



บทที่ 4

ทฤษฎีทางการแพทย์และทฤษฎีทางนิติศาสตร์  
ในการพิจารณาเพศของบุคคลหลัง เพศที่ผ่าตัดแปลง เพศแล้ว

เมื่อได้ศึกษาถึงลักษณะการเปลี่ยนแปลงทางกายภาพทางเพศของบุคคล โดยการผ่าตัดแปลงเพศ ตลอดจนความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศและความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลังเพศดังกล่าวมาแล้ว ในบทนี้จะได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคลหลังเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วว่า สถานะ ในทางกฎหมายแบ่งหรือเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลหลังเพศดังกล่าวจะเป็น เช่นใด บุคคลเหล่านั้นจะกลายเป็นเพศชายหรือหญิงตามที่ตนปรารถนาหรือไม่ โดยจะได้ศึกษาถึงทฤษฎีในการวินิจฉัยเพศของบุคคลหลังเพศที่ผ่าตัดแปลง เพศแล้วทั้ง ในทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์รวมทั้งเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคล ที่นานาชาติประมุขยึดถือว่าบุคคลควรมีเพศตามกฎหมายดังกล่าวเป็นเพศใดและยึดถือตามหลักเกณฑ์ใด และนอกจากนี้ยังจะเป็นการศึกษาถึงขบวนการทางกฎหมายในการยอมรับเพศของบุคคลที่ผ่าตัดแปลง เพศแล้วด้วยว่า ในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยจะอนุญาตให้บุคคลหลัง เพศที่ผ่าตัดแปลง เพศแล้ว สามารถแก้ไขเพศของตน ให้เป็นเพศใหม่ตามที่ได้ผ่าตัดแปลง เพศแล้วในเอกสารต่าง ๆ ได้หรือไม่ และโดยวิธีอย่างไร

1. ทฤษฎีทางการแพทย์ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลหลัง เพศที่ผ่าตัดแปลง เพศแล้ว<sup>1</sup>

ในปัจจุบันทางการแพทย์มีทฤษฎีและวิธีการทดสอบที่ขัดแย้งกัน ในเรื่องที่ว่าบุคคลหลัง

<sup>1</sup> ในความเห็นของผู้เขียนน่าจะเรียกว่า "แนวความคิด" (concept) หรือ "หลักเกณฑ์ทางปฏิบัติ" มากกว่า

<sup>2</sup> ร็องพล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์", หน้า 414.

เพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วเป็นหญิงหรือชาย ทฤษฎีดังกล่าวมีสองทฤษฎี ทฤษฎีหนึ่งเป็นของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เข้มงวดไม่ยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศอย่างง่าย ๆ อีกทฤษฎีหนึ่งเป็นของ Dr. Armstrong และ Professor Roth ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ไม่เข้มงวดและยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศได้ง่ายกว่า

(1) ทฤษฎีของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst

ในปัจจุบัน Dr. Randall และ Dr. Dewhurst มีคนใช้เป็นผู้ผ่าตัดแปลงเพศหลายร้อยคน ในตอนแรก Dr. Dewhurst จะพิจารณาตรวจคนไข้โดยการตรวจสอบครบหมดทุกอย่างก่อน คือดูทั้งลักษณะทางจิตวิทยา (psychology) และฮอร์โมนเพศหญิง (female hormone) ถ้าเขาวินิจฉัยว่าคนไข้มีจิตผิดปกติมาก คือวิตกกังวลอย่างหนัก (extreme anxiety) หรือมีความกดดันขนาดหนัก (obsessional state) เขาจะแนะนำให้คนไข้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ ทั้งนี้เพราะเขาเห็นว่า คนไข้รายนี้สมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะใช้ชีวิตตามแบบสตรีเพศให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ Dr. Dewhurst จะหยุดแค่นั้น และเขาจะไม่รับรองเลยว่าคนไข้เมื่อได้ทำการผ่าตัดแล้วจะมีสถานะเป็น "เพศหญิง" เขายังถือว่าวงการแพทย์ไม่ควรรับรองคน ๆ นี้ว่าเป็นเพศหญิงเพราะทำการผ่าตัดดังกล่าว วงการแพทย์อาจช่วยบุคคลคนหนึ่งซึ่งมีจิตผิดปกติ (psychological abnormalities) หนีพ้นจากชุมชนแรก แต่วงการแพทย์ก็ต้องสำนึกว่า ในสายตาของสังคมแล้ว คนพวกนี้มีพฤติกรรมผิดศีลธรรม (immoralities) ซึ่งการรับรองบุคคลเหล่านี้มากเกินไปจะเป็นตัวอย่างที่ไม่ดีให้ผู้ชายและผู้ไร้สติปัญญาหลงผิดเอาเป็นแบบอย่าง เพราะฉะนั้นก่อนการผ่าตัดบุคคลเหล่านี้ Dr. Dewhurst จะให้คนไข้เซ็นยินยอม และรับรู้สถานะของตนเองด้วย ดังนี้:

"I.....of.....do consent to undergo the removal of the male genital organs and fashion of an artificial vagina as explained to me by (surgeon) . I understand it will not alter my

male sex and that it is being done to prevent deterioration in my mental health."

.....  
(Signature of patient)<sup>3</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"ข้าพเจ้า.....อยู่ที่.....ขอให้ความยินยอมในการผ่าตัดเพื่อนำเอาอวัยวะเพศชายทั้งหมดของข้าพเจ้าออก และติดตั้งอวัยวะเพศหญิงเทียมให้แก่ข้าพเจ้าตามที่ (ศัลยแพทย์) ได้อธิบายให้ข้าพเจ้าฟังแล้ว ข้าพเจ้าเข้าใจดีว่า การผ่าตัดดังกล่าวไม่สามารถเปลี่ยนความเป็นเพศชายของข้าพเจ้าได้ และการผ่าตัดดังกล่าวทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้สุขภาพจิตของข้าพเจ้าเลกลงเท่านั้น"

.....  
(ลงนามผู้ป่วย)

ตามแบบฟอร์มนี้จะเห็นได้ว่าคนไข้ต้องเซ็นยินยอมรับรู้สถานะของตนเองว่าเป็นชายไม่ใช่หญิง แม้ว่าคนไข้จะได้ทำการผ่าตัดแล้วก็ตาม Dr. Dewhurst อธิบายว่าการผ่าตัดนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะบรรเทาสุขภาพจิตของคนไข้ มิใช่มีวัตถุประสงค์ที่จะเปลี่ยนสภาพบุคคล (personality) หรือเปลี่ยนเพศชายให้เป็นเพศหญิง กาวที่จะพิจารณาว่าบุคคลหนึ่งเป็นชายหรือหญิงนั้น Dr. Dewhurst ให้นิยามจาก กายภาพ (physiology) หรือธรรมชาติ (nature of thing ) ของบุคคลนั้นเท่านั้นมิใช่ดูสุขภาพจิตของบุคคลดังกล่าว เพราะฉะนั้น Dr. Dewhurst จึงเสนอว่าทางการแพทย์นั้นควรทดสอบเพศของบุคคล โดยใช้วิธีทดสอบ 3 ประการที่เกี่ยวข้องกับกายภาพ กล่าวคือ<sup>4</sup>

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 415-416.



1.1 ตรวจสอบโครโมโซม (chromosomal test) ในเพศหญิงปกติจะมีโครโมโซมเป็น XX และในเพศชายปกติจะมีโครโมโซมเป็น XY ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 1

1.2 ตรวจสอบต่อมเพศ (gonadal test) คือ ทดสอบว่ามีอสุจิหรือรังไข่

1.3 คุณลักษณะอวัยวะเพศ (genital test) ซึ่งต้องดูทั้งเครื่องเพศภายนอกและภายใน (external and internal genitalia must be of the utmost importance)

การทดสอบทั้งสามรูปแบบนี้เป็น การทดสอบทางกายภาพทั้งสิ้น ซึ่งแพทย์จะไม่ดูฮอร์โมนหรือสภาพของจิตใจเลย (excluding psychological and hormonal factors) เมื่อแพทย์นำบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาทดสอบเพศด้วยวิธีทั้งสาม ผลจะออกมาไม่ประการใดประการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1.1 ผู้ถูกทดสอบเป็นหญิง กล่าวคือมี XX โครโมโซม มีรังไข่ มีลักษณะอวัยวะเพศหญิงและมีมดลูก หรือ

1.2 ผู้ถูกทดสอบเป็นชาย กล่าวคือมี XY โครโมโซม มีอสุจิ และมีลักษณะอวัยวะเพศชาย หรือ

1.3 ผู้ถูกทดสอบไม่เป็นทั้งชายหรือหญิง กล่าวคือเป็นกะเทยหรือ Intersex ดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 1

ตามทฤษฎีของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst นั้นกรณีเดียวกับแพทย์อาจยอมรับสภาพจิตเข้าพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นชายหรือหญิง ก็คือ กรณีของ Intersex นี้ แต่โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีนี้เชื่อว่า ชายที่แปลงเพศนั้นจะไม่มีทางเป็นหญิงได้ ถ้าเมื่อขณะเกิดเขามีโครโมโซมเป็น XY และมีอวัยวะเพศชาย และมีอสุจิ ทั้งนี้เพราะสภาพทางกายเช่นนี้ ไม่มีทางเปลี่ยนได้ในภายหลัง และแพทย์จะกำหนดว่าบุคคลเป็นชายหรือหญิงก็จะกระทำเวลาเกิดเท่านั้น หลังจากนั้น การผ่าตัดไม่อาจเปลี่ยนธรรมชาติ (nature) ของมนุษย์ได้ กรณี Intersex นั้นเป็นข้อยกเว้น ส่วนในกรณีปกติแล้วแพทย์จะดูเฉพาะธรรมชาติ และจะไม่ดูสภาพจิต (psychological factor) และเป็นที่น่าสังเกตว่าแพทย์ เชื่อตลอดเวลาก่อนที่คนใดคนหนึ่งได้ผ่าตัดให้แล้วนั้นเป็นผู้ชาย ไม่ใช่มีเพศหญิง เพราะการผ่าตัดเป็นเพียงช่วยเปลี่ยนอารมณ์ของคนโรครจิตให้บรรเทาลง ไม่ใช่เปลี่ยนธรรมชาติของมนุษย์แม้แต่น้อย





(2) ทฤษฎีของ Dr. Armstrong และ Professor Roth.<sup>๕</sup>

ทฤษฎีของ Dr. Armstrong และ Professor Roth นั้นเป็นทฤษฎีที่มีวิธีการทดสอบเพศของคนไม่เข้มงวดเท่ากับทฤษฎีของ Dr. Dewhurst ทั้งนี้เพราะพิจารณาสภาพจิต (psychological factor) ประกอบด้วย ตามทฤษฎีของ Dr. Armstrong นี้จะเห็นว่าบุคคลที่มีโครโมโซมเป็น XY มีอสุจิ และมีอวัยวะเพศชาย อาจถือว่าเป็นหญิงถ้าเขาเหล่านั้นมีจิตใจเป็นหญิง การใช้การทดสอบทางจิตเข้าช่วยนี้ ทำให้บุคคลหลงเพศที่เป็นผู้ชาย ประมาณร้อยละ 85-100 จะถูกจัดจำพวกเป็นเพศหญิงหมดทั้ง ๆ ที่บุคคลเหล่านั้นโดยธรรมชาติและกายภาพจะเป็นชาย ซึ่งถ้าใช้ทฤษฎีของ Dr. Dewhurst แล้วคนพวกนี้จะต้องถือว่าเป็นเพศชาย ครั้นเมื่อ Dr. Armstrong ระบุว่าคนพวกนี้เป็นเพศตามจิตใจของเขาแล้ว เขาก็จะจัดว่าคนพวกนี้เป็นเพศใดเพศหนึ่ง โดยใช้ความสมัครใจของคนเหล่านั้นเป็นสำคัญ ซึ่งแน่นอนคนเหล่านั้นซึ่งแม้จะเป็นชายก็ย่อมเลือกจะเป็นหญิงด้วยมีจิตวิปริต

ทฤษฎีของ Dr. Armstrong นี้จะเห็นได้ชัดว่า แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะยังไม่ผ่าตัดแปลงเพศ พวกเขาก็ต้องถือว่าเป็นเพศหญิง โดยใจสมัคร แม้ว่าในทางกายภาพเขาจะมีอวัยวะเพศชายก็ตาม การผ่าตัดเป็นเพียงช่วยให้คนเหล่านั้นเป็นหญิงในทางกายภาพให้ชีวิตสมบูรณ์แบบยิ่งขึ้น

ทฤษฎีของ Dr. Armstrong นี้โดยหลักการแล้วขัดต่อทฤษฎีของ Dr. Dewhurst เป็นอย่างมาก ในปัจจุบันในสังคมที่มีแนวความคิดในเรื่องสถาบันครอบครัวตามปรัชญาทางศาสนาจะไม่ยอมรับทฤษฎีของ Dr. Armstrong และในวงการแพทย์อันอิทธิพลของศีลธรรมก็มีอยู่มาก ดังจะเห็นได้ว่าในจำนวนแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนี้ 13 คน ที่มาให้การเป็นพยานในคดี Corbett V. Corbett ดังกล่าวนั้น ส่วนใหญ่จะมีความเห็นเหมือน Dr. Dewhurst

สำหรับทฤษฎีทางการแพทย์ดังกล่าวมาข้างต้นนี้ ทฤษฎีได้เน้นไปที่การผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง แต่ผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่า ในกรณีที่จะวินิจฉัยเพศของบุคคลหลงเพศที่เป็นหญิง และผ่าตัดแปลงเพศเป็นชาย ก็น่าจะใช้หลักการเดียวกันนี้ได้

<sup>๕</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 418.

2. ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว<sup>7</sup>

ในทาง Common Law นั้น ในปัจจุบันการวิเคราะห์ที่ว่าผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะถือได้ว่ามีเพศเป็นหญิงหรือชายหรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์ได้วางหลักเกณฑ์อย่างกว้าง ๆ ในการพิจารณา ดังนี้ คือ

(1) ให้นำวิเคราะห์ดูก่อนว่าในทางการแพทย์นั้นมีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร ถ้าพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางการแพทย์แล้ว บุคคลแปลงเพศดังกล่าวไม่มีทางเป็นเพศหญิงหรือชายได้เลย กฎหมายจะไม่มีทางวางหลักเกณฑ์รับรองการแปลงเพศของบุคคลนั้น และจะถือตามคำวินิจฉัยของแพทย์

(2) ถ้าพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางการแพทย์แล้ว บุคคลที่แปลงเพศดังกล่าวถือได้ว่าเป็นเพศหญิง หรือเพศชายกฎหมายอาจจะถือหรืออาจจะไม่ถือตามคำวินิจฉัยของแพทย์ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของมหาชน (public policy) และในการนี้กฎหมายอาจจะห้ามมาตรการอันมาประกอบกรวินิจฉัยก็ได้

จำนวนของบุคคลหลังเพศอาจเป็นสิ่งที่ให้เห็นถึงนโยบายของมหาชนดังกล่าวได้ เนื่องจาก "จำนวน" เป็นสิ่งที่สำคัญมาก เพราะกฎเกณฑ์ทางการแพทย์หรือทางกฎหมายที่จะใช้พิจารณาว่าคนแปลงเพศเป็นชายหรือหญิงนั้นจะเข้มงวดหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าจำนวนของคนเหล่านั้นมีมากหรือไม่ การพิจารณาพฤติกรรมที่ผิดปกติอาจมีคำวินิจฉัยในทางที่ตื้น ถ้าคนเหล่านั้นมีจำนวนมากพอ Simon และ Gagnón ได้กล่าวไว้ดังนี้ คือ "Regardless of moral caveats, there are points at which laws become unenforceable or behaviour redefined depending on how many members of the community are involved ..... the problem of estimates also affects the relation between conventional and unconventional performers, since the status of the latter as deviant, criminal or psychopathological is in part a function of members ...."<sup>8</sup>

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 410.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 413.



ในปัจจุบันในประเทศที่เจริญแล้ว แม้ว่าคนผ่าตัดแปลงเพศมีจำนวนเพิ่มขึ้นในแต่ละประเทศก็จริง แต่ยังคงถือว่าไม่มากนักเมื่อเทียบกับจำนวนพลเมืองของประเทศ เพราะผู้ที่ทำการผ่าตัดนี้จะทำเฉพาะผู้ที่เบื่อบุคคลหลงเพศเท่านั้น ไม่ใช่ homosexual ทุกคนจะทำการผ่าตัด บุคคลหลงเพศนั้น ในปัจจุบันคาดว่าในสังคมหนึ่ง ๆ จะมีไม่เกินร้อยละ 4 และไม่ว่าคนที่เบื่อบุคคลหลงเพศจะได้รับการผ่าตัด เมื่อปี 1948 Albert Kinsey ได้พิมพ์หนังสือที่มีชื่อเสียงที่สุดในโลกเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ Sexual Behaviour in the Human Male อธิบายว่า ในจำนวนคนอเมริกัน 4,000 คน มีร้อยละ 4 เป็นบุคคลหลงเพศ แต่ในปี 1954 ผู้เชี่ยวชาญเป็นจำนวนมากของอังกฤษปฏิเสธต่อ Wolfenden Committee ว่า คนอังกฤษที่เป็นบุคคลหลงเพศจะมีจำนวนมากกว่านั้น เพราะถ้าเป็นจริงดังว่าบุคคลหลงเพศจะมีจำนวนหลายแสนคน ในอังกฤษในปัจจุบัน บุคคลหลงเพศมีชีวิตที่กลับ ไม่มีใครทราบเรื่องราวแน่ชัดและสังคมอังกฤษยังไม่ยอมรับว่าคนเหล่านี้มีจำนวนมากพอในสังคม

เนื่องจากสังคมยังไม่ยอมรับว่า จำนวนของคนแปลงเพศมีมากพอ จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในทางแพ่งหรือกฎหมายในทางกฎหมายจะกำหนดไว้เข้มงวด เพื่อไม่เป็นการยอมรับในสิ่งที่สังคมเห็นว่าผิดศีลธรรม และเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยโดยตรง ทัศนาเรื่องศีลธรรม (morality) เป็นอุปสรรคอย่างร้ายแรง ที่จะให้วงการแพทย์และวงการกฎหมายยอมรับสถานะของผู้มีจิตผิดปกติเหล่านี้ได้อย่างง่าย ๆ ในขณะที่คนเหล่านี้ยังมีจำนวนน้อย สังคมย่อมต้องการกฎหมายที่จะไม่ชักจูงให้ผู้เยาว์ ผู้อ่อนแอ ไร้สติปัญญา ให้หลงผิดไปกับบุคคลผู้มีจิตผิดปกติดังกล่าว เพราะฉะนั้นกฎหมายและการแพทย์จึงไม่เต็มใจที่จะรับรองสถานะของบุคคลหลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศว่ามีเพศหญิงหรือชายดังที่พวกเขาต้องการ<sup>๑</sup>

ในศาลคอมมอนลอว์นั้น ศาลมีวิธีการนำเอาทฤษฎีทางการแพทย์ดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยเพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว โดยศาลจะเลือกเอาทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง และก่อนที่ศาลจะเลือกนั้นศาลมักจะพิจารณาที่ทฤษฎีทางนิติปรัชญาก่อนว่า ทฤษฎีทางแพ่งหรือปรัชญาการแพทย์ได้บ้างที่ตรงกับทฤษฎีทางนิติปรัชญา ถ้าไม่ตรงเลยศาลไม่มีทางเลือกปรัชญานั้น ๆ แต่ถ้ามีปรัชญาทางแพ่ง 2 ปรัชญาที่ขัดแย้งกันและตรงกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ขัดแย้งกัน 2 ทฤษฎี ศาลจะเลือกเอาทฤษฎีที่ศาลเห็นว่าสอดคล้องกับการยอมรับของสังคมมากที่สุด

<sup>๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 412-413.



โดยศาลจะวิเคราะห์จากบทความ หรือรายงานของกรมการรัฐสภา<sup>10</sup>

ทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาตั้งกล่าวข้างต้นนั้น เป็นทฤษฎีทางนิติ-  
ปรัชญา ได้อธิบายถึงความผูกพันและการยอมรับของสังคม ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมแบบรักร่วมเพศ  
(homosexual) และบุคคลหลงเพศ (transsexual) ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ในปรัชญากรีกหรือพวกคริสเตียน โรมันเคออลิก วางหลักกฎหมายโดยวิเคราะห์จาก  
"ธรรมชาติ" การกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบนั้นจะต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ สิ่งใดขัดกับ  
ธรรมชาตินั้น ถือว่าไม่มีความเป็นธรรมซึ่งกรีกเรียกว่า "Dike" ภายหลังเรียกว่า "The  
concept of unfairness" หรือ "injustice" หรือบางกรณีที่จะถือว่าผิดศีลธรรม  
(immoral) ปรัชญาของคริสตศาสนานี้ ถือว่าการร่วมเพศระหว่างคนที่มีเพศเดียวกันเป็นการขัด  
ธรรมชาติ ซึ่งเป็นการผิดศีลธรรมขั้นร้ายแรงเรียกว่า "sodomy" ซึ่งผิดธรรมชาติ ปรัชญาถือว่า  
คนที่ เป็นชายหรือไม่ว่า ให้ดูที่อวัยวะเพศ (sexual organ) ตามธรรมชาติ เพราะฉะนั้นคนที่  
อวัยวะเพศชายแต่ชอบให้ผู้อื่นร่วมทางช่องขั้วถ่ายจะมาอ้างสภาพทางจิตใจ (psychological  
factor) ว่าตนเป็นหญิงยอมไม่ได้เลย<sup>11</sup>

ในสมัยกรีกโบราณ Aristotle ขณะสอนวิชา Metaphysics (ซึ่งหมายความว่า การ  
คิดด้วยเหตุผลหรือการแก้ปัญหา โดยใช้ความคิดที่เลื่อนลอย คำนี้เป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า  
"Positivism" แปลว่าสิ่งที่ เป็นพื้นฐานสัมผัสได้ด้วยประสาททั้ง 5) อธิบายว่า คนที่มีอวัยวะเพศ  
ชายสองคนร่วมกันยอมเป็นการผิดธรรมชาติเป็นโทษอาญา (Peccatum contra nature หรือ  
crime against nature) จะเห็นได้ว่า Aristotle วิเคราะห์เพศโดยดูอวัยวะเพศเป็นสิ่ง  
สำคัญ ถ้าคนเมื่ออวัยวะเพศชายสองคนมาร่วมกันทางช่องขั้วถ่าย ย่อมถือว่าเป็นโทษอาญาโดยที่เขา  
จะไม่วิเคราะห์ถึงสภาพจิตหรือ psychology ของคนทั้งสองเลย และคนทั้งสองนั้นจะมาอ้างว่า  
คนหนึ่งมีจิตใจเป็นหญิงไม่ได้ ในศตวรรษที่ 12 ทฤษฎีของ Aristotle นี้ ได้ถูกนำมาประยุกต์กับ  
วิชาเทววิทยา (Theology) ของคริสตศาสนาโดยพระสงฆ์รูปหนึ่งชื่อ St. Thomas Aquinas  
และทฤษฎีของ St. Thomas Aquinas (หรือ Thomism) นี้ ปรากฏในหนังสือ "Summa

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 419.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 426.

