



บทสรุปและข้อเสนอนะ

1. บทสรุป

วิทยานิพนธ์มุ่งศึกษาและวิจัยถึงคำตอบ เกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศที่สำคัญ 3 ประการคือ

- (1) บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่ง โดยการขอรับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่
- (2) แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่
- (3) สถานภาพทางกฎหมายหรือเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วเป็นอย่างไร

โดยในการวิจัยนี้ จำกัดขอบเขตอยู่ที่ว่า การผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจะต้องกระทำอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเป็นการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคหลงเพศ (Transsexualism) ให้แก่บุคคลหลงเพศ (Transsexuals) เท่านั้น หากได้รวมไปถึงการผ่าตัดแปลงเพศแก่บุคคลใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น ๆ แต่อย่างใดไม่

ในปัจจุบัน เทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้พัฒนาและเจริญก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว แม้แต่การผ่าตัดแปลงเพศก็ทำให้บุคคลบุคคลหนึ่งมีสภาพทางสรีระร่างกายเป็นอีกเพศหนึ่งที่ผิดแผกไปจากเพศที่บุคคลนั้นถือกำเนิดมา แพทย์ก็สามารถทำได้ แต่ในขณะที่ความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วนั้น ได้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งในด้านสังคมและกฎหมายขึ้นตามมาด้วย โดยเฉพาะปัญหาทางด้านกฎหมาย การผ่าตัดแปลงเพศนั้นก็เช่นเดียวกัน เมื่อความเจริญดังกล่าวเกิดขึ้น แต่ในขณะที่กฎหมายพัฒนาไปได้ช้าและไม่ทันกับความเจริญก้าวหน้าดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาตามมาอย่างมากมาย และนอกจากกฎหมายจะเป็นฝ่ายเดินตามความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวแล้ว พร้อมทั้งนั้นกฎหมายก็เป็นสิ่งที่ขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวไปด้วยในตัว อย่างเช่นปัญหาในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวนี้

คำว่า "ทรานส์เซ็กชวลลิซึม" (Transsexualism) นี้ ในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ถือว่าเป็น "โรค" อย่างหนึ่งที่จะต้องมีการบำบัดรักษา โดยในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า "โรคทรานส์เซ็กชวลลิซึม" ไว้ว่า "อาการของความไม่เป็นระบบของการบ่งบอกเพศบุคคลที่ประสบปัญหานี้จะรู้สึกว่าคุณเองขาดความเชื่อมโยงหรือการประสานกันระหว่างสภาพจิตใจที่แสดงออกถึงเพศของตนกับลักษณะทางกายภาพของเพศของตน และบุคคลทรานส์เซ็กชวลลิซึมมีความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะมีลักษณะทางกายภาพของร่างกาย การแสดงออก ตลอดจนสภาพภายในสังคมสอดคล้องกับเพศที่ตนต้องการจะเป็น" ซึ่งอาการดังกล่าวเป็นอาการของความผิดปกติทางจิตใจอย่างสิ้นเชิง และเพื่อเป็นการทำให้สภาพของร่างกายเข้ากับสภาพของจิตใจอันเป็นวิธีการรักษาโรคทรานส์เซ็กชวลลิซึม ในการประชุมสัมมนาเรื่อง Transvestism and Transsexualism ที่สถาบันการแพทย์แห่งเมืองนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2496 เป็นที่ยอมรับว่า ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นศัลยกรรมเพื่อช่วยชีวิตสำหรับผู้ป่วยโรคทรานส์เซ็กชวลลิซึม และในขณะนั้นในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ก็ยังไม่พบวิธีการรักษาใด ๆ นอกจากการศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศและการรักษาด้วยฮอร์โมนที่จะให้ผลในการรักษาโรคนี้ได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ในเมื่อเป็นความจำเป็นในทางการแพทย์ที่จะต้องมีการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อบำบัดรักษาโรคทรานส์เซ็กชวลลิซึม และในปัจจุบันวงการแพทย์ไทยก็สามารถทำการผ่าตัดดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในโรงพยาบาลของรัฐและเอกชน ตลอดจนในคลินิกเอกชน ทั้งหลาย สมควรหรือไม่ที่กฎหมายจะยอมรับการกระทำของแพทย์ให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ทั้งทางแพ่งและอาญา และยอมรับบุคคลทรานส์เซ็กชวลลิซึมว่าเขามีสภาพเป็นเพศใหม่ภายหลังที่เขาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

ในทางทฤษฎีกฎหมายนั้น จำเป็นต้องพิจารณาเสียในขั้นแรกว่า การที่บุคคลทรานส์เซ็กชวลลิซึมขอรับการผ่าตัดแปลงเพศและถือเพศเป็นเพศใหม่นั้น จะเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ๆ ในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งหรือไม่ การมองหรือให้ความหมายคำว่า "สิทธิ" ในทางกฎหมายนั้น การอธิบายความหมายสุดแต่จะมุ่งหมายอธิบายในส่วนใด แนวใด แล้วแต่แง่มุมการมอง โดยในการพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ได้แยกพิจารณาตามทฤษฎีกฎหมาย 2 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) ทฤษฎีหนึ่งและทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) อีกทฤษฎีหนึ่ง เนื่องจากตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินั้นถือว่าสิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อม ๆ กับมนุษย์ และไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมารับรองสิทธิ นั้น แต่สิทธินั้นหมายถึง "สิทธิตามธรรมชาติ" (natural rights) ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิตร่างกาย

