การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง : ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
PRISONER'S RIGHTS PROTECTION : STUDY ON LGBTI PRISONERS

ธรรศนัย อ่อนทอง
Thassanai Onthong
นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : Thassanai.on@gmail.com
Graduate Student of Master of Laws Program in Criminal Law,
Thammasat University. Email address : Thassanai.on@gmail.com

Received : May 13, 2019
Revised : July 19, 2019
Accepted : September 9, 2019

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย ศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย เนื่องจากผู้ต้องขังกลุ่มนี้มีความจำเป็นแตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเสมอภาค ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมตามความจำเป็นที่แตกต่างนั้นด้วย แต่กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติและแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ที่ใช้เป็นมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ในแต่ละเรือนจำส่วนใหญ่ยังคงยึดตามเพศกำเนิดเป็นหลัก ทำให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่ควรจะเป็น จากการศึกษาพบว่า การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตามลักษณะเพศที่กำเนิด ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่คำนึงถึงเพศที่มีความหลากหลายที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังด้วย ตั้งแต่ขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง การตรวจค้นร่างกาย การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง รวมถึงความจำเป็นอื่น ๆ ดังนั้นประเทศไทยควรจะมีบทบัญญัติเฉพาะเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิ ในแต่ละขั้นตอนที่สำคัญเพื่อใช้ปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ที่กำหนดมาตรฐานให้แต่ละเรือนจำ

คำสำคัญ

สิทธิผู้ต้องขัง, การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง, ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ, ความหลากหลายทางเพศ

ABSTRACT

This article aims to study on the protection of rights of LGBTI prisoners in Thailand by comparing to the legal and regulatory measures adopted in overseas jurisdictions namely America, England and Australia. LGBTI prisoners' needs are much different from those of other prisoners. Hence, in order to provide such group with equal treatment, LGBTI prisoners should be ensured of appropriate treatment corresponding to their needs. However, up to date Thailand has no provisions of laws and a written guidelines to address LGBTI prisoners issue also none to be used as a standard practice for all prisons. The absence of the standard practice leads to variation of treatment by each local prison. Most local prisons currently conduct the treatment based on prisoners' gender assigned at birth (male and female). As a result, the LGBTI prisoners' rights are not protected as they should. According to the study, such form of treatment is not in line with

the international standards which require the state to develop policies to ensure that the procedures relating to the LGBTI prisoners viz. gender identification, searching in person and custody room should be appropriate to the prisoners' gender identity and satisfied their distinct type of needs. Therefore, Thailand should enact specific provision of law to certify and protect the LGBTI prisoners' rights including prescribe policies and procedures on treatment of LGBTI prisoners to be implemented as a standard for each prison.

Keywords

Prisoners' rights, Protection of prisoners' rights, LGBTI prisoners, Sexual divers

บทนำ

บุคคลทุกคนเกิดมาพร้อมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้ความคุ้มครองไว้ใน มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวด 1 บททั่วไป จึงถือได้ว่าเป็นการวางหลักทั่วไปอันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคน[1] โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทาง เพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หากบุคคลใดกระทำต่อบุคคลอื่นในลักษณะที่ลดคุณค่าของความเป็นมนุษย์นั้น หรือกระทำในลักษณะที่มนุษย์ทั่วไปไม่พึงปฏิบัติต่อกัน ย่อมถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นแล้ว

ดังนั้น แม้ว่าบุคคลจะเป็นผู้กระทำความผิดและถูกจำกัดเสรีภาพ อีกทั้งยังเป็นบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศหรือเพศวิถีที่หลากหลาย ก็มิอาจถูกกระทำการใด ๆ อันเป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงได้ เช่นผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศอย่างสมบูรณ์แล้ว แม้ตามกฎหมายเขายังคงเป็นเพศชาย แต่สภาพจิตใจ รูปลักษณ์ภายนอกเป็นผู้ต้องขังเพศหญิง จึงมิควรถูกค้นตัวหรือถอดเสื้อผ้าเพื่อหาสิ่งผิดกฎหมายโดยเจ้าพนักงานเพศชาย หรือถูกกระทำการดังกล่าวต่อหน้าเจ้าพนักงานเพศชายและผู้ต้องขังชายคนอื่น ๆ เพื่อปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกลดทอนลง

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวงและระเบียบที่มีอยู่ ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ผู้ต้องขังทุกคนพึงได้รับ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับอาหารที่ปรุงสุก สะอาดในปริมาณที่เพียงพอ สิทธิได้รับบริการเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย ห้องน้ำห้องส้วมที่ถูกสุขลักษณะ สิทธิได้รับเครื่องแต่งกาย เครื่องนุ่งห่มที่สะอาด เหมาะสมกับวัฒนธรรมและสภาพอากาศ เมื่อเจ็บป่วยมีสิทธิได้รับบริการทางการแพทย์และการรักษาพยาบาล โดยไม่จำกัดว่าผู้ต้องขังจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงหรือเป็นกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศ ล้วนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดีสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว สิ่งสำคัญนอกเหนือจากการได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว คือการได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศโดยคำนึงถึงความแตกต่างเป็นสำคัญ นับตั้งแต่ขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศผู้ต้องขัง การพิจารณาจัดสถานที่คุมขัง การตรวจค้นร่างกายรวมไปถึงสิทธิในสิ่งจำเป็นอื่น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ กฎกระทรวง รวมถึงระเบียบกรมราชทัณฑ์ต่าง ๆ มีเพียงระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขัง เข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561[2] ที่ได้บัญญัติถึงกรณีการตรวจร่างกายสำหรับผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ไว้เพียงกรณีเดียว แต่ในส่วนของขั้นตอนสำคัญอื่น ๆ และผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีอื่นนอกเหนือจากผู้ต้องขังชายที่แปลงเพศ ยังไม่มีบัญญัติแนวปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้แนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้ในแต่ละเรือนจำมีความแตกต่างกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังจะยังคงยึดตามเพศกำเนิดส่งผลให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่เขาพึงได้รับภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวโดยเฉพาะผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิง

ในบทความนี้จะนำเสนอถึงมาตรการสากลที่บัญญัติรับรองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้ในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อหาแนวปฏิบัติที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย โดยจะนำเสนอแยกเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ทางเพศ และขั้นตอนการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง โดยมีรายละเอียดดังนี้

---

[1] บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.122.

[2] ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13

1. มาตรการสากลที่บัญญัติรับรองสิทธิของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ

หลักการยอกยาการ์ตา (The Yogyakarta Principles) คือ หลักการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกันในการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นเกี่ยวกับวิถีทางเพศและ อัตลักษณ์ทางเพศ เนื่องจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากสาเหตุของความหลากหลายทางเพศนับเป็นเรื่องที่น่าวิตกที่ยังฝังรากลึกอยู่ทั่วโลกทั้งในรูป การทำวิสามัญฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างโหดร้าย การกระทำรุนแรงทางเพศ การข่มขืนและการเลือกปฏิบัติอย่างรุนแรงในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีผลลิดรอนสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ หลักการดังกล่าวจึงได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลกลุ่มนี้ (LGBTI) เป็นการเฉพาะ เช่น สิทธิในความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ สิทธิในการทำงาน สิทธิในการศึกษา สิทธิในการก่อตั้งครอบครัว สิทธิในการแสวงหาที่พักพิงและการย้ายถิ่น เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลเมื่อต้องโทษและถูกจำกัดเสรีภาพ หลักการยอกยาการ์ตาก็ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว ไว้ในหลักการข้อ 9 ดังนี้

“มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ วิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของแต่ละบุคคล โดยรัฐจัก :

1. ให้หลักประกันว่าในการกักขังควบคุมตัวจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการลดทอนคุณค่าของบุคคลให้น้อยลงไป เพราะวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้นหรือไม่ทำให้บุคคลนั้นเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง การปฏิบัติอย่างโหดร้ายหรือการทรมานทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ

2. จัดสรรบริการและการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัว โดยเข้าใจในความจำเป็นพิเศษเฉพาะอันสืบเนื่องจากวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลผู้นั้น โดยรวมทั้งประเด็นด้านอนามัยการเจริญพันธุ์ การเข้าถึงข้อมูลและการรับยาต้านเชื้อเอชไอวีหรือโรคเอดส์ และการเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมน หรืออื่น ๆ รวมทั้งการแปลงเพศหากต้องการ

3. ให้ผู้ถูกคุมขังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสถานที่คุมขังที่เหมาะสมกับวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของตน ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

4. มีมาตรการคุ้มครองผู้ต้องขังที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อความรุนแรง หรือการทำร้ายจากสาเหตุวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของผู้นั้น หรือการแสดงออกในด้านดังกล่าว และหากเป็นไปได้ต้องมิให้มาตรการคุ้มครองดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเพิ่มมากขึ้นไปกว่านักโทษอื่นทั่วไป

5. ให้สิทธิผู้ถูกคุมขัง และผู้ถูกควบคุมตัวได้รับการเยี่ยมจากคู่สมรส หรือคู่ชีวิตโดยเสมอภาคกันไม่ว่าจะเป็นเพศใด

6. ให้มีการควบคุมตรวจสอบเรือนจำ และสถานที่กักขังควบคุมตัวโดยหน่วยงานอิสระทั้งภาครัฐ และองค์กรเอกชน รวมทั้งองค์กรที่ทำงานประเด็นวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ

7. ริเริ่มโครงการฝึกอบรมพัศดี เจ้าพนักงานเรือนจำ และบุคลากรอื่นทั้งในภาครัฐหรือเอกชนที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมตัว เพื่อเพิ่มความเข้าใจต่อมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลักการของความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงในด้านวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ

หลังจากหลักการยอกยาการ์ตาถูกนำมาใช้ในปี พ.ศ. 2549 ต่อมาหลักการด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องความหลากหลายทางเพศมีวิวัฒนาการมากขึ้น จึงได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติมเนื้อหาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมในปัจจุบัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็น **หลักการยอกยาการ์ตา บวก 10 (The Yogyakarta Principles plus 10)** ที่ระบุถึงหลักการเพิ่มเติมและภาระหน้าที่ของรัฐอย่างละเอียด สำหรับหลักการข้อ 9 ของหลักการยอกยาการ์ตาฉบับปี 2549 นั้น หลักการยอกยาการ์ตาบวก 10 นี้ ได้กล่าวถึง หน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับผู้ถูกควบคุมตัว เพิ่มเติมดังนี้

