

การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของไทย  
: ศึกษาเปรียบเทียบประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักร  
PROTECTION OF TRANSGENDER PERSONS DURING INVESTIGATIVE CRIMINAL  
PROCEDURE: A COMPARATIVE STUDY OF THAILAND, AUSTRALIA,  
AND THE UNITED KINGDOM

ฉัตรทริกา นภานาพงศ์

Chattrika Napatanapong

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : n.chattrika@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in Criminal law,

Faculty of Law, Thammasat University : n.chattrika@gmail.com

Received : June 29, 2021

Revised : August 31, 2021

Accepted : September 13, 2021

#### บทคัดย่อ

องค์ความรู้และทัศนคติเกี่ยวกับเพศและความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยปัจจุบัน แม้จะได้รับการยอมรับถึงความแตกต่างและการมีตัวตนที่มีวิถีทางเพศและเพศสภาพที่หลากหลายโดยมีได้มองว่ามีเพียงเพศหญิงและเพศชายเท่านั้น แต่ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังคงเกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม ทั้งในด้านความหลากหลายทางเชื้อชาติ ฐานะ รวมไปถึงความหลากหลายทางเพศด้วย การมีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดของกลุ่มบุคคลข้ามเพศยังคงถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตั้งแต่ในชั้นสอบสวน

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน เรื่องการค้นตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย ตามมาตรา 132 (1) วรรคสอง และการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 วรรคสี่ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของผู้ต้องหา อันเป็นหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบัน โดยจะดำเนินการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร เพื่อวิเคราะห์แนวทางและกำหนดแนวปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการชั้นสอบสวนที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

#### คำสำคัญ:

บุคคลข้ามเพศ, ความหลากหลายทางเพศ, สิทธิมนุษยชน, กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

**Abstract**

In Thailand today, knowledge and attitudes about gender and gender diversity is limited to binary concepts despite recognition of differences and the presence of diverse sexual orientations, leading the criminal justice system to continue to cause social inequality in terms of diversity, including gender diversity. Gender mismatching of transgender people continues to represent human rights violations in the criminal justice system, starting with initial police interrogation sessions.

This article studies the problem of protecting transgender people in criminal procedural phases of investigations involving a search of the accused under Section 85 paragraph one of the Thailand Criminal Procedure Code (TCPC); examination of the accused or victim under Section 132 (1), paragraph two of the TCPC; and interrogation of the victim in cases of sexual offense, under section 133, paragraph four of the TCPC. The aim is to maintain a balance between the public interest and rights of the accused as basic principles of current criminal procedure. An international comparative legal study will be made of relevant statutes in Australia and the United Kingdom to further analyze laws and formulate guidelines for the treatment of transgender people during the investigation process appropriate for the Thai context.

**Keywords**

Transgender, Sexual diversity, Human rights, Criminal Justice

## 1. บทนำ

ความเป็นพลวัตของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จากสถานการณ์ในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ (Transgender) ทั่วโลก พบว่า ที่ประชุมใหญ่องค์การอนามัยโลกได้มีมติเมื่อ 25 พฤษภาคม พ.ศ.2562 ยกเลิกให้การข้ามเพศ (Transgenderism) เป็นอาการของความบกพร่องทางจิตอย่างเป็นทางการ ในคู่มือวินิจฉัยและจัดประเภทของโรคระหว่างประเทศ (ICD-11) และมีการจัดหมวดหมู่ให้การข้ามเพศอยู่ในกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศแทน<sup>1</sup> เพื่อหวังการลดการเลือกปฏิบัติ

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันได้ให้การรับรองสิทธิกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยได้วางหลักการอย่างกว้างเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่ถึงกระนั้นความเชื่อ วัฒนธรรม ทศนคติของสังคมไทยในอดีตยังส่งผลให้บุคคลข้ามเพศยังคงถูกเลือกปฏิบัติอย่างร้ายแรง รวมไปถึงยังเกิดเหตุการณ์ถูกล่วงละเมิดทางเพศในสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกายของบุคคลข้ามเพศ

นอกจากนี้ ข้อพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ซึ่งมีหลักการพื้นฐานในการรักษามูลระหว่างประโยชน์ของสังคม (Crime Control) และประโยชน์ของผู้ถูกดำเนินคดี (Due Process) พบว่า ปัจจุบันบุคคลข้ามเพศยังคงถูกเลือกปฏิบัติและยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง ตามหลักสิทธิมนุษยชนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการค้นตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย ตามมาตรา 132 (1) วรรคสอง และการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 วรรคสี่ โดยมีการแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ คุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเท่านั้นที่สามารถให้เจ้าพนักงานสอบสวนหญิงมาดำเนินการค้น ตรวจตัวหรือถามปากคำได้ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวบุคคลข้ามเพศจึงได้รับผลกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย รวมทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพียงเพราะเหตุที่มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดและมีค่านามานามที่เป็นไปตามเพศกำเนิด อีกทั้งในปัจจุบันยังไม่มีแนวทางปฏิบัติใด ๆ หรือหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในการดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว

ดังนั้น ในบทความนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยในชั้นสอบสวนอันเป็นกระบวนการขั้นต้นที่มีความสำคัญและอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลข้ามเพศและขัดต่อหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะพิจารณาผลกระทบของบุคคลข้ามเพศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันอันจะนำไปสู่เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิ รวมทั้งจะพิจารณาหลักเกณฑ์ในการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย การถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศของ ประเทศออสเตรเลีย และสหราชอาณาจักร รวมทั้งแนวปฏิบัติของพนักงานสอบสวนในประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรที่กำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศอย่างชัดเจน

---

<sup>1</sup> Susan D Cochran, Jack Drescher, and Eszter Kismödi, 'Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11).' Bulletin of the World Health Organization, 92(9), p.672-679, <<https://doi.org/10.2471/BLT.14.135541>> accessed 24 March 2021.