เสรีภาพ สิทธิที่จะแสวงหาความสุข ฯลฯ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการที่จะกระทำการอย่างใด กับร่างกายของตน ได้และมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำสิ่งใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนพอใจ ดังนั้น สิทธิในการเลือกถือเพศของบุคคลหรือสิทธิที่จะขอรับการผ่าตัดแปลงเพศ จึงถือได้ว่าเป็น "สิทธิ" ของบุคคล ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ แต่ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาคำว่า "สิทธิ" ตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองแล้ว คำตอบที่จะได้รับจะออกมาในลักษณะตรงกันข้ามกันทีเดียว กล่าวคือ ตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนั้นถือกันว่า สิทธิจะต้องมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองแล้ว สิทธินั้น ๆ ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีฝ่ายบ้านเมืองดังกล่าวแล้ว ย่อมอาจกล่าวได้ว่าบุคคล ไม่มีสิทธิที่จะเลือกถือเพศใดเพศหนึ่ง ให้ผิดไปจากเพศที่ตนได้ถือกำเนิดมาหากประเทศนั้น ๆ ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองให้เลือกถือเพศใดเพศหนึ่ง โดยการผ่าตัดแปลงเพศ ในปัจจุบันในประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่ยังถือตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลให้ผิดไปจากเพศที่ตนถือกำเนิดมาได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวมาข้างต้น

แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าการเลือกเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะเป็นสิทธิของบุคคลนั้นหรือไม่ คงจะเป็นข้อเถียงที่หาข้อสรุปได้ไม่ง่ายนัก ดังนั้น หากมาพิจารณาการเลือกถือเพศหรือการผ่าตัดแปลงเพศในแง่ของ "เสรีภาพ" แล้วคงจะเป็นการเหมาะสมกว่า กล่าวคือไม่ว่าจะพิจารณาคำว่า "เสรีภาพ" ตามทฤษฎีกฎหมายใด จะพบว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือบุคคลอาจกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย ภายใต้ขอบเขตที่ว่ากระทำการนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสาธารณชน ดังนั้น การผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกถือเพศหนึ่งเพศใด จึงควรจะเป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคลที่ชอบจะกระทำได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดเจน และการกระทำนั้นก็มิได้ก่ออันตรายต่อสังคมหรือผู้อื่น และในประเทศไทยเองก็คงถือว่าการผ่าตัดแปลงเพศ เช่นนั้นเป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคลอันสามารถกระทำได้

นอกจากนี้แล้ว การตัดสินใจเลือกเพศหรือการผ่าตัดแปลงเพศนั้น ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชน (human rights) อย่างหนึ่ง เนื่องจากบุคคลย่อมมีเสรีภาพในตัวตน มีสิทธิในร่างกายของตนและมีสิทธิที่จะตัดสินใจด้วยตนเอง ในต่างประเทศนักนิติศาสตร์เห็นว่าการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกถือเพศใหม่นั้น ได้รับการยอมรับอย่างรวดเร็ว ในฐานะเป็น "สิทธิมนุษยชน" เช่นเดียวกับสิทธิส่วนตัว (right of privacy) โดยเห็นว่าการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกถือ

เพศใดเพศหนึ่ง เป็นสิทธิส่วนตัวภายในของผู้นั้น คือเป็นสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกายและการกระทำของบุคคลนั้นนั่นเอง

ปัญหาที่มักจะได้รับ ความสนใจและนำมาพิจารณาาคาดตอบต่อไปก็คือ แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาอย่างไร หรือไม่ เนื่องจากการผ่าตัดแปลงเพศซึ่งเป็นการนำเอาอวัยวะเพศและต่อมเพศของผู้ที่เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศออกไปทั้งหมด อันเป็นการทำให้เสียอวัยวะสืบพันธุ์หรือความสามารถสืบพันธุ์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 297 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากในกรณีดังกล่าวยังไม่มีการวินิจฉัยไว้เป็นตัวอย่าง หรือแม้กระทั่งการวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายของผู้ป่วยของแพทย์ก็ยังไม่มีการวินิจฉัยไว้ ดังนั้น การวินิจฉัยจึงมุ่งพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของแพทย์ในการทำ การผ่าตัดแปลงเพศซึ่งแพทย์ได้กระทำไปภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลัก การในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และกฎหมาย

โดยทั่วไปแล้ว มักจะพบเห็นกันอยู่เสมอในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของแพทย์ในการทำต่อ ร่างกายผู้ป่วย ก็คือ การทบทวนเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด (Volenti non fit injuria) มาพิจารณา ซึ่งหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดดังกล่าวก็สามารถนำขึ้นมาอธิบาย ความรับผิดชอบของแพทย์ดังกล่าวได้ แต่ไม่เสมอไปในทุกกรณี โดยเฉพาะกับกรณีของการผ่าตัดแปลง เพศนี้ เนื่องจากการผ่าตัดแปลงเพศอาจเป็นกรณีที่ประชาชนทั่วไปรู้สึกว่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี อันจะทำให้ความยินยอมเช่นนั้น ไม่มีผลในทางกฎหมายซึ่งจะทำให้แพทย์ต้องม ีความรับผิดชอบทางอาญาในที่สุดได้ แม้ว่าแพทย์จะทำการผ่าตัดแปลงเพศนั้นภายใต้ขอบเขตของการ ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และกระทำไปโดยบริสุทธิ์ใจเพื่อรักษาชีวิตผู้ป่วย

เมื่อได้ทราบแล้วว่า การรักษาโรคหลงเพศโดยการผ่าตัดแปลงเพศนั้น เป็นวิธีการบำบัด รักษาโรคนี้เพียงวิธีเดียวที่ได้ผลมากที่สุด เมื่อเป็นการบำบัดรักษาโรค การผ่าตัดดังกล่าวจึง เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามที่พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 บัญญัติไว้ ดังนั้น เมื่อแพทย์ผู้ได้รับใบอนุญาตและกระทำการอยู่ภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ เวชกรรม ประกอบกับผู้ป่วยยินยอมให้ผ่าตัดแล้ว การกระทำของแพทย์ดังกล่าว ก็ทำเป็นการทำ ร้ายโดยกฎหมายไม่ หากแต่เป็นการกระทำที่กฎหมายวิชาชีพดังกล่าวให้อำนาจกระทำได้ และเมื่อ การกระทำนั้นเป็นการบำบัดรักษาโรคตามกฎหมายแล้ว แพทย์จึงไม่ควรมีความรับผิดชอบทางอาญาแต่ อย่างใด เนื่องจากการผ่าตัดแปลงเพศนั้นขาดโครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechensaufbau)