Theologica" ในหนังสือเล่มนี้ St. Thomas Aquinas อธิบายว่า "ธรรมชาติของสิ่งใด คือสาระสำคัญ (essence) ของสิ่งนั้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในตัวของมันเอง" เพราะฉะนั้นถ้าจะดูธรรมชาติของคนเราต้องดูที่วัตถุประสงค์ (purpose หรือ end) อย่างอวัยวะเพศชายนั้น มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์จะให้สืบพันธุ์ด้วยการร่วมเพศกับหญิง (The nature of man is to reproduce) เพราะฉะนั้นการไปร่วมเพศกับบุคคลเพศเดียวกันถือว่า ขัดต่อ reproduction concept และขัดต่อธรรมชาติ

ตามปรัชญาของศาสนานี้ ถือว่าคนจะเป็นหญิงหรือชายให้คู่ตอนเกิด ต่อจากนั้นธรรมชาติจะไม่เปลี่ยนแปลงและที่จริงก็เปลี่ยนแปลงไม่ได้ จิตใจของคนนั้นจะเปลี่ยนไปอย่างไรก็ตาม แต่ธรรมชาติจะเปลี่ยนไม่ได้อย่างเด็ดขาด ผลของการประกอบกรรมผิดธรรมชาติในยุโรปถือว่า เป็นโทษร้ายแรงมากมีโทษถึงตาย ในสมัยแผ่นดินของ Edward I ในอังกฤษนั้น นักนิติศาสตร์ผู้หนึ่งเขียนบรรยายไว้ในหนังสือชื่อ Fleta ว่า Sodomists ในยุโรปถูกฝังทั้งเป็น และต่อมา Britton กล่าวว่า Sodomists ในยุโรปถูกเผาทั้งเป็น ในอังกฤษนั้นแต่เดิมศาลทางศาสนา (Ecclesiastical Court) ไม่มีอำนาจลงโทษ Sodomists ถึงตายและศาล Common Law ก็ไม่ลงโทษคนเหล่านี้ ครั้นถึงปี ค.ศ. 1533 ในสมัยแผ่นดินของ Henry VIII ได้มีการตราพระราชบัญญัติกำหนดให้มีการลงโทษประหารชีวิตแก่บุคคลที่กระทำผิดธรรมชาติดังกล่าว และนักพงศาวดารในสมัย Elizabeth I ชื่อ "Holinshed" บันทึกว่ามี Sodomists ไม่ต่ำกว่า 72,000 คน ถูกประหารชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ในสมัย Henry VIII โทษประหารถูกยกเลิกเมื่อปี 1861 โดย The Offences Against the Person Act, 1861 แก้ไขเพิ่มเติมในปี 1885 จะเห็นได้ว่าในตอนปลายศตวรรษมี Sodomists ชื่อดังหลายคน เช่น Oscar Wilde ซึ่งกระทำผิดธรรมชาติกับลูกชายของ Marquis of Queensberry เจ้าของกติกามวยสากล ก็ถูกลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้

เหตุผลของการห้ามมิให้บุคคลประพฤติผิดธรรมชาติเช่นนั้น มีอยู่ 2 ประการ คือ

- (1) เป็นการทำลายจิตใจของคนในสังคม และเป็นการผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง (immorality)
- (2) เป็นการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำของตนเอง ซึ่งทางปรัชญาของคริสต์ศาสนา เรียกว่า "Paternalism" หรือ "บิดาธรรม" ปรัชญาทางคริสต์ศาสนาเห็นว่า ผู้เยาว์ ผู้ขาดประสบการณ์ หรือคนไร้สติปัญญาอ่อนปัญญาและหลงงมงายไปกับความลุ่มหลงผิดธรรมชาติในวิชา



นิติปรัชญานั้นเชื่อว่า "ความสุข" อันนี้เกิดจาก การปฏิบัติภารกิจที่วิปริตมากกว่าการเจ็บป่วย มีนักจิตวิทยาเป็นจำนวนมากอ้างว่า คนที่เป็น Homosexual นี้ป่วยเป็นโรคประสาท (neurosis) บางอย่าง และอ้างว่าไม่มีประโยชน์ที่จะไปป้องกันคนป่วยไม่ให้ป่วยได้ The Sickness Theory นี้ไม่เป็นความจริง เพราะความจริงมีอยู่ว่า คนที่ป่วยนี้เป็นโรคจิตซึ่งเกิดจากการปฏิบัติภารกิจและความมัวเมาที่ผิดธรรมชาติ ด้วยเหตุนี้ เขาจะจริงจังสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองจากการถูกชักชวน ในทางที่ผิด การห้ามกระทำการผิดธรรมชาตินี้เป็นการขัดเสรีภาพของปัจเจกชนโดยตรงก็จริง แต่ก็ยังเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่เขาเช่นกันการคุ้มครองบุคคลต่อการกระทำของตนเองแม้จะขัดต่อเสรีภาพเช่นนี้ เรียกว่า "บิดาธรรม" ซึ่งหมายความว่า

"The interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced."<sup>12</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"การแทรกแซงเสรีภาพของปัจเจกชน โดยคำนึงถึงเหตุผลในเรื่องสวัสดิการ ความสุข ความต้องการ ความสนใจ หรือคุณค่าของบุคคลซึ่งถูกแทรกแซงนั้น"

เราจะเห็น ได้ชัดว่าตามทฤษฎีนี้ บุคคลที่มีอวัยวะเพศชายจะรักร่วมเพศไม่ได้ เพราะเป็นโทษอาญา และการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อหนีกฎหมายอาญาหรือเพื่ออำนวยความสะดวกในเรื่องการรักร่วมเพศนั้นก็ทำไม่ได้เช่นกัน ผู้ที่นิยมทฤษฎีนี้ ในปัจจุบันจึงเสนอให้ออกกฎหมายห้ามมิให้มีการผ่าตัดแปลงเพศ ดังที่เห็นได้จากแพทย์ในโรงพยาบาลศาลาออกิลจะไม่ยอมทำการผ่าตัดดังกล่าว ยกเว้นบางกรณีคือกรณีกะเทย

ในตอนปลายศตวรรษที่ 19 The Concept of Paternalism and Morality ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักว่าขัดเสรีภาพ ซึ่งตั้งแต่สมัย John Locke มาแล้วเสรีภาพถูกถือว่ามีสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (Fundamental Human Rights) ครั้นมาถึงศตวรรษที่ 19 หลักเสรีนิยมในสมัยนั้นทำให้การออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพทำได้ในวงแคบ และจะทำได้เฉพาะเมื่อการใช้

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 426-429.

เสรีภาพไปกระทบถึงสิทธิมนุษยชนของคนอื่น คือ ทรัพย์สิน ชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพของเขา ในปี 1854 John Stuart Mill เขียนหนังสือเรื่อง "Liberty" อภิปรายเรื่องเสรีภาพไว้เป็นแบบฉบับ ซึ่งคนยุคหลังอย่างเช่น F.A. Hayek หรือ H.L.A. Hart ต้องถือเป็นแบบฉบับ Mill กล่าวว่าการออกกฎหมายขัดเสรีภาพของบุคคลใดจะกระทำได้นั้นต้องเป็นการป้องกันภัยที่จะมีต่อบุคคลอื่น ซึ่งเรียกว่า "The Harm Principle"

"The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harm to others"

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"จุดประสงค์เพียงประการเดียวในการที่จะมีอำนาจใด ๆ เพื่อเจตนารมณ์ของปัจเจกชนในสังคมได้โดยชอบ ก็คือ เพื่อเป็นการป้องกันอันตรายอันอาจจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นเท่านั้น"

และคำว่า "harm to others" นี้ Mill ตีความแคบมาก ไม่รวมถึง "Immoral harm" เพราะฉะนั้น Mill จึงโจมตีทฤษฎี "Paternalism" ว่าขัดเสรีภาพและขัดสิทธิมนุษยชน

Mill มีความเห็นว่าจะห้ามพฤติกรรมที่เรียกว่า Homosexual และไม่ควรบัญญัติเป็นโทษ ตามทฤษฎีของ Mill นี้ จะเห็นว่าเขาก็ให้เสรีภาพเป็นสิ่งที่มีความค่าสูงสุด แต่ Mill ไม่ได้อภิปรายในสิ่งสองประการดังนี้ คือ

(1) ทำไมเขาจึงตีค่า เสรีภาพ สูงกว่า ศีลธรรม

(2) คนที่ใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่ ทำการฝ่าตัดแปลงเพศนั้น สังคมควรจะยอมรับสถานะของคนเหล่านั้นหรือไม่

ทฤษฎีของ Mill ไม่เป็นที่ยอมรับกันในยุคหนึ่งเท่าที่ควร ทั้งนี้เพราะ Sir. James Fitzjames Stephen ซึ่งเป็นนักกฎหมายอาญาที่มีชื่อเสียงมากของอังกฤษ ในยุคนั้น เขียนหนังสือชื่อ Liberty, Equality and Fraternity (1874) วิพากษ์วิจารณ์ทฤษฎีของ Mill และเรียกร้องให้กฎหมายเอาศีลธรรมมาบังคับให้เข้มงวดขึ้น แต่ต่อมาเหตุการณ์ต่าง ๆ ในสังคมอังกฤษ แสดงว่าทฤษฎีของ Mill ถูกต้องตรงความเป็นจริงและควรจะได้รับกาวิจรรณาจากสังคมมากกว่าทฤษฎีของ Sir. James Fitzjames Stephen ทั้งนี้เพราะในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง บุคคลที่มีชื่อเสียงมากโดยเป็นสมาชิกของรัฐบาลกลางโทฐานเป็น Homosexual และในปี 1951 นักการทูตของอังกฤษสองคนประจำรัสเซีย คือ Guy Burgess และ Donald Maclean



ต่างก็เป็น Homosexual ในปี 1952 มีคนถูกไต่สวนในกรณีเช่นนี้ถึง 670 คนในศาล รัฐบาลอังกฤษ จึงได้ตั้งกรรมการขึ้นคณะหนึ่งในปี 1954 เรียกว่า "Wolfenden Committee" ซึ่งมี Sir. John Wolfenden เป็นประธานเพื่อทำรายงานเสนอรัฐบาลเกี่ยวกับปัญหา Homosexual ในปี 1957 Wolfenden Committee ทำรายงานเสนอรัฐบาลเห็นชอบด้วยกับทฤษฎีของ Mill ว่า ด้วยการให้เสรีภาพส่วนบุคคลแก่ประชาชน และควรปล่อยให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นเสรีภาพส่วนบุคคล<sup>13</sup> Sir. John Wolfenden เขียนรายงานดังนี้<sup>14</sup>

"There must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business."

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"ในเรื่องนี้ยังคงเป็นเรื่องของความมีศีลธรรมหรือไม่มีศีลธรรมเท่านั้น พาใช้สิ่งที่ไม่ถูกต้องไม่ควรจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่"

รายงานของ Wolfenden ที่สนับสนุนทฤษฎีของ Mill นี้ถูก Lord Devlin เขียนหนังสือชื่อ "The Enforcement of Morals" วิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในทำนองขัดแย้ง และ Lord Devlin อ้างปรัชญาของคริสต์ศาสนาและอธิบายว่า ศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษได้รับหลักการนี้มาตลอดตั้งแต่เห็นได้จาก คำพิพากษาของ Lord Mansfield ในคดี Jones V. Randall (1774) ที่ว่าศาล King's Bench เป็นผู้พิทักษ์ศีลธรรมของประชาชน (custos morum of the people) มาโดยตลอดและการทำลายล้างความชั่วนี้เห็นหน้าที่อันสำคัญยิ่งของกฎหมาย ตามทฤษฎีของ Devlin นี้พฤติกรรมแบบ Homosexual ทุกประเภทรวมทั้งการผ่าตัดแปลงเพศ ถือเป็นอาชญากรรมและต้องได้รับโทษสถานหนักและจะ ไม่มีวัน ได้รับการยอมรับจากสังคม

เพื่อเป็นการตอบโต้ Lord Devlin และเพื่อเป็นการสนับสนุนรายงานของ Wolfenden Committee Professor H.L.A. Hart จึงเขียนหนังสือชื่อ Law, Liberty and Morality อธิบายปัญหาในเรื่องนี้ Hart สนับสนุนให้กฎหมายยอมให้พฤติกรรมแบบ Homosexual เป็นเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคล Hart อธิบายว่าพฤติกรรมเหล่านี้รวมทั้งการผ่าตัด

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 429-430.

<sup>14</sup> H.L.A. Hart, Law, Liberty, and Morality, pp. 14-15.

แปลงเพศ เป็นพฤติกรรมที่ขัดศีลธรรมแต่กฎหมายไม่ควรเข้ายุ่งเกี่ยวในเรื่องนี้ Hart แบ่งศีลธรรมเป็นสองประเภท คือ

- (1) ศีลธรรมชั้นอุดมการณ์ (Moral Ideal) และ
- (2) หน้าที่ศีลธรรม (Moral Duty)

เรื่อง Homosexual นี้เป็นเรื่องของอุดมการณ์ไม่ใช่หน้าที่ศีลธรรม ทั้งนี้เพราะบุคคลมีหน้าที่ไม่ใช่เสรีภาพของตนให้เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้อื่นเท่านั้น แต่ไม่มีหน้าที่จะสร้าง-สรรค์ให้สังคมมีศีลธรรมชั้นอุดมการณ์แต่อย่างใด ตราบใดที่คนในสังคมปฏิบัติตามหน้าที่ศีลธรรม สังคมก็ย่อมคงอยู่ได้ แม้ว่าจะขาดศีลธรรมชั้นสูงกว่านั้น ตามความคิดของ Hart นั้น สังคมอาจจะออกกฎหมายบังคับได้แต่หน้าที่ศีลธรรม ซึ่งเป็นหน้าที่ขั้นต่ำสุดเพื่อให้สังคมคงอยู่ได้ แต่กฎหมายไม่มีหน้าที่ทำมากกว่านั้น และจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับ Moral Ideal ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าวขัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษยชน อย่างไรก็ตาม Hart ยังเห็นว่าแม้ว่าสังคมจะไม่ลงโทษในเสรีภาพของ Homosexual ก็ตาม แต่คนพวกนี้จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมเลย และสังคมก็จะไม่มีแนวโน้มที่จะรับรองพฤติกรรมประเภทนี้ว่าเป็นแบบแผนของสังคม ทฤษฎีของ Hart นี้ จึงคล้ายกับปรัชญาการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst ดังกล่าวข้างต้นทุกประการ<sup>15</sup>

งานนิติปรัชญาของ H.L.A. Hart นี้มีผลในทางปฏิบัติสองประการ คือ<sup>16</sup>

(1) ทำให้รัฐบาลอังกฤษนำเอาข้อแนะนำของ Wolfenden Committee ไปร่างพระราชบัญญัติยกเลิกโทษอาญาเกี่ยวกับ Homosexual ได้สำเร็จในปี 1967 และพระราชบัญญัตินี้คือ The Sexual Offences Act, 1967 พระราชบัญญัตินี้มีลักษณะคล้ายกับ Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับการสนับสนุนจาก Justice Learned Hand และปัจจุบันนี้มีประมาณ 17-20 รัฐนำไปบัญญัติใช้เป็นกฎหมายของรัฐ

(2) เป็นแนวความคิดที่ทำให้ Lord Justice Ormrod ในคดี Corbett v. Corbett วางหลักกฎหมายในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศได้อย่างยอดเยี่ยม ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

<sup>15</sup> ร็องพล เจรวิทย์พันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์", หน้า 431-432.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 432.



จากทฤษฎีทางนิติปรัชญาดังกล่าวมาข้างต้นนั้น อาจสรุปได้ว่า The Christian conception of nature and morality ที่ St. Thomas Aquinas พัฒนามาจากเมตาฟิสิกส์ของ Aristotle และจากคัมภีร์ Old Testament ดังกล่าวในบทที่ 3 นั้น มีอิทธิพลอย่างยิ่งในเรื่องการพิจารณาการยอมรับการแปลงเพศ แนวความคิดของ Aquinas นั้นทั้งแพทย์และนักนิติศาสตร์ต้องยอมรับว่าถูกต้อง โฉมงามของศีลธรรม แต่กฎหมายหรือแพทย์ที่ความคิดแบบเสรีนิยมจะนำไปประยุกต์ให้ลดหย่อนผ่อนปรนยิ่งขึ้น ในทางปฏิบัติตามทฤษฎีของ Aquinas นั้นจะเข้ามามีบทบาทในเรื่องนี้ถึง 3 ขั้นตอน คือ

- (1) การพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลใดเป็นชายหรือหญิง ก่อนการผ่าตัดแปลงเพศ วิธีทดสอบเพศและเวลาในการทดสอบก่อนการผ่าตัด
- (2) ในกรณีบุคคลเป็นเพศชายหรือหญิง แพทย์จะยอมผ่าตัดให้หรือไม่ และกฎหมายจะยอมให้แพทย์ผ่าตัดหรือไม่
- (3) เมื่อผ่าตัดแล้วจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเพศหรือไม่ ในสายตาของแพทย์ และกฎหมายจะยอมรับว่าเป็นการเปลี่ยนเพศหรือไม่

ผู้ที่เคร่งทฤษฎีของ Aquinas จะตอบปัญหาข้อแรกว่า การทดสอบต้องทำตอนเกิดและดูที่ลักษณะทางกายภาพ (physiology) เท่านั้น โดยไม่ดูจิตใจ (psychology) การทดสอบจะดูสามปัจจัยคือ (1) โครโมโซม (2) โกลาด (gonad) และ (3) อวัยวะเพศทั้งภายในและภายนอก ถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นเป็นชายหรือหญิง ตามทฤษฎีของ Aquinas นั้น แพทย์จะไม่ผ่าตัดให้ยกเว้นกรณีของกะเทย และสังคมจะไม่ยอมรับบุคคลนั้นและพฤติกรรมที่ผิดธรรมชาติของเขา

ในปัจจุบันทฤษฎีของ Aquinas ซึ่ง Lord Devlin ให้การสนับสนุนถูกมองในแง่ที่จำกัดเสรีภาพมากเกินไป John Stuart Mill ได้วิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก และ H.L.A. Hart ได้นำไปประยุกต์ให้สอดคล้องกับ Concept of Liberty มากยิ่งขึ้น Hart กล่าวว่า การวินิจฉัยว่าบุคคลเป็นชายหรือหญิง ให้อัตลักษณ์ทางกายภาพดังที่ Aquinas กล่าวไว้และพฤติกรรมผิดธรรมชาติเป็นสิ่งผิดศีลธรรมขั้นสูง แต่ Hart เห็นว่าสังคมไม่ควรลงโทษคนเหล่านี้ และแพทย์ควรผ่าตัดให้เพื่อพวกเขาจะได้ใช้ชีวิตแบบสตรีเพศตามใจสมัคร ในขณะที่เดียวกัน Hart เห็นว่าสังคมยอมให้ได้เท่านั้นจะให้สังคมยอมรับขนาดยอมให้มีการผ่าตัดมีผลเป็นการเปลี่ยนเพศด้วยยอมไม่ได้ เพราะเป็นการให้สิ่งจูงใจให้คนประพฤติผิดศีลธรรมมากเกินไป จริงอยู่กฎหมายไม่จำเป็นต้องเข้าคุ้มครองเขา

อย่างเปิดเผย แต่กฎหมายก็ต้องไม่พยายามเปิดช่องให้เยาวชนทำผิดศีลธรรมมากขึ้นและทฤษฎีของ Hart ซึ่งเป็นการผ่านปรนทฤษฎีอย่างเคร่งครัดของ Aquinas ในปัจจุบันได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคดี Corbett v. Corbett<sup>17</sup> (1971 Probate Division 83) ดังจะ ได้กล่าวต่อไป

ในคดี Corbett v. Corbett จะเป็นตัวอย่างในการที่ศาลนำเอาหลักทฤษฎีการวินิจฉัยเพศของบุคคลลงเพศ ที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในทางการแพทย์มาผสมผสานกับทฤษฎีทางนิติปรัชญา ได้อย่างชัดเจน โดยศาลถือว่าเพศของบุคคลนั้นต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพในขณะที่ ตามทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst และแพทย์จะทำการผ่าตัดแปลงเพศให้กับบุคคลลงเพศเมื่อเขาต้องการ แต่แพทย์ก็จะไม่ถือว่าการผ่าตัดดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเพศตามที่เขากำหนดมา เช่นเดียวกับทฤษฎีทางนิติปรัชญาที่ H.L.A. Hart กล่าวว่า เป็นเสรีภาพของบุคคลที่จะทำการผ่าตัดแปลงเพศ แต่สังคมและกฎหมายก็ไม่มีทางยอมรับว่าบุคคลที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น มีเพศเป็นเพศใหม่ตามที่ตนได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ดังจะได้ แสดงให้เห็นถึงเหตุผลแห่งคำพิพากษา (Ratio Decidendi) ในคดี Corbett v. Corbett ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏว่าบุคคลลงเพศผู้แปลงเพศด้วยการผ่าตัดในคดีนี้ เกิดเมื่อวันที่ 29 เมษายน 1935 ที่เมือง Liverpool และได้บันทึกลงในทะเบียนเกิดว่าเป็นเพศชาย โดยมีชื่อว่า George Jamieson เมื่อ George มีอายุ 16 ปี เขาได้สมัครเป็นกลาสในเรือพาณิชย์ลำหนึ่ง ซึ่งเดินทางระหว่างอังกฤษกับसानฟานซิสโก ในระหว่างทำงานนี้ George ป่วยเป็นโรคจิตและต้องเข้าโรงพยาบาลหลายครั้ง ในบันทึกของแพทย์ปรากฏว่า George เคยมีประสบการณ์ในการร่วมเพศกับผู้ชายหลายครั้ง และสาเหตุที่ป่วยเพราะ George มีความรู้สึกผิดเพศ และมีความกดดันทางเพศขนาดหนัก เมื่ออาการป่วยทุเลาลง George ได้รับการปลดปล่อยตัว และเขาได้เข้าทำงานที่ลอนดอน ในปี 1956 George เดินทางไปฝรั่งเศสตอนใต้ เพื่อไปใช้ชีวิตแบบ Homosexual ที่สมบูรณ์แบบใน night club แห่งหนึ่งชื่อ Carousel night club ในขณะที่อยู่ที่นั่น George ใช้ชื่อแฝงว่า Toni/April

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 432-433.