## 1. ลักษณะและความหมายของบุคคลข้ามเพศ

ความหมายของบุคคลข้ามเพศนั้น มีผู้ให้คำนิยามคำว่า “คนข้ามเพศ (Transgender)” ไว้หลายความหมาย<sup>2</sup> นอกจากนี้ องค์การอนามัยโลกให้ความหมาย “บุคคลข้ามเพศ” โดยอ้างอิงข้อมูลจากบัญชีจำแนกโรคสากล คือ บุคคลที่มีความผิดปกติด้านอัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity Disorders – GID) และแบ่งออกเป็นบุคคลที่ต้องการผ่าตัดแปลงเพศและบุคคลที่ต้องการแต่งกายและใช้ชีวิตเป็นอีกเพศหนึ่งเท่านั้น<sup>3</sup>

จากความหมายของบุคคลข้ามเพศ (transgender) จะเห็นได้ว่านักวิชาการได้นิยามความหมายไปในทิศทางเดียวกัน โดยได้พิจารณาลักษณะของบุคคลข้ามเพศออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (transsexual)

### 1.1 บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites)

บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites) หมายถึง บุคคลที่ชอบแต่งกายเป็นเพศตรงข้าม (the cross-dressing) โดยทั่วไปแล้วบุคคลกลุ่มนี้จะมีแค่ความต้องการแสดงออกซึ่งคำพูด การแต่งกายและพฤติกรรมทางเพศที่บุคคลนั้นต้องการจะเป็นมากกว่าความต้องการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศของตนเองอย่างถาวร ดังนั้น บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศจึงหมายความรวมถึง บุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศ (non-operative transsexual) และบุคคลข้ามเพศอื่น ๆ ที่มีได้ต้องการนิยามเพศของตน ภายใต้ระบบสองเพศ

### 1.2 บุคคลแปลงเพศ (transsexual)

หมายถึง บุคคลที่มีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิด และมีความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงร่างกายของตนเองให้สอดคล้องกับเพศตามที่ต้องการ บุคคลแปลงเพศมีความแตกต่างจากบุคคลแต่งกายข้ามเพศ กล่าวคือ บุคคลแปลงเพศ หมายถึง บุคคลข้ามเพศที่เตรียมเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศ (pre-operative transsexual) และบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (post-operative transsexual) ซึ่งยังแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก บุคคลเพศชายที่แปลงไปเป็นเพศหญิง (Male-To-Female) หรือที่เรียกว่า MTF หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศหญิง ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศหญิง ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายก็ตาม

ประเภทที่สอง บุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชาย (female-to-male) หรือที่เรียกว่า FTM หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิง ซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศชาย ในกรณีนี้ บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชาย ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงก็ตาม

---

<sup>2</sup> กนกพร อริยา, 'การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์ สาธารณสุขศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 2561) 9-10 <[http://www.graduate.cmr.ac.th/core/km\\_file/397.pdf](http://www.graduate.cmr.ac.th/core/km_file/397.pdf)>

<sup>3</sup> World Health Organization, 'International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)' <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F64.0>>

## 2. พัฒนาการการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักการสากลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

คงมีอาจปฏิเสธได้ว่า ในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศมีพัฒนาการและความก้าวหน้าทั้งในด้านการรับรองสถานะทางสุขภาพ การคุ้มครองสิทธิระหว่างประเทศ รวมทั้งการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศของ องค์การสหประชาชาติ โดยในที่จะขอล่าถึงพัฒนาการในแต่ละด้าน ดังนี้

### 2.1 สถานะทางสุขภาพและผลกระทบในการมีชีวิตของบุคคลข้ามเพศจนถึงในปัจจุบัน

สถานะทางสุขภาพเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลข้ามเพศประการหนึ่ง เนื่องจากสถานะทางสุขภาพจะส่งผลต่อการรับรองสถานะต่าง ๆ ของบุคคลข้ามเพศในการดำเนินชีวิต ตัวอย่างเช่น การรับรองเพื่อนำไปสมัครงาน การเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันองค์การอนามัยโลกได้ปรับแก้บัญชีจำแนกโรคสากล ICD-11 ฉบับใหม่<sup>4</sup> โดยถอดถอนภาวะการข้ามเพศ ออกจากหมวดความบกพร่องทางจิตและพฤติกรรมรบกวนการรับรองจากสมัชชาอนามัยโลก (world health assembly) และได้บรรจุภาวะการข้ามเพศในหมวดใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ (sexual health) ซึ่งจะบรรจุอยู่ในบทที่ 17 ของบัญชีจำแนกโรคสากล ICD-11 ฉบับใหม่นี้ โดยจะมีการใช้คำใหม่ในการจำแนกภาวะการข้ามเพศกับกลุ่มประชากรสองกลุ่ม ได้แก่ เพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดในวัยรุ่นและผู้ใหญ่ (gender incongruence of adolescence and adulthood) และเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดในวัยเด็ก (gender incongruence of childhood) ทั้งนี้ บัญชีจำแนกโรคสากลนี้ผ่านการพิจารณาจากสมัชชาอนามัยโลก (World Health Assembly) ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2562 และคาดว่าจะเริ่มใช้ทั่วโลกตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2565

### 2.2 หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิระหว่างประเทศในประเด็นความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ในปี ค.ศ. 2007 ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนและนักกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำและรับรอง “หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (The Principle on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity : Yogyakarta Principles) เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของรัฐที่มีอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน) โดยหลักการดังกล่าวจะให้การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ประกอบด้วยหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจำนวน 29 เรื่อง ทั้งนี้ในหลักการข้อ 8 ได้มีการกำหนดสิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม โดยกำหนดให้มนุษย์ทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและโดยเปิดเผย โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถูกกล่าวหา และโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

นอกจากนี้หลักการข้อ 9 ยังได้กำหนดสิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะ ความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว กล่าวคือ มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพต่อส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ

<sup>4</sup> World Health Organization, 'WHO/Europe brief – transgender health in the context of ICD-11' (2020) <<https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/genderdefinitions/who-europe-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11>> accessed 22 May 2020.

### 2.3 การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติ

การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติเกิดขึ้นจากการนำหลักความเป็นสากลและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ (sexual orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity)

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากเอกสารระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญต่าง ๆ เช่น บทบัญญัติในกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ พบว่ามิได้มีการบัญญัติถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศวิถีของบุคคลไว้โดยตรงอย่างชัดเจน ซึ่งสาเหตุของการที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าว อาจเป็นเพราะประเด็นเรื่องเพศวิถีของบุคคลเป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในช่วงเวลาที่มีการจัดทำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ<sup>5</sup>

ในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2011 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้มีมติเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพราะรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยมติดังกล่าวนำเสนอโดยผู้นำของประเทศบราซิลร่วมกับผู้สนับสนุนร่วมอีก 39 รายจากทุกภูมิภาคทั่วโลก มติดังกล่าวถือเป็นมติแรกของสหประชาชาติที่ให้ความสำคัญกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยพิจารณาจากรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งมติดังกล่าวเป็นการส่งสัญญาณสำคัญของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนในการสนับสนุนปกป้องสิทธิมนุษยชน<sup>6</sup> อีกทั้งยังเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองครอบคลุมถึงบุคคลข้ามเพศที่ถูกเลือกปฏิบัติและถูกละเมิดสิทธิจากอาชญากรรมหรือความรุนแรงต่าง ๆ เพราะความเกลียดชัง

### 2.4 การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในระดับภูมิภาค

ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งองค์กรระดับภูมิภาคที่ให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลข้ามเพศในการถูกละเมิดสิทธิจากการเลือกปฏิบัติหรือได้รับอันตรายจากอาชญากรรมแห่งความเกลียดชัง ตัวอย่างเช่น Transgender Europe (TGEU)<sup>7</sup> องค์กรเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการเสริมสร้างสิทธิและคุ้มครองบุคคลข้ามเพศทั้งในภูมิภาคยุโรปและเอเชียกลางที่ได้เผชิญกับการกระทำที่เลือกปฏิบัติจากทั้งประชาชนในเมืองนั้นๆ และจากดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งการถูกปฏิเสธการดูแลสุขภาพ และการถูกทารุณกรรมเพราะอัตลักษณ์ทางเพศ

<sup>5</sup> อารยา สุขสม, ‘สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,’ (ดุชนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) 59.