ข้อที่ 2 ส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit/Unlawfulness of the act) โดยไม่จำเป็นต้องนำเอาหลักเรื่องความยินยอม ไม่ทำให้เป็นความผิดมาพิจารณาอีกเลย

ในต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศ ระบุว่าแพทย์ควรมีความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากการทำการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่นั้น ก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ บางประเทศศาลก็ถือว่าการผ่าตัดเช่นนี้แพทย์มีความรับผิดชอบทางอาญา บางประเทศก็มีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่าแพทย์ทรมานมีความรับผิดชอบทางอาญาไม่ เนื่องจากการกระทำเช่นนั้น เป็นการกระทำเพื่อบำบัดรักษาโรคตามกฎหมาย

สำหรับในเรื่องสภาพทางหรือเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลแปลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น กรณีจะถือว่าบุคคลแปลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจะมีสภาพเป็นเพศใหม่ตามที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ มีทฤษฎีทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์ที่ใช้ในการพิจารณาที่แตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ

(1) ทฤษฎีทางการแพทย์ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลแปลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

(ก) ทฤษฎีของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst

ตามทฤษฎีนี้ถือเอาลักษณะทางกายภาพ (psysiology) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพศของบุคคล โดยไม่ถือเอาเกณฑ์ทางสภาพจิตใจ (psychology) มาพิจารณาเลย ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้บุคคลจะมีเพศเป็นหญิงหรือชายขึ้นอยู่กับลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏตลอดจนลักษณะของต่อมเพศและโครโมโซม แต่อย่างไรก็ดี หากผู้ป่วยต้องการที่จะผ่าตัดแปลงเพศ แพทย์ก็จะทำการผ่าตัดแปลงเพศให้ แต่นั่นก็หมายความว่า แพทย์ไม่เคยยอมรับว่าบุคคลผู้นั้นเป็นเพศใหม่ตามที่เขาผ่าตัดแปลงเพศแล้วแต่อย่างใด การผ่าตัดแปลงเพศเป็นเพียงการทำให้สภาพจิตของคน ไซ้ดีขึ้นและป้องกันมิให้สภาพจิตของผู้ป่วยเลวลงเท่านั้น ผู้ป่วยนั้นยังคงมีเพศเป็นเพศเดิมตามที่ตนถือกำเนิดมา

(ข) ทฤษฎีของ Dr. Armstrong และ Professor Roth.

ตามทฤษฎีนี้ถือเอาลักษณะทางสภาพของจิตใจ (psychology) มาพิจารณาเพศของบุคคลแปลงเพศ แม้ว่าลักษณะทางกายภาพของร่างกาย (psysiology) จะขัดกับลักษณะทางจิตใจก็ตามและทฤษฎีนี้ถือว่าผู้ป่วยที่เป็นโรคแปลงเพศนี้ มีเพศตามจิตใจที่เขาต้องการจะเป็นแม้ว่าเขาจะยังไม่ได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศก็ตาม

(2) ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ในทางคอมมอนลอว์นั้น การจะวิเคราะห์ว่า ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะถือว่ามีเพศเป็นเพศใหม่ตามที่ตนต้องการหรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์ได้วางหลักเกณฑ์อย่างกว้าง ๆ ในการพิจารณา ดังนี้คือ

(ก) ให้วิเคราะห์ดูก่อนว่า ในทางการแพทย์นั้นมีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร ถ้าพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางการแพทย์แล้ว บุคคลแปลงเพศดังกล่าว ไม่มีทางเป็นเพศหญิงหรือเพศชายได้เลย กฎหมายจะไม่มีทางวางหลักเกณฑ์รับรองการแปลงเพศของบุคคลนั้นและจะถือตามคำวินิจฉัยของแพทย์

(ข) ถ้าพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางการแพทย์แล้ว บุคคลที่แปลงเพศดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเพศหญิงหรือชาย กฎหมายอาจจะถือหรืออาจจะไม่ถือตามคำวินิจฉัยของแพทย์ก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายของมหาชน (public policy) และในการนี้กฎหมายอาจจะห้ามมาตรการอื่นมาประกอบกรณีวินิจฉัยก็ได้

ในศาลคอมมอนลอว์นั้น ศาลมีวิธีการนำเอาทฤษฎีทางการแพทย์ดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยเพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว โดยศาลจะเลือกเอาทฤษฎีทางการแพทย์ที่ทฤษฎีหนึ่ง และก่อนที่ศาลจะเลือกนั้น ศาลจะวิเคราะห์ทฤษฎีทางนิติปรัชญาก่อนว่า ทฤษฎีทางการแพทย์หรือปรัชญาการแพทย์ใดบ้างที่ตรงกับทฤษฎีทางนิติปรัชญา ถ้าไม่ตรงเลยศาลไม่มีทางเลือกปรัชญานั้น ๆ แต่ถ้ามีปรัชญาทางการแพทย์ 2 ปรัชญาที่ขัดแย้งกันและตรงกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ขัดแย้งกัน 2 ทฤษฎี ศาลจะเลือกเอาทฤษฎีที่ศาลเห็นว่าสอดคล้องกับการยอมรับของสังคมมากที่สุด โดยศาลจะวิเคราะห์จากบทความหรือรายงานของกรมการรัฐสภา

ทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ได้อธิบายถึงความถูกต้องและการยอมรับของสังคมในเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมแบบรักร่วมเพศ (Homosexual) และบุคคลหลงเพศ (Transsexual) โดยทฤษฎีทางนิติปรัชญาดังกล่าวมี 2 ทฤษฎีคือ