ในวันที่ 11 พฤษภาคม 1960 Toni/April เดินทางไป Casablanca เพื่อไป Plastic Surgeon คนหนึ่งชื่อ Dr. Burou ผ่าตัดแปลงเพศให้ การผ่าตัดครั้งนี้ได้แบบเนียนมาก ขนาดที่ Professor Paul Polani แห่ง Guys Hospital กรุงลอนดอน ซึ่งมีโอกาสตรวจร่างกายของ Toni/April ขณะดำเนิรคดีในศาลต้องยอมรับว่าคล้ายของจริงมาก

หลังจากการผ่าตัดครั้งนี้ Toni/April ใช้นามว่า April Ashley และได้ร่วมเพศกับชายคนหนึ่งอย่างไม่มีปัญหาทางกายภาพแต่อย่างใด ก่อนที่จะกลับมาลอนดอนเพื่อใช้ชีวิตอย่างสตรีเพศ

หลังจากผ่าตัดได้ 6 เดือน April Ashley ได้พบกับโจทก์ในคดีนี้ คือ Athur Corbett ซึ่งแต่งงานมีภริยาและมีบุตร 4 คน ขณะนั้น Arthur Corbett อายุได้ 40 ปีแล้ว ขณะที่ทั้งสองพบกันนั้น April Ashley เป็นนางแบบที่ประสบความสำเร็จอย่างยิ่งใหญ่ และ Arthur Corbett ต้องการพบหล่อนเพราะทราบว่า April เป็นบุคคลหลงเพศ หลังจากที่พบกันแล้ว Arthur พ้องหย่าภริยา และในเดือนกันยายน 1963 April และ Arthur ก็แต่งงานกัน เมื่อแต่งงานแล้วการร่วมเพศระหว่างคนทั้งสองประสบปัญหาอย่างหนัก และในเดือนธันวาคม 1963 ทั้งสองแยกกันอยู่ จนกระทั่งวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 1966 April Corbett ได้ยื่นคำขอต่อศาลขอค่าเลี้ยงดูจาก Arthur Corbett ในวันที่ 18 พฤษภาคม 1967 Arthur Corbett พ้องศาลโต้แย้งว่า การสมรสไม่สมบูรณ์เพราะ April Corbett มีเพศชาย และการสมรสจะเกิดขึ้นระหว่างชายสองคนย่อมไม่ได้ ทนายของ Arthur Corbett อ้างหลักกฎหมายครอบครัวที่ Lord Penzance ได้วางไว้ในคดี Hyde V. Hyde (1886) ดังนี้ คือ

"การสมรสตามกฎหมายอังกฤษนั้นต้องเป็นการสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงด้วยใจสมัคร และต้องอยู่ร่วมกัน โดยไม่เกี่ยวข้องกับผู้อื่น ในเรื่องเพศราบชั่วชีวิต"

"Marriage, according to law in England, is the union of a man and a woman to the exclusion of all other, voluntarily entered into for life."<sup>16</sup>

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 421-423.

Mr. Justice Ormrod ผู้พิพากษาในคดีนี้ ต้องเผชิญกับปัญหา 3 ประการ ดังนี้<sup>19</sup>

- (1) บุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีความสามารถทางกฎหมายที่จะทำการสมรสได้หรือไม่
- (2) ในการตอบปัญหาข้อแรก Ormrod ต้องพบกับปัญหาทางการแพทย์ก่อนแล้วและเขาต้องเลือกเอาระหว่างทฤษฎีของ Dr. Randall กับ Dr. Dewhurst และทฤษฎีของ Dr. Armstrong และ Professor Roth การเลือกไม่ใช่ของง่ายเพราะทั้ง 4 ท่าน เป็นคนที่มีคุณวุฒิและประสบการณ์ตลอดจนผลงานทางนอ้อย่างมาก

(3) แม้ว่า Ormrod จะเลือกทฤษฎีของ Dr. Dewhurst ก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ยังแตกแยกออกเป็นสองสำนัก ซึ่งต้องตัดสินเลือกด้วยนิติปรัชญา นิติปรัชญาในเรื่องนี้ขัดแย้งกันระหว่างทฤษฎีของ Professor H.L.A. Hart ซึ่งเป็น Professor of Jurisprudence แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด และ Lord Devlin ซึ่งในอดีตเคยเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของอังกฤษ คือ House of Lords Lord Devlin ผู้ซึ่งชื่อเสียงเลื่องลือไปทั่วยุโรปว่า เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอาญาไม่แพ้ Dr. Hans-Heinrich Jescheck ซึ่งเป็นประธานของ Max Planck Institute of Foreign and International Criminal Law ที่ Freiburg ประเทศเยอรมัน Ormrod ต้องเลือกเอาระหว่าง Hart และ Devlin และการขัดแย้งระหว่าง Hart และ Devlin นี้ เรียกว่า "Hart-Devlin Controversy"

แต่อย่างไรก็ดี ในการตัดสินคดี Mr. Justice Ormrod ได้ให้ April Corbett ตรวจสอบทางกายภาพทั้งสามวิธีตามแบบของ Dr. Dewhurst คือ

- (1) ทดสอบโครโมโซม
- (2) ทดสอบรังไข่ หรือ เชื้อเพศชาย
- (3) ทดสอบอวัยวะเพศ

เมื่อได้ทำการทดสอบแล้ว ปรากฏผลว่า April Corbett ก่อนการผ่าตัดนั้นมี XY โครโมโซม และหลังการผ่าตัดก็ยังมี XY โครโมโซมเช่นเดิม ก่อนการผ่าตัดมีเชื้อเพศชายและมีอวัยวะเพศชายสมบูรณ์แบบทุกประการ Mr. Justice Ormrod ได้รับหลักการของ Dr.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 420-421.



Dewhurst ที่ว่าสภาพทางกายภาพไม่มีทางเปลี่ยนได้ และ ทัศนคติเมื่อขณะเกิด การผ่าตัดไม่ สามารถเปลี่ยนธรรมชาติของคนหรือเปลี่ยนเพศของคนได้ Ormrod เหมือนกับ Dr. Dewhurst คือไม่ยอมรับสภาพจิตของ April Corbett เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย Ormrod ถือว่าการ ผ่าตัดนั้นทำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้บุคคลหลงเพศมีชีวิตที่สมบูรณ์แบบอื่นเท่านั้น แต่มีอาจมา เปลี่ยนเพศของคน ซึ่งซึ่งมีมาแต่เกิดได้ การวางหลักกฎหมายดังนี้จะเห็นได้ว่า Ormrod เลือกปรัชญา ทางการแพทย์ของ Dr. Dewhurst และเลือกทฤษฎีทางนิติปรัชญาของ H.L.A. Hart<sup>20</sup> ดังได้กล่าวมาข้างต้น

นอกจาก Ormrod จะได้วางหลักกฎหมายและอธิบายเหตุผลแห่งคำพิพากษา (Ratio Decidendi) ไว้ดังนี้แล้ว Ormrod ยังอธิบายหลักกฎหมายเป็น Obiter Dictum ไว้อีก 3 กรณี คือ<sup>21</sup>

(1) ถ้าบุคคลใดเมื่อทำการทดสอบสามวิธีแล้ว ปรากฏว่ามี XX โครโมโซม มีรังไข่ และมีอวัยวะเพศหญิง แต่อวัยวะเพศเล็กเกินไปจนร่วมเพศไม่ได้ ก็ต้องถือว่าเป็นหญิงและทำการ ผ่าตัดใส่อวัยวะเทียมเพื่อให้การร่วมเพศสมบูรณ์ขึ้นยอมทำได้ Ormrod อ้างคำพิพากษาของ Lord Justice Willmer ในคดี S.Y. V. S.Y. (or se. W.) (1963) Probate Division 37

ในคดี S.Y. V. S.Y. นี้เป็นที่น่าสังเกตว่า Lord Justice Willmer กล่าวเป็น Obiter Dictum อีกว่าสตรีผู้มี XX โครโมโซม มีรังไข่ มีมดลูก แต่ไม่มีช่องเข้า จะทำการผ่าตัด ใส่อวัยวะเทียมเพื่อให้การร่วมเพศสมบูรณ์ขึ้นได้และถือว่าหล่อนก็เป็นสตรีเหมือนเดิมทุกประการ

(2) ในกรณีของบุคคลที่มีโครโมโซม XXY หรือ XO นั้น Ormrod กล่าวว่า คนเหล่านี้ ต้องถูกจัดจำพวกก่อน (assignment) ผ่าตัดเป็นหญิงหรือชาย ในการจัดจำพวกนั้น Ormrod กล่าวว่าอวัยวะเพศกับน้ำเชื้อสำคัญมาก Ormrod แยกเป็น 2 กรณี คือ

2.1 ในกรณีที่บุคคลมี XXY โครโมโซม และมีอวัยวะเพศชายสมบูรณ์ มีเชื้อสperm สามารถปฏิสนธิได้ Ormrod ถือว่าคนนี้เป็นชาย จะเอาสภาพทางจิตใจ (psychological

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 423.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 423-425.

factor) มาดูประกอบไม่ได้ และจะถือว่าเป็นหญิงไม่ได้เพราะจะดูเป็นการไม่ชอบด้วยเหตุผล Ormrod ยกตัวอย่างว่า มันคงเป็นเรื่องประหลาดมาก ถ้าชายที่เป็นคนหลงเพศวัย 50 แล้ว แต่งงานกับบุตรหลายคน มาอ้างว่าตนเป็นหญิง และจะขอ assign ตัวเองไปเป็นเพศหญิง และทำการผ่าตัดแปลงเพศอีกด้วย จะขอแต่งงานกับชายอีกคนหนึ่งได้

"If the "assignment" to the female sex is made after the operation, then the operation has changed the sex. From this it would follow that if a 50 years old male transsexual married and the father of children underwent the operation, he would then have to be regarded in law as a female and capable of "marrying a man". The results would be nothing if not bizarre."

2.2 ในกรณีที่มีบุคคลมี XXY โครโมโซม มีรังไข่ และมีอวัยวะเพศชาย ซึ่งเล็กมากจนใช้การไม่ได้ ในกรณีนี้ Ormrod เห็นว่ากรณีนี้จะอ้างสภาพทางจิตใจ (psychological factor) ได้ และเมื่อทำการผ่าตัดแล้วจะถือว่าเป็นสตรี กรณีนี้ยกตัวอย่างในเรื่องบุคคลที่มีทั้งเพศหญิงและเพศชาย ซึ่งกฎหมายอาจถือว่าเป็นหญิงก็ได้ ถ้าอวัยวะเพศชายเล็กมาก และบุคคลคนนั้น ฮอร์โมน ตลอดจนจิตใจเป็นสตรี ในกรณีดังกล่าวแม้แต่แพทย์ผู้เคร่งครัดธรรมยังยอมผ่าตัดให้เมื่อคนไข้ได้รับการรับรองจากแพทย์สมาคมและจากศาล

(3) ในกรณี April Ashley นี้ ซึ่งมี XY โครโมโซม มีอสุจิและมีอวัยวะเพศชาย ถึงแม้ว่าวงการแพทย์จะถือว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะทำให้เป็นหญิงได้ตามที่ Dr. Armstrong ยืนยัน Ormrod เห็นว่าบุคคลแปลงเพศดังกล่าวก็แต่งงานไม่ได้ เพราะการร่วมเพศกับอวัยวะเพศเทียมไม่ถือว่าเป็นการร่วมเพศตามกฎหมายครอบครัว การร่วมเพศนั้น Dr. Lushington ในคดี D-e V. A-g (falsly calling herself D-e) (1845) Rob. Ece 279 กล่าวว่าต้องเป็นการร่วมเพศโดยปกติสมบูรณ์และเป็นไปตามธรรมชาติ (Vera Copula - of the natural sort of coitus)

จากคดีดังกล่าว Ormrod ปฏิเสธไม่ยอมรับบทบัญญัติของ Dr. Armstrong ซึ่งกำหนดเพศของมนุษย์โดยใช้ปัจจัยทั้งทางกายภาพและทางจิตใจ การที่เป็นเช่นนั้นเพราะในทางนิติปรัชญานั้น ไม่เคยมีบทบัญญัติทางกฎหมายใดที่รับอิทธิพลจากศาสนา หรือจากปรัชญากรีก การจะวินิจฉัยเพศของมนุษย์โดยอาศัยปัจจัยอื่น ซึ่งมีใช้ธรรมชาติเป็นเกณฑ์ไม่ได้ เพราะธรรมชาติหรือ "Nature



of Things" นี้เป็นหัวใจและหลักเกณฑ์ของนิติปรัชญา

คำว่า "Nature of Things" นี้หมายถึง ระเบียบ (order) ที่ลึกลึกอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อมูลที่ประกอบเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง<sup>22</sup> การรู้ว่าในสถานการณ์อย่างไรควรทำเช่นไรของมนุษย์เรานั้น อาจอธิบายได้ง่าย ๆ ว่าเป็นไปตามความสามารถในการวินิจฉัยถูกผิดอันเป็นคุณสมบัติพิเศษของมนุษย์ ซึ่งประกอบด้วยควมมีเหตุผล 2 ประการ คือ

(1) มีเหตุผลในทางจำแนกแยกแยะข้อเท็จจริง (Factual Reason) คือรู้ว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องอะไร หรือเรียกว่าเป็นความสามารถในการจำได้หมายรู้ถึงความแตกต่าง ความเหมือนกัน หรือความคล้ายคลึงกันของสิ่งต่าง ๆ (recognition of distinction, identification and similarity of things)

(2) มีเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral Reason) รู้ว่าอะไรผิด อะไรถูก อะไรควร อะไรไม่ควร

เมื่อเกิดข้อขัดแย้งที่มนุษย์จะต้องวินิจฉัยตัดสิน มนุษย์ก็จะใช้ความสามารถนั้นมองสถานการณ์ข้อมูลต่าง ๆ ประกอบกับความสัมพันธ์ของข้อมูลเหล่านั้น จะมีระเบียบระเบียบ (order) ที่ลึกลึกอยู่ในข้อมูลเหล่านั้นเอง และระเบียบที่ลึกลึกอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อมูลที่ประกอบเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ในทางวิชานิติศาสตร์เรียกว่า "Nature of Things" นั้นเอง<sup>23</sup>

จากคดี Corbett V. Corbett ดังกล่าวมานี้ทำให้การวินิจฉัยคดีอื่น ๆ ของศาลอังกฤษในเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยเพศของบุคคลได้รับอิทธิพลของคดีดังกล่าวมาอีกมาก ดังเช่นในคดี R. V. Tan and Others<sup>24</sup> ในคดีนี้ จำเลยคนหนึ่งชื่อ Gloria Greaves ซึ่งโดยกำเนิดแล้วเป็นเพศชาย แต่ต่อมาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศและหลังจากนั้นได้ดำรงชีวิตอย่างเพศหญิง นอกจากข้อหาอื่น ๆ แล้ว Greaves ถูกฟ้องฐานตำราจารงายได้ของหญิงค้าประเวณี ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศของปะเทศอังกฤษ (Sexual Offences act 1956) มาตรา 30 ด้วย การอุทธรณ์ของ Greaves มีข้อต่อสู้ว่าความผิดฐานดังกล่าวจะสามารถกระทำได้โดยบุคคลเพศชายเท่านั้น การผ่าตัดซึ่งทำให้ Greaves กลายเป็นเพศหญิง จึงควรทำให้ Greaves นั้นจากการถูกตัดสินลงโทษได้

<sup>22</sup> บรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (Philosophy of Law), หน้า 304.

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 303-304.

<sup>24</sup> P.J. Pace, "Sexual Identity and the Criminal Law", pp.317-318.

ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้ว่าเป็นเอกฉันท์ ศาลให้คำตัดสินของฎีกาภาษา Ormrod ในคดี Corbett V. Corbett ดังกล่าว ในคดีนี้ศาลกล่าวว่า "สามัญสำนึกและความสามารถที่จะให้ความแน่นอนและไม่ขัดแย้งกัน ทำให้คดี Corbett สมควรจะนำมาใช้กับสถานะของ Greaves (common sense and the desirability of certainty and consistency demanded Corbett should apply to Greaves' situation) ดังนั้นแม้ว่าเขาจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว Greaves ก็ยังคงเป็นชาย และเพศของเขามีได้เป็นสิ่งที่กีดกันการตัดสินลงโทษ"

แต่อย่างไรก็ตาม P.J. Pace ได้วิจารณ์แนวคำพิพากษาทั้งในคดี Corbett V. Corbett และคดี R. V. Tan and Others ไว้ในทำนองไม่เห็นด้วยกับการใช้ทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Dewhurst มาใช้ในการวินิจฉัยเพศของบุคคลแปลงเพศหลังผ่าตัดแปลงเพศแล้ว โดยไม่คำนึงถึงทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Armstrong อันใช้เกณฑ์ทางจิตใจมาวินิจฉัยด้วย ซึ่งนักนิติศาสตร์ผู้หนึ่ง ได้วิจารณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดี R. V. Tan and Others ดังนี้<sup>25</sup>

(1) ในทัศนะของกฎหมายเป็นเรื่องยากที่จะหวังรู้ได้ถึงสามัญสำนึกพิเศษ (particularly commonsensical) ในการนำคดี Corbett มาใช้ แม้แต่การตรวจสอบอย่างคร่าว ๆ เกี่ยวกับพัฒนาการหลังคดี Corbett ทั้งในทัศนะของกฎหมายและของสถาบันอื่นต่อโรคหลงเพศ และในเอกสารต่าง ๆ ก็น่าจะแสดงให้เห็นถึงสามัญสำนึกที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน สามัญสำนึกดังกล่าวอาจใช้ในการพิจารณาตัดสินได้ว่าการแสดงตนตามเพศทางจิตใจที่เขาต้องการจะเป็น เป็นมาตรฐานทางกฎหมายที่เหมาะสม สำหรับการกำหนดเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแล้ว ความจริงแล้วทัศนะนี้เคยตัดสินโดยศาลสวีเดนมาแล้ว คือตั้งแต่ ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2488)

(2) แม้ว่าความแน่นอนคือ จุดมุ่งหมายที่พึงประสงค์ โดยเฉพาะในกฎหมายอาญา ซึ่งมีสิ่งที่ไม่แน่นอนอยู่มาก แต่เป็นไปได้หรือไม่ที่จะมีสิ่งที่ "ไม่แน่นอน" เกี่ยวกับคำพิพากษาซึ่งตัดสินในทัศนะที่มีความมุ่งมั่นและความเข้าใจต่อโรคหลงเพศ ให้บุคคลหลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วรับการกำหนดเพศใหม่เพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายสำหรับเพศที่บุคคลนั้น ๆ เลือกแน่นอนสิ่งนี้จะทำให้เกิดช่องโหว่ต่อการโจมตีในเรื่องความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายอาญาและ

<sup>25</sup> Ibid., pp.318-320.