<sup>6</sup> Transgender Europe, “Historic Decision at the United Nations: Human Rights Council Passes First-Ever Resolution on Sexual Orientation and Gender Identity,” <<https://tgeu.org/historic-un-human-rights-resolution-covers-transgender-people>; see also International Service of Human Rights> accessed 6 August 2020, ‘Historic decision: Council passes first-ever resolution on sexual orientation & gender identity’ (2011), <<https://www.ishr.ch/news/historic-decision-council-passes-sexual-orientation-gender-identity>> accessed 5 October 2020.

<sup>7</sup> Transgender Europe, ‘About us’ in Jane Ryan, ‘Transgender issues in the criminal justice system’ <<https://www.lag.org.uk/article/202050/transgender-issues-in-the-criminal-justice-system>> accessed 18 September 2020.

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นที่แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลข้ามเพศของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights/ECHR) เช่น คดี *Identoba and Others v. Georgia* ซึ่งเป็นคดีที่ศาลตัดสินว่า การเดินประท้วงตามท้องถนนของกลุ่มคนเกลียดกลัวบุคคลข้ามเพศในงาน The International Day Against Homophobia and Transphobia (IDAHOT) ซึ่งในงานได้มีการตะโกนด่าทอบุคคลข้ามเพศด้วยถ้อยคำและท่าทางที่ถูกเหยียดหยาม โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจนิ่งเฉยและไม่ได้ห้ามปรามกลุ่มผู้ประท้วง การกระทำดังกล่าวทั้งของกลุ่ม IDAHOT และเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน ข้อ 3 และ ข้อ 14 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คำพิพากษาดังกล่าวถือเป็นแบบอย่างทางกฎหมายที่สำคัญ เนื่องจากศาลได้ยอมรับว่าคำพูดแสดงความเกลียดชังและพฤติกรรมก้าวร้าว แม้จะเกิดขึ้นในการชุมนุมอย่างสงบในที่สาธารณะ ก็ถือเป็นการละเมิดข้อห้ามของการปฏิบัติที่ไร้มุขธรรมหรือที่ย่ำยศักดิ์ศรี

### 3. หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนในประเทศไทย

ในปัจจุบันหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย มีความเจริญก้าวหน้าทั้งในทางทัศนคติและมุมมองที่จะยอมรับบุคคลข้ามเพศให้เป็นเสมือนหนึ่งเป็นเพศหญิง แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยยังคงมีข้อพิจารณากฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ในชั้นสอบสวนในประเทศไทย ดังนี้

#### 3.1 ความเข้าใจและการยอมรับบุคคลข้ามเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยได้มีการรับรองหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศมาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2550 โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ...หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทนิยามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>8</sup> จะพบว่าคำว่า “เพศ” ในที่นี้หมายความรวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ” ด้วย จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ใช้แนวทางการตีความคำว่า “เพศ” ให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับการปรับใช้ ICCPR โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (HRC)

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้ใน มาตรา 27 ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลโดยอาศัยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฯลฯ นั้นถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การกระทำดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

<sup>8</sup> คณะกรรมาธิการวิสามัญร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (พิมพ์ลักษณ์ 2550) 22-23.

### 3.2 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศตามแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2565) ได้กำหนดแผนสิทธิมนุษยชนสำหรับกลุ่มความหลากหลายทางเพศ<sup>9</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมทางเพศและไม่เลือกปฏิบัติทางเพศในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งในแผนสิทธิมนุษยชนฉบับดังกล่าวได้กำหนดรวมไปถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจากการถูกเลือกปฏิบัติทางเพศในกระบวนการสืบสวนสอบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ

อนึ่ง แผนสิทธิมนุษยชนฉบับดังกล่าวได้กำหนดข้อเสนอแนะด้านการดำเนินมาตรการส่งเสริมเจตคติของคนในสังคมให้มีความเข้าใจและยอมรับในการมีอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเพศสภาพ อาทิ การจัดการตีตราในด้านเพศ การเผยแพร่สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศทุกปี เป็นต้น รวมทั้งการดูแลติดตามให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

### 3.3 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศตามกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา คือ กฎหมายที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติของเจ้าพนักงานของรัฐเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญามาลงโทษ กฎหมายนี้เรียกว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสาระสำคัญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะกล่าวถึงการจับกุมผู้กระทำความผิด การสืบสวนคดีอาญา การสอบสวนคดีอาญา การฟ้องคดีอาญารับรองคดีอาญา การพิพากษาคดีอาญาและการบังคับคดีอาญา<sup>10</sup>

กระบวนการพิจารณาคดีชั้นสอบสวนในประเทศไทย ได้กำหนดอำนาจของเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีชั้นสอบสวนตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญา โดยอำนาจของเจ้าพนักงานนำไปสู่ข้อพิจารณาที่สำคัญ ดังนี้

#### 3.3.1 การค้นตัวผู้ต้องหา

การค้นตัวผู้ต้องหา มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี โดยเป็นการตรวจตัว รวมถึงตลอดถึงการถ่ายภาพ การจำลอง หรือการพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือ หรือลายเท้า หรือการตรวจสภาพจิตใจ ในการค้นตัวไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องหา เมื่อเจ้าพนักงานควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ ก็มีอำนาจที่จะค้นตัวผู้ต้องหาและยึดสิ่งของที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85<sup>11</sup> การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ และมีเงื่อนไขในการค้น กล่าวคือ ถ้ามีเหตุที่จะต้องค้นผู้ต้องหาที่เป็นเพศหญิงต้องจัดให้มีพนักงานสอบสวนที่เป็นเพศหญิงป็นผู้ค้น จึงจะเป็นผู้ค้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำว่าเพศหญิงนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในคำนิยามของประมวล

<sup>9</sup> กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 'แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2565)' 109 <<https://asdd.mol.go.th/wp-content/uploads/sites/11/2020/11/แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ-ฉบับที่-4-พ.ศ.-2562-2565.pdf>> สืบค้นเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2564.