1. รัฐจะต้องจัดทำและดำเนินนโยบายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความรุนแรง การเลือกปฏิบัติและการกระทำอันตรายต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งการกระทำรุนแรงดังกล่าวมีสาเหตุเกิดจากความแตกต่างทางอัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศของเหยื่อ นอกจากนี้รัฐยังต้องจัดให้มีนโยบายเกี่ยวกับการจัดสรรผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ การค้นตัว การจัดให้มีสิ่งของที่ผู้ต้องขัง

สามารถแสดงออกทางเพศ การเข้าถึง และการได้รับการรักษาบำบัดเพื่อการยืนยันเพศ (gender affirming treatment) อย่างต่อเนื่อง รวมถึงการได้รับการรักษาทางการแพทย์ในด้านอื่น ๆ ด้วย ตลอดจนนโยบายเกี่ยวกับการจัดให้มีการแยกขังผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัย (protective solitary confinement) ด้วย

2. รัฐจะต้องจัดทำและดำเนินนโยบาย เกี่ยวกับการจัดสรรสถานที่คุมขังและการปฏิบัติต่อผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ที่สะท้อนถึงความต้องการและสิทธิของทุกคนไม่ว่าผู้นั้นจะมีอัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศอย่างไร และจะต้องจัดให้มีกระบวนการที่ทำให้มั่นใจว่า ผู้ที่ถูกคุมขังหรือผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ จะสามารถมีส่วนร่วมในการพิจารณาตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่คุมขังที่บุคคลนั้นจะถูกจัดสรรเข้าไปอยู่ด้วย

3. รัฐจะต้องจัดให้มีการควบคุมดูแลสถานที่คุมขังที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้มั่นใจว่าทุกคนจะได้รับความปลอดภัย รวมถึงจะต้องมีกระบวนการตรวจตราดูแลที่สามารถสะท้อนความเสี่ยงของผู้ถูกคุมขังที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ การแสดงออกทางเพศ หรือลักษณะเฉพาะทางเพศที่แตกต่างกันได้

2. การระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง

2.1 ความสำคัญ สภาพปัญหาของประเทศไทย และแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

การระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการที่จะแยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศออกจากผู้ต้องขังทั่วไป เพื่อเป็นการป้องกันและลดความเสี่ยงจากการถูกล่วงละเมิดทั้งจากผู้ต้องขังด้วยกันเองและจากเจ้าพนักงาน หากไม่มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศตามสภาพร่างกายที่ปรากฏจริงทำให้ผู้ต้องขังชายที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้วได้รับการจัดให้เป็นเพศชาย ทำให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับความปลอดภัยในการจัดสถานที่คุมขังและไม่สามารถระบุความจำเป็นในการดูแลรักษาทางการแพทย์แก่ผู้ต้องขังได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเพศสภาพและลดความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น การระบุอัตลักษณ์ทางเพศจึงมีความสำคัญ

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทย ยังไม่ได้รับรองสถานะทางกฎหมายของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อีกทั้งยังไม่มีแนวปฏิบัติต่อผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะ การระบุอัตลักษณ์จึงมุ่งที่จะแยกผู้ต้องขังหญิงออกจากผู้ต้องขังชายเท่านั้น แต่ก็มีบางเรือนจำที่มีนโยบายแยกผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศด้วย แต่ก็จะให้ความสำคัญกับผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว แต่สำหรับผู้ต้องขังมีการแสดงอัตลักษณ์ที่แตกต่างจากเพศกำเนิดแต่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ อาจจะด้วยสาเหตุ สถานะทางเศรษฐกิจ ครอบครัว ความพร้อมทั้งสภาพจิตใจ และกำลังทรัพย์ การระบุอัตลักษณ์ผู้ต้องขังกลุ่มนี้ยังคงยึดตามเพศกำเนิด ซึ่งจะพิจารณาจากลักษณะภายนอกก่อน หากเกิดข้อสงสัยก็จะสอบถามและให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าเพื่อที่จะทราบเพศของผู้ต้องขัง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้วิธีพิจารณาตามเพศกำเนิดยังไม่เพียงพอสำหรับคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ต้องขังได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งการให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าออกเพียง เพื่อต้องการจะทราบเพศเท่านั้น ยังเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงด้วย จึงเกิดเป็นปัญหาสำหรับประเทศไทย ที่จำเป็นต้องมีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะและเป็นวิธีที่จะสามารถนำมาปรับใช้ เพื่อระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังได้ทุกประเภท