(1) ทฤษฎีของ St. Thomas Aquinas (หรือ Thomism) St. Thomas Aquinas พัฒนาทฤษฎีนี้มาจาก The Christian Conception of Nature and Morality โดยได้อธิบายว่า ธรรมชาติของสิ่งใดคือสาระสำคัญ (essence) ของสิ่งนั้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในตัวของมันเอง เพราะฉะนั้น ถ้าดูธรรมชาติของคนเราต้องดูที่วัตถุประสงค์ (purpose หรือ end) อย่างอวัยวะเพศชายนั้น มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์จะให้สืบพันธุ์ด้วยการร่วมเพศกับหญิง (The

nature of man is to reproduce) ตามปรัชญาของศาสนานั้น ถือว่าคนจะเป็นหญิงหรือชายให้ดูตอนเกิด ต่อจากนั้นธรรมชาติจะไม่เปลี่ยนและที่จริงก็เปลี่ยนแปลงมิได้ จิตใจของคนนั้นจะเปลี่ยนไปอย่างไรก็ตาม แต่ธรรมชาติจะไม่เปลี่ยนแปลงอย่างเด็ดขาด การที่บุคคลที่มีอวัยวะเพศชายจะมีพฤติกรรมแบบรักร่วมเพศนั้น ตามทฤษฎีนี้ถือว่าทำไม่ได้ และมีโทษทางอาญา และการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อหนีกฎหมายอาญาหรือเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องดังกล่าวก็ทำไม่ได้เช่นกัน ผู้ที่นิยมทฤษฎีในปัจจุบันจึงเสนอให้มีการออกกฎหมายห้ามมิให้มีการผ่าตัดแปลงเพศ นักนิติศาสตร์ที่นิยมความคิดที่คล้ายกันคือ Lord Devlin อดีตผู้พิพากษาศาลสูงสุดของอังกฤษ หรือ House of Lords

(2) ทฤษฎีของ Professor H.L.A. Hart Hart อธิบายว่าปัญหาเรื่องรักร่วมเพศหรือบุคคลหลงเพศนี้เป็นเรื่องของเสรีภาพส่วนบุคคล แม้ว่าจะจะเป็นพฤติกรรมที่ขัดศีลธรรมแต่กฎหมายก็ไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวในเรื่องนี้ Hart แบ่งศีลธรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ

- (ก) ศีลธรรมชั้นอุดมการณ์ (Moral Ideal) และ
- (ข) หน้าที่ศีลธรรม (Moral Duty)

เรื่องรักร่วมเพศหรือการผ่าตัดแปลงเพศนี้เป็นเรื่องของอุดมการณ์เมื่อใช้หน้าที่ศีลธรรม ทั้งนี้เพราะบุคคลมีหน้าที่ไม่ใช่เสรีภาพของตนให้เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้อื่นเท่านั้น แต่ไม่มีหน้าที่ที่จะสร้างสรรค์ให้สังคมมีศีลธรรมชั้นอุดมการณ์แต่อย่างใด ตราบใดที่คนในสังคมปฏิบัติหน้าที่ศีลธรรมซึ่งเป็นหน้าที่ขั้นต่ำสุดเพื่อให้สังคมคงอยู่ได้ แต่กฎหมายไม่มีหน้าที่ทำมากกว่านั้น และจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับ Moral Ideal ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าวขัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษยชน อย่างไรก็ตาม Hart ยังเห็นว่า แม้ว่าสังคมจะไม่ลงโทษในเสรีภาพของพวกรักร่วมเพศก็ตาม แต่คนพวกนี้จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมเลย และสังคมก็จะไม่มีแนวโน้มที่จะรับรองพฤติกรรมประเภทนี้ว่าเป็นแบบแผนของสังคม ทฤษฎีของ Hart นี้จึงคล้ายกับปรัชญาการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst ดังกล่าวข้างต้นทุกประการ กล่าวคือ ทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Dewhurst นั้น ขอมผ่าตัดแปลงเพศให้กับคนไข้เมื่อถูกร้องขอ แต่เขาก็ไม่เคยให้การยอมรับว่าเมื่อผ่าตัดแปลงเพศแล้วผู้นั้นจะมีเพศใหม่ตามที่เขาต้องการ ในขณะที่ Hart กล่าวว่า การผ่าตัดแปลงเพศเป็นเสรีภาพของบุคคลแต่สังคมและกฎหมายก็ไม่มีทางยอมรับพฤติกรรมดังกล่าวว่าเป็นแบบแผนของสังคม

ในคดี Corbett V. Corbett เป็นตัวอย่างในการที่ศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษ นำเอาหลักทฤษฎีในการพิจารณาเพศของบุคคลลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ทั้งทฤษฎีทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์มาผสมผสานกันได้อย่างดีเยี่ยม โดยศาลใช้ทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst และทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ Professor H.L.A. Hart มาใช้ในการตัดสินคดี โดยศาลเห็นว่าเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลลงเพศก็คือเพศตามที่เขาได้ถือกำเนิดมาแม้ว่าเขาจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ของสหรัฐอเมริกา ก็เคยนำเอาทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Armstrong และ Professor Roth มาใช้ในการตัดสินคดีโดยเห็นว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลลงเพศก็คือ เพศตามลักษณะทางจิตใจของผู้นั้น แม้ว่าเพศที่แสดงจากลักษณะทางกายภาพตั้งแต่เกิดจะเป็นเพศใดก็ตาม

ดังนั้น กรณีจะพิจารณาเพศของบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วว่ามีเพศตามกฎหมายเป็นเพศใดนั้น ก็อาจพิจารณาได้จากทฤษฎีทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง

ในคดีเกี่ยวกับการตัดสินเรื่องเพศตามกฎหมายของบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในประเทศไทย เคยมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาเพียงคดีเดียวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 โดยศาลได้ตัดสินคดีโดยการเปิดพจนานุกรมให้นิยามความหมายของคำว่า "หญิง" ซึ่งพจนานุกรมที่ใช้อยู่ในขณะตัดสินคดี (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493) ให้นิยามของคำว่า "หญิง" ว่า "คนที่ออกลูกได้" ซึ่งทำให้เกิดข้อโต้แย้งและมีผู้ไม่เห็นด้วยอย่างมาก ที่จริงในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ศาลได้ให้เหตุผลแห่งคำพิพากษาไว้ว่า "...เพศของบุคคลนั้นกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา..." ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ตรงกับทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst ดังกล่าวข้างต้น นั่นเอง และในขณะเดียวกัน ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ได้แสดงหลักทางนิติปรัชญาแทรกอยู่ โดยศาลเห็นว่า เป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคลที่จะทำการผ่าตัดแปลงเพศ แต่ในที่สุดแล้วกฎหมายก็ไม่ยอมรับว่าบุคคลนั้นจะขอเปลี่ยนแปลงเพศของตนให้ผิดไปจากเพศตามที่ตนถือกำเนิดมาได้ อันตรงกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ Professor H.L.A. Hart นั่นเอง ดังนั้น หากศาลใช้เหตุผลดังกล่าวนี้ในการตัดสินคดี ประกอบกับเหตุผลที่ว่า ไม่มีกฎหมายรับรองให้ใช้สิทธิทางศาล เพียงเท่านั้นศาลก็สามารถตัดสินคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องเปิดพจนานุกรมเพื่อให้คำนิยามของคำว่า "หญิง" อีกแต่อย่างใด และผลแห่งคดีก็จะ เป็นเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้แล้ว ในประเทศไทยในเมื่อกฎหมายยังไม่ยอมรับให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

เพศภายหลังที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วดังกล่าว และในทางปฏิบัติของสำนักงานทะเบียนราษฎรปัจจุบัน ก็ยังไม่ยอมให้มีการแก้ไขเพศในสูติบัตรและเอกสารราชการต่าง ๆ ได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในประเทศไทยเพศตามกฎหมายของบุคคลธรรมดาไม่ว่าจะเป็นบุคคลหลงเพศหรือไม่ หรือไม่ว่าบุคคลหลงเพศนั้นจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ จึงต้องเป็นเพศตามที่บุคคลนั้นถือกำเนิดมา และไม่อาจเปลี่ยนแปลงในภายหลังได้ ซึ่งผิดกับบางประเทศที่ยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายภายหลังที่ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ เช่น เยอรมันตะวันตก สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ แอฟริกาใต้ และสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐ เป็นต้น

เมื่อได้ทราบถึงเพศตามกฎหมายของบุคคลในประเทศไทยแล้ว ปัญหาที่ตามมาที่น่าพิจารณาก็คือ ปัญหาเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับเพศตามกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 กฎหมายแรงงาน ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 หมวด 2 เรื่องการใช้แรงงานหญิง และกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว โดยเฉพาะในเรื่องการหมั้น การสมรส ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เป็นต้น ซึ่งในเมื่อเพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในประเทศไทยยึดถือเอาเพศตามที่ถือกำเนิดมา ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงต้องมีสิทธิและหน้าที่ตลอดจนได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายตามที่กฎหมายเหล่านั้นระบุไว้เช่นเดิม เช่น บุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงก็ไม่อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ และขณะเดียวกันบุคคลนั้นก็ไมอาจทำการสมรสตามกฎหมายกับชายอื่นได้ เป็นต้น

ในปัจจุบันมีบุคคลหลงเพศจำนวนมากที่พยายามหาทางให้กฎหมายยอมรับสถานะของตน โดยการเดินทางไปรับการผ่าตัดแปลงเพศในต่างประเทศ ที่ประเทศนั้น ๆ มีกฎหมายยอมรับให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศ ภายหลังที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ แต่อย่างไรก็ดี บุคคลดังกล่าวหากจะได้รับการเปลี่ยนแปลงเพศของตนตามกฎหมายต่างประเทศแล้วก็ตาม แต่หากบุคคลนั้นเดินทางกลับเข้ามาในประเทศไทย และยังคงมีสัญชาติไทยอยู่ ตามกฎหมายไทยย่อมต้องถือว่าบุคคลนั้นยังคงมีเพศตามกฎหมายเป็นเพศเดิมก่อนที่จะมีการผ่าตัดแปลงเพศอยู่เช่นเดิม ทั้งนี้ เห็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 นั้นเอง

จากการออกแบบสอบถามบุคคลทั่วไป และบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วและยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ รวมทั้งบุคคลที่มีแนวโน้มน่าว่าจะเป็นบุคคลหลงเพศหรือใกล้ชิดกับบุคคลหลงเพศ

เพื่อทราบทัศนคติของบุคคลต่าง ๆ ดังกล่าวเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและกฎหมายเพื่อรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีสถานภาพเป็นเพศใหม่ในประเทศไทย ผลจากการวิจัยพบว่า ประชากรส่วนใหญ่ยอมรับการผ่าตัดแปลงเพศแต่ยังไม่เห็นด้วยที่จะมีกฎหมายเพื่อรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีสถานภาพเป็นเพศใหม่ในประเทศไทย ส่วนในกลุ่มของบุคคลหลงเพศทั้งที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วและยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ส่วนได้เสียเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง เห็นด้วยกับการผ่าตัดและเห็นด้วยกับกฎหมายเพื่อรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศมีสถานภาพเป็นเพศใหม่ในประเทศไทย เป็นจำนวนร้อยละ 100

ปัญหาเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศ อันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องทั้งทางการแพทย์ สังคม และกฎหมาย ในเมื่อทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ยอมรับถึงการบำบัดรักษาผู้ป่วยโรคหลงเพศ โดยการผ่าตัดแปลงเพศ จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายควรจะต้องก้าวไปให้ทันกับความเจริญก้าวหน้านี้ มิใช่ปล่อยให้ความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวขยายตัวไปอย่างอิสระ ไร้การควบคุมดูแลที่เหมาะสม กฎหมายควรหาทางคุ้มครองทั้งทางด้านผู้ป่วยมิให้เกิดอันตรายขึ้นแก่ผู้ป่วยในการผ่าตัดแปลงเพศ และเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข ไม่เป็นปัญหาของสังคมต่อไป และในขณะเดียวกันกฎหมายก็ควรคุ้มครองแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศที่ได้กระทำไปภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมทางการแพทย์และกฎหมาย ให้มีต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือทางแพ่งใด ๆ ด้วย อันจะเป็นประโยชน์ต่อวงการแพทย์และนิติศาสตร์ต่อไปในอนาคต