<sup>10</sup> วิริตี พาณิชย์พงษ์, 'กระบวนการยุติธรรมในระบอบประชาธิปไตย 100 ปี' เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2 <[http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1467](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1467)> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2564.

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85.



กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงมีการนำความหมายของคำว่า “เพศหญิง” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งได้ให้ความหมายไว้ว่า มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์<sup>12</sup>

### 3.3.2 การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการแก้ไขหลักการดำเนินการตรวจผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 8<sup>13</sup> ซึ่งได้กำหนดให้เพิ่มแนวทางปฏิบัติในกรณีตรวจตัวผู้เสียหาย หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นเพศหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ โดยหลักการและเหตุผลในการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้หญิงได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม<sup>14</sup>

การตรวจตัวเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย แต่ในกรณีของบุคคลข้ามเพศ โดยเฉพาะบุคคลข้ามเพศหญิงที่ได้ดำเนินการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงสรีระทางร่างกายของตนเองจากเพศกำเนิดที่เป็นเพศชายให้ไปเป็นเพศสภาพคือเพศหญิง กลับไม่ได้รับความคุ้มครองดังเช่นกรณีผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นเพศหญิง เนื่องจากความหมายของเพศหญิงมิได้ครอบคลุมขยายไปถึงบุคคลข้ามเพศหญิงด้วย จึงทำให้การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศเป็นดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาว่าจะให้พนักงานเจ้าหน้าที่เพศใดเป็นผู้ดำเนินการ

### 3.3.3 การถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการแก้ไขหลักการดำเนินการตรวจผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9<sup>15</sup> ซึ่งกำหนดให้ในการถามปากคำผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง พนักงานสอบสวนจะต้องเป็นผู้หญิง เนื่องจากในการถามปากคำกับผู้เสียหาย ประเด็นในการสอบสวนมีผลสำคัญในการถามปากคำพยาน และอาจมีผลต่อสภาพจิตใจของผู้เสียหายด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้เสียหายที่เป็นบุคคลข้ามเพศหญิงซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดคุ้มครองให้ครอบคลุมถึง จึงยังคงเป็นดุลยพินิจของเจ้าพนักงานสอบสวนในการถามปากคำอีกเช่นกัน

### 3.3.4 แนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 หมวด 5 ว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัยได้กำหนดให้ข้าราชการตำรวจต้องถือและปฏิบัติตาม กฎหมาย ระเบียบของทางราชการมติคณะรัฐมนตรีและจรรยาบรรณของตำรวจตามที่กำหนดโดยเคร่งครัด ซึ่งสาระสำคัญของจรรยาบรรณของตำรวจปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมและจรรยาบรรณของ

<sup>12</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 'คำเกี่ยวกับ 'เพศ' ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554' <<http://www.royin.go.th/wpcontent/uploads/2017/03/%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%A2%E0%B8%A7%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A822-03-2560.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2564.

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 8.

<sup>14</sup> บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ . . .) พ.ศ. . . . ' <[https://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpmL4Kw\\_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD\\_w](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpmL4Kw_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD_w)>

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 9.

ตำรวจ พ.ศ. 2553 อันมีเนื้อหาที่กำหนดไว้เกี่ยวข้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยได้กำหนดคำนิยามของการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในข้อ 2 โดย หมายถึง การไม่ใช้ความรู้สึกพึงพอใจหรือไม่พึงพอใจส่วนตัวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล อันเนื่องมาจากชาติกำเนิด เพศ ศาสนาหรือความเชื่อ เชื้อชาติ สัญชาติ อายุ การศึกษา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ความนิยมทางเพศส่วนบุคคล ความพิการ สภาพร่างกาย จิตใจหรือสุขภาพ หรือสถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการดำเนินการปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาชั้นสอบสวน ซึ่งส่งผลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการค้นตัวผู้ต้องหา ตรวจสอบผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย หรือการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งไม่มีแนวทางที่เป็นองค์ความรู้ในการสร้างความเข้าใจในเรื่องสิทธิมนุษยชนกับความหลากหลายทางเพศ จึงส่งผลให้ไม่ว่าบุคคลข้ามเพศจะอยู่ในสถานะหรือบทบาทใดในชั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ก็ยังคงถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพและร่างกายจากเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งการตีตราหรือถูกเกลียดชังในการกระทำและคำพูดยังคงเกิดขึ้นในสังคมไทยอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้

#### 4. การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรมีลักษณะเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) ในลักษณะรวมศูนย์อำนาจที่ส่วนกลาง อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายบางเรื่องซึ่งใช้บังคับอย่างเป็นเอกภาพในสหราชอาณาจักร ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท รวมไปถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะสาเหตุแห่งเพศ

สหราชอาณาจักรได้มีการกำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศผ่านกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองเพศ พ.ศ. 2547 (Gender Recognition act 2004) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2548 โดยมีสาระสำคัญในการทำให้บุคคลข้ามเพศในสหราชอาณาจักรที่ได้เปลี่ยนแปลงเพศสภาพของตนเองสามารถเปลี่ยนคำนำหน้านามให้ตรงกับเพศที่ตนเลือกได้ โดยสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการว่าด้วยการรับรองเพศ (Gender Recognition Panel) เพื่อขอขึ้นทะเบียนรับรองเพศ (Gender Recognition Certificate: GRC) ผลของการที่บุคคลได้รับการขึ้นทะเบียนรับรองเพศ บุคคลดังกล่าวจะได้รับใบทะเบียนรับรองเพศ (full Gender Recognition Certificate: (full GRC) และให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รับการรับรองให้มีเพศตามที่ปรากฏทางทะเบียนในทุกกรณี<sup>16</sup>

##### 4.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

สหราชอาณาจักรได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: ECHR)<sup>17</sup> กฎหมายของสหราชอาณาจักรจึงไม่อาจขัดต่อหลักการและบทบัญญัติในอนุสัญญายุโรปดังกล่าวได้ ดังนั้น ในกรณีที่พลเมืองของสหราชอาณาจักรเห็นว่าตนถูกละเมิดสิทธิหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของ

<sup>16</sup> Gender Recognition Act 2004 Section 9 (1).

<sup>17</sup> Amnesty International United Kingdom, 'What is the European Convention on Human Rights' <<https://www.amnesty.org.uk/what-is-the-european-convention-on-human-rights>> accessed 18 June 2020.