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า มีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น ในอังกฤษจะมีแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแล และการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (The Care and Management of Transgender Prisoners) (PSI 17/2016) กำหนดให้เรือนจำจะต้องจัดให้มีการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังในโอกาสแรกที่ได้พบตัวผู้ต้องขัง เพื่อนำไปสู่กระบวนการประเมินและพิจารณาตัดสินว่าผู้ต้องขังจะได้รับการปฏิบัติอย่างไร ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้ เจ้าพนักงานจะต้องระบุเพศของผู้ต้องขังโดยใช้ข้อมูลที่ดีที่สุดที่สามารถรวบรวมได้ และนำเข้าหารือกับคณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วยนักจิตวิทยา ผู้แทนจากหน่วยงานที่ดูแลผู้ต้องขัง และผู้แทนจากกลุ่มบุคคลที่สนับสนุนบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

กรณีของสหรัฐอเมริกา มีข้อกำหนดมาตรฐานของกระทรวงยุติธรรมสำหรับคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศแยกเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับอังกฤษ โดยเรือนจำจะต้องดำเนินการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของ

ผู้ต้องขังในสองรูปแบบควบคู่กัน คือ เรือนจำจะต้องจัดให้ผู้ต้องขังมีโอกาสแสดงข้อมูล อัตลักษณ์ในทางเพศของตนว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศอย่างไร และนำข้อมูลนั้นไปใช้ประกอบกับข้อมูลอื่น ๆ ที่เรือนจำรวบรวมได้เพื่อนำมาประเมินความเสี่ยงที่ผู้ต้องขังคนนั้นอาจจะถูกล่วงละเมิดทางเพศ (การระบุอัตลักษณ์เชิงอัตวิสัย) และเจ้าพนักงานผู้ทำการประเมินจะต้องพิจารณาลักษณะของผู้ต้องขังด้วยว่า ผู้ต้องขังนั้นมีแนวโน้มที่อาจจะถูกผู้ต้องขังหรือเจ้าพนักงานคนอื่น ๆ มองว่าเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือไม่ เพื่อประเมินแนวโน้มการถูกล่วงละเมิด โดยอาจจะสังเกตจากลักษณะภายนอก บุคลิกพฤติกรรมว่าตรงกับเพศที่ระบุไว้ในเอกสารการจับกุมหรือไม่ (การระบุอัตลักษณ์เชิงภาวะวิสัย)

2.2 แนวปฏิบัติในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

ผู้ศึกษาเสนอแนวทางแก้ปัญหาในการระบุอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขังทั้งผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน และผู้ต้องขังที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงอัตลักษณ์แตกต่างจากเพศกำเนิด ดังนี้

ตั้งแต่วันแรกที่รับตัวผู้ต้องขังเข้าไว้ใหม่ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 36 กำหนดให้เจ้าพนักงานเรือนจำจัดทำทะเบียนประวัติ โดยในอนุมาตรา 4 จะต้องบันทึกรายละเอียดของผู้ต้องขังเกี่ยวสภาพร่างกายและสภาพจิตใจลงไปด้วย ฉะนั้นรายละเอียดของเพศผู้ต้องขังว่ามีการแสดงออกตรงกับเพศในบัตรประชาชนหรือไม่ มีการศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมด หรือบางส่วนมากน้อยเพียงใด ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อมูลดังกล่าวเจ้าพนักงานมีหน้าที่จะต้องบันทึกลงไปในทะเบียนประวัติตามบังคับของมาตรานี้ด้วย

วิธีการระบุอัตลักษณ์สำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ คือ ในวันแรกรับ เจ้าพนักงานจะต้องให้ผู้ต้องขังได้รายงานอัตลักษณ์ทางเพศของตนว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศ และวิถีทางเพศอย่างไร และเจ้าพนักงานต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพภายนอกด้วย โดยจะต้องอาศัยข้อมูลทั้งหมดประกอบกันดังนี้

1) ลักษณะทางกายภาพ เช่น ผู้ต้องขังยังคงมีอวัยวะเพศตรงตามเพศกำเนิดอยู่ หรือได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศมาแล้วทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน ซึ่งลักษณะทางกายภาพนี้เจ้าพนักงานสามารถทราบได้จากรายงานด้วยวาจาของผู้ต้องขัง และจะทราบแน่ชัดอีกครั้งในขั้นตอนการตรวจร่างกายของผู้ต้องขังเข้าใหม่ ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 37 เนื่องจากผู้ต้องขังต้องถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด

2) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ผู้ต้องขังต้องเป็นคนรายงานเอง เพื่อให้ทราบถึงความรู้สึกภายในจิตใจของผู้ต้องขังคนนั้นว่าเขานิยามตนเองว่าเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย

3) วิถีทางเพศ (Sexual Orientation) ผู้ต้องขังต้องเป็นคนรายงานเอง เพื่อให้ทราบว่าผู้ต้องขังมีความรู้สึกรักใคร่ชอบพอ เสน่หาในบุคคลเพศใด