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงจะมีประโยชน์ต่อวงการนิติศาสตร์ในแง่ชี้ให้เห็นถึงปัญหาในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศที่เกิดขึ้นจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าว และได้เสนอให้เห็นถึงทฤษฎีต่าง ๆ ในทางการแพทย์และนิติศาสตร์ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว พร้อมทั้งได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาโดยการใช้นโยบายทางกฎหมาย เพื่อจะได้เป็นการกระตุ้นบุคคลโดยทั่วไป โดยเฉพาะบุคคลที่อยู่ในวงการแพทย์และนิติศาสตร์ให้หันมาสนใจปัญหาเรื่องนี้กันอย่างจริงจังมากขึ้น โดยเฉพาะในการออกกฎหมายเพื่อรับรองสถานภาพของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น สมควรที่จะได้มีการดำเนินการอย่างไม่ล่าช้า เพื่อจะได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการรักษาโรคหลงเพศและคุ้มครองบุคคลหลงเพศรวมทั้งสังคมต่อไปด้วย อันจะเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคมไทยในส่วนหนึ่งต่อไปไม่ในวันนี้ก็คงจะเป็นโอกาสต่อไปในวันข้างหน้า และจะได้เป็นจุดเริ่มต้นในการค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหานั้นที่เหมาะสมกับ

สถานการณ์ของประเทศไทยและคนไทยยิ่งขึ้นในอนาคต

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย

2.1.1 เพื่อเป็นการจัดปัญหาในเรื่องความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการทำการผ่าตัดต่อร่างกายผู้ป่วย ไม่เฉพาะแต่การผ่าตัดแปลงเพศเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้ได้กับการผ่าตัดเพื่อรักษาโรคอย่างอื่น ๆ ของแพทย์ด้วย จึงควรให้เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในหมวด 4 ความรับผิดในทางอาญา ดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ การเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวจำกัดขอบเขตอยู่ที่ว่า การผ่าตัดเช่นนั้นจะต้องทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคตามกฎหมายเท่านั้น

"มาตรา 69 ทวิ แพทย์ผู้ทำการศัลยกรรมให้แก่บุคคลใด ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้นตามหลักการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ ถ้า

- (1) การศัลยกรรมนั้นกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ ในการบำบัดรักษาโรค
- (2) การศัลยกรรมนั้นกระทำด้วยความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ และ
- (3) มีเหตุผลสมควรที่จะกระทำการศัลยกรรม เมื่อพิจารณาจากสุขภาพทาง

ร่างกายหรือจิตใจของบุคคลนั้น ในขณะที่ทำการศัลยกรรม

แพทย์ผู้ทำการศัลยกรรมนั้น ไม่มีความผิด"

2.1.2 เพื่อเป็นการรับรองสภาพของบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วว่ามีเพศใหม่ตามที่เขาต้องการ จึงควรมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลหลงเพศภายหลังที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว โดยการออกกฎหมายดังกล่าวสามารถทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ ออกเป็นกฎกระทรวง ออกตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 234 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2515 และออกเป็นพระราชบัญญัติฉบับใหม่

2.1.2.1 กรณีออกเป็นกฎกระทรวงออกตามพระราชบัญญัติการ

ทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 234 ลงวันที่ 31 ตุลาคม

2515

(ก) หลักการทั่วไป

ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรง โดยไม่ต้องมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ที่จะมีอำนาจวินิจฉัยแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ เมื่อนายทะเบียนพิจารณาหลักฐานการวินิจฉัยโรคของแพทย์ว่า บุคคลนั้นเป็นโรคหลงเพศและได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วโดยสมบูรณ์ จากใบรับรองแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐที่บุคคลลงเพศที่ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศเสนอต่อนายทะเบียน หากนายทะเบียนพิจารณาหลักฐานดังกล่าวและพอใจในหลักฐานนั้น ก็ให้นายทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรและเอกสารราชการต่าง ๆ ให้แก่ผู้ร้องได้

(ข) สาระสำคัญของกฎกระทรวง

(1) ให้บุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว นำใบรับรองแพทย์จากแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐที่รับรองว่า บุคคลนั้นเป็นโรคหลงเพศและได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว มาแสดงต่อนายทะเบียน

(2) นายทะเบียนพิจารณาหลักฐานดังกล่าว หากพอใจในหลักฐานนั้น ก็ให้นายทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรและเอกสารราชการต่าง ๆ ให้แก่ผู้ร้อง และให้นายทะเบียนทำบันทึกประกอบการแก้ไขแนบไว้ด้วย แต่หากนายทะเบียนพิจารณาแล้วยังไม่พอใจในหลักฐานนั้นก็ให้เรียกแพทย์หรือบุคคลที่อาจให้ข้อเท็จจริงหรือบุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้ร้องนั้นมา ให้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมประกอบก็ได้

(3) เมื่อได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ แล้ว ให้นำใบรับรองแพทย์และบันทึกของนายทะเบียน ตลอดจนการสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติม (ถ้ามี) แนบไว้กับเอกสารนั้นด้วย

(4) ให้นายทะเบียนออกบัตรประจำตัวให้แก่ผู้ร้องใหม่ โดยให้มีข้อความบ่งชี้ในบัตรประจำตัวดังกล่าวด้วยว่า บุคคลนั้นเป็นบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

(5) ในกรณีที่นายทะเบียนปฏิเสธไม่ยินยอมแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่ผู้ร้อง ให้ผู้ร้องสามารถอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ และคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าวให้เป็นที่สุด