กฎหมายในสหราชอาณาจักร บุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถนำคดีฟ้องร้องสหราชอาณาจักรต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้โดยอาศัยข้อ 8 และข้อ 12 แห่งอนุสัญญา<sup>18</sup>

ภายใต้ Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) และ The Equality Act 2010 เจ้าพนักงานที่ต้องกระทำตามหน้าที่ใด ๆ อันอาจกระทบต่อสิทธิของประชาชน จะต้องกระทำโดยคำนึงถึงลักษณะส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองเพราะเหตุแห่งอายุ ความทุพพลภาพ เชื้อชาติ ศาสนา รสนิยมทางเพศหรือการกำหนดเพศใหม่ ทั้งนี้ในการค้นตัวผู้ต้องหา ได้มีการกำหนดการค้นตัวออกเป็น 2 ระยะ ได้แก่ การค้นตัวภายหลังการจับกุม และการค้นตัวเพื่อยืนยันตัวตนโดยทั้ง 2 กรณี เจ้าพนักงานมีอำนาจในการตรวจค้นโดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข<sup>19</sup> ทั้งนี้เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงาน ได้แก่ เจ้าพนักงานไม่สามารถทำการค้นโดยไม่ได้รับความยินยอมและการตรวจค้นจะต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่เป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกค้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า สหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายที่กำหนดชัดเจนในการค้นตัวผู้ต้องหาที่เป็นบุคคลข้ามเพศ แต่สหราชอาณาจักรได้รับรองสถานะทางกฎหมายให้กับบุคคลข้ามเพศที่ได้ยื่นคำขอเปลี่ยนแปลงเพศใหม่ โดยเงื่อนไขในการเปลี่ยนแปลงเพศใหม่นั้นจะไม่คำนึงว่าทางกายภาพของผู้ร้องจะดำเนินการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม

#### 4.2 แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

ภายใต้ Police and Criminal Evidence Act 1984 และ The Equality Act 2010 สหราชอาณาจักรได้กำหนดแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน โดยแนวปฏิบัติได้กำหนดให้ในกรณีที่จะต้องมีการตรวจค้นหรือดำเนินกระบวนการสอบสวนใด ๆ ต่อบุคคลข้ามเพศ และมีข้อสงสัยว่าควรปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในฐานะที่เป็นเพศชายหรือเพศหญิง เจ้าพนักงานจะต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกันกับ บุคคลที่เป็นผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยและจะต้องดำเนินการด้วยความสุภาพ

อนึ่ง การพิจารณาเพศของแต่ละบุคคลตามแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่จะพิจารณาตามเพศที่ได้จดทะเบียนเกิด เว้นแต่จะได้รับใบรับรองเพศใหม่ (Gender Recognition Certificate) ซึ่งหากเข้าชื่อยกเว้นดังกล่าว เพศที่ได้มาคือเพศที่ได้ดำเนินการร้องขอ เจ้าพนักงานจึงต้องดำเนินการตามแนวปฏิบัติ ดังนี้<sup>20</sup>

- (1) เจ้าพนักงานจะต้องไม่ซักถามผู้ถูกค้นว่ามีใบรับรองเพศใหม่ (GRC) หรือไม่
- (2) หากเจ้าพนักงานรู้โดยชัดแจ้งว่าผู้ถูกค้นควรได้รับการปฏิบัติในฐานะชายหรือหญิง ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติต่อบุคคลนั้นตามเพศที่ปรากฏชัดแจ้ง
- (3) หากในระหว่างการค้นหรือดำเนินการตามขั้นตอนชั้นสอบสวน และมีข้อสงสัยว่าบุคคลนั้นควรได้รับการปฏิบัติอย่างไร ให้เจ้าพนักงานสอบถามบุคคลนั้นว่าเป็นเพศอะไร และแจ้งให้ผู้ค้นแสดงความจำนงว่าประสงค์ให้เจ้า

<sup>18</sup> อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 8.

<sup>19</sup> Police and Criminal Evidence Act 1984 Section 54 (6), (7).

<sup>20</sup> The Home Office on behalf of The Controller of Her Majesty's Stationery Office, 'Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers' (August 2019) <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/903473/pace-code-c-2019.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/903473/pace-code-c-2019.pdf)> accessed 20 June 2020.

พนักงานปฏิบัติต่อตนตามเพศใดและแสดงความยินยอมโดยลงนามในบันทึกการควบคุมตัว หรือบันทึกการค้น หรือสมุดบันทึกของพนักงานเจ้าหน้าที่

(4) หากวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นแตกต่างจากเพศที่ปรากฏในเอกสาร เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติตามวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น

(5) หากไม่สามารถดำเนินการตามข้อ (1) - (4) ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติตามเพศที่กำหนดไว้ในทะเบียนเกิด

นอกจากนี้ Gender Recognition Act ยังได้กำหนดให้ข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องการรับรองเพศใหม่ของบุคคลจะเป็นข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครอง<sup>21</sup> ดังนั้นเจ้าพนักงานจะต้องไม่เปิดเผยหรือเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลนั้น

## 5. การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งในโลกที่มีความพยายามที่จะปรับเปลี่ยนกรอบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศให้กว้างขวางมากขึ้น ทั้งนี้ เพราะแนวคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีอีกหลายประเทศ รวมถึงศาลของประเทศออสเตรเลียด้วย อันจะนำมาสู่การบัญญัติกฎหมายรับรองเพศและแนวทางการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

ในอดีตนั้นกฎหมายออสเตรเลียเคยปฏิเสธสถานะของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ตามที่ปรากฏในคดี *Corbett*<sup>22</sup> ซึ่งศาลสหราชอาณาจักรได้วางแนวบรรทัดฐานเรื่องการยอมรับสถานะทางเพศของคู่สมรสตามกฎหมายไว้ภายใต้กรอบความคิดเกี่ยวกับว่า บุคคลเพศชายและหญิงตามเพศกำเนิดเท่านั้นที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายออสเตรเลียได้ ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรในคดีนี้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีอีกหลายประเทศ

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาได้มีการต่อสู้และเรียกร้องให้มีการรับรองสถานะทางเพศโดยบุคคลข้ามเพศอีกครั้ง และนำมาซึ่งผลสำเร็จในปี ค.ศ. 1986 โดยประเทศออสเตรเลียได้อนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถเปลี่ยนแปลงคำระบุเพศหน้าชื่อของตนเองได้ ทั้งนี้ บุคคลข้ามเพศชาวออสเตรเลียคนแรกที่ได้รับสิทธิดังกล่าว คือ Estelle Asmodelle<sup>23</sup> ซึ่งได้รับการเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อของตัวเองในสูติบัตร ตลอดจนหนังสือเดินทางและเอกสารราชการอื่น ๆ รวมทั้งเป็นผู้บุกเบิกการต่อสู้เรียกร้องเพื่อนำมาซึ่งสิทธิในการรับรองเพศของบุคคลข้ามเพศจนในที่สุดได้มีบัญญัติกฎหมายว่า ด้วยการ

<sup>21</sup> Gender Recognition Act 2004 Section 22 (1).

