

เอกสารอ้างอิง

- กรมราชทัณฑ์. (2559). ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง และการแยกคุมขัง การเลื่อนหรือลดชั้นนักโทษเด็ดขาด การลดวันต้องโทษจำคุก และการพักโทษ พ.ศ. 2559, สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2563. <http://lad.correct.go.th/main/wp-content/uploads/2018/11/ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์การแยกลักษณะผู้ต้องขัง.pdf>.
- กอบเกียรติ กลีวิวัฒน์. (2560, 22 มีนาคม). คอลัมน์ข่าวการเมือง. กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2563. <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/746426>.
- จักรพันธ์ สอนสุภาพ. (2533). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่แปลงเพศแล้ว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- ชีรา ทองกระจาย. (ม.ป.ป.). หน่วยที่ 8 ความเท่าเทียมกันทางเพศสภาพ, สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2563. <https://www.stou.ac.th/Schoolnew/polsci/UploadedFile/82427-8.pdf>.
- ธัชพงษ์ วงษ์เหรียญทอง. (2558). การดำเนินคดีฆ่า: ศีกษามลคำพิพากษาต่างประเทศต่อการฟ้องคดีอาญาในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นฤพนธ์ ตัววิเศษ และแจ๊คสัน, พี.เอ. (บรรณาธิการ). (2556). เพศ หลากเฉดสี: พหุวัฒนธรรมทางเพศในสังคมไทย. กรุงเทพฯ: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปิยลักษณ์ โพธิวรรณ. (2554). คนข้ามเพศ ตัวตน วัฒนธรรมย่อย และพื้นที่ทางสังคม. วารสารบทความวิชาการดำรงวิชาการ, 10(1), 98-125.
- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551. (2551). ราชกิจจานุเบกษา, 125 (ตอนที่ 30 ก), 1-15. สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2562. <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2551/A/030/1.PDF>.
- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562. (2562). ราชกิจจานุเบกษา, 136 (ตอนที่ 69 ก), 127-134. สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2562. https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/law136-270562-127.pdf.
- พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558. (2558). ราชกิจจานุเบกษา, 132(ตอนที่ 18 ก), 17-27. สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2562. <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2558/A/018/17.PDF>.
- พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560. (2560). ราชกิจจานุเบกษา, 134(ตอนที่ 21 ก), 1-24. สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2562. <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/021/1.PDF>.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560. (2560). ราชกิจจานุเบกษา, 134(ตอนที่ 40 ก), 1-90. สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2562. <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>.

- วัชรินทร์ สังสีแก้ว. (2547). *สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ. การค้นคว้าอิสระปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.*
- วิชณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 3).* กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- ศุภฤกษ์ ปลั่งศรีนนท์. (2557). *ศึกษากฎหมายรับรองสิทธิของกลุ่มเพศทางเลือกในสังคมญี่ปุ่นกรณีศึกษา การยอมรับสิทธิในการครองคู่ของกลุ่มเพศทางเลือกปีการศึกษา. ปริญญาโท สาขาวิชาภาษาญี่ปุ่น ภาควิชาภาษาตะวันออก คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.*
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับ update 19/02/2562).* สืบค้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2562. <http://web.krisdika.go.th/lawHeadContent.jsp?fromPage=lawHeadContent&formatFile=htm&hID=1>.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2554). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2562.* <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>.
- Juthas in law. (2556). *บทวิเคราะห์และแนวคิดการรกร่วมเพศภายใต้กฎหมาย จากอดีตถึงอนาคต.* สืบค้นเมื่อ 14 กุมภาพันธ์ 2561. <http://juthas.exteen.com/20131009/entry>.
- The Office of the High Commissioner for Human Rights. (1948). *The Universal Declaration of Human Rights.* Retrieved December 25, 2019, from https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf.
- The Office of the High Commissioner for Human Rights. (1976). *The International Covenant on Civil and Political Rights.* Retrieved January 19, 2020, from <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- The Office of the High Commissioner for Human Rights. (1981). *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.* Retrieved January 19, 2020, from <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>.