กฎหมายแพ่ง เป็นข้อโจมตีที่เห็นได้ชัดว่าศาลอุทธรณ์ต้องการจะหลีกเลี่ยง อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนศาลจะมีได้ตระหนักว่าการนำหลักการที่ยังน่าสงสัยมาใช้โดยไม่ชัดเจนถึงกันนั้นก็ไม่สามารถอธิบายอะไรได้มากนักเช่นกัน มีสิ่งสำคัญบางประการที่ควรประกอบไปกับข้อเท็จจริงด้วยว่า Corbett ได้รับการพิพากษาใน ค.ศ. 1971 (พ.ศ. 2514) ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่โรคหลงเพศยังเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยเกิดขึ้นและไม่ค่อยมีการเผยแพร่สู่ประชาชนมากเท่าในปัจจุบันนี้ ยิ่งไปกว่านั้นเวลาเพียงผ่านไปเพียง 3 ปี หลังจากกฎหมายอาญาได้ยอมยกเลิกความผิดในเรื่อง Homosexual ตาม Sexual Offences Act, 1967 ด้วยเหตุนี้ บรรยายภาศของความคิดเห็น ในขณะที่มีการพิจารณาคดี Corbett จึงไม่นำศาลไปในลักษณะอนุรักษนิยม (conservative judicial approach)

ลักษณะสำคัญของคดี Corbett คือ ความล้มเหลวในการให้ความสำคัญต่อการแสดงตนทางเพศในด้านจิตใจ ซึ่งเป็นสิ่งที่มียุ่อย่างแน่นอน คำพิพากษาของ Ormrod ไม่ให้ความสำคัญทางด้านจิตใจของบุคคลหลงเพศ แต่มุ่งไปพิจารณาเกณฑ์ทางชีววิทยาแทน ซึ่งได้แก่ โครโมโซม ออร์โมน ต่อมเพศและอวัยวะเพศ แม้ว่าวิธีการกำหนดเพศของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายเช่นนี้จะถูกนำไปใช้ในประเทศอื่น แต่ก็มิใช่ในกรณีที่เหมือนกันเช่นนั้นเสมอไป ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ศาลสูงกล่าวว่า

".....for marital purposes if the anatomical or genital features of a genuine transsexual are made to conform to the person's gender, or psychological sex, then identity by sex must be governed by the congruence of those standards"

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"สำหรับความมุ่งหมายด้านการสมรส ถ้าลักษณะทางกายวิภาคหรือลักษณะอวัยวะเพศของบุคคลหลงเพศที่แท้จริงถูกกระทำให้เป็นไปตามเพศทางจิตใจของบุคคลนั้น การแสดงตนทางเพศก็ต้องเป็นไปตามความเหมาะสมของมาตรฐานนั้น"

ดังนั้น ถ้าทัศนคติดังกล่าวนี้ถูกนำไปใช้ทั้งในคดี Corbett และ Greaves ข้อสรุปที่ได้จะเป็นว่า ในทางกฎหมายบุคคลหลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะเป็นหญิงหรือชายตามเพศที่ตนต้องการ

(3) แม้ว่าข้อวิจารณ์ในคดี Corbett จะไม่ถูกนำมาคำนึงถึง การกล่าวหาว่า ความไม่ชัดเจนกันทำให้กรณีนี้สามารถนำไปใช้กับข้อกล่าวหาทางอาญาได้ก็ยังไม่เพียงพอ การศึกษาคดี Corbett อย่างรอบคอบจะทำให้ศาลอุทธรณ์ทราบว่า Ormrod จำกัดขอบเขตการพิจารณาของเขาไว้อย่างเฉพาะเจาะจง โดย Ormrod กล่าวไว้ว่า "ปัญหาอยู่ที่คำว่า "ผู้หญิง" มีความหมายว่าอย่างไรในเรื่องของการสมรส ข้าพเจ้ามิได้กำหนด "เพศตามกฎหมาย" ของจำเลยในทุกสถานะ" (the question then becomes what is meant by the word "woman" in the context of a marriage, for I am not concerned to determine the "legal sex" of the respondent at large.)

แม้จะเป็นความจริงที่ว่าคดี Corbett ถูกนำมาใช้กับสถานการณ์ที่นอกเหนือจากการสมรส เช่นการเปลี่ยนแปลงสูติบัตร การให้ออกจากงานโดยไม่ยุติธรรม และอายุขั้นต่ำสำหรับการเกษียณอายุ ไม่มีเหตุผลที่ชัดเจนแต่อย่างใดว่า เหตุใดวิธีการเดียวกันนี้จึงควรนำมาใช้กับกฎหมายอาญา โดยเฉพาะ ในด้านข้อพิจารณา โยบายที่ต่างกันที่ใช้อยู่ในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา Ormrod เปรียบกับปัญหาในการนิยามคำว่า "ผู้หญิง" เพื่อความมุ่งหมายด้านการสมรสแต่มิใช่เพื่อความมุ่งหมายอื่น เขาจะต้องกระทำการตัดสิน ให้สอดคล้อง ไม่เพียงแต่กับทัศนคติที่นำมาแต่ดั้งเดิมเกี่ยวกับการสมรสเท่านั้น แต่ยังต้องให้สอดคล้องกับข้อกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสที่ได้กำหนดไว้ในคดีของศตวรรษที่ 19 คือคดี Hyde V. Hyde ด้วย เนื้อความของข้อกำหนดดังกล่าวคือ การสมรสคือ การอยู่ร่วมกันระหว่างชายและหญิง ตามการสรุปของ Ormrod จำเป็นต้องเป็นบุคคลต่างเพศกัน เห็นได้ชัดว่าสิ่งนี้มิใช่การดำรงชีวิตอยู่ด้วยรายได้ของผู้ค้าประเวณี Ormrod แสดงให้เห็นต่อไปด้วยว่า แม้แต่โรคหลงเพศในระดับสูงสุดก็ไม่สามารถทำให้บุคคลหนึ่ง "มีความสามารถตามธรรมชาติในการกระทำบทบาทที่สำคัญของผู้หญิงในการสมรสได้" (ไม่ว่าบทบาทนั้นจะคืออะไร) เช่นกันที่สิ่งนี้มิได้มีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมของ Greaves ซึ่งเกิดจากการรับรู้ที่ไม่ถูกต้องของศตวรรษที่ 19 ที่ว่ามีเพียงผู้ชายเท่านั้นที่จะใช้ผู้หญิงเพื่อความมุ่งหมายทางเพศได้

จะเห็นได้ว่าข้อวิจารณ์ของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวมาข้างต้นนั้น อาจชี้ให้เห็นได้ว่า ทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Armstrong ก็่าจะนำมาใช้ในการพิจารณาเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้เช่นกัน และทฤษฎีดังกล่าวศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็นำมาใช้ในทางปฏิบัติด้วยดัง ได้แสดงไว้ข้างต้นนั้นแล้ว แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายในคำพิพากษาในคดี Corbett V. Corbett นี้ ศาลต่าง ๆ ยังคงนำหลักมาใช้ในการพิจารณาคดีต่อ ๆ มาด้วย เช่น



ในคดี B.V.B ซึ่งศาลกล่าวว่า "การผ่าตัดแปลงเพศไม่สามารถทำให้ผู้นั้นกลับกลายเป็นสมาชิกของเพศตรงข้าม เพื่อวัตถุประสงค์ในการสมรสไปได้" (...the surgically created opposite-sex status of the husband did not render him a member of the opposite sex for the purpose of marriage.)<sup>26</sup> และในคดี C. and D. ในศาลครอบครัวของออสเตรเลีย ศาลได้นำเอาหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษา Ormrod ได้วางไว้ในคดี Cobett V. Corbett ดังกล่าวมาใช้เช่นเดียวกัน<sup>27</sup> แต่อย่างไรก็ดี ในบางคดีศาลก็ถือว่าการสมรสระหว่างชายกับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงนั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ชายผู้เป็นสามีจ่ายค่าเลี้ยงดูให้แก่ภรรยา แม้ว่าชายผู้เป็นสามีจะต่อสู้ว่าการสมรสไม่สมบูรณ์เพราะภรรยาของเขาเป็นบุคคลสองเพศก็ตาม (...the "marriage" of the parties was invalid because of the wife's transsexuality.) ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี M.T. V. J.T.<sup>28</sup>

<sup>26</sup>L. Anita Richardson, "The Challenge of Transsexuality : Legal Responses to an Assertion of Rights", pp. 144-145.

<sup>27</sup>H.A. Finlay, "Sexual Identity and the Law of Nullity," The Australian Law Journal 54 (March 1980) : 115-126.

<sup>28</sup>L. Anita Richardson, "The Challenge of Transsexuality : Legal Responses to an Assertion of Rights", p. 145.

3. วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

คำพิพากษา

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ที่ 157/2524

ศาลฎีกา

วันที่ 6 เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2524

ศาลแพ่ง

ระหว่าง นาย ชุมพล ศิลประจำพงษ์

ผู้ร้อง

เรื่อง อื่น ๆ (ขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการแปลงเพศ)

ผู้ร้อง ฎีกาคัดค้าน คำพิพากษา

ศาลอุทธรณ์ ลงวันที่ 16 เดือน เมษายน พุทธศักราช 2523

ผู้ร้องร้องว่า ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แต่ได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้ว เพียงแต่ไม่สามารถมีบุตรได้เท่านั้น ผู้ร้องมีความประสงค์จะถือเพศหญิงต่อไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เจ้าพนักงานจัดช่องในการแก้หลักฐาน ในทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน และทะเบียนทหาร นอกจากจะ ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน จึงขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องถือเพศเป็นหญิง

ศาลชั้นต้นตรวจคำสั่งแล้วสั่งว่า ไม่มีกฎหมายรับรองให้ผู้ร้องขอต่อศาลเพื่อเปลี่ยนเพศได้ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิจะใช้สิทธิทางศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ให้ยกคำร้อง คำคำร้องเป็นพับ

ผู้ร้องอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

ผู้ร้องฎีกา

ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้วเห็นว่า เพศของบุคคลธรรมดาในกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่าหญิงตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่า ความถึง คนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชาย ถึงหากจะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัด



เปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นอวัยวะเพศของหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรองผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งนี้ ใช้เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายที่ศาลล่างทั้งสองสั่งยกคำร้องของผู้ร้องขอแล้ว ฎีกาผู้ร้องฟังไม่ขึ้น

พิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นฎีกาให้เป็นพับ

(ไพศาล สว่างเนตร - จังหวัด แสงแข - อาจ ัญญาติกร)

คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวนั้น เป็นที่พิพากษ์วิจารณ์ในแวดวงกฎหมายและวงการอื่นอย่างกว้างขวาง ด้วยเหตุว่า เรื่องการผ่าตัดแปลงเพศนี้เป็นเรื่องแปลกใหม่ในประเทศไทยในขณะนั้น และคดีนี้เป็นเพียงคดีเดียวที่ชั้นผู้กล่าวหาของศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ผ่าตัดแปลงเพศถือเพศเป็นหญิงตามที่เขาได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น คำพิพากษาฎีกานี้มีผู้กล่าวถึงอยู่เสมอในเรื่องที่ว่า ศาลนำเอาพจนานุกรมมาใช้ในการให้คำนิยามความหมายของคำว่า "หญิง" ซึ่งในขณะที่ตัดสินคดีนี้ ประเทศไทยยังคงใช้พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ซึ่งได้ให้คำนิยามของคำว่า "หญิง" ว่า "คนที่ออกลูกได้"<sup>29</sup> แต่หากคดีชั้นผู้กล่าวหาของศาลในขณะนั้นซึ่งปัจจุบันใช้พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ซึ่งให้คำนิยามคำว่า "หญิง" ไว้ว่า "คนที่มีเพศตรงข้ามกับชาย, ผู้หญิงก็ว่า"<sup>30</sup> และให้คำนิยามของคำว่า "ชาย" ไว้ว่า "คนที่มีเพศตรงข้ามกับหญิง, ผู้ชายก็ว่า"<sup>31</sup> ศาลจะใช้คำนิยามเหล่านี้มาเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีได้อีกต่อไปหรือไม่ เนื่องจากคำนิยามศัพท์ทั้งสองคำนี้มิได้ให้ความหมายอะไรที่เป็นพิเศษเลย

ในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว คำวินิจฉัยของศาลทั้งสามศาลก็ไม่อนุญาตให้ผู้ร้องถือเพศเป็นหญิง ก็เพราะ ไม่มีกฎหมายรับรองให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมา ส่วนเหตุผลที่ว่าหญิงหมายความว่าคนที่ยังไม่ได้ออกลูกได้ แต่ผู้ร้องไม่สามารถมีบุตรได้จึงไม่ใช่หญิงนั้น คงจะไม่ใช้สาระสำคัญนัก เพราะหญิงที่ออกลูกไม่ได้หรือไม่สามารถมีบุตรได้ก็มีเหมือนกัน ความสำคัญจึงอยู่ที่กฎหมาย

<sup>29</sup> พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, หน้า 937.

<sup>30</sup> พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 845.

<sup>31</sup> พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 268.

ถ้ามีกฎหมายรับรองก็เปลี่ยนแปลงเพศได้ เมื่อไม่มีกฎหมายรับรองก็เปลี่ยนแปลงเพศไม่ได้<sup>32</sup>

จะเห็นได้ว่า ผลแห่งคดีนี้ผู้ร้องไม่อาจขอเปลี่ยนแปลงเพศได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายรับรองให้ผู้ร้องเปลี่ยนแปลงเพศ ทาใช้เหตุผลที่ว่า พึงหมายความถึงคนที่ออกลูกได้ตามที่ปรากฏในพจนานุกรมดังกล่าวไม่ เพศเป็นสถานะของบุคคลอย่างหนึ่งเหมือนกับ สัญชาติ ภูมิลำเนา ความเป็นบิดามารดา ความเป็นบุตร ฯลฯ ซึ่งได้มาพร้อมกับการเกิดโดยกฎหมายกำหนดให้เท่านั้น เป็นสถานะของบุคคลตามกฎหมาย การจะเปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลจึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ เช่น บุคคลจะสละสัญชาติหรือเปลี่ยนแปลงสัญชาติ ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ เรื่องภูมิลำเนาก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นต้น การที่จะสละสถานะหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งอีกสถานะหนึ่งนั้น จะทำได้ก็เพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น การสมรสทำให้คู่สมรสมีสถานะเป็นสามีภริยากัน การหย่าก็ทำให้คู่สมรสพ้นจากสถานะสามีภริยาเป็นต้น แต่สถานะของบุคคลบางอย่างไม่มีกฎหมายให้เปลี่ยนแปลงได้ เช่น ความเป็นบิดามารดา เป็นบุตร เป็นญาติ เป็นต้นว่าบุตรจะขอเลิกฐานะเป็นบุตรที่ตนมีต่อบิดามารดาไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เรื่องเพศก็เช่นเดียวกัน ไม่มีกฎหมายให้บุคคลแปลงเพศได้ ดังนั้นการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศจึงไม่มีผลทำให้สถานะของบุคคลเปลี่ยนไปได้ สิทธิหน้าที่และความสามารถของบุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดให้ตามสถานะของบุคคล จึงไม่อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ด้วยผลของการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศ<sup>33</sup>

ผู้เขียนเห็นด้วยกับผลแห่งการวินิจฉัยคดีของศาลฎีกา เนื่องจากการถูกต้องตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะ เสนอคดีของตนต่อศาลแล้วแม้จะขออำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายนี้"

ตามหลักกฎหมายดังกล่าว ข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลนั้น หมายถึงสิทธินั้น

<sup>32</sup> ศานติ, "ชีวิตวันทศของกะเทยไทย", หน้า 70.

<sup>33</sup> โกลแมน ภักธรภิมย์, "การแปลงเพศในทรรศนะของนักกฎหมาย", หน้า 703.



ต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายไทยรับรอง<sup>34</sup> และส่วนกรณีบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาลนั้น ก็หมายความว่าบุคคลนั้นมีสิทธิอยู่แล้วตามกฎหมาย และจำเป็นจะต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอความรับรองคุ้มครองหรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่<sup>35</sup> จะเห็นได้ว่า สิทธิที่จะถูกไต่แย้งหรือสิทธิที่จะต้องใช้ทางศาลนั้น จะต้องเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติ<sup>36</sup> ดังนั้น ในเมืองประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศแก่บุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วดังกล่าวมาข้างต้น ผู้ร้องในคดีจึงไม่อาจถูกไต่แย้งสิทธิหรือใช้สิทธิทางศาลได้ดังกล่าว เพราะฉะนั้นผู้เขียน จึงเห็นด้วยในผลแห่งคำพิพากษาในส่วนนี้

แต่อย่างไรก็ดี ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่ศาลใช้พจนานุกรมมาวินิจฉัยว่า "หญิง" หมายความว่า "คนที่ออกลูกได้" นอกจากข้อโต้แย้งที่ว่า หญิงที่ถูกตัดมดลูก หรือทำหมัน หรือไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติจะไม่ใช้หญิงดังกล่าวมาแล้ว การใช้พจนานุกรมดังกล่าวจะมีข้อขัดข้องอย่างยิ่ง หากคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของศาลในปัจจุบัน ซึ่งพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ที่ได้ให้คำนิยามของคำว่า "หญิง" และ "ชาย" ใหม่ โดยกล่าวว่า "หญิง:(น.) คนที่มีเพศตรงข้ามกับชาย, ผู้หญิง ก็ว่า" และ "ชาย:(น.) คนที่มีเพศตรงข้ามกับหญิง, ผู้ชายก็ว่า" หากศาลตัดสินว่า หญิงหมายถึง คนที่มีเพศตรงข้ามกับชาย" ตามพจนานุกรมฉบับใหม่นี้ อาจทำให้เหตุผลแห่งคำพิพากษาเปลี่ยนไปและขัดกันได้ เนื่องจาก คำว่า "คนที่มีเพศตรงข้ามกับหญิง" หรือ "คนที่มีเพศตรงข้ามกับชาย" นั้น พจนานุกรมมิได้ให้รายละเอียดว่าที่มีเพศตรงข้ามกันนั้นหมายถึง มีอะไรที่ตรงข้ามกัน จะหมายถึงรูปร่างลักษณะของอวัยวะเพศที่ตรงข้ามกัน หรือจะหมายถึงลักษณะของโครโมโซมหรือต่อมเพศที่ตรงข้ามกัน และพจนานุกรมฉบับใหม่นี้ก็ได้ให้

<sup>34</sup> เข็มชัย ชูติวงศ์, "กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1." (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 1. (อัคราเนนา)

<sup>35</sup> มาโนช จรมาศ, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก๊สใหม่เต็ม พ.ศ. 2525. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 7.

<sup>36</sup> พันธุ์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 8.

คำนิยามของคำว่า "เพศ" ไว้เพียงว่า "รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย"<sup>37</sup> เท่านั้น ดังนั้นการใช้พจนานุกรมมาใช้ตัดสิน ในคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับลักษณะเชิงวิทยาศาสตร์หรือชีววิทยาเช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าอาจเกิดความไม่เหมาะสมขึ้นดังกล่าว เพราะฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากศาลจะใช้ทฤษฎีทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์ดังกล่าวมาข้างต้น มาใช้อ้างอิงในการวินิจฉัยคดีก็คงจะเป็นประโยชน์ในด้านวิชาการและจะทำให้คำพิพากษามีเหตุผลที่มั่งคั่งมากขึ้นด้วย แม้ว่าผลแห่งคดีจะเป็นอย่างเดียวกันก็ตาม

ที่จริงในคำพิพากษากฎีกาดังกล่าว ศาลได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า "...เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา..." ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ก็ตรงกับทฤษฎีทางการแพทย์ของ Dr. Randall และ Dr. Dewhurst นั่นเอง เพศตามที่ถือกำเนิดมาขึ้นอยู่กับโครโมโซมเป็นที่ยอมรับได้ตามหลักวิทยาศาสตร์แล้วว่าเพศชายจะมีโครโมโซมเป็น XY และมีต่อมเพศตลอดจนอวัยวะเพศเป็นเพศชายปกติ และเพศหญิงก็จะมีโครโมโซมเป็น XX และมีต่อมเพศตลอดจนอวัยวะเพศเป็นหญิงปกติ ดังนั้นหากศาลใช้เหตุผลแต่เพียงเท่านี้และประกอบกับเหตุผลที่ว่าไม่มีกฎหมายรับรองให้ผู้ร้อง ใช้สิทธิทางศาลโดยไม่ต้องมีการกล่าวอ้างถึงคำนิยามตามพจนานุกรมดังกล่าว ศาลก็สามารถตัดสินคดีได้ และมีเหตุผลแห่งคำพิพากษาที่ถูกต้องเหมาะสมด้วย

การใช้ทฤษฎีทางการแพทย์และทางนิติศาสตร์ของศาล Common Law ดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยซึ่งอยู่ในระบบ Civil Law อาจนำเอาหลักการและทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ได้โดยไม่น่าจะมีข้อขัดข้อง เนื่องจากหลักการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ไม่ว่าในระบบกฎหมายใดก็คงจะเป็นมาตรฐานอย่างเดียวกัน และในทฤษฎีทางนิติปรัชญานั้น ศาลก็น่าจะเลือกมาใช้ได้โดยให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายและสภาพสังคมในขณะนั้นได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนำเอาหลักและทฤษฎีทางการแพทย์และนิติปรัชญามาใช้ในการตัดสินคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักวิชาทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศแล้ว น่าจะทำได้และจะทำให้เหตุผลแห่งคำพิพากษามีคุณค่ายิ่งขึ้น ถึงแม้ว่าการใช้ทฤษฎีดังกล่าวจะไม่ทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไปก็ตาม และนอกจากนี้ยังมีนักนิติศาสตร์ไทยบางท่านได้กล่าวไว้ว่า "วิทยาการทางการแพทย์ในปัจจุบันนี้ได้ก้าวหน้าจากเดิมมามาก บางสิ่งบางอย่างที่คนสมัยก่อนไม่คิดว่าแพทย์จะทำได้ เช่นการผ่าตัดลิ้นปี่เปลี่ยนอวัยวะ

<sup>37</sup>พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 602.



ต่าง ๆ ของร่างกายมนุษย์เป็นต้น สมัยนี้ทำได้ ฉะนั้นจึงไม่แน่ว่าในอนาคตแพทย์อาจจะหาวิธีให้หญิงที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาจากชายสามารถออกลูกได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นก็เห็นว่ากฎหมายหรือคำวินิจฉัยของนักกฎหมายจำจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับวิทยาการ และความเปลี่ยนแปลงของสังคมดังกล่าว"<sup>๖๘</sup> และในปัจจุบันนี้มีรายงานแล้วว่าแพทย์ได้ค้นพบวิธีปฏิบัติการให้มีการตั้งครรภ์ในผู้ชายได้ และกลุ่มบุคคลที่จะสมัครใจตั้งครรภ์ดังกล่าวนี้ก็คือ พวกผู้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง เนื่องจากพวกเขาอยากได้รับประสบการณ์ทุกอย่างเท่าที่สตรีพึงมี<sup>๖๙</sup>

#### 4. บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วกับการยอมรับทางกฎหมาย

ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในนานาประเทศว่า แต่ละประเทศนั้นกฎหมายจะยอมรับว่าบุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีเพศใหม่ตามที่เขาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว หรือกฎหมายไม่อนุญาตให้เปลี่ยนแปลงเพศและยังคงต้องถือว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลเหล่านั้นยังคงเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมาอยู่เช่นเดิม

4.1 ประเทศไทย พิจารณาตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 234 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2515 ข้อ 7 และข้อ 13 มาตรา 22 และมาตรา 31

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 234 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2515 ข้อ 7 และข้อ 13 มาตรา 22 และมาตรา 31 บัญญัติไว้ดังนี้

"มาตรา 22 ทะเบียนคนเกิด ทะเบียนคนตาย หรือสูติบัตรและมรณบัตร ซึ่งได้ลงทะเบียนแล้ว และบัตรลูกตายในท้องจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนด

<sup>๖๘</sup> อนุชาติ คงมาลัย, "ฎีกาวิเคราะห์ : เมื่อชายกลายเป็นหญิง," วารสารอัยการ 5 (มีนาคม 2525) : 61.