ทั้งนี้ก็เพื่อความปลอดภัยแก่ตัวผู้ต้องขังเองรวมถึงผู้ต้องขังคนอื่นๆด้วยในการพิจารณาจัดสถานคุมขัง โดยผู้ศึกษาจะยกตัวอย่าง เช่น ผู้ต้องขังหญิงที่ยังไม่ได้ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ลักษณะทางกายภาพ คือ เพศหญิงโดยกำเนิด ตามหลักจะต้องถูกคุมขังในแดนขังหญิง ผู้ต้องขังหญิงคนดังกล่าว มีลักษณะห้าวชอบใส่ผ้ารัดหน้าอก มีอากัปกิริยาการแสดงออกคล้ายผู้ชาย ดังนั้นอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) คือ ผู้ชาย ผู้ต้องขังหญิงคนดังกล่าวมีความรู้สึกชอบพอในเชิงชู้สาวกับผู้หญิงด้วยกัน ดังนั้น วิถีทางเพศ (Gender Orientation) คือ หญิงรักหญิง (ทอม) จากกรณีนี้ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังหญิงคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังหญิงแต่จะถูกแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังหญิงที่เป็นดี้ (ผู้หญิงที่ชอบทอม) กับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป

กรณีผู้ต้องเพศชายตามที่ระบุไว้ในบัตรประจำตัวประชาชน รายงานแก่เจ้าพนักงานและเจ้าพนักงานก็ได้ทราบจากการตรวจร่างกายว่าเขาได้ศัลยกรรมแปลงเพศทั้งหมดแล้ว ดังนั้นลักษณะทางกายภาพ คือ เพศหญิง ฉะนั้นกรณีนี้แทบจะไม่ต้องพิจารณาถึงอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศอีกต่อไปแล้ว ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังชายคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังหญิง แต่จะแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังหญิงโดยทั่วไป

กรณีผู้ต้องขังเพศชายตามที่ระบุไว้ในบัตรประชาชน รายงานแก่เจ้าพนักงานและเจ้าพนักงานก็ได้ทราบจากการตรวจร่างกาย (รายละเอียดวิธีการเลือกเพศเจ้าพนักงานในการค้นตัวจะได้กล่าวในลำดับถัดไป) ว่าเขายังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ ดังนั้นลักษณะทางกายภาพ คือ เพศชาย ผู้ต้องขังชายคนนี้ ดูอ่อนหวาน มีอากัปกิริยาการแสดง

ออกคล้ายผู้หญิง ดังนั้นอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) คือ ผู้หญิง ผู้ต้องขังชายคนนี้มีความรู้สึกชอบพอในเชิงชู้สาวกับผู้ชายด้วยกัน ดังนั้นวิถีทางเพศ (Gender Orientation) คือ กะเทย (ที่ยังไม่แปลงเพศ) ในทางปฏิบัติจริงของเรือนจำพิเศษพัทยา ผู้ต้องขังชายคนนี้จะถูกคุมขังในแดนขังชาย โดยจะแยกขังต่างหากจากผู้ต้องขังชายทั่วไป

หากเป็นกรณีที่เมื่อพิจารณาจากลักษณะภายนอกรวมทั้งอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศแล้ว ไม่สามารถระบุเพศของผู้ต้องขังได้ กรณีนี้ผู้ศึกษาเสนอให้เจ้าพนักงานนำข้อมูลเข้าหารือกับคณะกรรมการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวผู้ศึกษาเสนอให้เพิ่มผู้เชี่ยวชาญจากองค์กรที่ทำงานกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย เช่น สมาคมฟ้าสีรุ้งแห่งประเทศไทย (Rainbow Sky Association of Thailand) อัญจารี บางกอกเรนโบว์ (Bangkok Rainbow) หรือเครือข่ายเพื่อนกะเทยไทย (Thai Transgender Alliance) ร่วมกับนักจิตวิทยาและแพทย์เฉพาะทาง เพิ่มเติมจากคณะกรรมการจำแนกผู้ต้องขังที่มีอยู่เดิม เพื่อร่วมพิจารณาสถานะทางเพศของผู้ต้องขัง วางแผนกำหนดสถานที่คุมขังและวิธีการดูแลอย่างเหมาะสม

ข้อดี คือมีผู้ทำงานใกล้ชิดกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเข้าร่วมวินิจฉัยและกำหนดแผนการดูแลผู้ต้องขังกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะถือเป็นวิธีการที่ดี เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความรู้ในลักษณะของเพศสภาพที่หลากหลาย มีความเข้าใจถึงความจำเป็นที่แตกต่างได้เป็นอย่างดี ทำให้การวางแผนดูแลผู้ต้องขังมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด ประกอบกับผู้ต้องขังที่ผ่าตัดแปลงเพศบางรายจำเป็นต้องได้รับยาฮอร์โมนอย่างต่อเนื่องหรือมีปัญหาสุขภาพจากการผ่าตัดเสริมต่าง ๆ ควรได้รับการดูแลที่ถูกสุขอนามัย แพทย์เฉพาะทางจึงมีบทบาทสำคัญในการร่วมจัดแผนดูแลดังกล่าว ซึ่งมาตรการนี้สอดคล้องกับหลักการยอกยาการ์ตาข้อ 9 ที่กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรบริการและการให้คำปรึกษาทางการแพทย์ที่เหมาะสมต่อความจำเป็นของผู้ถูกควบคุมตัวและผู้ถูกควบคุมตัวสามารถเข้าถึงได้อย่างเพียงพอโดยตระหนักถึงความจำเป็นที่มีพื้นฐานจากวิถีทางเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น โดยรวมถึงอนามัยเจริญพันธุ์ การเข้าถึงการรักษาด้วยฮอร์โมนหรืออื่น ๆ

ข้อพิจารณา คือองค์กรที่ทำงานกับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ส่วนใหญ่มักจะมีสถานที่ตั้งหรือภูมิลำเนาอยู่ในกรุงเทพมหานคร ทำให้เรือนจำต่างจังหวัดขาดแคลนบุคลากร ซึ่งอาจแก้ปัญหาในเบื้องต้นด้วยการขอความร่วมมือจากองค์กรส่วนกลางส่งบุคลากรไปเรือนจำต่างจังหวัดเป็นการเฉพาะกิจ

3. การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง

3.1 ความสำคัญ สภาพปัญหาของประเทศไทย และแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

การตรวจร่างกายผู้ต้องขังทั้งในวันแรกที่รับเข้าใหม่และการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังในเวลาเข้า-ออกเรือนจำจุดประสงค์เพื่อตรวจสุขภาพผู้ต้องขังในวันแรกที่เข้าเรือนจำ และตรวจหาอาวุธ สิ่งผิดกฎหมาย สิ่งต้องห้าม เพื่อความปลอดภัยกับผู้ต้องขังคนอื่น ๆ และความเป็นระเบียบในการควบคุมดูแล ซึ่งการตรวจค้นก็จะมีทั้งแบบสัมผัสตามร่างกายภายนอกกับถอดเสื้อผ้าออกทั้งหมด ซึ่งตามหลักสากลการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังเพศชายและหญิง เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงกับผู้ต้องขังนั้นก็มักจะเป็นผู้ปฏิบัติ เพื่อป้องกันการถูกล่วงละเมิด และเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่สำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหว ก่อให้เกิดการถกเถียงหรือโต้แย้งได้มาก และยากต่อการจัดการให้เหมาะสม โดยเฉพาะกับผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน หรือกรณีที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ ดังนั้นวิธีการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกลุ่มนี้ จึงต้องให้ความสำคัญกับเรื่องความยินยอมพร้อมใจของทั้งตัวผู้ต้องขังเองและเจ้าพนักงานผู้ตรวจค้น อีกทั้งเจ้าพนักงานจะต้องผ่านการฝึกอบรมเพื่อความเป็นมืออาชีพ ให้เกียรติ และเป็นการล่วงละเมิดน้อยที่สุด

เมื่อพิจารณากฎหมายของไทย ตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่ และผู้ต้องขังเข้า - ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13 ได้กล่าวถึงกรณีการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เพียงกรณีเดียวคือ ผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลกรรมแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว จะต้องให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจค้น แต่สำหรับกรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน เช่น ผู้ต้องขังชายที่ตัดเฉพาะอวัยวะเพศออก ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอก หรือผู้ต้องขังที่ไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แนวปฏิบัติในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกลุ่มนี้ จึงยังคงยึดตามเพศกำเนิด คือเจ้าพนักงานเรือนจำชายจะเป็นผู้ตรวจค้น จากที่ผู้ศึกษาได้สัมภาษณ์ผู้ต้องขังกลุ่มดังกล่าวทั้งจากเรือนจำกลางคลองเปรม

และเรือนจำพิเศษพัทยา มีทั้งกลุ่มที่ประสงค์จะให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจค้น เนื่องจากอัตลักษณ์ทางเพศของตนนั้นเป็นผู้หญิง ต้องการถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้ต้องขังหญิงทั่วไป และบางกลุ่มไม่ได้กังวลเรื่องเพศเจ้าพนักงาน ผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเพื่อให้มาตรฐานเดียวกัน ประเทศไทยจะต้องมีแนวปฏิบัติลายลักษณ์อักษรที่สามารถนำไปปฏิบัติกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้ครอบคลุมทุกคน เพื่อเป็นมาตรฐานกลางที่เรือนจำแต่ละแห่งนำไปปฏิบัติ

จากการศึกษาแนวปฏิบัติในต่างประเทศพบว่า มีแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นการเฉพาะสำหรับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น เครือรัฐออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งถือเป็นรัฐที่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศที่ละเอียดครอบคลุมมากที่สุดในเครือรัฐออสเตรเลีย[3] กำหนดให้ผู้ต้องขังที่จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายแล้ว ให้เจ้าพนักงานที่มีเพศอย่างเดียวกันกับเพศที่ได้จดทะเบียนของผู้ต้องขังเป็นผู้ตรวจค้น เมื่อประเทศไทยยังไม่รับรองสถานะทางกฎหมายสำหรับบุคคลที่แปลงเพศ แต่ก็สามารถนำแนวทางมาเทียบเคียงได้กับ กรณีผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว จึงต้องให้เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงกับเพศใหม่ของผู้ต้องขังเป็นผู้ตรวจค้น หรือกรณีของผู้ต้องขังยังมีเพศกำกวมหรือคลุมเครือ แนวปฏิบัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์จะให้ผู้ต้องขังแสดงความประสงค์ว่าจะให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ตรวจค้นร่างกาย ซึ่งแนวทางนี้นำมาเทียบเคียงกับประเทศไทยได้ในกรณีของผู้ต้องขังที่มีการศัลยกรรมแปลงเพศบางส่วน และกรณีที่ยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ อีกทั้งการตรวจค้นดังกล่าวจะคำนึงถึงความสมัครใจของเจ้าพนักงานผู้ตรวจด้วย หากไม่ประสงค์ที่จะเป็นผู้ตรวจร่างกายผู้ต้องขัง ผู้บังคับบัญชาจะต้องมอบหมายให้เจ้าพนักงานอื่นเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน ทำนองเดียวกับแนวปฏิบัติว่าด้วยการดูแล และการจัดการผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ (The Care and Management of Transgender Prisoners) (PSI 17/2016) ของอังกฤษที่กำหนดให้เรือนจำจะต้องฝึกอบรมให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้การตรวจค้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดความเขินอายน้อยที่สุด และเจ้าพนักงานสามารถปฏิเสธไม่ตรวจค้นได้ในกรณีอันเนื่องมาจากเหตุผลทางศาสนา หรือทางวัฒนธรรมได้เช่นกัน

3.2 แนวปฏิบัติในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่ครั้งแรกในวันรับตัวเพื่อตรวจสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 37 และในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกรณีเข้า-ออกเรือนจำ ผู้ศึกษาเสนอแนวทางแก้ปัญหา ในการเลือกเพศเจ้าพนักงานที่เหมาะสมในการตรวจค้นร่างกาย ดังนี้

1) กรณีผู้ต้องขังชายศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9, 13 ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว โดยให้ เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย

2) กรณีผู้ต้องขังหญิงศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชาย กรณีนี้ยังมีจำนวนน้อยมาก เนื่องจากราคาสูงและยังไม่เป็นที่นิยมมากนัก แต่หากมีกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถนำแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกามาเทียบเคียง ซึ่งกำหนดให้การตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขัง เจ้าพนักงานผู้ดำเนินการควรมีเพศที่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศของผู้ต้องขัง และกรณีการตรวจค้นร่างกายแบบถอดเสื้อผ้าห้ามมิให้เจ้าพนักงานที่มีเพศตรงข้ามกับผู้ต้องขังเป็นผู้ดำเนินการ[4] ดังนั้นในกรณีนี้ผู้ต้องขังหญิงที่ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นชาย ซึ่งมีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นเพศชายนั้น จึงสมควรให้เจ้าพนักงานเรือนจำชายเป็นผู้ดำเนินการ

---

[3] Sam Lynch ; Lorana Bartels, “Transgender Prisoners in Australia : An Examination of the Issues, Law and Policy,” Flinders Law Journal 19, 2, p.214, (2017).

[4] Nation PREA Resource Center, “FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?,” Retrieved on June 12, 2018, from https://www.prea resourcecenter.org/node/3257.

3) กรณีผู้ต้องขังศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ เช่น ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอกแต่ยังคงมีอวัยวะเพศชายอยู่ หรือผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดนำอวัยวะเพศชายออกแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดเสริมหน้าอก หรือผู้ต้องขังชายที่มีอัตลักษณ์ทางเพศเป็นหญิงแต่ยังไม่ได้ผ่าตัดศัลยกรรมใด ๆ กรณีนี้ผู้ศึกษาเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติม (4) เข้าไปในข้อ 9 ของระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ดังนี้

“ผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ให้ผู้ต้องขังดังกล่าวระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉินเจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังประสงค์”

ซึ่งข้อมูลเพศของเจ้าพนักงานที่ผู้ต้องขังแจ้ง จะต้องถูกบันทึกลงในทะเบียนประวัติผู้ต้องขังตั้งแต่วันแรกที่รับเข้าใหม่ ตามมาตรา 36(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560

ข้อดี คือเป็นการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยไม่นำข้อจำกัดของกฎหมายที่ยังไม่มีการรับรองเพศมาเป็นเครื่องมือลดทอนคุณค่าของบุคคลลง สามารถลดการล่วงละเมิดทางเพศจากเจ้าพนักงานที่มีอคติได้ เห็นว่ามาตรการนี้ประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีกฎหมายออกมารองรับในเรื่องเพศของบุคคลก่อน สามารถที่จะเพิ่มเติมระเบียบที่มีอยู่แล้ว อันเป็นการยกระดับมาตรฐานให้สอดคล้องกับหลักสากลที่ไม่ให้คุณค่าของมนุษย์ถูกลดทอนลงและตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงจากสาเหตุของการมีวิถีทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่าง

ข้อพิจารณา คือเจ้าพนักงานตามเพศที่ผู้ต้องขังประสงค์จะให้ค้นตัวอาจจะมีจำนวนไม่เพียงพอสำหรับการค้นฉุกเฉินที่ต้องกระทำในขณะนั้น จึงจำเป็นต้องให้เจ้าพนักงานที่มีเพศไม่ตรงตามที่ผู้ต้องขังระบุเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น หากเกิดขึ้นบ่อยครั้งมาตรการดังกล่าวอาจถูกอะลุ่มอล่วยจนเสื่อมความสำคัญลง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติและแนวปฏิบัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ที่ใช้เป็นมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ทำให้การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังส่วนใหญ่ยังคงยึดตามเพศกำเนิด ส่งผลให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมสอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่เขาพึงได้รับภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติในลำดับที่ 55 เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2489[5] ที่ได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และการเข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ ทำให้เกิดพันธะผูกพันในการต้องปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้นำสาระสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสนธิสัญญาดังกล่าวมาบัญญัติไว้ เพื่อให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และการได้รับความคุ้มครองด้านสิทธิและเสรีภาพเสมอกันของบุคคลภายใต้กฎหมาย (มาตรา 27) โดยมีหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ว่ามนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่เกิด มนุษย์มีศักดิ์ศรี มีความเสมอภาคและรัฐมีหน้าที่ในการสร้างหลักประกันดังกล่าวในการวางมาตรฐานด้านการเคารพสิทธิของรัฐและระหว่างกันของบุคคลในสังคม

ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชนเกิดผลเป็นรูปธรรม รัฐจึงได้จัดทำแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขึ้น ซึ่งปัจจุบันเป็นแผนฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2566) ซึ่งได้กำหนดให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบาง ที่แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเร่งดำเนินการให้ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลกลุ่มนี้ อีกทั้งยังมุ่งดำเนินมาตรการอย่างต่อเนื่องที่ช่วยส่งเสริมเจตคติของคนในสังคมให้มีความเข้าใจและยอมรับในการมีอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเพศสภาพที่มีความหลากหลาย

[5] กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, บทสรุปสำหรับผู้บริหารเกี่ยวกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2557 - 2561, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2558), น.1.

ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรมราชทัณฑ์ และอธิบดีกรมราชทัณฑ์ ซึ่งมีอำนาจกระทำการตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 และมีอำนาจบังคับบัญชากิจการเรือนจำ ตามระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานเรือนจำและการแต่งตั้งผู้ช่วยเหลือกรมราชทัณฑ์ พ.ศ. 2561 มีหน้าที่ต้องส่งเสริม ปกป้อง คุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ผู้ต้องขังทุกคน โดยขอเสนอแนะแนวทางปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับอัตลักษณ์ทางเพศของแต่ละบุคคล รวมถึงเพื่อช่วยช่วยบรรเทาความเสี่ยงจากการถูกล่วงละเมิด การกระทำทารุณกรรมทางเพศ ดังนี้

1) การกำหนดขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์

เสนอให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์ออกกฎกระทรวงตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 โดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการราชทัณฑ์ กำหนดขั้นตอนการระบุอัตลักษณ์ของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อให้เรือนจำสามารถทราบลักษณะเฉพาะของผู้ต้องขังตามกลุ่มความเสี่ยงและสามารถปฏิบัติต่อผู้ต้องขังแต่ละกลุ่มตามความเหมาะสมกับความเสี่ยงนั้น

2) การกำหนดขั้นตอนการค้นตัวผู้ต้องขัง

เนื่องจากระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า - ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ13 ได้กำหนดการตรวจร่างกายผู้ต้องขังกรณีผู้ต้องขังชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิงไว้เพียงกรณีเดียว เพื่อให้ครอบคลุมกับผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศทุกคนทุกลักษณะ ผู้ศึกษาเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติม ข้อ 9(4) ของระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ดังนี้

“ผู้ต้องขังที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วนหรือยังไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศแต่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด ให้ผู้ต้องขังดังกล่าวระบุเพศเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการตรวจร่างกาย หากไม่ใช่กรณีฉุกเฉินเจ้าพนักงานจะต้องจัดให้ตามที่ผู้ต้องขังประสงค์”

นอกจากนี้ เสนอให้กรมราชทัณฑ์ออกระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 36(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 กำหนดรายละเอียดข้อมูล “เพศของเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นร่างกาย” เพิ่มเติม ในทะเบียนประวัติของผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศ ตั้งแต่วันรับตัวผู้ต้องขังเข้าใหม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการจัดเจ้าพนักงานผู้ทำการตรวจค้นในครั้งต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. บทสรุปสำหรับผู้บริหารเกี่ยวกับแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 3 พ.ศ. 2557 - 2561. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2558.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ARTICLE

Lynch Sam ; Bartels Lorana. “Transgender Prisoners in Australia : An Examination of the Issues, Law and Policy.” Flinders Law Journal 19, 2 (2017) : p.214.

ELECTRONIC MEDIA

Nation PREA Resource Center. “FAQ Can you please clarify the parameters of conducting a search of a transgender or intersex inmate/resident?.” https://www.prearesourcecenter.org/node/3257. June 12, 2018.

OTHER DOCUMENT

Corrective Services NSW. Offender Classification & Case Management Policy & Procedures Manual : 12.2 Classifications of Female Inmates.

Denver Sheriff Department. Department Order 4005.1. Transgender and Gender-Variant Inmates.

National Offender Management Service. National Security Framework 3.1 Searching of the Person referenced as PSI 07/2016.

Prison Rape Elimination Act. Prison and Jail Standard United States Department of Justice Final Rule.

The Commonwealth of Australia. Standard Guidelines for Corrections in Australia revised 2012.