<sup>22</sup> Alice Bloomfield Barrister at Law, 'Corbett v. Corbett (otherwise Ashley) [Judge in Probate, Divorce and Admiralty Division, United Kingdom High court]' <<http://www.uniset.ca/other/cs3/19702AER33.html>> accessed 23 February 2021; See also Molecular & Cell Biology Department, University of California, 'The Reproductive System' <<http://mcb.berkeley.edu/courses/mcb135e/repro.html>> accessed 23 March 2021.

<sup>23</sup> Zagria, 'A Gender Variance Who's Who' <<https://zagria.blogspot.com/2009/01/estelle-asmodelle-1964-dancer-activist.html#.YFWTOK8zYUp>> accessed 22 February 2021.

รับรองเพศขึ้น เรียกว่า Sexual Reassignment Act 1988 รวมทั้งศาลของออสเตรเลียยังได้ตีความและวินิจฉัยให้บุคคลข้ามเพศมีสิทธิต่าง ๆ เท่าเทียมกับกลุ่มหญิงและชายทั่วไปภายใต้ระบบกฎหมายออสเตรเลียมากขึ้น

### 5.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ชั้นสอบสวน

เนื่องจากประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายในการกำกับดูแลทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับเขตพื้นที่การปกครอง โดยกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องในระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐ ได้แก่ Criminal Procedure Act 2007 และ Police Act 1979 โดยใน Criminal Procedure Act 2007 มีสาระสำคัญในการกำหนดแนวทางทางการค้นตัวบุคคลข้ามเพศตามที่ปรากฏในหมวดการสอบสวน<sup>24</sup> โดยกำหนดให้บุคคลข้ามเพศที่ถูกค้นตัวต้องแจ้งแก่เจ้าพนักงานว่าการค้นหาค่าดำเนินการโดยเจ้าพนักงานชายหรือหญิง หากบุคคลข้ามเพศต้องการให้ดำเนินการค้นหาโดยผู้ชาย บุคคลนั้นจะถูกดำเนินการค้นโดยเจ้าพนักงานชาย และหากบุคคลข้ามเพศต้องการให้ดำเนินการค้นหาโดยผู้หญิง บุคคลนั้นจะถูกดำเนินการค้นโดยเจ้าพนักงานหญิง

สำหรับกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องในระดับพระราชบัญญัติภายในรัฐ ผู้เขียนจะขอลำถึงกฎหมายภายในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ได้แก่ Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 และ รัฐเทศมานีย์ ได้แก่ Police Offences Act 1935 สำหรับ Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 ซึ่งบัญญัติขึ้นในรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ได้กำหนดค่านิยมของบุคคลข้ามเพศให้เป็นที่ไปตามที่กำหนดใน The Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995 กล่าวคือ ค่านิยมของบุคคลข้ามเพศสามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ บุคคลข้ามเพศก่อนที่จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ (pre-operative transgendered)<sup>25</sup> และบุคคลข้ามเพศภายหลังจากการผ่าตัดแปลงเพศ (post-operative transgendered) ทั้งนี้ บุคคลข้ามเพศนั้นอาจจะเป็นบุคคลข้ามเพศชายหญิง (male-to-female transgendered person – M2F, MTF or Transwoman) หรือบุคคลข้ามเพศหญิงชาย (female-to-male transgendered person – FTM, F2M or Transman) ก็ได้ ซึ่งในเรื่องการค้นบุคคลข้ามเพศ ได้กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องไม่ค้นบริเวณอวัยวะเพศและหน้าอกของบุคคลที่เป็นผู้หญิงหรือบุคคลข้ามเพศ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสงสัยในเหตุอันสมควรว่าจำเป็นต้องทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการค้นหา และเช่นเดียวกันสำหรับ Police Offences Act 1935 กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติขึ้นในรัฐเทศมานีย์ (Tasmania) โดยค่านิยมของบุคคลข้ามเพศเป็นที่ไปตามที่กำหนดใน Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999 ซึ่งในเรื่องการค้นบุคคลข้ามเพศ ได้มีการกำหนดไว้ในแนวปฏิบัติอย่างชัดเจน

### 5.2 แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ชั้นสอบสวน

สำหรับแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของประเทศออสเตรเลีย จากการศึกษาพบว่า รัฐบาลกลางหรือหน่วยงานกลางที่เกี่ยวข้องในประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติในการค้นบุคคลในชั้นสอบสวน แต่จะกำหนดไว้ในระดับที่บังคับใช้กับรัฐในเครือออสเตรเลียแต่ละ

<sup>24</sup> Search of transgender or intersex person in Norfolk Island Criminal Procedure Act 2007 Section 48.

<sup>25</sup> บุคคลข้ามเพศก่อนที่จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศอาจมีความหมายอย่างกว้างซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่ได้รับการผ่าตัด (ทั้งหมดหรือบางส่วน) non-operative transgendered person เลย

รัฐของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงรัฐ New South Wales และ Tasmania กล่าวคือ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานสอบสวนปรากฏใน Person Search Manual โดยแนวทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน ได้กำหนดให้การค้นตัวบุคคลที่เป็นผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศ ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจหรือสัมผัสบริเวณหน้าอกและอวัยวะเพศของผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศ หรือให้มองด้วยสายตาเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แนวปฏิบัติดังกล่าวได้มีการปฏิบัติต่อผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศเป็นแนวทางเดียวกัน

ในส่วนของรัฐแทสมาเนีย (Tasmania) ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานสอบสวนปรากฏใน Tasmania Police Manual<sup>26</sup> โดยในแนวปฏิบัติได้กำหนดคานียามของ Transgender และ Intersex ไว้หมายถึง ผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกไม่ตรงกับความคาดหวังทางวัฒนธรรมที่กำหนดความหมายของการเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย ซึ่งรวมถึงผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด และบุคคลข้ามเพศควรได้รับการปฏิบัติตามเพศที่ต้องการ โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานควรดำเนินการตามขั้นตอน ดังนี้

- (1) หากเจ้าหน้าที่ไม่แน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลข้ามเพศหรือไม่ ควรถามบุคคลนั้นด้วยความเคารพและให้เกียรติ
  - (2) ในทุกครั้งที่เป็นไปได้ การค้นตัวบุคคลข้ามเพศควรดำเนินการค้นหาโดยเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกัน
  - (3) เจ้าพนักงานควรระมัดระวังความถูกต้องของการระบุเพศในเอกสารประจำตัวและบันทึกของเจ้าหน้าที่
- ทั้งนี้ แนวปฏิบัติของรัฐในเครือออสเตรเลียไม่ได้กำหนดให้บุคคลข้ามเพศจะต้องแสดงใบรับรองการรับรองเพศใหม่ เนื่องจากในมีการกำหนดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของบุคคลข้ามเพศโดยเฉพาะ และได้ใช้แนวปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศเช่นเดียวกับผู้หญิง

## 6 พิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวนของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันมีการสร้างหลักประกันคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในประเทศไทย แต่เนื่องจากได้เคยมีการพยายามเพิ่มเติมข้อความที่ระบุว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” เป็น “ชาย หญิง และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีสิทธิเท่าเทียมกัน” โดยในข้อเสนอร่างรัฐธรรมนูญยังมีการจำแนกความหลากหลายทางเพศของบุคคลโดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ (1) บุคคลรักเพศเดียวกัน (Homosexuals) เช่น กลุ่มหญิงรักหญิง (Lesbians) กลุ่มชายรักชาย (Gays) และบุคคลรักสองเพศ (Bisexuals) (2) บุคคลที่มีสองเพศแต่กำเนิด (Hermaphrodites) ได้แก่ บุคคลที่มีสภาพร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ที่มีมาแต่กำเนิดซึ่งไม่อาจกำหนดได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิง (3) บุคคลที่มีบทบาทเป็นผู้หญิงชายทางสังคมแตกต่างจากเพศสรีระตามกำเนิด (Transgendered people) เช่น กะเทย สาวประเภทสอง เพนตน และ (4) บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศ (Transsexual) แต่เนื่องด้วยข้อเสนอดังกล่าวไม่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงส่งผลให้ในปัจจุบันยังมิได้มีการกำหนดคานียามของความหลากหลายทางเพศที่อาจจำแนกออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ นั้นบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คานียามของคำว่า “หญิง” ในปัจจุบันประเทศยังคง

<sup>26</sup> Department of Police, Fire and Emergency Management, 'Tasmania Police Manual' <<https://www.police.tas.gov.au/TPM-RTI-18-December-2018.pdf>> accessed 22 February 2021.

มิได้มีนิยามเฉพาะระบุไว้ในพระราชบัญญัติในแต่ละฉบับหรือตามประมวลกฎหมายของไทย จึงมีการนำเอาความหมายมาจากพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานเพื่อใช้เทียบเคียงเอกสารเพิ่มเติม โดยให้คำนิยามว่าหญิงจะต้องเป็นผู้ที่สามารถสืบพันธุ์ได้<sup>27</sup>

อีกทั้งในปัจจุบันยังมิได้มีคำพิพากษาใดที่กลับคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 ที่ได้วินิจฉัยว่า เพศของบุคคลธรรมดาที่นุ่งกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า “หญิง” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่าถึงคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดเป็นชาย แม้จะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศของหญิงแล้วก็ตาม แต่โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรองผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้อง นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังพิจารณาไม่รับคำร้องกรณีคู่รักเพศเดียวกันถูกปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสเพราะเหตุที่ไม่มายื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวนของประเทศไทยยังคงมีอยู่ในปัจจุบัน โดยสามารถแบ่งสภาพปัญหาออกมาเป็นประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

### 6.1 การบังคับใช้นิยามคำว่า “หญิง” ในการดำเนินคดีทางอาญายังไม่ครอบคลุมเพื่อคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ

เมื่อประเทศไทยยังมิได้มีการกำหนดขยายการบังคับใช้คำนิยามของคำว่า “หญิง” กลุ่มบุคคลข้ามเพศ โดยได้นำความหมายของคำว่า “หญิง” มาจากพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานซึ่งเป็นการนิยามศัพท์เอาไว้อย่างหยุดนิ่ง ในขณะที่สังคมไทยมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

ทั้งนี้ ในประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรต่างได้ให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในรูปแบบการรับรองสถานะทางกฎหมาย โดยทั้งสองประเทศจะรับรองให้บุคคลข้ามเพศที่ยื่นขอเปลี่ยนแปลงเพศใหม่สามารถมีเพศตามที่ตนร้องขอได้

ดังนั้น การนิยามคำว่าหญิงคือบุคคลที่สามารถสืบพันธุ์ได้เท่านั้น อาจไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยที่มีการยอมรับข้อมูลความรู้เรื่องความหลากหลายทางเพศและกลุ่มบุคคลที่มีเพศที่หลากหลายที่ไม่ได้มีเพียงเพศชายและเพศหญิงเท่านั้นเสียแล้ว

### 6.2 ปัญหาการปราศจากนิติบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนและปัญหาการไร้แนวทางปฏิบัติที่ดี

หากจะพิจารณามาตรการสากลเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการค้นและการตรวจตัวจะพบไปในทิศทางเดียวกันว่า มาตรฐานสากลได้บัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่ถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐค้นตัวหรือตรวจตัวผู้เสียหาย หรือ การถามปากคำผู้เสียหายโดยละเมิดสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย โดยกำหนดให้มีสิทธิปฏิเสธในการค้นตัวหรือตรวจตัวเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรฐานสากล เช่น ความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

ทั้งนี้ หากจะพิจารณากรณีศึกษาของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลียและสหราชอาณาจักรจะพบว่า ประเทศออสเตรเลียในระดับมลรัฐได้มีการกำหนดบทบัญญัติในการค้นตัวผู้ต้องหาที่เป็นบุคคลข้ามเพศไว้อย่างชัดเจน โดยมิได้ยึดโยงอยู่กับการรับรองสถานะทางกฎหมายให้มีเพศใหม่ ยิ่งไปกว่านั้น ทั้งในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและใน

<sup>27</sup> วิรัตน์ พานิชย์พงษ์ ‘กระบวนการยุติธรรมในระบอบประชาธิปไตย 100 ปี,’ เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 40 <[http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1467](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1467)> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2564

แนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานต่างเน้นย้ำห้ามมิให้เจ้าพนักงานค้นบริเวณอวัยวะเพศและหน้าอกของบุคคลที่เป็นผู้หญิงหรือบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งหากไม่แน่ใจจะต้องดำเนินการสอบถามบุคคลที่ถูกค้นด้วยความสุภาพ ในขณะที่สหราชอาณาจักรเองแม้จะมีได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้นตัวบุคคลข้ามเพศไว้อย่างชัดเจน แต่ได้รับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศเอาไว้ การค้นตัวจึงต้องกระทำโดยเพศเดียวกัน อีกทั้งแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานยังได้กำหนดแนวทางในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ โดยได้กำหนดให้เจ้าพนักงานจะต้องสอบถามผู้ค้นว่าประสงค์จะให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ค้นและลงรายละเอียดไว้ในบันทึกการค้นตัว ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติและแนวปฏิบัติของทั้งสองประเทศตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในร่างกายของบุคคล รวมทั้งความตระหนักรู้ถึงการเคารพสิทธิความหลากหลายทางเพศของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยยังมิได้มีการกำหนดหลักปฏิบัติที่ดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจเอาไว้ รวมทั้งกำหนดเพียงให้เจ้าพนักงานสอบสวนที่เป็นหญิงทำการค้นตัวหรือตรวจตัวผู้เสียหายหรือการถามปากคำพยาน ซึ่งทำให้บุคคลข้ามเพศที่แม้จะมีอัตลักษณ์ทางเพศที่เป็นหญิงโดยผ่านผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็มีอาจได้รับการคุ้มครอง ยิ่งไปกว่านั้น”สิทธิในการเลือก”ว่าใครจะเป็นเจ้าพนักงานสอบสวนที่จะทำการค้นหรือตรวจตัวกลับเป็นเจ้าพนักงานสอบสวนที่เป็นผู้มีดุลยพินิจ ส่วนบุคคลข้ามเพศที่ควรสิทธิเหนือชีวิตและร่างกายของตน กลับต้องเป็น “ผู้ที่รอรับการเลือก” จากเจ้าพนักงานสอบสวน ซึ่งในบางครั้งเจ้าหน้าที่ยังคงมีค่านิยมหรือทัศนคติเกลียดชังคนข้ามเพศ และหากการดำเนินคดีอาญายังคงไม่มีบทบัญญัติรองรับคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ อาจก่อให้เกิดโศกนาฏกรรมการตีตรา การประจาน และดูถูกอย่างเช่นในอดีตที่ผ่านมา

## บทสรุป

จากการวิเคราะห์ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องและแนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของต่างประเทศ การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนที่ผู้เขียนได้เลือกมาศึกษามีประเด็นสำคัญที่น่าสนใจและอาจนำมาพิจารณาปรับใช้ในประเทศไทยในฐานะตัวอย่างที่ดี (Best Practice) ทั้งในด้านพัฒนาการการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ การรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศ และการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างตระหนักรู้และการสร้างความเข้าใจให้แก่เจ้าพนักงานผู้เปรียบเสมือนต้นธารแห่งความยุติธรรมผ่านแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่

ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทยในปัจจุบันจะยังมิได้ให้การรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศให้สามารถเปลี่ยนแปลงตามเพศสภาพของตนเองได้ และยังมีได้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย รวมทั้งการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศให้คุ้มครองสิทธิครอบคลุมไปถึงบุคคลข้ามเพศ แต่เนื่องจากในปัจจุบันบุคคลข้ามเพศยังคงได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเป็นการเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ ควรกำหนดหลักสูตรอบรมพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อสร้างองค์ความรู้เฉพาะเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศ รวมทั้งการจัดทำแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานโดยกำหนดแนวทางในการค้นตัว ตรวจตัวและถามปากคำบุคคลข้ามเพศให้ได้รับการปฏิบัติอย่างสุภาพและไม่ถูกละเมิดสิทธิทั้งทางร่างกายและจิตใจ เพราะท้ายที่สุดแม้จะไม่มีบทบัญญัติใดที่มีการแก้ไขรับรองหรือคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศเลยก็ตาม หากแต่เจ้าพนักงานสอบสวนได้รับรู้และเข้าใจถึงแนวทางการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ ปฏิบัติหน้าที่บนหลักของ



ความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติและไม่มีทัศนคติเกลียดชังคนข้ามเพศ บุคคลข้ามเพศจะได้รับการคุ้มครองจากเจ้าพนักงานสอบสวนในทางปฏิบัติอันจะนำไปสู่ความก้าวหน้าในการแก้ไขบทบัญญัติที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

คณะกรรมการการวิสามัญชั้นที่กเจตนากรณี จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนากรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (พิมพ์ลักษณ์ 2550) 22-23.

### วิทยานิพนธ์

กนกพร อริยา, 'การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์ สาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 2561).

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

#### ภาษาไทย

วิรัตน์ พาณิชพงษ์, 'กระบวนการยุติธรรมในระบอบประชาธิปไตย 100 ปี' เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2 <[http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1467](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1467)>

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 'คำเกี่ยวกับ 'เพศ' ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554'

<<http://www.royin.go.th/wp-content/uploads/2017/03/%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%A2%E0%B8%A7%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A822-03-2560.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2564.

— 'บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ . . .) พ . ศ . . . . ' [https://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpml4Kw\\_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD\\_w](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpml4Kw_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD_w)

#### ภาษาต่างประเทศ

Alice Bloomfield Barrister at Law, 'Corbett v. Corbett (otherwise Ashley) [Judge in Probate, Divorce and Admiralty Division, United Kingdom High court]' <<http://www.uniset.ca/other/cs3/19702AER33.html>> accessed 23 February 2021.

Amnesty International United Kingdom, 'What is the European Convention on Human Rights' <<https://www.amnesty.org.uk/what-is-the-european-convention-on-human-rights>> accessed 18 June 2020.

Department of Police, Fire and Emergency Management, 'Tasmania Police Manual' <<https://www.police.tas.gov.au/TPM-RTI-18-December-2018.pdf>> accessed 22 February 2021.

Molecular & Cell Biology Department, University of California, 'The Reproductive System' <<http://mcb.berkeley.edu/courses/mcb135e/repro.html>> accessed 23 March 2021.

Susan D Cochran, Jack Drescher, Eszter Kismödi, Alain Giami, Claudia García-Moreno, et al., 'Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical

- Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)' (2014) 92 Bulletin of the World Health Organization 672-679 <<https://doi.org/10.2471/BLT.14.135541>> accessed 24 March 2021.
- The Home Office on behalf of The Controller of Her Majesty's Stationery Office, 'Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers' (August 2019) <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/903473/pace-code-c-2019.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/903473/pace-code-c-2019.pdf)> accessed 20 June 2020.
- Transgender Europe, "About us" in Jane Ryan, 'Transgender issues in the criminal justice system' <<https://www.lag.org.uk/article/202050/transgender-issues-in-the-criminal-justice-system>> accessed 18 September 2020.
- World Health Organization, 'International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)' <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F64.0>>
- World Health Organization, 'WHO/Europe brief – transgender health in the context of ICD-11' (2020) <<https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/gender-definitions/whoeurope-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11>> accessed 22 May 2020.
- Zaglia, 'A Gender Variance Who's Who' <<https://zagria.blogspot.com/2009/01/estelle-asmodelle-1964-dancer-activist.html#.YFWTOK8zYUp>> accessed 22 February 2021.