<sup>๖๙</sup> ธีระพันธุ์ วงศ์คำชาติ, "เมื่อผู้ชายตั้งท้อง," วารสารรัฐรอบตัว 3 (กุมภาพันธ์ 2529) : 19-23.

ในกฎกระทรวง"<sup>40</sup>

"มาตรา 31 ราชการในทะเบียนบ้านหรือสำเนาทะเบียนบ้านนั้น จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง"<sup>41</sup>

ต่อมาได้มีกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการแก้ไขทะเบียนไว้ดังนี้

"ข้อ 3. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนคนเกิด ทะเบียนคนตายหรือสูติบัตรและมรณบัตร ซึ่งได้ลงทะเบียนแล้ว และบัตรลูกตายในท้อง ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนนำเอกสารราชการมาแสดง ให้ผู้ยื่นคำร้องแสดงเอกสารดังกล่าวต่อนายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่น เมื่อนายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นพิจารณาเห็นว่าเอกสารดังกล่าวเชื่อถือได้ ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนให้

(2) ในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียน ไม่มีเอกสารราชการมาแสดง ให้นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นสอบสวนพยานหลักฐานแล้วบันทึกสำเนาอำเภอเพื่อพิจารณา เมื่อนายอำเภอพิจารณาเห็นว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเชื่อถือได้ ให้นายอำเภอสั่งนายทะเบียนอำเภอ หรือนายทะเบียนท้องถิ่นแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนให้

(3) ในกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อผิดพลาดเล็กน้อย เช่น เขียนตัวสะกดหรือการเว้นวรรคเกี่ยวกับชื่อตัว ชื่อรองหรือชื่อสกุลผิด เป็นต้น เมื่อนายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นสอบสวนพยานหลักฐานเห็นเป็นที่เชื่อถือได้ ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนให้

(4) ในกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสัญชาติ ให้นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นสอบสวนพยานหลักฐานแล้วเสนอตามลำดับชั้น เพื่อให้กระทรวงมหาดไทยพิจารณาอนุมัติ

<sup>40</sup>สำนักงานกลางทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือปฏิบัติงานทะเบียนราษฎร สำหรับสำนักทะเบียนในเขตปฏิบัติการตามโครงการจัดทำเลขประจำตัวประชาชน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง, 2530), หน้า 5.

<sup>41</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.



ข้อ 4. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการ ในทะเบียนบ้านหรือสำเนาทะเบียนบ้าน  
ให้นำข้อ 3 มาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>42</sup>

เมื่อพิจารณาถึงเพศตามกฎหมายของบุคคลตามกฎหมายดังกล่าวนี้แล้ว หากเมื่อ  
ขณะเกิดมีการลงรายการไว้ในทะเบียนคนเกิด ผู้บิดร ตลอดจนทะเบียนบ้านว่าเป็นเพศชายหรือ  
หญิงแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการดังกล่าวได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง หากเป็น  
กรณีแก้ไขรายการในทะเบียน ไม่ได้ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ย่อมต้องถือว่า นับแต่เกิดเพศของบุคคล  
นี้เป็นเพศใดก็ยังคงต้องเป็นเพศนั้น ไปจนตลอดชีวิต ในทางปฏิบัติปัจจุบันนี้ นายทะเบียนยังไม่  
ยอมแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศให้แก่บุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแต่อย่างใด ยกเว้นในกรณีเกาะ  
เมื่อแพทย์ได้ผ่าตัดกำหนดเพศในเกาะเพศแล้วก็สามารถแก้ไขรายการเรื่องเพศในทะเบียนได้<sup>43</sup>  
และในเรื่องการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศสำหรับบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วที่ไม่อาจ  
กระทำได้ในทางปฏิบัตินั้นจะเห็นได้จากหนังสือราชการดังต่อไปนี้<sup>44</sup>

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 327-328.

<sup>43</sup> ชวลิต จิตรมัน, "การสัมมนาทางวิชาการ ในลักษณะอภิปราย โต้เถียงเรื่องกฎหมาย  
การทะเบียนราษฎรกับสถิติชน," จัดโดยโครงการวิจัยกฎหมายการแพทย์ สาธารณสุขและวิทยาศาสตร์  
มหาวิทยาลัยมหิดล เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2532.

<sup>44</sup> สำนักงานกลางทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือปฏิบัติงาน  
ทะเบียนราษฎร สำหรับสำนักทะเบียน ในเขตปฏิบัติการตามโครงการจัดทำเลขประจำตัวประชาชน,  
หน้า 331-332.

ที่ ชก. 19/19705

ศาลากลางจังหวัดขอนแก่น

10 ตุลาคม 2515

เรื่อง ทารือการขอแก้เพศในทะเบียนบ้าน

เรียน ปลัดกระทรวงมหาดไทย

สิ่งที่ส่งมาด้วย การสอบสวนเรื่องนายทนายชณะ อัดคำ จำนวน 8 แผ่น

ด้วยอำเภอหนองเรือได้เสนอเรื่องนายทนายชณะ อัดคำ ราษฎรหมู่ที่ 4 ตำบลลูกตกว้าง อำเภอหนองเรือ ขอแก้เพศในทะเบียนบ้านจากเพศชายเป็นเพศหญิง ซึ่งการสอบสวนได้ความว่า นายทนายชณะ อัดคำ เดิมเป็นเพศชายได้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศเป็นหญิง โดยมีใบรับรองของนายแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศ ประกอบการสอบสวน

จังหวัดได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ลักษณะที่แสดงเพศเป็นชายหรือหญิงนั้น เป็นไปโดยธรรมชาติและข้อเท็จจริงเมื่อแรกเกิด มิใช่การได้มาโดยการเปลี่ยนแปลงด้วยวิธีการใด ๆ ในภายหลัง หลักฐานเกี่ยวกับเพศของผู้หนึ่งผู้ใดในทะเบียนบ้าน จึงต้องเป็นไปตามข้อเท็จจริงตามที่กล่าวนี้ไว้ แต่การสำรวจหรือคัดไว้ผิดจากข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะราย จึงควรอนุญาตให้แก่ได้ ฉะนั้นการที่นายทนายชณะ อัดคำ ขอแก้เพศครั้งนี้จังหวัดเห็นว่าไม่ควรอนุญาต แต่โดยที่กรณีเช่นนี้ไม่เคยมีระเบียบปฏิบัติมาก่อน จึงเรียนหาข้อว่าตามความเห็นของจังหวัดเป็นการถูกต้องหรือไม่ โปรดแจ้งให้จังหวัดทราบถือเป็นทางปฏิบัติต่อไปด้วย ได้ส่งการสอบสวนมาเพื่อโปรดพิจารณาด้วยแล้ว

ขอแสดงความนับถืออย่างสูง

บุรี พวทมลิข ไน

(นายบุรี พวทมลิข ไน)

ผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น

ที่ทำการปกครองจังหวัด



ที่มท. 0313/14802

กระทรวงมหาดไทย

23 พฤศจิกายน 2515

เรื่อง ขอแก้เพศในทะเบียนบ้าน

เรียน ผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่น

อ้างถึง หนังสือที่ ชก. 19/19705 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2515

ตามที่ชี้แจงเรื่องที่น่าายทนายชณะ อัดคำ ราษฎรหมู่ที่ 4 ตำบลลูกต้วกว้าง อำเภอหนองเรือ ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากเพศชายเป็นเพศหญิง และขอแก้เพศในทะเบียนบ้านให้ถูกต้องตามสภาพของร่างกายที่เปลี่ยนแปลงไป จังหวัดเห็นว่า ลักษณะแสดงเพศหญิงหรือชายต้องเป็นไปโดยธรรมชาติและข้อเท็จจริงเมื่อแรกเกิด มิใช่ได้มาโดยการเปลี่ยนแปลงภายหลัง จึงไม่อนุญาตให้แก้เพศในทะเบียนบ้านนั้น

ขอชี้แจงว่า การที่บุคคลจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายต้องถือข้อเท็จจริงตามธรรมชาติเมื่อเกิด ทั้งลักษณะและหน้าที่ของบุคคลก็ย่อมถือตามสภาพเมื่อเกิด ตามนัย บพพ. มาตรา 15 ส่วนการเปลี่ยนเพศโดยการผ่าตัดยังไม่เป็นกฎหมายรับรอง การที่จังหวัดไม่อนุญาตให้แก้เพศในทะเบียนบ้านเป็นการถูกต้องแล้ว

อย่างไรก็ดี ถ้าผู้ร้องยังมีความประสงค์จะแก้เพศในทะเบียนบ้านให้ได้ ก็ควรแนะนำให้ยื่นคำขอต่อศาล ขอให้ศาลสั่งแล้วเจ้าหน้าที่จึงจะดำเนินการให้ได้ตามคำสั่งศาล

ขอแสดงความนับถืออย่างสูง

พ่วง สุวรรณรัฐ

(นายพ่วง สุวรรณรัฐ)

ปลัดกระทรวงมหาดไทย

กรมการปกครอง

จากทางปฏิบัติของกรมการปกครองดังกล่าวมานั้น อาจสรุปถึงเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลลงเพศที่ได้นำตัดแปลงเพศแล้วตามกฎหมายไทยได้ดังนี้ แม้ว่าปัจจุบันจะได้มีกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2516) ดังกล่าวเปิดช่องให้มีการแก้ไขเพศในทะเบียนต่าง ๆ ได้ก็ตาม

(1) เพศของบุคคลย่อมต้องถือเอาตามธรรมชาติและลักษณะที่แสดงเพศชายหรือหญิงต้องเป็นไปตามข้อเท็จจริงขณะแรกเกิด มิใช่ได้มาโดยการเปลี่ยนแปลงด้วยวิธีการใด ๆ ในภายหลัง

(2) การนำตัดแปลงเพศยังไม่มีกฎหมายรับรองให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศได้

(3) ในปัจจุบันได้มีคำพิพากษานิติบัญญัติที่ 157/2524 ดังกล่าวมาข้างต้น ซึ่งทำให้ไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศได้เช่นกัน เนื่องจากศาลฎีกาก็ถือว่าเพศของบุคคลต้องถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และไม่มีกฎหมายรับรองให้ผู้ที่นำตัดแปลงเพศแล้วใช้สิทธิทางศาลขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงเพศได้

ดังนั้น ในประเทศไทยปัจจุบัน จึงต้องถือว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลลงเพศไม่ว่าจะได้นำตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม ก็ยังคงมีเพศเป็นชายหรือหญิงตามที่ถือกำเนิดมาอยู่ตนเอง

## 4.2 กฎหมายต่างประเทศ

### 4.2.1 สหราชอาณาจักร

#### 4.2.1.1 อังกฤษ

ในประเทศอังกฤษยังคงยึดหลักกฎหมายที่ยอมให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรได้ ก็เฉพาะกรณีที่มีการแจ้งเพศผิดไปจากเพศในขณะที่เกิดเท่านั้น<sup>45</sup> ตาม Births and Deaths Registration Act 1953 มาตรา 29(3)<sup>46</sup> ดังนั้นจึงไม่อาจใช้กฎหมายกับบุคคลลงเพศที่นำตัดแปลงเพศแล้วได้<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p.97.

<sup>46</sup> P.J. Pace, "Sexual Identity and the Criminal Law", p.319.

<sup>47</sup> Ibid.



และในทางฝ่ายศาลเองก็ยังคงยึดถือว่าเพศของบุคคลย่อมต้องเป็นไปตามธรรมชาติและตามที่ถือกำเนิดมา ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาในคดี Corbett V. Corbett และคดี R. V. Tan and Others ดังกล่าวมาข้างต้น

ดังนั้น ในประเทศอังกฤษเมื่อไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในทางทะเบียน ได้ดังกล่าว ประกอบกับศาลเองก็ไม่ยอมรับว่าบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะมีสภาพมาเป็นเพศใหม่ได้ เพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศในประเทศอังกฤษจึงเป็นเพศตามที่ได้ออกกำเนิดมานั้นเอง

#### 4.2.1.2 สก็อตแลนด์

ในสก็อตแลนด์ เพศตามกฎหมายของบุคคลก็คือเพศตามที่ถือกำเนิดมาและเป็นไปตามลักษณะของธรรมชาติ ในคดี In re "X" คำร้องขอเปลี่ยนสูติบัตรและชื่อถูกปฏิเสธ นายอำเภอยึดเกณฑ์การทดสอบโครโมโซมในการกำหนดเพศ โดยนายอำเภอให้เหตุผลในการปฏิเสธดังกล่าวว่า

"แพทย์นั้นอย่างระมัดระวังว่า นี้ไม่ใช่กรณีกะเทย แต่เป็นกรณีที่แท้จริงของสภาวะการหลงเพศที่พบได้ยากยิ่ง และการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจกลับคืนดังเดิมได้ สำหรับวัตถุประสงค์ปัจจุบันแน่นอนข้าพเจ้ายอมรับการวินิจฉัยนั้น แต่การทดสอบผิวหนังและโลหิตยังคงแสดงเพศเดิมของ X ว่าเป็นชาย และการเปลี่ยนแปลงที่กล่าวถึงยังมีได้เปลี่ยนแปลงไปถึงระดับที่ลึกที่สุดของการกำหนดเพศ สำหรับข้าพเจ้าแล้วดูเหมือนว่า ในขณะที่ X อาจเรียกได้ว่าเป็นชายที่ผิดปกติ เขาก็ไม่อาจถูกเรียกได้ว่าเป็นหญิง"<sup>48</sup>

#### 4.2.2 สหรัฐอเมริกา

เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาที่มีความแตกต่างกันในระบอบกฎหมายของแต่ละมลรัฐ บางมลรัฐก็มีกฎหมายพิเศษอนุญาตให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร และเอกสารอื่น ๆ ได้ ในปัจจุบันมี 25 มลรัฐที่ยอมให้มีการแก้ไขเพศดังกล่าวได้ คือ อารีโซน่า โคโลราโด ฟลอริดา ยิวาวย อิลลินอยส์ หลุยส์เซียน่า แมริแลนด์ เมสซาชูเซต มิชิแกน มินเนสโซต้า เนบราสก้า เนวาด้า นิวเจอร์ซี นิวแฮมป์ไชร์ นิวเจอร์คี่ นอร์ธดาโกต้า โอไฮโอ โอคลาโฮมา เพนซิลเวเนีย

<sup>48</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.993.

คอมมอนเวลท์ออฟเอดเวิร์ด ไทรีท์ โรดไฮร์แลนด์ เท็กซัส เวอร์จิเนีย เวสต์เวอร์จิเนีย และวิสคอนซิน<sup>49</sup> ดังนั้น โนเบลรัฐที่ยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ ได้ก็แสดงว่า กฎหมายของมลรัฐนั้นยอมรับว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลอาจเปลี่ยนแปลงไปจากที่ถือกำเนิดได้ และบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ก็ยอมรับเปลี่ยนแปลงเพศให้เป็นเพศใหม่ตามที่ตนผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้

#### 4.2.3 แคนาดา

ในประเทศแคนาดาถือหลักเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษกล่าวคือ จะยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการในทะเบียนต่าง ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีข้อผิดพลาดในขณะทำเอกสารนั้น ๆ เท่านั้น เช่นตามพระราชบัญญัติสถิติชีพของมลรัฐออนตาริโอ มาตรา 30 (2) (Ontario's Vital Statistics Act)<sup>50</sup> ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในประเทศแคนาดาจะถือเอาเพศขณะเกิดเป็นเพศตามกฎหมายของบุคคล ดังนั้นบุคคลหลงเพศจึงมีเพศตามกฎหมายเป็นเพศที่ถือกำเนิดมา แม้ว่าจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม

#### 4.2.4 ออสเตรเลีย

ในคดี Ricardo San Martin ดังกล่าวในบทที่ 3 นั้น ศาลยอมรับเกณฑ์ทางโครโมโซมมาใช้ในการกำหนดเพศโดยกล่าวว่า "เขาเป็นผู้ชาย และจะยังคงเป็นผู้ชาย ตราบจนกระทั่งวันตาย ไม่มีลักษณะของเพศหญิงที่ถ่ายทอดมาในเซลล์ร่างกายของเขา" (He was a man and would continue to be so until the day he dies. No female chromatin bodies were found in his cellular nuclei)<sup>51</sup> และนอกจากนี้ ศาลยังได้เสนอว่า เพศถูกกำหนดโดยความสามารถในการให้กำเนิด โดยกล่าวว่า "การกระทำของ

<sup>49</sup>Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.301.

<sup>50</sup>Julius Hoenic, "The Legal Position of the Transsexual : Mostly Unsatisfactory Outside Sweden", p.321.

<sup>51</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.980.



จำเลยเป็นการฝ่าฝืนความจริงของธรรมชาติ เขาทราบดีว่าเขาไม่สามารถเปลี่ยนผู้ชายให้กลายเป็นผู้หญิงได้ แต่เขาก็ยังพยายามฝ่าฝืนธรรมชาติ ไม่ว่าจะการแพทย์จะก้าวหน้าสักเพียงใดการแพทย์ก็ไม่สามารถทำลายความลับแห่งสิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้น (การให้กำเนิดและความตาย) (He attempted to fool nature. However for medicine advances, it can never violate the secrets of creation (procreation and death) )<sup>52</sup>

ในประเทศอาเจนตินานี้ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เพศตามกฎหมายของบุคคล ย่อมเป็นไปตามธรรมชาติและตามที่ถือกำเนิดมา ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ดังนั้นเพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วย่อมเป็นไปตามเพศกำเนิดของตน และไม่สามารถเปลี่ยนได้ในภายหลัง

#### 4.2.5 เบลเยียม

ในประเทศเบลเยียมนี้ ยังไม่อาจสรุปได้แน่นอนว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลนั้น จะถือเอาหลักเกณฑ์ใด ในคดี Van Oosterwijck นั้นศาลถือว่าเพศของบุคคลจะต้องเป็นไปตามทะเบียนคนเกิด แต่ในทางปฏิบัติศาลบางแห่งกลับอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสุติบัตรได้ ดังจะได้กล่าวถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### คดี Van Oosterwijck<sup>53</sup>

Van Oosterwijck เกิดที่กรุงบรัสเซลล์ ในพ.ศ. 2486 ในสุติบัตรมีชื่อเป็นหญิงว่า Danielle เขามีลักษณะทางร่างกายเป็นเพศหญิง แต่ยอมรับว่าสภาพจิตใจของเขาตั้งแต่เด็กเป็นต้นมามีความรู้สึกว่าตัวเขาเป็นเพศชาย ต่อมาอีก 4 ปีเศษ เขาได้รับการรักษาโดยการฉีดฮอร์โมนและได้รับการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศรวม 12 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2516 เขาได้ยื่นคำร้องขอเปลี่ยนฐานะทางกฎหมายเป็นเพศชายต่อศาลของประเทศเบลเยียม ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกคำร้อง ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ. 2517 โดยกล่าวในคำพิพากษาว่า "บุคคลทุกคนจะมีฐานะเป็นหญิงหรือชายต้องเป็นไปตามทะเบียนคนเกิด ซึ่งตาม

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", pp.90-91.

กฎหมายที่มีอยู่ในขณะนี้ ไม่ยอมอนุญาตให้มีการทำการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางร่างกายของบุคคลชั้น ภายหลังและ ไม่อาจให้มีการแก้ไขสูติบัตรได้ เว้นแต่จะเนื่องมาจากความผิดพลาดที่เกิดขึ้น ในขณะที่ มีการแจ้งเกิดซึ่ง ไม่ต้องด้วยกรณีของผู้ร้องรายนี้"

ผู้ร้องซึ่ง เป็นทนายความอยู่ด้วย จึง ได้ยื่นเรื่องราวร้องเรียนต่อคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนของยุโรป (The European Commission of Human Rights) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมือง สตราสซบวร์ก เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2515 โดยกล่าวหาว่ารัฐบาลเบลเยียมว่าจะละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ของเขาที่ไม่ยอมเปลี่ยนฐานะทางกฎหมายให้เขาเป็นเพศชาย ทั้ง ๆ ที่เขาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

รัฐบาลเบลเยียมกล่าวแก้ว่า ผู้ร้องมีลักษณะภายนอกเท่านั้นที่เป็นชาย และปฏิเสธว่ารัฐมิได้เข้าไปรบกวนความเป็นอยู่ในชีวิตส่วนตัวของผู้ร้องแต่อย่างใด ถ้าผู้ร้องจะมี ความอึดอัดใจอยู่บ้าง และ ไม่สามารถแต่งงาน ได้นั้นก็เป็นผลจากการตัดสินใจของผู้ร้องเองที่ยอม รับการแปลงเพศเช่นนั้น

คณะกรรมการมีความเห็นว่า รัฐบาลเบลเยียม ได้ละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัว ของผู้ร้อง โดยไม่ยอมรับฐานะทางเพศใหม่ของเขา ซึ่งเป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงทางลักษณะ ของร่างกาย สภาวะทางจิตใจและบทบาททางสังคมของผู้ร้อง ทั้งนี้ โดยมีได้คำนึงถึงว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นเกิดจากการรักษาทางการแพทย์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อให้สภาพทางจิตใจของผู้ร้องตรงกับเพศ ที่ปรากฏทางร่างกาย และคณะกรรมการยังเห็นด้วยว่า มีการขัดขวางการแต่งงานของผู้ร้อง โดยปริยาย โดยอาศัยหลักฐานจากทะเบียนคนเกิดกับการอ้างหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฐานะทางกฎหมายของบุคคล โดยปราศจากการได้ส่วนเรื่องราวเสียก่อน ดังนั้นรัฐบาลเบลเยียม จึงละเมิดสิทธิในการแต่งงานของผู้ร้องด้วย

รัฐบาลเบลเยียมและคณะกรรมการ ได้ส่งเรื่องขึ้นไปยังศาลสิทธิมนุษยชน ของยุโรป (The European Court of Human Rights) และศาลได้ตัดสินเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ. 2523 ว่าศาลไม่อาจรับคำร้องได้ เพราะคำร้องนั้น ไม่เข้าตามหลักเกณฑ์ในกระบวนการวิธี พิจารณา ซึ่งกำหนดว่าจะต้องเป็นคำร้องที่ขอให้อยกเลิกขบวนการขั้นต้นที่ปฏิบัติ ในประเทศของตนเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ภายหลังที่เกิดคดีดังกล่าวขึ้นแล้วศาลทั้งหลายในเบลเยียมก็ ยอมรับคดีขอแก้ไข เพศตามกฎหมายของบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ไว้ดำเนินการพิจารณา ต่อไป แต่ผลของคำพิพากษายังมิได้ให้ข้อสรุปในแนวทางเดียวกัน เช่นศาลชั้นต้นแห่งเมือง Chorteroi



และเมือง Malines สั่งยกคำร้อง แต่ศาลแห่ง Ghent อนุญาตให้เปลี่ยนได้ เป็นต้น<sup>54</sup>

จะเห็นได้ว่า ข้อสรุปในเรื่องเพศตามกฎหมายของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในประเทศเบลเยียมนี้ ยังไม่อาจมีขึ้นได้อย่างแน่นอน กล่าวคือศาลบางแห่งก็อนุญาตให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในเอกสารต่าง ๆ ได้ ซึ่งแสดงว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะเป็นไปตามที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น แต่ในกรณีที่ศาลบางแห่งไม่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศได้ เพศตามกฎหมายของบุคคลหลังเพศแม้ว่าจะได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ยังคงเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมาและตามที่ปรากฏในทะเบียนคนเกิด

#### 4.2.6 สวีเดน

ประเทศสวีเดนมีกฎหมายรับรองการผ่าตัดแปลงเพศเป็นพิเศษดังกล่าไว้ในบทที่ 3 ดังนั้นหากบุคคลหลังเพศได้รับการผ่าตัดแปลงเพศตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในกฎหมายดังกล่าวแล้ว เพศตามกฎหมายของบุคคลนั้นย่อมเปลี่ยนไปเป็นเพศใหม่ตามที่เขาได้ผ่าตัดแล้วนั้น

#### 4.2.7 เยอรมันตะวันตก

ก่อนที่ประเทศเยอรมันจะมีกฎหมายพิเศษเพื่อรับรองการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวในบทที่ 3 นั้น ศาลเยอรมันก็ถือว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลย่อมเป็นไปตามลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏ<sup>55</sup> แต่ต่อมาเมื่อมีคดี Helge H. เกิดขึ้นในเยอรมันและศาลอนุญาตให้มีการแก้ไขเพศของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และจากผลแห่งคดีนี้เอง ประเทศเยอรมันจึงได้มีการออกกฎหมายพิเศษคือ กฎหมาย Transsexuellengesetz (TSG) ดังกล่าว

#### คดี Helge H.<sup>56</sup>

เป็นเรื่องของชายผู้หนึ่งซึ่งเป็นบุตรนอกสมรสของหญิงรับจ้างเย็บเสื้อ เกิดเมื่อพ.ศ. 2474 ต่อมาเขาได้ถูกนำไปเลี้ยงดูในสถานเลี้ยงเด็กกำพร้า จนถึง พ.ศ. 2495

<sup>54</sup> Ibid., p.97.

<sup>55</sup> Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.993.

<sup>56</sup> Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", pp.92-93.

จึงได้แต่งงาน พอปี พ.ศ. 2502 เขาเริ่มรู้สึกตัวว่าเขาเองควรเป็นเพศหญิง และตั้งแต่นั้นมา เขาก็ทำตัวเป็นเพศหญิงตลอดมา จนปี พ.ศ. 2503 ภรรยาของเขาได้กำเนิดบุตรคนหนึ่ง และปี ต่อมาเขาได้รับอุบัติเหตุรถจักรยานล้มข้างซ้ายแตกแพทย์ได้ตัดออก พอปี พ.ศ. 2506 เขาก็หย่าขาด จากภรรยา และได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ขณะเดียวกันก็มีการฟ้องคดีและนิรโทษกรรมกันในศาล ในปีถัด ไปว่า บุตรที่เกิดจากภรรยาของเขานั้น มิใช่ทายาทอันแท้จริงของเขา

ชายผู้ได้รับคำร้องต่อศาลแขวงเยอรมัน ขอให้ทางการยอมรับความ เป็นเพศหญิงของเขา โดยการแก้สูติบัตรให้ เพื่อให้ตรงกับภาวะหลงเพศของเขาซึ่งเกิดขึ้นอย่าง ถาวรแล้ว ศาลยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า ถึงแม้ผู้ร้องจะได้รับการผ่าตัดเอาอวัยวะเพศชายออก ไปแล้ว และสภาพจิตใจของผู้ร้อง ไม่ยอมรับว่าตนเป็นชาย ผู้ร้องก็ยังคงมีเพศเป็นชายอยู่นั่นเอง ผู้ร้องยื่นอุทธรณ์ที่ศาล ได้ส่งคำฟ้องอุทธรณ์ไปยังศาลสูงของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof) เหตุ ผลของคำฟ้องอุทธรณ์มีว่า ความเป็นเพศหญิงหรือชายของแต่ละคน มิได้ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของ อวัยวะเพศหรือลักษณะภายนอกของร่างกายเท่านั้นยังขึ้นอยู่กับเหตุต่าง ๆ ทางจิตใจอีกด้วย ในการ พิจารณาตัดสิน ให้คนใดคนหนึ่งว่าจะสมควรเป็นเพศอะไร ในสังคมนั้น กฎหมายไม่ควรละเว้นที่จะ ต้องคำนึงถึงเหตุทางจิตใจด้วย เพราะมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏ ที่ร่างกายเลย ผู้ร้องเป็นชายที่มีลักษณะหลงเพศ ซึ่งขณะยื่นคำร้อง ได้เป็นสมาชิกของเพศหญิงแล้ว ดังนั้นโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐาน (basic law) จึงควรให้มีการแก้ไขเป็นคนที่เกิดได้ในกรณีที่ มีการแปลงเพศเต็มไปแล้ว เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพจิตใจของเขาอย่างกรณีของผู้ร้อง และ ไม่มี ความจำเป็นอย่างใดที่จะยึดถือแก้ไขที่ลงไว้ในขณะเกิดอย่างเคร่งครัด เพื่อที่จะให้ชีวิตของคน คนหนึ่งยังคงเป็นสมาชิกของเพศที่เขา ไม่ได้เป็นอีกต่อไปแล้ว

ศาลสูงของสหพันธ์ได้พิพากษาเมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2513 โดย วินิจฉัยว่า ตามความเป็นจริงพื้นฐานที่รู้จักทั่วไปว่า มนุษย์ทุก ๆ คน ได้ถูกกำหนดให้เป็นเพศชายหรือ หญิงนั้น ย่อมเป็นมาแต่กำเนิดและ ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ โดยพิจารณาจากลักษณะของอวัยวะเพศที่ ปรากฏที่ร่างกาย และศาลยอมรับว่าพวกหลงเพศนั้นมีความจำเป็นที่จะ ได้รับการพิจารณารับรอง ว่าเขาเป็นเพศตามที่จิตใจเขาต้องการเป็น แต่จำเป็นจะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อการนี้

ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์ต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์

(Bundesverfassungsgericht) ซึ่งพิพากษาต่อมาในวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2520 โดยวินิจฉัย ว่าศาลสูงสหพันธ์ได้ละเมิดสิทธิพื้นฐาน (basic right) ของผู้ร้อง โดยมีได้ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่ง



คุ้มครองศักดิ์ศรีของบุคคล (person's dignity) ที่จะมีแนวความคิดของตนเองก็มีความเป็นตัวของตัวเองตามธรรมชาติ กฎหมายพื้นฐานยังปกป้องสิทธิที่จะพัฒนาความสามารถของคนได้อย่างเสรี ภายใต้ความรับผิดชอบของผู้นั้นเอง ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิพื้นฐานที่จะพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างเสรี จำต้องมีการยอมรับฐานะทางกฎหมายของบุคคลตามเพศซึ่งตรงกับภาวะทางร่างกายและจิตใจของเขา ศาลไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่า การตัดสินใจเพศตามลักษณะของอวัยวะเพศที่ปรากฏทางร่างกายในขณะที่เกิดขึ้นเปลี่ยนแปลงไม่ได้และยังคงต้องถือตามเดิม ในเมื่อทัศนคติทางวิทยาศาสตร์ในปัจจุบัน ยอมรับว่าอาจมีความเป็นไปได้ที่ลักษณะของอวัยวะเพศที่ร่างกายและสภาวะทางจิตใจในความรู้สึกตัวว่าตนเป็นเพศอะไรนั้นจะ ไม่สอดคล้องกัน นอกจากนั้นความรู้ทางแพทย์เท่าที่มีอยู่ ทฤษฎีพื้นฐานเดิมที่รับกันว่า การตัดสินใจเพศของบุคคลจะตัดสินจากลักษณะของอวัยวะเพศที่ร่างกายขณะเกิดและเปลี่ยนแปลงไม่ได้นั้น คงต้องมีข้อยกเว้นอีกมาก ศาลเห็นด้วยว่า บางคราวมีความจำเป็นต้องใช้กฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดต่อปัจเจกบุคคลเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับผู้ร้องศาลเห็นว่า การปฏิเสศที่จะเปลี่ยนเพศให้ผู้ร้องตามกฎหมายก็มิได้มีผลต่อประโยชน์ของสาธารณะแต่ประการใด แต่กลับจะเป็นการรบกวนสิทธิพื้นฐานของผู้ร้อง ดังนั้นเพื่อที่จะให้เป็นไปตามกฎหมายพื้นฐาน หลักปฏิบัติที่ควรยึดถือในกรณีของเพศที่หลักฐานทางแพทย์ยืนยันว่าเป็นอย่างถาวร และได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วควรแก้ไขทะเบียนคนเกิดของเขาให้มีเพศถูกต้องตรงกับที่เขาแสดงออก และจากคำพิพากษาในตัวเองจึงเป็นเหตุให้มีการออกกฎหมายพิเศษในเรื่องนี้

ดังนั้น ในเมื่อปัจจุบัน เยอรมันตะวันตก ได้มีกฎหมายรับรองการผ่าตัดแปลงเพศ และหากได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าวแล้ว เพศตามกฎหมายของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วย่อมเปลี่ยนแปลงไปจากเพศกำเนิด เป็นเพศใหม่ตามที่ได้อาจารย์

#### 4.2.8 เนเธอร์แลนด์

ศาลชั้นต้นหลายแห่งรวมทั้งศาลอุทธรณ์ด้วยยอมรับว่าพวกหลังเพศน่าจะได้รับการแก้ไขเพศทางกฎหมายโดยนักสูติบัตร ได้จนกระทั่งศาลสูงสุดได้พิพากษาเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2516 ว่าเพศตามที่ปรากฏในสูติบัตรนั้น อาจถูกแก้ไขได้ถ้ามีการฉีกผลจากเพศ

ที่ปรากฏตามอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกของบุคคลในขณะเกิดเท่านั้น<sup>57</sup>

#### 4.2.9 อิตาลี

ในประเทศอิตาลี ศาลถือว่าเพศตามกฎหมายของบุคคลต้องเป็นไปตามเพศกำเนิด ดังจะเห็นได้จากคดี *Lubrano di Scampamorte V. The Civil State Official of Leghorn*

คดี *Lubrano di Scampamorte V. The Civil State Official of Leghorn*<sup>58</sup>

ชายผู้ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ (โดยการตัดลูกอัณฑะออกทั้ง 2 ข้าง ตัดองคชาตออกไป และมีการผ่าตัดตกแต่งเป็นช่องคลอดเทียมขึ้น ในพ.ศ. 2513 ที่คาซาบลังกา) ได้ยื่นฟ้องทางการของอิตาลีต่อศาล โดยกล่าวหาว่า การที่เจ้าหน้าที่ไม่ยอมแก้ไขสูติบัตรให้เขามีเพศใหม่เป็นการละเมิดสิทธิการเลือกเพศตามรัฐธรรมนูญ (constitutional right to sexual identity) ศาลสูงของอิตาลีพิพากษาเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2523 ว่าคำฟ้องของโจทก์ที่ว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแห่งชัตกับรัฐธรรมนูญ สิทธิที่จะได้รับการแก้ไขสูติบัตร และสิทธิที่จะได้รับการกำหนดเพศให้ใหม่ภายหลังที่บุคคลที่มีจิตใจและบุคลิกภาพเป็นหญิงมาแต่ต้น ได้รับการผ่าตัดอวัยวะเพศชายออกไปหมดแล้วเหล่านั้น ไม่มีข้อกำหนดสนับสนุนจึงต้องยกฟ้องโจทก์

#### 4.2.10 นอร์เวย์ สวีส์เซอร์แลนด์

เพศตามกฎหมายของบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วในนอร์เวย์ และสวีส์เซอร์แลนด์นั้นถือตามเพศใหม่ที่บุคคลหลังเพศได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ถึงแม้ประเทศเหล่านั้นจะ ไม่มีกฎหมายให้เปลี่ยนเพศได้ แต่การขอเปลี่ยนสูติบัตรภายหลังที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วทางปฏิบัติยอมให้ทำได้ โดยเฉพาะในสวีส์เซอร์แลนด์นั้น ได้มีคำพิพากษาที่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรของบุคคลหลังเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ เช่นคำพิพากษาของ *The Civil Tribunal of Bâle - Ville* เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2504, *The Tribunal of*

<sup>57</sup> Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p.97.

<sup>58</sup> Ibid., p.91.



Laupen เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2514 และ The Tribunal of Vevey เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2517<sup>59</sup>

#### 4.2.11 ไอร์แลนด์ ฝรั่งเศส สเปน โปรตุเกส

ในประเทศเหล่านี้ยังคงยึดหลักกฎหมายที่ยอมให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติ-  
บัตร ได้ก็เฉพาะกรณีที่มีการแจ้งเพศผิดไปจากเพศในขณะที่เกิดเท่านั้น ดังตัวอย่างคำพิพากษาประ-  
เภทที่มักจะทำอ้างเป็นแบบฉบับก็คือ คำพิพากษาศาลในฝรั่งเศสที่ตัดสินเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.  
2518 วิจัยไว้ว่าการที่ผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลหลงเพศขอเปลี่ยนเพศในสูติบัตรจากเพศหญิงเป็นเพศ  
ชายนั้น ตามหลักกฎหมายแล้วลักษณะทางเพศที่สร้างขึ้นจากการผ่าตัดไม่ควรจะนำมาเป็นสิ่งที่  
ต้องพิจารณา<sup>60</sup>

ดังนั้น ในประเทศในกลุ่มนี้ เพศตามกฎหมายของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัด  
แปลงเพศแล้วก็คือ เพศตามที่ถือกำเนิดมานั่นเอง

#### 4.2.12 แอฟริกาใต้

มีการอนุญาตให้ออกสูติบัตรใหม่ในแอฟริกาใต้เมื่อบุคคลหลงเพศได้รับการ  
การผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ดังนั้นเพศตามกฎหมายของบุคคลเหล่านี้จึงเป็นไปตามเพศใหม่ที่ได้มีการ  
ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น<sup>61</sup>

### 5. ขบวนการทางกฎหมายในการยอมรับเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว

สำหรับขบวนการทางกฎหมายในการยอมรับเพศของบุคคลหลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ  
แล้วนี้ จะเป็นการศึกษาถึงวิธีการทางกฎหมายตลอดจนวิธีการทางการบริหารของประเทศต่าง ๆ  
ในการยอมรับให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้รับการเปลี่ยนชื่อตัว สูติบัตร ตลอดจนเอกสารทาง  
ทะเบียนต่าง ๆ ว่าแต่ละประเทศนั้นมีวิธีการอย่างไร

<sup>59</sup> Ibid., p.97.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.994.

### 5.1 ประเทศไทย

การแก้ไขรายการ โดยเฉพาะการแก้ไขเพศในสูติบัตรและทะเบียนบ้านอาจขอแก้ไขได้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 234 ลงวันที่ 31 ตุลาคม 2515 ข้อ 7 และข้อ 13 มาตรา 22 และมาตรา 31 ดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ขอจะต้องยื่นคำร้องขอแก้ไขต่อนายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่น โดยมีใบรับรองแพทย์ไปแสดงและถ้าใบรับรองแพทย์นั้นเป็นเอกสารของทางราชการ นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นจะเป็นผู้วินิจฉัยตามกฎหมายกระทรวงข้อ 3 (1) ถ้าใบรับรองแพทย์นั้น ไม่ได้เป็นเอกสารของทางราชการ นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นจะสอบสวนพยานหลักฐานต่าง ๆ (อาจจะรวมทั้งสอบปากคำแพทย์ที่ออกใบรับรองนั้นด้วยก็ได้) แล้วเสนอให้นายอำเภอเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยตามกฎหมายกระทรวงข้อ 3 (2)<sup>๑๒</sup>

จากข้อกฎหมายดังกล่าว ในกรณีที่บุคคลลงเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมาขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขในเอกสารต่าง ๆ ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า นายทะเบียนน่าจะมีอำนาจพิจารณาสอบสวนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงและแก้ไขให้ได้ตามดุลพินิจ แต่ในทางปฏิบัติแล้วในกรณีขอแก้ไขเพศโดยบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศนี้ นายทะเบียนจะไม่ทำให้ดังจะเห็นได้จากหนังสือของกระทรวงมหาดไทย ที่ มท. 0313/14802 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2515 ดังกล่าวมาข้างต้น และในปัจจุบันนี้สำนักงานกลางทะเบียนราษฎรได้วางระเบียบสำนักงานกลางทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎรสำหรับสำนักงานทะเบียนในเขตปฏิบัติการตามโครงการจัดทำเลขประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2528 กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการแก้ไขรายการในเอกสารการทะเบียนราษฎรไว้ในตอนที่ 3 ข้อ 128 และ 129<sup>๑๓</sup> โดยได้เขียนแก้ข้อคำในกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2516) ดังกล่าวมาทั้งหมด ถึงแม้จะมีระเบียบปฏิบัติดังกล่าวเปิดช่องให้มี

<sup>๑๒</sup> วัชรวิทย์ อึ้งประพันธ์, "นิติเวชสาธก : ศาลปฏิเสศการเปลี่ยนเพศทางกฎหมาย," สารคดีราช 33 (กรกฎาคม 2524) : 485.

<sup>๑๓</sup> สำนักงานกลางทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือปฏิบัติงานทะเบียนราษฎร สำหรับสำนักงานทะเบียน ในเขตปฏิบัติการตามโครงการจัดทำเลขประจำตัวประชาชน, หน้า 75.



การแก้ไขรายการในเอกสารต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกับอำนาจที่กฎกระทรวงให้ไว้ แต่ทางปฏิบัติก็ยังไม่มีการอนุญาตให้แก้ไขดังกล่าวได้ และนอกจากนี้ในหนังสือของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวยังได้ระบุไว้เป็นแนวทางแก่นายทะเบียนว่า "อย่างไรก็ดี ถ้าผู้ร้องยังมีความประสงค์จะแก้ไขทะเบียนบ้าน ให้ได้ก็ควรแนะนำให้ยื่นคำขอต่อศาล ขอให้ศาลสั่งแล้วเจ้าหน้าที่จึงจะดำเนินการให้ได้ตามคำสั่งศาล" จึงทำให้นายทะเบียนต่าง ๆ ถือเป็นแนวปฏิบัติอยู่ทุกวันนี้ และยิ่งไปกว่านั้นเมื่อได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 เป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้ การแก้ไขเพศในเอกสารต่าง ๆ ดังกล่าวจึงทำให้เกิดข้อขัดข้องมากยิ่งขึ้น

ที่จริงแล้วลักษณะการบัญญัติกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2516) ดังกล่าวนั้น มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ หรือมลรัฐอาร์โซนา ที่อนุญาตให้นายทะเบียนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถิติของบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ เมื่อมีหลักฐานจากแพทย์หรือผู้มีอำนาจอื่นว่าบุคคลได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดของกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นต่อไป ซึ่งอำนาจที่นายทะเบียนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารได้รับนั้น นายทะเบียนก็ใช้อำนาจนั้นอยู่ในทางปฏิบัติซึ่งผิดกับในประเทศไทย แม้ว่าอำนาจที่นายทะเบียนได้รับจะมีอยู่ในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว และกฎหมายก็ได้ห้ามไว้อย่างชัดเจนจึงว่า นายทะเบียนไม่มีอำนาจแก้ไขในเรื่อง "เพศ" ให้เป็นอย่างอื่นแต่อย่างใด ดังนั้น นายทะเบียนจึงน่าจะมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศ ในสถิติให้กับบุคคลหลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วดังกล่าวได้ตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับทางปฏิบัติของนายทะเบียนในสหรัฐอเมริกา โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ร้องไปขอให้ศาลมีคำสั่งก่อนแต่ประการใด ซึ่งในเรื่องนี้อาจเทียบเคียง ได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1570/2530 ซึ่งศาลฎีกาพิพากษาว่า "ผู้ร้องยื่นคำร้องขอแก้และเปลี่ยนชื่อสกุล แต่ทางสำนักงานทะเบียนท้องถิ่นไม่สามารถกระทำมิได้ ผู้ร้องขอที่จะดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มิใช่กรณีที่จะมาใช้สิทธิทางศาล"<sup>64</sup>

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 18 บัญญัติไว้ว่า "ในกรณีที่นายทะเบียนสั่งไม่รับจดทะเบียนชื่อสกุล ผู้ขอจดทะเบียนชื่อสกุลมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวัน นับแต่วันทราบคำสั่ง โดยยื่นอุทธรณ์ต่อนายทะเบียนท้องถิ่น คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด"

แต่อย่างไรก็ตาม มีนักคิดศาสตร์อีกท่านหนึ่ง มีความเห็นเป็นเช่นเดียวกับผู้เขียน โดยเห็นว่า มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 ดังกล่าวเปิดโอกาสให้นายทะเบียนแก้ไข เพศให้กับบุคคลลงเพศได้ โดยได้กล่าวไว้ว่า<sup>๑๕</sup>

"เมื่อมาตรา 31 ได้เปิดโอกาสให้นายทะเบียนแก้ไข ได้ก็น่าจะทำได้ด้วยการสอบสวน ทวนความถี่แน่นชัด เช่นมิใช่รับรองแพทย์หรือ ชีวแพทย์มาให้การสอบสวนยืนยันประกอบทั้งผู้ที่ใกล้ เคียงหรือผู้ปกครองท้องถิ่น เช่น กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ถ้าอยู่ในเขตเทศบาลก็อาจเป็นสมาชิกเทศบาล หรือสมาชิกจังหวัดหรือนายทหาร ตำรวจ ฯลฯ เป็นต้น มายืนยันรับรองว่าได้แปลงเพศสำเร็จรูปแล้ว ชาวบ้านก็ได้รับรองรู้เห็นแล้ว ก็อาจเปลี่ยนแปลงเพศ ในทะเบียนบ้าน ให้ตรงต่อความจริงได้

สมมติคือ ไปว่า หากมีญาติของมารดาบิดาของทารกเกิดจำลับสน หรือเจ้าหน้าที่นั่งผิดไป แจ้งไปว่าทารกที่เกิดมาใหม่ เป็นชายหรือหญิงตรงกันข้ามกับความจริงจะต้องทำอย่างไร ก็น่าจะทำได้โดยวิธีการข้างต้นเท่านั้น ทาใช้ไปศาลไม่ เพราะตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นทางการ บริหารโดยแท้ ไม่มีสิทธิเสนอคัดต่อศาลได้ เช่นในเรื่องที่ข้าราชการถูกผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ลှ้งไล่ออก ก็ไม่มีสิทธิเสนอคัดต่อศาล หรือเมื่อครั้งยังใช้พระราชบัญญัติควบคุมค่าเช่าเคหะอยู่ ศาลฎีกาก็ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการฯ ตามที่พระราชบัญญัตินั้นลงมติว่าเป็นประการใด ศาลไม่อาจเื่อมเข้าไปแก้ไขได้ เช่นนี้เป็นต้น

ฉะนั้นหากได้กระทำการรับรองกันดังกล่าวจนประจักษ์ชัดแล้ว ศาลก็ต้องยอมรับสิทธิแห่ง การกระทำของเจ้าหน้าที่ตลอดไปว่า เมื่อได้แก้ไขเพศ โดยทำเองที่ได้สอบสวนแล้ว แก่ทะเบียน บ้านได้แล้ว ปัญหาในเรื่องจะจดทะเบียนสมรสก็ไม่กลายเป็นว่า "ชาย" ต่อ "ชาย" หรือ "หญิง" ต่อ "หญิง" อีกต่อไป เพราะเมื่อแก้ไขแล้ว บัตรประชาชนก็ย่อมต้องแก้ไขตามไปด้วยได้ และ ผลแห่งการนี้ก็ต้องแก้หรือทำใบเพิ่มเติมกันได้โดยตลอดไป เช่น ใน โฉนดที่ดินก็จะต้องแก้กาย เป็นนางหรือนางสาวตามไปด้วย ส่วนปริญญาบัตรและประกาศนียบัตรก็น่าจะต้องอาศัยหลักฐานไป แสดงประกอบ เช่นเดียวกับกรณีเปลี่ยนชื่อ หรือกรณีสมรสเปลี่ยนนามสกุลตามสามี เช่นนี้ก็อาศัย แสดงใบอนุญาตเปลี่ยนหรืออาศัยทะเบียนสมรสประกอบได้ฉับไ้ ในกรณีเปลี่ยนแปลงเพศก็ฉับนั้น ดูจะไม่เป็นเรื่องยุ่งยาก

<sup>๑๕</sup> เอื้อ บัวสว่าง ใน "หญิงทำชายเทียมหรือคนสองเพศ", หน้า 21-22.



ในด้านตรงกันข้าม หากมีการโต้แย้งสิทธิ เช่นนายอำเภอไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้เมื่อแปลงเพศแล้วก็ต้องฟ้องกันตะ เป็นคดีข้อพิพาทตั้งแต่ทำนายอำเภอ ผู้ว่าราชการจังหวัดแม้กระทั่งรัฐมนตรี เจ้ากระทรวงหรือปลัดกระทรวง ไปเลยก็เดียว ล้วนแต่เข้ามาซึ่งความยุ่งยากในเรื่องที่ไม่น่าจะยากหรือเกินความจำเป็น

ผู้เขียนใคร่จะเสนอเสียในโอกาสนี้ด้วยเลยก็เดียวว่า ในขณะที่ได้มีการแปลงเพศได้สำเร็จสมบูรณ์แล้ว ควรจะได้รับการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายหรือกฎกระทรวง เสียใหม่ ให้นายทะเบียนจัดการสอบสวนการแปลงเพศ และเมื่อได้ความแน่ชัดแล้วขออนุมัติกระทรวงแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ เช่นเดียวกับโฉนดที่ดินหรือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินอย่างอื่น เช่น ใบ ส.ค.1 หรือ น.ส.3 นั้น อาจมีผู้แย้งว่านั่นเป็นเรื่องทรัพย์สิน ไม่มีชีวิตจิตใจ แต่เป็นเรื่องคนมีลมหายใจ ก็อาจเรียนเสนอได้ว่าก็เมื่อเราถือว่า แพทย์เป็นอาชีพที่จะประกอบชีวิตแล้ว เหตุไฉนเราจะไม่ยอมรับรองการกระทำของแพทย์บ้างเล่า”

ดังนั้น จากหลักการดังกล่าวข้างต้น การที่นายทะเบียนหรือนายอำเภอไม่ยอมแก้ไขทะเบียนให้ดังกล่าวนี้ นอกจากนักนิติศาสตร์ท่านดังกล่าวแล้ว นักนิติศาสตร์ท่านอื่นยังมีความเห็นด้วยว่า การที่นายทะเบียนหรือนายอำเภอ ไม่ยอมแก้ไขทะเบียนให้อาจถือได้ว่าผู้ร้องถูกโต้แย้งสิทธิที่จะขอแก้ไขทะเบียน ดังนั้นกรณีเช่นนี้ผู้ร้องน่าจะเสนอคดีต่อศาล โดยฟ้องนายทะเบียนหรือนายอำเภอ แล้วแต่กรณีเป็นจำเลยต่อศาล โดยขอให้ศาลสั่งให้นายทะเบียนหรือนายอำเภอดังกล่าวแก้ไขทะเบียนเพศในทะเบียนให้โจทก์

อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลฎีกามีได้เพียงแต่พิพากษาขึ้น โดยยกคำร้องของผู้ร้องเฉย ๆ เท่านั้น ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยลงไปในเรื่องอื่นอีกว่ากฎหมายรับรองถือเอาเพศตามที่กำเนิดมา เมื่อผู้ร้องเกิดมาเป็นชายแม้จะผ่าตัดแล้ว ก็ยังไม่สามารถมีบุตรได้ ก็ไม่ใช่ดังตามความหมายในพจนานุกรม

ดังนั้น คดีนี้แม้ผู้ร้องจะเปลี่ยนวิธีการดำเนินคดีใหม่ โดยฟ้องนายทะเบียนหรือนายอำเภอดังกล่าวแล้ว ศาลก็คงต้องยกฟ้อง โดยไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการเปลี่ยนเพศทางกฎหมายได้<sup>๑๑</sup>

<sup>๑๑</sup> วัชรวิทย์ อึ้งประพันธ์, “นิติเวชศาสตร์ : ศาลฎีกาเสกการเปลี่ยนเพศทางกฎหมาย”,

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าในเมื่อทางปฏิบัติยังไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง  
ราชการทางทะเบียนต่าง ๆ ให้แก่บุคคลสองเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว แม้ว่านายทะเบียนจะมี  
อำนาจแก้ไขให้ได้ตามกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นก็ตาม กรณีจึงสมควรที่จะมีการออกกฎกระทรวง  
ออกตามความพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 ดังกล่าวเป็นพิเศษ เพื่อให้อำนาจแก่น  
นายทะเบียนในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องเพศ และข้อมูลอื่น ๆ ในทะเบียนต่าง ๆ ให้แก่บุคคล  
สองเพศ ที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วดังกล่าวได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางในการออกกฎกระทรวง  
ตรวจตัวกล่าวต่อไปในบทสรุปและข้อเสนอแนะ

จะเห็นได้ว่า トラบในที่นี้ยังไม่มีการออกกฎหมายหรือกฎกระทรวงมาเพื่อกำหนดโดยเฉพาะ  
การแก้ไขเพศในสุติบัตรจึงยังไม่อาจกระทำได้ในประเทศไทย เพศตามกฎหมายของบุคคลไม่ว่าจะ  
เป็นบุคคลสองเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม กฎหมายไทยถือเอาเพศตามที่บุคคลนั้นถือกำเนิด  
มา การผ่าตัดแปลงเพศไม่สามารถทำให้เพศตามกฎหมายของบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไปได้

## 5.2 กฎหมายต่างประเทศ

### 5.2.1 การเปลี่ยนชื่อตัว (Forename)

#### 5.2.1.1 อังกฤษ ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ สวีเดน

ในประเทศเหล่านี้ยอมให้มีการขอเปลี่ยนชื่อตัวที่ไม่สอดคล้องกับเพศของตนเป็นชื่อใหม่ได้ โดยไม่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ ในอังกฤษและไอร์แลนด์  
การขอเปลี่ยนชื่อตัว จะทำโดยกรอกแบบฟอร์มลงในเอกสารของทางราชการเท่านั้น ชื่อที่เปลี่ยน  
ใหม่จะใช้ได้ทันทีในทุกกรณี เช่น ทำหนังสือเดินทาง ทำใบขับขี่ยานพาหนะ ใช้ในการเสียภาษี  
เงินได้ และใช้ทำบัตรสุขภาพ<sup>๑๗</sup>

#### 5.2.1.2 เยอรมันตะวันตก

ในประเทศเยอรมันตะวันตก แต่เดิมนั้นบุคคลสองเพศสามารถเพิ่มชื่อตัวที่ใช้ได้ทั้งสองเพศลงกับชื่อเดิมได้อีกหนึ่งชื่อ และชื่อใหม่นี้เพียงชื่อเดียวจะนิมน์

<sup>๑๗</sup> Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexual in Western Europe", p.95.



ไว้ในบัตรประจำตัวประชาชน แต่ปัจจุบันมีกฎหมายยอมให้พวกหลงเพศขอเปลี่ยนชื่อใหม่ได้<sup>68</sup>  
ตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3

#### 5.2.1.3 ออสเตรีย ลุกเซมเบิร์ก โปรตุเกส สเปน

ประเทศในกลุ่มนี้ไม่อนุญาตให้บุคคลใช้ชื่อตัวที่ไม่สัมพันธ์กับ  
เพศของตน เคยมีชายสเปนผู้หนึ่งเป็นพวกหลงเพศว่าตนเป็นหญิง ได้ขอเปลี่ยนชื่อตัวเพื่อใช้ชื่อที่  
แสดงถึงเพศหญิง รัฐมนตรียุติธรรมสั่งไม่อนุญาต (เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2518) โดยให้  
เหตุผลว่าจะทำให้เกิดความสับสนในการพิจารณาเพศของบุคคล<sup>69</sup>

#### 5.2.1.4 สวีเดน

ในสวีเดนมีกฎหมายบัญญัติว่า ชื่อตัวของบุคคลต้อง  
สอดคล้องกับเพศตามกฎหมายด้วย ดังนั้นการขอเปลี่ยนชื่อตัวไปเป็นชื่อของเพศตรงข้าม จะทำได้  
ก็ต่อเมื่อต้องขอเปลี่ยนเพศตามกฎหมายพร้อมกันเสียด้วยซึ่งสามารถทำได้<sup>70</sup>

#### 5.2.1.5 ฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส มีกฎหมายซึ่งประกาศใช้ตั้งแต่วันที่  
12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2497 บัญญัติว่า บุคคลใดคำร้องขอต่อศาลอาจได้รับอนุญาตจากศาลให้  
เปลี่ยนชื่อตัวใหม่ได้ถ้าศาลเห็นว่ามิใช่เหตุผลสมควร ซึ่งก็เป็นเรื่องของดุลพินิจของศาล แต่อย่างไรก็ดี  
ศาลอุทธรณ์ปารีสได้วินิจฉัยเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2521 ว่าการยื่นคำร้องขอเปลี่ยนชื่อ  
ควรทำเพื่อที่จะบำบัดความทุกข์ทรมานทางใจอย่างสาหัส (serious psychological  
suffering) ซึ่งเนื่องมาจากชื่อตัวที่มีลักษณะเป็นหญิง ไม่สอดคล้องกับบัตรประจำตัวประชาชนที่  
ติดรูปที่มีลักษณะเป็นชาย<sup>71</sup>

#### 5.2.1.6 เบลเยียม

ในประเทศเบลเยียม ได้มีกฎหมายที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid., p.96.

พ.ศ. 2517 ยอมให้บุคคลยื่นคำร้องขอเปลี่ยนชื่อตัวได้ตามชื่ออ้างที่สมควร และเมื่อได้รับอนุญาตให้เปลี่ยนชื่อแล้ว ก็จะลงชื่อใหม่ไว้ในทะเบียนคนเกิด และสูติบัตรส่วนย่อ (short-form) ก็จะลงชื่อที่เปลี่ยนใหม่แทนชื่อเดิม แต่สูติบัตรฉบับเดิมซึ่งขอสำเนาที่ถูกต้อง ได้ยังไม่ยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงซึ่งวิธีการเช่นนี้ก็นับว่าเป็นประโยชน์กับพวกทลงเพศ แม้กระนั้นก็ยังไม่เป็นที่น่าพอใจในทัศนะของบุคคลเหล่านั้นอยู่ดี ศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Van Oosterwijck ดังกล่าวข้างต้นตอนหนึ่งมีความว่า "ถ้าผู้ร้องได้รับอนุญาตจากทางการให้เปลี่ยนชื่อตัวได้ตามกฎหมายของเบลเยียมที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2517 แล้ว บุคคลภายนอกย่อมจะสังเกตเห็นความแตกต่างระหว่างรูปร่างกับเพศตามกฎหมายของผู้ร้องได้ยาก แม้กระนั้นวิธีการเช่นนั้นก็ไม้อาจแก้ปัญหาให้กับผู้ร้อง ได้อย่างแท้จริงตามที่รัฐบาลเบลเยียมกล่าวอ้าง ผู้ร้องอาจเพียงได้รับการแก้ไขชื่อผิดพลาดที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ไม่ได้ส่วนหนึ่งเท่านั้น แต่ต้นเหตุที่แท้จริงของปัญหาไม่ได้รับการขจัดไปอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือรัฐบาลเบลเยียมยังไม่ยอมรับรองฐานะทางเพศที่เขาเป็นอยู่ อันเป็นผลต่อฐานะทางสังคมของเขาด้วย ศาลจึงเห็นพ้องด้วยกับผู้ร้องและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในประเด็นนี้"<sup>72</sup>

#### 5.2.1.7 สหรัฐอเมริกา

ในมลรัฐคอนเนตทิคัต อนุญาตให้บุคคลทลงเพศเปลี่ยนชื่อได้เพื่อให้ชื่อตรงกับเพศของเขาหลังการผ่าตัดของเขา<sup>73</sup> ตามกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ของมลรัฐคอนเนตทิคัต บัญญัติไว้ในมาตรา 52-11 ว่า "The superior court in each county shall have jurisdiction of all complaints praying for a change of name, brought by any person residing in the county, and may change the name of the complainant, who shall thereafter be known by the name prescribed by said court in its decree."<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.299.

<sup>74</sup> Ibid.



ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

"ศาลสูงในแต่ละมณฑลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาการร้องขอเปลี่ยนชื่อทุกรายการที่ได้รับการเสนอขึ้นมา ไม่ว่าโดยบุคคลใดที่อาศัยอยู่ในมณฑลนั้น และสามารถเปลี่ยนชื่อให้ผู้ร้องขอ ซึ่งหลังจากนั้นจะเป็นที่รู้จักกันในชื่อที่กำหนดโดยศาลดังกล่าวตามคำสั่งของศาล"

## 5.2.2 การเปลี่ยนสูติบัตร (Birth Records)

### 5.2.2.1 ประเทศที่ไม่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตร

#### 5.2.2.1.1 สหราชอาณาจักร

##### (1) อังกฤษ

กรณีที่จะมีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรได้ก็เฉพาะกรณีที่มีการแจ้งเพศผิดไปจากเพศในขณะที่เกิดเท่านั้น<sup>75</sup> และปัญหาเรื่องการเปลี่ยนสูติบัตรของบุคคลลงเพศก็ยังมีได้ปรากฏว่ามีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นในอังกฤษ<sup>76</sup>

##### (2) สก็อตแลนด์

ในคดี In re "X" ดังกล่าวข้างต้นคำขอเพื่อเปลี่ยนสูติบัตรและชื่อถูกปฏิเสธ<sup>77</sup> ดังนั้นในสก็อตแลนด์ การขอเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตรจึงไม่อาจกระทำได้

#### 5.2.2.1.2 แคนาดา

ในประเทศแคนาดาถือหลักเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ โดยจะยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการในสูติบัตรได้ก็ต่อเมื่อมีข้อผิดพลาดในขณะทำเอกสารนั้นเท่านั้น และไม่มียุติวิธีใดในแคนาดาที่มีบทบัญญัติสำหรับการเปลี่ยนแปลงสูติบัตร

<sup>75</sup>Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p.97.

<sup>76</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.992.

<sup>77</sup>Ibid., p.993.

หลังการผ่าตัดแปลงเพศ<sup>78</sup> เช่นตามพระราชบัญญัติสถิติของมลรัฐออนตาริโอ (Ontario's Vital Statistics Act) มาตรา 30 (2) ซึ่งบัญญัติว่า<sup>79</sup>

"If, while the registration of any birth, death or stillbirth is in the possession of a division registrar, it is reported to him that an error has been made in the registration, he shall inquire into the facts and if he is satisfied that an error has been made in the registration, he may correct the error according to the facts by a notation on the registration without any alteration being made in the registration."

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"หากในระหว่างการจดทะเบียนการเกิด การตาย เด็กเกิดแล้วตายของสำนักงานทะเบียน ปรากฏต่อนายทะเบียนว่า ได้มีข้อผิดพลาดเกิดขึ้น ในขณะที่จดทะเบียน นายทะเบียนสามารถสอบสวนข้อเท็จจริง และหากนายทะเบียนเห็นว่าข้อผิดพลาดนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการจดทะเบียน นายทะเบียนมีอำนาจแก้ไขข้อผิดพลาดดังกล่าวให้ถูกต้องตามข้อเท็จจริงนั้น โดยการเขียนการแก้ไขนั้นไว้ในทะเบียนดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงทะเบียนเดิม"

#### 5.2.2.1.3 อาเจนติน่า

เนื่องจากในประเทศอาเจนติน่าถือว่า การผ่าตัดแปลงเพศเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าบุคคลย่อมมีเพศตามกฎหมายตามเพศที่ถือกำเนิดมาดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นการเปลี่ยนรายการเรื่องเพศในสูติบัตรสำหรับบุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจึงไม่อาจทำได้ในประเทศนี้

<sup>78</sup>Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.304.

<sup>79</sup>Julius Hoenic, "The Legal Position of the Transsexual : Mostly Unsatisfactory Outside Sweden", p.321.



5.2.2.1.4 เนเธอร์แลนด์

ศาลสูงสุดได้พิพากษาเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2516 ว่า เพศตามที่ปรากฏในสูติบัตรนั้น อาจถูกแก้ไขได้ตามมีการผลิตผลจากเพศที่ปรากฏ ตามอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกของบุคคลในขณะที่เกิดเท่านั้น<sup>80</sup>

5.2.2.1.5 ไอร์แลนด์ เบลเยียม ฝรั่งเศส อิตาลี สเปนโปรตุเกส

ในประเทศกลุ่มนี้ ยังคงยึดหลักกฎหมายที่ยอมให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรได้ ก็เฉพาะกรณีที่มีการแจ้งเพศผิดไปจากเพศในขณะที่เกิดเท่านั้น<sup>81</sup> ยกเว้นเบลเยียมที่ยังไม่อาจสรุปได้อย่างแน่นอนว่า การเปลี่ยนเพศในสูติบัตรจะกระทำได้หรือไม่ เนื่องจากศาลบางแห่งก็อนุญาตให้มีการแก้ไขได้ แต่ศาลบางแห่งก็ไม่อนุญาตให้มีการแก้ไขเช่นกัน<sup>82</sup> ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

5.2.2.2 ประเทศที่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตร5.2.2.2.1 ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรได้(1) เยอรมันตะวันตก

ตามกฎหมาย Transsexuellengesetz ดังกล่าวนั้นยอมให้มีการเปลี่ยนเพศสำหรับบุคคลของเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นการแก้ไขเพศในสูติบัตรของบุคคลดังกล่าว ย่อมสามารถทำได้ตามกฎหมาย

<sup>80</sup> Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p.97.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

(2) สวีเดน

โดยนัยเดียวกันกับประเทศเยอรมันตะวันตก

ตามกฎหมาย The Swedish Act of 21 April 1972 ดังกล่าวมาข้างต้น บุคคลลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ย่อมขอให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพศในสูติบัตรได้

(3) สหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า ในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน

มี 25 มลรัฐที่ยอมให้มีการแก้ไขเพศในสูติบัตรสำหรับบุคคลลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้<sup>83</sup> ในที่นี้จะ ได้ยกตัวอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคดีที่เกี่ยวกับการร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพศในสูติบัตรของบุคคลดังกล่าว เพื่อประกอบการพิจารณา ดังต่อไปนี้

(ก) มลรัฐอิลลินอยส์

กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์<sup>84</sup> บัญญัติไว้ดังนี้

"New certificate of birth-

Prerequisites

(1) For the person born in this State, the State Registrar of Vital Statistics shall establish a new certificate of birth when he receives any of the following:

(d) An affidavit by a physician that he has performed an operation on a person, and that by reason of the operation the sex designation on such person's birth record should be changed. The State Registrar of Vital Statistics may make any investigation or require any further information he deems necessary."<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.301.

<sup>84</sup> Ill. Ann. Stat. ch 111.5 (1966) section 73-17.

<sup>85</sup> Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.302.



ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

“หลักฐานที่จำเป็นต้องมีในการขอสูติบัตรใหม่

(1) สำหรับบุคคลที่เกิดในรัฐนี้ นายทะเบียน

สถิติจะออกสูติบัตรใหม่ให้ เมื่อเขาได้รับหลักฐานดังต่อไปนี้:

(ง) หลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรจากแพทย์

ที่ระบุว่า เขาได้กระทำการผ่าตัดให้แกบุคคลนั้น และด้วยเหตุที่ได้มีการผ่าตัดดังกล่าวการระบุเพศของบุคคลดังกล่าวในสูติบัตรควรมีการเปลี่ยนแปลง นายทะเบียนสถิติซึ่งอาจกระทำการสืบสวนหรือขอข้อมูลเพิ่มเติมได้ตามที่เขาเห็นว่าจำเป็น”

ตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ดังกล่าว

กฎหมายอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรแก่บุคคลหลังเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ โดยกฎหมายเพียงแต่ต้องการหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรจากแพทย์ว่าเขาได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศให้กับบุคคลบุคคลหนึ่ง และด้วยเหตุผลที่ว่า ได้มีการผ่าตัดจึงควรมีการเปลี่ยนการระบุเพศในสูติบัตรของบุคคลนั้น<sup>๘๖</sup> และหลังจากที่มีการออกสูติบัตรใหม่แล้ว สูติบัตรเก่าจะถูกเก็บใส่ซองปิดผนึก และจะนำออกมาแสดง ได้ก็แต่เฉพาะ โดยคำสั่งศาลเท่านั้น<sup>๘๗</sup>

(ข) มลรัฐลุยเซียน่า

บทกฎหมายของมลรัฐลุยเซียน่ามีความซับซ้อน

ซึ้งยิ่งกว่าบทกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ดังกล่าวข้างต้นมาก<sup>๘๘</sup> โดยบทกฎหมายดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า<sup>๘๙</sup>

<sup>๘๖</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.995.

<sup>๘๗</sup>Ibid.

<sup>๘๘</sup>Ibid.

<sup>๘๙</sup>LA. Rev. Stat. Ann. (1971) section 40-336 (A).

"Any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudo hermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on the original birth certificate of the individual, may petition a court of competent jurisdiction .... to obtain a new certificate of birth."<sup>90</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"บุคคลที่เกิดในมลรัฐหลุยเซียน่า หากได้รับการวินิจฉัยว่า เป็นบุคคลหลงเพศหรือกะเทยเทียมและได้รับการผ่าตัดแปลงเพศหรือได้รับการศัลยกรรมเพื่อแก้ไขที่ทำให้โครงสร้างทางกายวิภาคทางเพศของบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไปกลายเป็นอีกเพศหนึ่ง ซึ่งต่างจากเพศที่ระบุไว้ในสูติบัตรเดิมของบุคคลนั้น บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ.....เพื่อขอสูติบัตรใหม่ได้"

นอกจากนี้แล้วกฎหมายยังกำหนดให้ศาลพิสูจน์

ว่า บุคคลนั้นเป็นบุคคลหลงเพศก่อนที่จะมีคำสั่งให้ออกสูติบัตรใหม่ด้วย<sup>91</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า

"The court shall require such proof as it deems necessary to be convinced that the petitioner was properly diagnosed as a transsexual or pseudo hermaphrodite, that sex reassignment or corrective surgery has been properly performed upon the petitioner, and that as a result of such surgery and subsequent medical treatment the anatomical structure of the sex of the

<sup>90</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.996.

<sup>91</sup>LA. Rev. Stat. Ann. (1971) section 40:336 (C).



petitioner has been changed to a sex other than that which is stated on the original birth certificate that which is stated on the original birth certificate of the petitioner. If the court shall find that the evidence sustains the required proof, the court shall render a judgment ordering the issuance of a new birth certificate changing the sex designated thereon from that shown upon the petitioner's original certificate of birth."<sup>92</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"ศาลต้องดำเนินการให้มีการวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องให้มั่นใจได้ว่า ผู้ยื่นคำร้องได้รับการวินิจฉัยอย่างถูกต้องว่าเป็นบุคคล หลงเพศหรือกะเทยเทียม มีการกระทำการศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศหรือเพื่อกำจัดไขอย่างถูกต้องให้ กับผู้ยื่นคำร้อง และผลจากการศัลยกรรมดังกล่าวและการบำบัดรักษาทางการแพทย์ในภายหลัง ทำให้โครงสร้างเชิงกายภาพของเพศของผู้ยื่นคำร้องเปลี่ยนไปเป็นอีกเพศหนึ่ง ซึ่งต่างจากที่ระบุไว้ในสูติบัตรเดิมของผู้ยื่นคำร้อง ถ้าศาลพบว่าหลักฐานสนับสนุนข้อวินิจฉัยที่กำหนด ศาลจะมีคำสั่งให้ ออกสูติบัตรใหม่ซึ่งเปลี่ยนการระบุเพศให้ต่าง ไปจากที่ระบุไว้ในสูติบัตรฉบับเดิม"

หลังจากมีการออกสูติบัตรใหม่โดยนายทะเบียน สถิติ (registrar of statistics) แล้ว สูติบัตรเดิม คำร้องและคำสั่งศาล จะถูกเก็บใส่ ช่องปิดผนึกและเก็บรวบรวมไว้ในตู้เอกสารของหน่วยงานที่เหมาะสม<sup>93</sup>

และตามกฎหมายดังกล่าว ได้มีบทบัญญัติต่อไปว่า<sup>94</sup>

<sup>92</sup>Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", pp.302-303.

<sup>93</sup>Ibid., p.303.

<sup>94</sup>LA. Rev. Stat. Ann. (1971) section 40:336 (D).

"This sealed package shall be opened only upon demand of the individual to whom the new certificate was issued, and then only by order of the court which rendered the judgment ordering the issuance of the new certificate."<sup>96</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"ซองปิดผนึกนี้จะเปิดได้ก็แต่เฉพาะตามความต้องการของบุคคลผู้ได้รับสูติบัตรใหม่ไป และเฉพาะตามคำสั่งของศาลที่ออกคำสั่งให้มีการออกสูติบัตรใหม่เท่านั้น"

จากกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ ศาลของมลรัฐทลุษเซีย นำกำหนดการสืบสวนในการตัดสินว่าจะออกสูติบัตรใหม่ให้หรือไม่ไว้ 3 ประการคือ การวินิจฉัยอย่างถูกต้อง (proper diagnosis), การบำบัดรักษาอย่างถูกต้อง (proper treatment) และการเปลี่ยนแปลงเชิงกายวิภาคที่สมบูรณ์ (successful anatomical alteration) มาตรฐานการพิสูจน์ข้อสืบสวนแต่ละข้อขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล สูติบัตรใหม่จึงไม่น่าจะได้รับอนุญาตให้ออกในกรณีพื้นฐาน ไม่เพียงพอหรือเป็นที่น่าสงสัย การเน้นของกฎหมายมลรัฐทลุษเซียถึงอำนาจของศาลในเรื่องดังกล่าว ถูกย้ำให้เห็นชัดเจน ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดซองเอกสารที่ปิดผนึก ซึ่งทำให้ความสำคัญในการสืบสวนและมาตรฐานในการพิสูจน์ขึ้นอยู่กับศาล<sup>96</sup>

(ค) มลรัฐอาร์โซน่า

กฎหมายของมลรัฐอาร์โซน่า<sup>97</sup> มีข้อกำหนดโดยเฉพาะสำหรับการเปลี่ยนแปลงสูติบัตรสำหรับบุคคลแปลงเพศ มลรัฐอาร์โซน่าดำเนินการตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ในการให้อำนาจเริ่มแรกแก่แพทย์ในอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม

<sup>96</sup>Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.303.

<sup>98</sup>Ibid.

<sup>97</sup>Ariz. Rev. Stat. Ann. (1974) section 36-326.



และให้อำนาจการตัดสินใจสุดท้ายแก่เจ้าหน้าที่ด้านบริหาร

กฎหมายของมลรัฐอาร์ิโซนาดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า

"A. The state registrar shall establish a new certificate of birth for a person born in this state when he receives any of the following:

.....

4. A sworn statement from a licensed physician in good standing that he has performed a surgical operation or a chromosomal count on a person and that by reason of this operation or count the sex of the person has been established as different from that in the original document. The state registrar may reserve the right to require further proof if deemed necessary, or to seek independent professional evaluation of the evidence offered before creating a new certificate."<sup>๑๖</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

" ก. นายทะเบียนของมลรัฐจะพิจารณาออกสูติบัตรใหม่ให้กับบุคคลที่เกิดในมลรัฐนี้ได้ เมื่อปรากฏหลักฐานดังต่อไปนี้

.....

4. คำรับรองที่ได้มีการสาบานแล้วของแพทย์ผู้มีใบอนุญาตว่า เขาได้ทำการผ่าตัดหรือฉีดยาโครโมโซมของบุคคลหนึ่งบุคคลใดแล้ว และจากการผ่าตัดหรือฉีดยาโครโมโซมดังกล่าว ทำให้เพศของบุคคลนั้นแตกต่างไปจากที่ปรากฏอยู่ในสูติบัตรฉบับเดิม นายทะเบียนของมลรัฐมีสิทธิที่จะเรียกให้มีการพิสูจน์เพิ่มเติมได้ ถ้าจำเป็นหรือให้มีการประเมินหลักฐานที่ได้รับ โดยผู้ทรงคุณวุฒิก่อนที่จะออกสูติบัตรฉบับใหม่"

<sup>๑๖</sup>Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", pp.304-305.

จากกฎหมายดังกล่าว มลรัฐอาร์ิโซน่ายอมให้การนับ โคร โชม เป็นเกณฑ์เพียงพอในทางกฎหมายสำหรับการเปลี่ยนเพศในสูติบัตร การรวมข้อนี้ไว้ในกฎหมายจึงสามารถขยายไปถึงบุคคลที่ไม่ใช่บุคคลสองเพศแต่ได้เปลี่ยนเพศของตนไปตามการบ่งชี้ของ โคร โชม ด้วย และกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่นายทะเบียนของมลรัฐในการใช้ดุลพินิจอย่างมาก<sup>๑๑</sup>

(ง) มลรัฐคอนเนตทิคัต

กฎหมายของมลรัฐคอนเนตทิคัต<sup>๑๐๐</sup> บัญญัติไว้ว่า  
 "He (registrar of vital statistics) shall amend or correct such certificates (birth records) and the records thereof whenever he discovers errors upon the face thereof, and shall insert or supply therein omissions of facts existing at the time of the recording of such certificates...."<sup>๑๐๑</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า  
 "นายทะเบียนสถิติชีพจะแก้ไขสูติบัตรและทะเบียนดังกล่าวได้ เมื่อนายทะเบียนพบข้อผิดพลาดบนเอกสารเหล่านั้น และจะแจ้งถึงการละเลยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในขณะที่มีการบันทึกรายละเอียดในสูติบัตรนั้น....."

จากการตีความของนักนิติศาสตร์ในสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้สามารถตีความครอบคลุมไปถึงการแก้ไขเพศของบุคคลสองเพศได้ด้วย<sup>๑๐๒</sup>

<sup>๑๑</sup> Ibid., p.304.

<sup>๑๐๐</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. (1973) section 7-42.

<sup>๑๐๑</sup> Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p. 305.

<sup>๑๐๒</sup> Ibid.



นอกจากนี้ ไนเมอร์รัฐคอนเนตทิคัต เคยมิคดี  
เกี่ยวกับการขอเปลี่ยนเพศในสูติบัตรของบุคคลลงเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วด้วย คือคดี Darnell  
V. Lloyd

คดี Darnell V. Lloyd<sup>103</sup>

โจทก์กล่าวหาว่าสิทธิของโจทก์ที่จะได้รับการ  
คุ้มครองโดยเท่าเทียมกัน (right to equal protection) ถูกละเมิดโดยการปฏิเสธของ  
คณะกรรมการสุขภาพคอนเนตทิคัต (Connecticut Commissioner of Health) ไม่แก้ไข  
สูติบัตรของโจทก์จาก "ชาย" เป็น "หญิง" ในขณะที่ผู้ร้องขอให้มีการแก้ไขสูติบัตรคนอื่นได้รับการ  
อนุญาต โจทก์ได้ดำเนินการฟ้องร้อง และคณะกรรมการฯ ถูกขอให้แสดงผลประโยชน์อย่างเด่นชัดที่  
จะได้กับรัฐที่พวกเขาอ้างเป็นเหตุผลของนโยบายในการปฏิเสธการแก้ไขสูติบัตร เพื่อแสดงเพศ  
ปัจจุบันของบุคคลลงเพศ (หลังจากที่ได้รับการคัดลอกแปลงเพศแล้ว) คณะกรรมการฯ ไม่สามารถ  
แสดงให้เห็นผลประโยชน์ดังกล่าวได้ ในทางกลับกันโจทก์สามารถแสดงผลประโยชน์พื้นฐานที่จะได้  
รับจากการแก้ไขสูติบัตรได้ เช่น การแต่งงาน การเดินทาง สิทธิแห่งความเป็นส่วนตัว การตกลง  
กันนอกศาลทำให้การขัดแย้งยุติลง คณะกรรมการฯ ยอมรับกระบวนการใหม่ที่ให้บุคคลลงเพศ  
สามารถแก้ไขการระบุเพศในสูติบัตรได้ ถ้ามีการเสนอหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรจากจิตแพทย์  
และศัลยแพทย์ให้การเกี่ยวกับสภาพจิตใจของบุคคลนั้น และพิสูจน์ได้ว่าเขาได้รับการคัดลอกแปลง  
แปลงเพศแล้ว

(จ) มลรัฐมินเนโซต้า

กฎหมายของมลรัฐมินเนโซต้า<sup>104</sup> บัญญัติไว้ว่า

"[a] birth certificate of a  
person born in this state ..... may be ..... amended ..... upon  
submitting such proof as shall be required by the [State Board of

<sup>103</sup> 395 F. Supp. 1210 (D. Conn. 1975).

<sup>104</sup> Minn. Stat. Ann. (1970) section 144. 171-172 (3)

Health] .....

.....

.....Certificates ..... which have been altered after being filed with the state registrar shall contain .... the date of the alteration and be marked ..... "altered."

..... All alterations made on birth ..... records shall be in red ink.

..... A summary statement of the evidence submitted in support of the acceptance for ..... alteration shall be endorsed on the certificate."<sup>105</sup>

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทย ได้ว่า

"สูติบัตรของบุคคลที่เกิด ในมลรัฐนี้.....

อาจจะ.....แก้ไขเพิ่มเติมได้.....ด้วยการเสนอข้อพิสูจน์ตามที่คณะกรรมการสุขภาพของมลรัฐกำหนด.....

.....สูติบัตร.....ที่ได้รับการเปลี่ยนแปลง

แปลงแก้ไข หลังจากถูกเก็บรวบรวมไว้ที่นายทะเบียนของมลรัฐ ต้องระบุ.....วันที่ของการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและทำเครื่องหมายว่า.... "เปลี่ยนแปลงแก้ไข".....การเปลี่ยนแปลงแก้ไขทั้งหมด ในสูติบัตรต้องเขียนด้วยหมึกสีแดง

.....ข้อความสรุปของหลักฐานที่เสนอเพื่อ

สนับสนุนการยอมรับให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขต้องบันทึกไว้ในสูติบัตรด้วย"

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องนำไปเปรียบเทียบกับ

ทางปฏิบัติของคณะกรรมการสุขภาพ ซึ่งคณะศิษย์แพทย์แห่งมหาวิทยาลัยมิเนซิสโซต้าได้อ้างอิง

ไว้ กล่าวคือ ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงชื่ออย่างถูกต้องตามกฎหมาย (โดยคำสั่งศาล) หมายของบุคคล

<sup>105</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.997.



หลงเพี้ยนคำร้องต่อคณะกรรมการสุขภาพของมลรัฐที่ขอเปลี่ยนแปลงสูติบัตร สำหรับผู้ป่วยที่  
เกิดในมลรัฐมิเนโซต้า เราได้ร่วมกับคณะกรรมการสุขภาพของมลรัฐดำเนินการออกสูติบัตรที่  
ระบุชื่อใหม่ได้ และจะมีเลขรหัสของสูติบัตรที่บ่งชี้ว่ามีสูติบัตรฉบับเดิมก่อนหน้าอยู่ด้วย แต่สูติบัตร  
ฉบับเดิมจะถูกนำมาแสดง ได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งศาลเท่านั้น<sup>106</sup>

#### 5.2.2.2.2 ประเทศที่อนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตรได้

แม่ไม่มีกฎหมายอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร

##### (1) สหรัฐอเมริกา

ในมลรัฐออเรกอน ไม่มีกฎหมายเป็นพิเศษ  
อนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศในสูติบัตร แต่ในมลรัฐมีการแก้ไขสูติบัตรได้ โดยคำสั่งศาล ในคดี  
K. V. Health Div., Dep't of Human Resources ศาลมีคำสั่งให้แก้ไขสูติบัตรให้กับผู้ร้อง  
คดี K. V. Health Div., Dep't of  
Human Resources<sup>107</sup>

ศาลตัดสินว่า Circuit Court มีอำนาจ  
สั่งให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสูติบัตรตามคำร้องขอของผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ ศาล  
พิพากษาว่า "วัตถุประสงค์ของสูติบัตร คือเพื่อแสดงข้อมูลตามที่กฎหมายต้องการอย่างถูกต้อง"  
(the purpose of a birth certificate is to accurately set forth the  
information which by law it is required to contain.) และกองสุขภาพมิได้โต้-  
แย้งว่า สูติบัตรปัจจุบันของผู้ร้องถูกต้องไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเกี่ยวกับชื่อหรือเพศ ศาลพิพากษาให้มี  
การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสูติบัตรหลังจากการไต่สวนคดีและหลังจากให้การยอมรับหนังสือจากหัตถแพทย์  
แห่งศูนย์วิทยาศาสตร์สุขภาพออเรกอน (Oregon Health Sciences Center) ที่แจ้งว่า การ  
ผ่าตัดแปลงเพศได้กระทำเสร็จสมบูรณ์แล้วด้วยผลอันเป็นที่พอใจ

##### (2) นอร์เวย์ สวีเดน และแคนาดา

แม่ไม่มีกฎหมายพิเศษ แต่การขอเปลี่ยนเพศ

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", pp. 195-196.

ในสวิตเซอร์แลนด์ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ในทางปฏิบัติกลับได้รับการยอมรับให้ทำได้<sup>108</sup>

### (3) แอฟริกาใต้

มีการอนุญาตให้ออกสวิตเซอร์ใหม่ในแอฟริกา

ใต้ เมื่อบุคคลแปลงเพศได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว<sup>109</sup>

#### 5.2.3 การเปลี่ยนแปลงเอกสารอื่น ๆ

เมื่อบุคคลแปลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้รับสวิตเซอร์ใหม่ บุคคลนั้นก็สามารถใช้สวิตเซอร์ใหม่นั้นเป็นหลักฐานในการขอเปลี่ยนแปลงเอกสารแสดงตนประเภทอื่น ๆ ได้โดยง่าย<sup>110</sup> ในสหรัฐอเมริกา บุคคลเหล่านี้สามารถนำสวิตเซอร์ใหม่ไปเปลี่ยนแปลงเพศในหนังสือเดินทาง (passport) จากสำนักงานหนังสือเดินทางของรัฐ (The Passport Office of the State Department) โดยการจัดทำหนังสือเดินทางตามชื่อและเพศตามกฎหมายที่ระบุไว้ในสวิตเซอร์หรือในคำนิยามของศาล การเปลี่ยนชื่อในบันทึกประวัติการประกันสังคม (social security) กระทำได้โดย การกรอกแบบฟอร์มธรรมดา ใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ (driver's licenses) และใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพ (occupational licenses) มักได้รับการแก้ไขโดยไม่มีข้อคัดค้าน<sup>111</sup>

จะเห็นได้ว่า เอกสารแต่ละชิ้นที่เป็นหลักฐานในการแสดงตัวใหม่ของบุคคลแปลงเพศที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว จะทำให้เป็นการเน้นหลักฐานการนิยมนั้นที่จำเป็นเพื่อให้เอกสารชิ้นต่อไปได้รับการแก้ไข ซึ่งเอกสารเหล่านี้ช่วยเพิ่มความเชื่อมั่นให้กับบุคคลแปลงเพศว่าเขาจะสามารถดำรงชีวิตที่กลมกลืนกับสังคมได้อย่างสมบูรณ์ต่อไป<sup>112</sup>

<sup>108</sup>Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p.97.

<sup>109</sup>Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.994.

<sup>110</sup>Ibid., p.1000.

<sup>111</sup>Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p.196.

<sup>112</sup>Ibid.