(ค) ข้อดีของกฎกระทรวง

- (1) ออกเป็นกฎกระทรวงได้ง่ายกว่าออกเป็นพระราชบัญญัติฉบับใหม่
- (2) สะดวกและปฏิบัติได้ง่าย
- (3) จัดปัญหาเรื่องเพศตามกฎหมาย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศตามกฎหมาย รวมทั้งปัญหาในเรื่องการยอมรับสถานภาพของบุคคลสองเพศที่ได้ผ่านตัดแปลงเพศแล้วตามกฎหมายต่างประเทศของบุคคลสองเพศที่ได้ผ่านตัดแปลงเพศแล้ว

2.1.2.2 กรณีออกเป็นพระราชบัญญัติพิเศษ

(ก) หลักการทั่วไป

- (1) เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการผ่าตัดแปลงเพศมิใช่การควบคุม
- (2) แยกผู้ที่มีพฤติกรรมแบบรักร่วมเพศ (Homosexual) ออกจากบุคคลสองเพศ (Transsexual) อย่างเด็ดขาด
- (3) คุ้มครองบุคคลสองเพศที่จะขอรับการผ่าตัดแปลงเพศ โดยมีคณะกรรมการเป็นผู้คุ้มครองดูแล
- (4) เจ้ยน โสที่ จะยอมให้มีการผ่าตัดแปลงเพศได้ต้องเข้มงวดพอสมควร

(5) ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการวินิจฉัยแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ ให้มากที่สุด โดยให้ผู้ร้องนำใบรับรองของคณะกรรมการว่าผู้ร้องเป็นบุคคลสองเพศและได้รับการผ่าตัดแปลงเพศโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วมาแสดงต่อนายทะเบียน และให้นายทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ ให้แก่ผู้ร้อง และในกรณีที่บุคคลสองเพศใดที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมา

แล้วก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ ก็สามารถขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศได้เช่นกัน โดยการยื่นใบรับรองแพทย์จากแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐแสดงว่าผู้ร้องเป็นบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วต่อนายทะเบียน และให้นายทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ ให้

(6) ป้องกันมิให้เกิดปัญหาสังคมที่จะติดตาม

มาให้มากที่สุด เช่น ปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร และความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา โดยกฎหมายจะกำหนดว่าบุคคลหลงเพศที่จะผ่าตัดแปลงเพศได้จะต้องเป็นผู้ที่ยังไม่ได้สมรส และไม่ว่ากรณีใด ๆ ต้องเป็นผู้ที่ยังไม่มีบุตร ไม่ว่าจะเกิดจากตัวเองหรือบุตรบุญธรรมก็ตาม หรือถ้าสมรสแล้วก็ต้องปรากฏว่าได้มีการหย่า โดยถูกต้องตามกฎหมายและยังไม่มีบุตรทั้งบุตรที่เกิดจากตัวเองหรือบุตรบุญธรรมด้วย

(ข) สาระสำคัญของกฎหมาย

(1) การดูแลการผ่าตัดแปลงเพศ

ก) ให้มีคณะกรรมการประกอบไปด้วยแพทย์ จิต

แพทย์ นักกฎหมาย นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ ที่มาจากหน่วยงานของรัฐ มีหน้าที่อนุมัติและให้การเห็นชอบ ในการที่บุคคลหนึ่งจะทำการผ่าตัดแปลงเพศ โดยคณะกรรมการดังกล่าวต้องยึดหลักว่าผู้ขอผ่าตัดแปลงเพศเป็นบุคคลหลงเพศอย่างแท้จริง และการผ่าตัดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญในการบำบัดรักษาโรคหลงเพศ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงครอบครัวและสภาพแวดล้อมทางสังคมของผู้ยื่นด้วย

ข) ให้มีการติดตามดูแลผลภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศด้วย เพื่อจะได้เป็นการติดตามผลการดำรงชีวิตของผู้ผ่าตัดแปลงเพศในสังคมและเป็นการช่วยเหลือให้ผู้ผ่าตัดแปลงเพศสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุขให้มากที่สุด โดยให้บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศมาขอคำแนะนำหรือคำปรึกษาตลอดจนรายงานผลการดำรงชีวิตต่อคณะกรรมการตามเวลาที่กำหนด หรือรัฐอาจจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาหรือแนะนำในการดำรงชีวิตแก่บุคคลเหล่านั้นขึ้นเป็นหน่วยงานของรัฐและเป็นการถาวร โดยกำหนดเวลาการติดตามผลดังกล่าวเท่าที่เห็นว่าจำเป็น

(2) การคุ้มครองบุคคลหลงเพศ

ให้กำหนดเงื่อนไขดังต่อไปนี้ไว้ในกฎหมาย

ก) บุคคลหลงเพศที่กฎหมายจะอนุญาตให้ขอรับการ

ผ่าตัดแปลงเพศได้ ควรมีอายุตั้งแต่ 25 ปีขึ้นไป

ข) บุคคลหลงเพศที่ต้องการผ่าตัดแปลงเพศนั้น กฎหมายจะต้องกำหนดว่า บุคคลดังกล่าวจะต้องมีความรู้ลึกกว่าตนเป็นเพศตรงข้ามและต้องการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วมากกว่า 3 ปีขึ้นไป

ค) บุคคลหลงเพศที่จะขอรับการผ่าตัดแปลงเพศ ต้องทดลองใช้ชีวิตอย่างเพศตรงข้ามก่อนขอรับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นระยะเวลามากกว่า 3 ปีขึ้นไป

(3) การคุ้มครองผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ

แม้ในกฎหมายนี้จะไม่จำเป็นต้องระบุไว้โดยตรงว่า แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศจะได้รับการคุ้มครองจากการรังแกทางอาญาและทางแพ่ง แต่โดยสภาพของกฎหมายแล้วการกระทำของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายแล้ว จะทำให้ลักษณะการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าว ไม่มีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกายโดยกฎหมายและเป็นการบำบัดรักษาโรคไปได้ แม้ว่าการกระทำนั้น ผู้เข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศจะได้รับความเจ็บปวดหรือต้องได้รับอันตรายสาหัสก็ตาม

(4) การคุ้มครองสังคม

เนื่องจากการผ่าตัดแปลงเพศนั้น อาจทำให้เป็นการกระทบกระเทือนถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ในกรณีที่ผู้ผ่าตัดแปลงเพศได้สมรสแล้ว หรือกระทบกระเทือนถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ในกรณีที่ผู้ผ่าตัดแปลงเพศมีบุตรแล้ว ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาสังคมในเรื่องเหล่านี้ กฎหมายควรต้องกำหนดว่าผู้ผ่าตัดแปลงเพศจะต้องเป็นผู้ที่ยังไม่ได้สมรส หรือไม่ว่ากรณีใด ๆ ต้องยังไม่มีบุตร ไม่ว่าจะเกิดจากตัวเองหรือบุตรบุญธรรมก็ตาม และหากสมรสแล้วแต่ยังไม่มีบุตร ไม่ว่าจะเกิดจากตัวเองหรือบุตรบุญธรรมก็ตาม ก็ต้องทำการหย่าขาดจากการสมรสตามกฎหมายแล้วเท่านั้น

(5) การขอเปลี่ยนเพศในเอกสารต่าง ๆ

ก) ในกรณีที่ผู้ผ่าตัดแปลงเพศ ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ครบถ้วนแล้ว ผู้ผ่าตัดแปลงเพศสามารถนำไปรับรองจากคณะกรรมการว่าตนได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเรียบร้อยแล้ว ไปแสดงต่อนายทะเบียนเพื่อขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรและเอกสารต่าง ๆ ได้ และในการนี้ให้นายทะเบียนออกบัตรประจำตัวให้บุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษ เพื่อแสดงว่าเขาได้สถานะมาใหม่มาโดยการผ่าตัดแปลงเพศ

ข) ในกรณีที่ผู้ผ่าตัดแปลงเพศได้รับการผ่าตัดแปลงเพศก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายนี้ หากผู้ผ่าตัดแปลงเพศนั้นประสงค์จะขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพศในเอกสารต่าง ๆ ก็สามารถทำได้โดยนำใบรับรองแพทย์จากแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐมาแสดงต่อนายทะเบียนว่า ตนเป็นบุคคลแปลงเพศและได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และให้นายทะเบียนมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่ผู้นั้นได้ เช่นเดียวกับหลักการตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าวข้างต้น

(ค) ข้อดีของกฎหมาย

(1) รับรองว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลแปลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว อาจเปลี่ยนแปลงไปได้จากที่ถือกำเนิดมา และการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมาย

(2) มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลแปลงเพศทั้งก่อนและหลังการผ่าตัดแปลงเพศ

(3) จัดปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ

(4) จัดปัญหาเรื่องเพศตามกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับเพศตามกฎหมาย รวมทั้งปัญหาในเรื่องการยอมรับสถานภาพของบุคคลแปลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วตามกฎหมายต่างประเทศของบุคคลแปลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

(5) ป้องกันมิให้เกิดปัญหาสังคมติดตามมาจากการผ่าตัดแปลงเพศ โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร

(6) เป็นประโยชน์แก่บุคคลแปลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วก่อนประกาศใช้กฎหมายนี้ เนื่องจากมีบทบัญญัติให้บุคคลดังกล่าวมีหลักฐานว่าได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมาแสดงต่อนายทะเบียนเพื่อเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายในเอกสารต่าง ๆ ได้

2.1.3 การแก้ไข้ปัญหาเฉพาะเรื่อง

เนื่องจากการยอมรับให้มีการแก้ไข้เปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายได้ไม่ว่าจะเป็นไปตามกฎกระทรวงหรือพระราชบัญญัติฉบับใหม่ดังกล่าวมาข้างต้นก็ตาม จะทำให้บุคคลแปลงเพศนั้นต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายบางเรื่องนี้อาจทำให้เกิดความไม่

สะดวกขึ้นได้ เช่น กรณีที่หญิงผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายและได้แก้ไขเพศตามกฎหมายเป็นชายแล้ว ผู้เกี่ยวข้องต้องมีหน้าที่ในการรับราชการทหารตามกฎหมายด้วย ซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่สะดวกและปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่เต็มที่ ซึ่งในเรื่องนี้อาจแก้ไขปัญหาได้ด้วยการกำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ว่า โรคหลงเพศ (Transsexualism) นี้ เป็นโรคที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ ผู้หญิงเข้ารับราชการทหารอยู่มาก และปฏิบัติหน้าที่ได้เช่นเดียวกับผู้ชาย ดังนั้น กรณีจะยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้หรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมและนโยบายของรัฐ

2.2 ข้อเสนอแนะทางสังคม

เนื่องจากบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ยังเป็นบุคคลที่อยู่ในสังคมเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป และต้องการดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่างปกติสุขด้วย ดังนั้น สังคมและตัวผู้ผ่าตัดแปลงเพศเองจะต้องให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน เพื่อให้ผู้ผ่าตัดแปลงเพศได้รับการยอมรับจากสังคมมากขึ้น ในส่วนของตัวผู้ผ่าตัดแปลงเพศเองอาจจะต้องทำประโยชน์ให้กับสังคมให้มากยิ่งขึ้น เช่น ผู้ผ่าตัดแปลงเพศที่มีความสามารถเพียงพอและได้รับการแก้ไขในเรื่องสุขภาพจิตให้เป็นปกติแล้ว ควรจดทะเบียนรับเด็กกำพร้าหรือเด็กที่ถูกทอดทิ้ง เป็นบุตรบุญธรรม เป็นต้น และในด้านของสังคมเองก็ต้องพยายามสร้างทัศนคติที่ดีต่อผู้ผ่าตัดแปลงเพศด้วยว่า การที่บุคคลหลงเพศได้ตัดสินใจผ่าตัดแปลงเพศเป็นเพราะบุคคลนั้นมีความจำเป็นที่ต้องกระทำเช่นนั้น และบุคคลดังกล่าวก็ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมหรือไม่ได้ทำให้สังคมเสื่อมเสียแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย