



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในการทำการผ่าตัดแปลงเพศตามกฎหมายต่างประเทศและความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลแปลงเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

1. ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับการผ่าตัดแปลงเพศนั้นตามกฎหมายต่างประเทศบางประเทศก็ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดทางอาญา บางประเทศก็เห็นว่าการกระทำเช่นนั้นแพทย์ทามีความผิดทางอาญา แต่ประการใดไม่ ดังจะไดกล่าวถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1 สหราชอาณาจักร

ในสหราชอาณาจักรทุกวันนี้ ทั้ง ในอังกฤษและสกอตแลนด์ ยัง ไม่มีแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศคนใดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมาย¹

1.1.1 อังกฤษ

ในอังกฤษจะไม่ซื้อข้อขัดข้องทางกฎหมายใด ๆ เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ เพราะถือว่าเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษา ซึ่งขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของผู้ป่วยและแพทย์ที่จะทำการผ่าตัดเท่านั้น² แต่อย่างไรก็ดี หากปราศจากการแสดงถึงการบ่งชี้ในเชิงการบำบัดรักษาโรคที่ได้รับการรับรอง (recognised therapeutic indication) สำหรับการ

¹David W. Meyer, The Human Body and the Law (Edinburgh : Ediburgh University Press, 1970), pp. 52-53.

²Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", pp. 94-95.

ศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว การให้คำยินยอมของผู้ป่วยจะถือว่าเป็นโมฆะ การผ่าตัดดังกล่าวจะเป็นการละเมิดต่อร่างกายที่ร้ายแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful physical invasion) และถือว่าเป็นอันตรายต่อบุคคลลงเพศเอง³

จากหลักการกระทำการผ่าตัดเพื่อเป็นการบำบัดรักษาโรคดังกล่าว ผู้พิพากษา Ormrod ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในข้อวินิจฉัยในคดี Corbett v. Corbett (หรือ Ashley) ว่า⁴

".....if they are undertaken for genuine therapeutic purposes, it is a matter for the decision of the patient and the doctors concerned in his case....."⁵

".....ถ้าการผ่าตัดแปลงเพศเหล่านั้นกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคอย่างแท้จริง ก็เป็นเรื่องของการตัดสินใจของผู้ป่วยและแพทย์ที่เกี่ยวข้องในกรณีของผู้ป่วยคนนั้น....."

และนอกจากนี้ การตัดสินใจด้านการบริหารที่เป็นการสนับสนุนความถูกต้องตามกฎหมายของการศัลยกรรมนี้ ปรากฏขึ้นนับตั้งแต่ที่แผนการประกันสุขภาพแห่งชาติ (Britain's National Health Insurance Plan) ยอมเสียค่าใช้จ่ายให้กับการผ่าตัดประเภทนี้⁶

³David W. Meyer, The Human Body and the Law, p. 54.

⁴Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 986.

⁵Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 545.

⁶Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 986.

1.1.2 สก็อตแลนด์

ในสก็อตแลนด์สถานการณ์ทางกฎหมายของแพทย์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำการผ่าตัดแปลงเพศยังคงคลุมเครือและไม่แน่นอนอยู่⁷ ศาสตราจารย์ Smith แห่ง High court of Judiciary กล่าวไว้เป็นทำนองว่า การทำศัลยกรรมดังกล่าวแพทย์ควรมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยกล่าวว่า ".....could rarely be justified by our law - if the organs were healthy and their removal would only contribute to psychological adjustment"⁸ ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า ".....แพทย์จะไม่สามารถให้เหตุผลได้ด้วยกฎหมายของเรา - ถ้าอวัยวะนั้นสมบูรณ์และการตัดอวัยวะนั้นออกเพียงเพื่อช่วยในการปรับเชิงจิตใจเท่านั้น"

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อควรระวังไว้ว่า แพทย์ซึ่งทำการผ่าตัดตามมาตรฐานด้วยความจริงใจ จะได้รับอำนาจให้มิตุผลวินิจฉัยอย่างกว้างขวางภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ดังที่ Dr. Gordon กล่าวไว้ว่า⁹ "In practice, however, there is a very wide umbrella which covers all surgical operations performed by recognised doctors in accordance with accepted medical procedures....."

The only exception in practice to the operation afforded to surgical operation is where the operation itself illegal and the only example of such an operation which so far been considered by the common law is abortion"

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

"อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีระเบียบกฎหมายที่จำนวนมากที่ควบคุมการผ่าตัดเชิงศัลยกรรมที่กระทำโดยแพทย์ที่ได้รับการรับรองให้สอดคล้องกับกระบวนการทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่ยอมรับ....."

⁷David W. Meyer, The Human Body and the Law, p. 57.

⁸Ibid., p. 56.

⁹Ibid., pp. 56-57.

ข้อยกเว้นเพียงประการเดียวในทางปฏิบัติสำหรับการคุ้มครองที่สามารถให้ ได้กับการผ่าตัดเชิงศัลยกรรมคือ ในกรณีที่มีการผ่าตัดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และตัวอย่างเพียงประการเดียวของการผ่าตัดดังกล่าวซึ่งได้รับการพิจารณาตลอดมาว่า ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจารีตประเพณีคือ การทำแท้ง”

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในสภกอตแลนตันยังมีความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ยังไม่สอดคล้องกันในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในการทำการผ่าตัดแปลงเพศ

1.2 สหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันอยู่ในระบบกฎหมายของแต่ละมลรัฐ บางมลรัฐก็ถือว่าการทำการผ่าตัดแปลงเพศแพทย์มีความรับผิดชอบทางอาญา และในขณะเดียวกัน บางมลรัฐก็ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แพทย์ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา

ในบางมลรัฐแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศอาจมีความผิดฐานทำให้ทุพพลภาพ (Mayhem)¹⁰ ได้ เช่น ในมลรัฐคอนเนคติกัตมีกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁰ความผิดฐานทำให้ทุพพลภาพ (Mayhem หรือ Maim หรือ Maiming) นี้ แต่เดิมเป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ Blackstone กล่าวว่า “ความผิดฐานทำให้ทุพพลภาพ หมายถึง การทำให้อวัยวะหรือส่วนใด ๆ ของร่างกายผู้อื่นต้องสูญเสียไป หรือทำให้บุคคลอื่นหมดความสามารถในการป้องกันตนเองหรือรบกวนศัตรูหรือต่อสู้กับศัตรู” (Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law (St. Paul, Minnesota : West Publishing Company, 1972), p. 614.) ในปัจจุบันนี้ความผิดฐานนี้ได้พัฒนาและตีความออกไปกว้างขวางกว่าเดิมโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร การทำให้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายไม่ว่าจะเป็นตา จมูก หูหรือแขนขา ต้องสูญเสียไปหรือการนำเอาอวัยวะเพศและต่อมเพศของบุคคลอื่นออกไปจากร่างกายก็เป็นความผิดฐานทำให้ทุพพลภาพนี้ได้ (Arnold H. Loewy, Criminal Law in a Nut Shell (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1975), pp. 58-59.) และการนำเอาอวัยวะเพศออกไปจากร่างกายดังกล่าวนี้ ถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรง (felony) ในหลาย ๆ มลรัฐของสหรัฐอเมริกา (Justin Miller, Criminal Law, P. 290.)

“บุคคลมีความผิดฐานประทุษร้ายในระดับที่หนึ่ง เมื่อ.....(2) มีเจตนาทำให้บุคคลอื่นเสียโฉมอย่างร้ายแรงและอย่างถาวร หรือทำลาย ตัด หรือทำให้อวัยวะของร่างกายผู้อื่นทุพพลภาพ หรือทำให้เกิดการบาดเจ็บดังกล่าวต่อบุคคลอื่นหรือต่อบุคคลที่สาม.....” ([a] person is guilty of assault in the first degree when :(2) with intent to disfigure another person seriously and permanently, or to destroy, amputate or disable permanently a member or organ of his body, he causes such injury to such person or to a third person.....)¹¹

แต่อย่างไรก็ดี ในสหรัฐอเมริกาที่ยังไม่มีรายงานว่ามีแพทย์ถูกลงโทษเนื่องจากกระทำผิดทางอาญาดังกล่าว¹²

และในทางตรงกันข้าม บางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาก็ถือว่า การผ่าตัดแปลงเพศ เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่นผู้พิพากษา James K. Cullen แห่งบัลติมอร์ ได้ออกคำสั่งอนุญาตให้กระทำการศัลยกรรมแก่เด็กหนุ่มอายุ 17 ปีผู้หนึ่ง เด็กหนุ่มผู้ี้ถูกนำมายังโรงพยาบาลจอห์น ฮอปกินส์เป็นครั้งแรกเพราะพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติในโรงเรียน พ.ศ. 2504 เขาถูกจับกุมในข้อหาเมาสุราในขณะนั้นเขาใช้ปืนลั่น ต่อมาเขาถูกจับกุมอีกในข้อหาขโมยเสื้อผ้าและกระเป๋าสตางค์ของสตรี พ.ศ. 2507 เด็กหนุ่มผู้ี้ถูกจับอีกครั้งหนึ่งในข้อหาขโมยวิกผมของสตรี เขาได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโรคหลงเพศ และเขาได้ร้องขอการศัลยกรรมด้วยตนเอง ผู้พิพากษา Cullen ออกคำสั่งดังกล่าวด้วยการสนับสนุนจากเจ้าหน้าที่ควบคุมความประพฤติของเด็กหนุ่มผู้ี้¹³ และศาลได้ยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาให้กับศัลยแพทย์ด้วย¹⁴

¹¹Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p. 295.

¹²Ibid.

¹³Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 988.

¹⁴David W. Meyer, The Human Body and the Law, p. 61.

นอกจากนี้ในมลรัฐลุยเซียน่า และอิลลินอยส์ มีบทบัญญัติอนุญาตให้มีการเปลี่ยน
 สติบัตรได้ สำหรับผู้ที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐทั้งสองคงจะไม่ตรา
 กฎหมายเช่นนี้หากเห็นว่าการศัลยกรรมไม่ถูกต้องตามกฎหมาย¹⁵

1.3 แคนาดา

ในแคนาดา การผ่าตัดแปลงเพศเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าการตรวจทาง
 การแพทย์อย่างละเอียดบ่งชี้ว่า การศัลยกรรมคือ วิธีการรักษาซึ่งกระทำด้วยความสุจริตและด้วย
 ความชำนาญเพียงพอ แม้จะไม่มีคดีของแคนาดาเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ก็มีกระแสข่าวว่าการศัลยกรรม
 แปลงเพศควรถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้มาตรา 45 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา ในกรณี
 ที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลหลงเพศนั้นมีความทุกข์ทางจิตใจอย่างหนักและการศัลยกรรมจะ
 ช่วยเขาได้¹⁶

มาตรา 45 ดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า

"ทุกคนได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำการผ่าตัดเชิง
 ศัลยกรรมแก่บุคคลใดก็ตาม เมื่อประโยชน์ของบุคคลนั้น ถ้า :

- (ก) การผ่าตัดกระทำด้วยความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควร และ
- (ข) มีเหตุผลสมควรที่จะกระทำการผ่าตัด เมื่อพิจารณาจากสถานะทางสุขภาพ
 ของบุคคลนั้น ในขณะที่กระทำการผ่าตัด และจากสถานการณ์แวดล้อมทั้งหมดของกรณีนั้น"

(Everyone is protected from criminal responsibility for
 performing a surgical operation upon any person for the benefit of
 that person if :

- (a) the operation is performed with reasonable care and
 skill, and

¹⁵Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex
 Reassignment Surgery, and the Law", p. 988.

¹⁶Ibid., p. 985.

(b) it is reasonable to perform the operation having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.)¹⁷

นอกจากนี้ David W. Meyer กล่าวต่อไปว่า ปกติแล้วการทำศัลยกรรมแปลงเพศเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในแคนาดา (Canadian Medical Profession) แต่ในกรณีที่ความกดดันทางจิตวิทยาและทางจิตใจเนื่องจากการเบี่ยงเบนทางเพศมีมากจนอาจทำให้บุคคลนั้นฆ่าตัวตักให้กับตัวเองหรือฆ่าตัวตาย การศัลยกรรมแปลงเพศก็ควรได้รับการรับรองว่า "ถูกต้องตามกฎหมาย" ตามมาตรา 45 ที่กำหนดว่า "เมื่อประโยชน์" ต่อผู้ป่วยโดยที่ผู้ป่วยมิได้รับรองแพทย์และคำยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนการผ่าตัด¹⁸

1.4 อาเจนติน่า

มีเพียงคดีเดียวที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความถูกต้องตามกฎหมายของ "ศัลยกรรมแปลงเพศ" ที่มีคำยินยอมของผู้ป่วย จากนิตยสาร Argentine ซึ่งเป็นความคิดเห็นของ Fiscal de Camara ที่ได้รับการยืนยันโดย Poder Judicial de la Nacion คือ คดี Ricardo San Martin

คดี Ricardo San Martin

คดีนี้เป็นคดีที่ฟ้อง Dr. Ricardo San Martin ในข้อหาทำร้ายร่างกาย (Criminal assault) เนื่องจากการที่แพทย์ผู้กระทำความผิดให้แก่วัยรุ่นหนึ่ง โดยการดองและตัดองคชาตและอวัยวะ

ในคดีนี้เมื่อแท้จริงว่า Dr. Ricardo San Martin ผ่าตัดเพื่อตัดองคชาตและอวัยวะของผู้ป่วยชื่อ Fábregas ออก และเปิดช่องคลอดเทียม (pseudo-vulva) ไว้ ศาลพบว่าอายุสมองของผู้ป่วยเท่ากับเด็กอายุ 12 ปี ศาลจึงปฏิเสธที่จะพิจารณาถึงความยินยอมต่อการ

¹⁷David W. Meyer, The Human Body and the Law, p. 59-60.

¹⁸Ibid., p. 60.

ศัลยกรรมของผู้ป่วย และตัดสินลงโทษจำเลย¹⁹

ตามความเห็นของ Fiscal de Camara แสดงไว้อย่างแรงและตรงว่า "ไม่มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ในการตัดต่อศสชาติที่สมบูรณ์ออกจากร่างกายของชายที่มีสุขภาพทางกายสมบูรณ์ ไม่มีเหตุผลทางสุนทรียศาสตร์ (aesthetic) ไม่ใช่การทำให้เกิดผลประโยชน์ทางสังคมวิทยาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีความสมบูรณ์ขึ้น และมีใช้ความต้องการที่จะสามารถเป็นเหตุผลสำหรับการตัดอวัยวะดังกล่าวได้ ประสบการณ์ของแพทย์ผู้ทรงคุณวุฒิ การใช้เครื่องมือและเทคนิคที่เหมาะสมในการผ่าตัด ไม่พอเพียงที่จะลงล่างข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้เกิดการบาดเจ็บทางร่างกายอย่างร้ายแรง ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินอาชญากรรมได้"²⁰

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ปรากฏว่าปัญหาเรื่องความถูกต้องตามกฎหมายของคำยินยอมของผู้ป่วยมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจว่า Dr. San Martin มีความผิด ศาลปฏิเสธการแก้ข้อกล่าวหาที่ว่าเขาได้รับการคุ้มครองจากคำยินยอมของผู้ป่วย โดยศาลชี้ให้เห็นข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ป่วยมี "จิตวิปลาส" (perverted mind) โดยมีอายุสมองเพียง 12 ปี ซึ่งมีผลให้ผู้ป่วยนั้นไม่มี "สิทธิตามกฎหมาย" ที่จะจัดการเปลี่ยนแปลงร่างกายของเขา ส่วนปัญหาที่ว่าบุคคลที่มีสติปัญญาปกติจะมีสิทธิตามกฎหมายในการจัดการเปลี่ยนแปลงร่างกายของเขาหรือไม่ ศาลชั้นต้นและไว้โดยมิได้ให้คำตอบ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อ Poder Judicial de la Nacion คำยินยอมของผู้ป่วยได้รับการพิจารณาว่า มิได้ให้ความคุ้มครองต่ออาชญากรรมของการทำร้ายร่างกายด้วยการศัลยกรรม โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะด้านสติปัญญาของผู้ให้คำยินยอม การศัลยกรรมดังกล่าวไม่สามารถมีคำยินยอมใดที่จะทำให้เกิดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ศาลสูงนี้ระบุว่า

"คำยินยอมของผู้รับเคราะห์มิได้ข้อป้องกันการศัลยกรรมที่ทำให้เกิดการบาดเจ็บแก่ร่างกายอย่างร้ายแรง และเมื่อพิจารณาถึงผลสืบเนื่องที่จะเกิดขึ้นภายหลังแล้ว สังคมไม่สามารถยอมรับคำรับรองของผู้รับเคราะห์ซึ่งศาลแห่งนี้เป็นผู้คุ้มครองผลประโยชน์ของเขาได้ ศาลไม่สามารถยอมรับได้ว่า แพทย์ผู้ยอมรับคำยินยอมนี้จะละ เลยข้อเท็จจริงที่ว่า คำยินยอมของผู้รับเคราะห์

¹⁹Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 979.

²⁰David W. Meyer, The Human Body and the Law, p. 63.

ไม่อาจจะถูกต้องตามกฎหมายได้ เพราะการไร้ความสามารถทางสมองของผู้รับเคราะห์ ซึ่งความต้องการทางเพศที่วิปริตของเขาบิดเบือนความสำคัญและขอบเขตที่แท้จริงของการผ่าตัด แม้ในกรณีที่ได้ผลดีที่สุดก็ตาม Fábregas ไม่สามารถจะเปลี่ยนร่างกายของเขาให้กลายเป็นหญิงได้ ความแตกต่างระหว่างร่างกายและจิตใจไม่สามารถซ่อมเสริมได้ด้วยวิธีการนี้ แม้ว่าในเชิงจิตวิทยาจะเป็นไปได้ที่การผ่าตัดจะช่วยบรรเทาความต้องการของ Fábregas ได้อย่างแท้จริง แต่การแก้ไขที่ไม่สมบูรณ์และมีข้อจำกัดดังกล่าวก็ไม่อาจถือเป็นเหตุผลสำหรับการบาดเจ็บทางร่างกายที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากความเกี่ยวข้องในเชิงสังคมและศีลธรรมแล้ว"²¹

การตัดสินคดีนี้มีเหตุผลสำคัญในเรื่องที่เกี่ยวกับคำยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางสมอง แต่ความมีศีลธรรมที่แย้งอยู่ในการตัดสินนี้ ทำให้เกิดความสงสัยถึงความถูกต้องตามกฎหมายของการค้นหาข้อเท็จจริงนี้ ศาลพบว่า การกระทำของ Dr. San Martin ผู้ซึ่งขาดความมีศีลธรรม ศาลกล่าวว่า

"ลักษณะความเป็นอาชญากรรมต้องได้รับการพิจารณาด้วยเพราะการกระทำนั้นก่อให้เกิดการประทุษร้ายที่น่าสลดใจ โดยตรงต่อผู้ชายคนนั้นเกี่ยวกับความสามารถในความเป็นชายของเขา เป็นการเพิกเฉยต่อกฎหมายทางสังคม (ธรรมชาติ) อย่างสิ้นเชิง กฎหมายที่อยู่เหนือเกณฑ์แห่งกฎหมายและความมีศีลธรรมจรรยาใด ๆ ทั้งสิ้นนั่นคือ การสงวนรักษาพื้นฐานของมนุษยชาติไว้ มนุษย์จะยังคงอยู่ แม้ว่าผู้ชายทุกคนในโลกนี้จะต้องถูกตัดแขน ถูกริบทรัพย์สินสมบัติ เกียรติยศและดินแดนบ้านเกิดเมืองนอน อย่างไรก็ตาม ถ้าการกระทำเช่นที่กล่าวมานี้ยังได้รับอนุญาตให้กระทำต่อไปโดยไม่มีการลงโทษ ถ้าการกระทำนั้นได้ถูกลงโทษอย่างรุนแรง อาจเกิดช่องว่างที่จะทำให้ชาติพันธุ์ของมนุษย์ล่มสลายลงได้"²²

ในประเทศอาเจนตินานี้ ศาลได้แยกการศีลธรรมเพื่อผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทยกับการผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลหลงเพศออกไปอย่างเด็ดขาด ในคดี Francisco Defazio ดังกล่าวไว้ในบทที่ 1 ซึ่งศาลเห็นว่าการผ่าตัดเพื่อกำหนดเพศในกะเทยนั้น แพทย์ผู้กระทำหามี

²¹ Ibid., p. 64.

²² Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 980.

ความรับผิดชอบทางอาญาไม่ แต่ในขณะเดียวกันในคดี Ricardo San Martin นี้ ศาลเห็นว่าการ
ผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลหลงเพศ ทำให้แพทย์มีความผิดทางอาญาได้²³

1.5 เบลเยียม

ในประเทศเบลเยียม แม้ไม่มีกฎหมายพิเศษเพื่อรับรองสถานภาพของบุคคลที่ผ่า
ตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม แต่ด้วยความเห็นทั่วไป การผ่าตัดแปลงเพศถือว่า เป็นการกระทำที่
กฎหมายยอมรับหากมีข้อชี้แจง ในทางแพทย์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาโรคและได้เคยมีคำ
พิพากษายกฟ้องแพทย์ที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศเช่นมาแล้ว²⁴ เช่นในคดี In re Fardeau

คดี In re Fardeau (ค.ศ. 1969)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า แพทย์ถูกฟ้องเป็นจำเลยหลังจากการเสียชีวิตของ
บุคคลหลงเพศ เพราะโลหิตจับตัวเป็นก้อน (blood clotting) หลังจากศัลยกรรมเพื่อผ่าตัด
แปลงเพศ ผู้ป่วยมีอวัยวะสืบพันธุ์ของชาย แต่มีลักษณะเพศหญิงแบบหญิงพฤติกรรมของเขาเป็นหญิง
อย่างชัดเจนและสวมเสื้อผ้าของผู้หญิง ผู้ป่วยเคยได้เถียงว่าเขามีใช้พวกรักร่วมเพศ (homosexual)
แต่เขาเป็นผู้หญิงและแสวงหาการศัลยกรรมเพื่อทำให้ร่างกายของเขาสัมพันธ์กับความเชื่อของเขา
ก่อนที่จะมีการศัลยกรรมบุคคลหลงเพศผู้นี้ ได้รับการตรวจสอบอย่างถี่ถ้วน โดยคณะแพทย์ มีพยาน
หลักฐานเกี่ยวกับอันตะที่มีขนาดเล็กหรือมีการก่อรูปร่างที่ผิดปกติ และมีฮอร์โมนเพศหญิงมากเกินไป

โจทก์กล่าวหาว่า ในส่วนของผู้ป่วยเขาไม่น่าจะสามารถให้คำยินยอมที่ถูกต้อง
ตามกฎหมายได้ และการศัลยกรรมกระทำไปเพียงเพื่อลอบโยนผู้ป่วยเท่านั้น ไม่ใช่เพื่อการบำบัด
รักษา แพทย์โต้แย้งว่า การศัลยกรรมเป็นการกระทำเพื่อรักษาตุลทางจิตใจของผู้ป่วย และเพื่อ
อธิบายการปรับตัวเชิงสังคมของเขา ศาลยอมรับสถานะของแพทย์ จากข้อสังเกตเกี่ยวกับความคิด
ทางการแพทย์ที่ขัดแย้งกันเกี่ยวกับการศัลยกรรมเพื่อกำหนดเพศใหม่ ศาลสรุปว่า ศาลไม่ควรตัดสิน
ว่าความคิดใดเป็นความคิดที่ถูกต้องเหมาะสมกว่ากัน ในขณะที่ยัง ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความเชื่อชาว

²³ Ibid., p. 982.

²⁴ Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of
Transsexualism in Western Europe", p. 94.

และความซื่อสัตย์สุจริตของความคิดเห็นของทั้งสองฝ่าย ศาลตั้งข้อสังเกตว่า ควรมีการตรวจสอบทางด้านจิตใจของผู้ป่วยที่จะเข้ารับการศัลยกรรมอย่างถาวรเพราะ "ลักษณะธรรมชาติของการผ่าตัดที่มีความพิเศษอย่างมากและไม่สามารถเปลี่ยนกลับคืนได้ และผลกระทบของการผ่าตัดที่จะมีต่ออนาคตทั้งหมดของผู้ป่วยทำให้เป็นสิ่งจำเป็นที่การผ่าตัดนั้นไม่ควรกระทำไปโดยปราศจากการตรวจสอบอย่างละเอียดถี่ถ้วนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้" แม้ว่าในกรณีนี้ แพทย์จะมีได้ทำการตรวจสอบประเมินผลทางด้านจิตใจก็ตาม แต่ศาลกล่าวว่า การตรวจสอบดังกล่าวคงจะไม่ทำให้การวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปอย่างแน่นอน ศาลตัดสินด้วยว่า "เนื่องจากผู้ป่วยเป็นผู้มีสติปัญญาและมีสติ คำยินยอมของเขาจึงไม่ควรถูกปฏิเสธเพียงเพราะความผิดปกติทางเพศของเขา "(since the patient was intelligent and well-balanced his consent could not be negated solely because of his sexual abnormality.)²⁵

จะเห็นได้ว่าในคดี Fardeau นี้เป็นหลักฐานถึงความถูกต้องตามกฎหมายของการศัลยกรรมแปลงเพศในเบลเยียม ในกรณีที่มีการให้คำยินยอมก่อนและมีการประเมินผลทางการแพทย์ก่อนการผ่าตัดอย่างเพียงพอ²⁶

1.6 เดนมาร์ก

ในปัจจุบันในประเทศเดนมาร์กมีกฎหมายการตอนและการทำหมัน แต่มีกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศโดยตรง ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ. 2477 กฎหมายยอมให้มีการตอนแก่บุคคลที่เป็นชาวเดนมาร์กได้โดยความสมัครใจของผู้ถูกตอน โดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม เนื่องมาจากเหตุผลว่า ผู้ถูกตอนมีความผิดปกติทางเพศ อันอาจนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมหรือนำไปสู่ความเสื่อมเสียศีลธรรมอย่างร้ายแรง²⁷ ผู้ขอผ่าตัดจะต้องมีสภาพทางจิตใจปกติ มีอายุ 21 ปี และร้องขอรับการศัลยกรรมด้วยตนเอง แพทย์ของผู้ป่วยต้องเป็น

²⁵Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 984.

²⁶Ibid., p. 985.

²⁷Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p. 94.

ผู้ยื่นคำร้อง โดยให้เหตุผลสำหรับการศัลยกรรมและอ้างว่า ผู้ป่วยได้รับการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับผลสืบเนื่องที่อาจเกิดขึ้นแล้ว การศัลยกรรมต่อไปในภายหลัง เช่นการสร้างช่องคลอดเทียมไม่ต้องมีการขออนุญาต²⁸ การศัลยกรรมแปลงเพศในปัจจุบันในเดนมาร์กจะไม่กระทำให้กับชาวต่างชาติ ถ้าเขามีผู้ใช้ที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเดนมาร์ก²⁹

จะเห็นได้ว่า ในประเทศเดนมาร์กนั้นการผ่าตัดแปลงเพศจะชอบด้วยกฎหมาย และแพทย์ย่อมไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาหากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าวแล้ว

1.7 เยอรมันตะวันตก

ก่อนปี พ.ศ. 2523 การผ่าตัดแปลงเพศเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในประเทศเยอรมัน³⁰

ในปัจจุบัน ประเทศเยอรมันมีกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ คือ Transsexuellengesetz (TSG) ออกใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2523 และใช้เวลาเกือบ 2 ปีกว่าจะออกกฎหมายนี้มาได้สำเร็จ

สาระสำคัญของกฎหมายเปลี่ยนเพศของเยอรมันดังกล่าว มีดังนี้³¹

(ก) การขอเปลี่ยนชื่อตัว (Forenames) ผู้ยื่นคำร้องต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

- (1) เป็นบุคคลจำพวกหลงเพศมาไม่น้อยกว่า 3 ปี
- (2) ขณะยื่นคำร้องมีอายุไม่น้อยกว่า 25 ปี

(ข) การขอให้ทางการรับรองการเปลี่ยนฐานะเป็นเพศใหม่ นอกจากผู้ขอจะมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับข้อ (ก) แล้ว ยังต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมต่อไปนี้คือ

- (1) เป็นผู้ที่ไม่ได้สมรส

²⁸Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 985.

²⁹Ibid.

³⁰Ibid., p. 986.

³¹Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", pp. 93-94.

(2) เป็นผู้ที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้อย่างถาวร และได้รับการผ่าตัดจนเห็นได้ชัดว่า ภาวะสืบพันธุ์ภายนอกมีลักษณะ เป็นของอีกเพศหนึ่ง

(ค) การยื่นคำร้องทั้ง 2 กรณี ให้ยื่นต่อศาลที่ผู้ร้องอยู่ในเขตอำนาจ

(ง) ศาลจะตั้งผู้ชำนาญสองคน ทำการตรวจผู้ร้อง เพื่อยืนยันว่า การหลงเพศที่ผู้ร้อง เป็นอยู่นั้น เป็นอย่างถาวรตลอดไป

ดังนั้น ในปัจจุบันหากการผ่าตัดแปลงเพศนั้นได้ กระทำไปภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษฉบับนี้แล้ว การผ่าตัดแปลงเพศย่อมเป็นการชอบด้วยกฎหมาย และแพทย์ก็ย่อมไม่มีความผิดทางอาญา ในประเทศเยอรมัน

1.8 สวีเดน

ในประเทศสวีเดน มีกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศและมีมาก่อนประเทศเยอรมัน กฎหมายนั้นคือ The Swedish Act of 21 April 1972 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2515 ซึ่งมีบทบัญญัติที่สำคัญดังนี้³²

(ก) ยอมให้บุคคลใดที่มีความรู้สึกว่าตนมิได้มีเพศตามที่ปรากฏในทะเบียนสำมะโนครัวมาตั้งแต่วัยรุ่นเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว หากมีความประสงค์ที่จะดำเนินชีวิตในฐานะที่เป็นอีกเพศหนึ่งตลอดไป อาจยื่นคำร้องขอให้ทางราชการรับรองเปลี่ยนฐานะเป็นเพศใหม่ได้

(ข) ผู้ร้องต้องมีคุณสมบัติ 3 ประการคือ

(1) เป็นชาวสวีเดนซึ่งไม่ได้สมรส

(2) อายุไม่น้อยกว่า 18 ปี

(3) ได้รับการผ่าตัดทำหมันแล้ว หรือมีหลักฐานที่แสดงว่าตนไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้

(ค) คณะกรรมการสังคมสงเคราะห์แห่งชาติ (National Social Welfare Board) เป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินใจในการกำหนดเพศใหม่ให้ผู้ร้อง และคณะกรรมการยังมีอำนาจในการอนุญาตการทำผ่าตัดแปลงเพศในกรณีที่ได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนด้วย

³² Ibid., p. 93.

(ง) กฎหมายมักจะมีได้กำหนดเรื่องการทำหมั้นและการตอน ซึ่งมีบัญญัติไว้แล้ว
ในกฎหมายอื่น

ดังนั้น เช่นเดียวกับในประเทศเยอรมัน หากการผ่าตัดแปลงเพศนั้นได้กระทำไป
ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษดังกล่าวแล้ว การผ่าตัดแปลงเพศย่อมเป็นการชอบด้วยกฎหมาย
และแพทย์ก็ย่อมไม่มีความผิดทางอาญาแต่อย่างใด

1.9 เนเธอร์แลนด์

ในประเทศเนเธอร์แลนด์มีกฎหมายที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศเดนมาร์ก³³
และตามความเห็นทั่วไปการผ่าตัดแปลงเพศถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับ ถ้ามีข้อชี้แจงใน
ทางแพทย์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาโรค³⁴

แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการดัตช์ ในพ.ศ. 2508 ได้มีความเห็นเกี่ยวกับ
การศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศว่า

"ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะถือว่าการบำบัดรักษาโรคผิดเพศด้วยการศัลยกรรม
เป็นการเปลี่ยนแปลงเพศ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการศัลยกรรมดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้ที่เกี่ยวข้องต้อง
ได้วิพากษ์และตระหนักว่า การผ่าตัดแปลงเพศแต่ละครั้งเป็นการเสี่ยงที่มีอันตรายอย่างมากและ
ไม่มีความแน่นอนใด ๆ ไม่เพียงแต่อันตรายที่จะเกิดทางด้านร่างกายเท่านั้น แต่ยังมีอันตรายทาง
ด้านจิตใจด้วย และไม่มีความแน่นอนใด ๆ ที่จะบอกได้ว่าผลกระทบที่จะเกิดจากการผ่าตัดนั้นจะ
เป็นเช่นไร"³⁵

แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีข้อคิดเห็นของคณะกรรมาธิการดังกล่าว การศัลยกรรม
แปลงเพศในเนเธอร์แลนด์ก็เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพราะเนเธอร์แลนด์มีกฎหมายการตอน

³³David W. Meyer, The Human Body and the Law, p.57.

³⁴Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of
Transsexualism in Western Europe", p. 94.

³⁵Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex
Reassignment Surgery, and the Law", p. 987.

โดยสมัครใจซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายของเดนมาร์กตั้งกล่าวข้างต้น³⁶

1.10 สวิสเซอร์แลนด์

เช่นเดียวกับประเทศเบลเยียมและเนเธอร์แลนด์ตามความเห็นทั่วไปการผ่าตัดแปลงเพศในสวิสเซอร์แลนด์ถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับ ถ้ามีข้อชี้บ่งในทางแพทย์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษา³⁷ และนอกจากนี้ การขอเปลี่ยนเพศในสูติบัตรนั้นทำได้เมื่อได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ดังนั้นการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจึงไม่น่าจะถือว่าผิดกฎหมาย³⁸

ในคดี *In re Leber* ศาลสวิสเซอร์แลนด์กล่าวถึงความถูกต้องของการผ่าตัดแปลงเพศไว้สั้น ๆ ว่า "การผ่าตัดถูกต้องสมบูรณ์ตามกฎหมาย ถ้ากระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรค" (the operation was legal if performed for a therapeutic purpose)³⁹

และนอกจากนี้ ในบางส่วนของประเทศสวิสเซอร์แลนด์มีกฎหมายการตอนโดยสมัครใจซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายของเดนมาร์กด้วย⁴⁰

1.11 นอร์เวย์

ในประเทศนอร์เวย์มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำหมันโดยสมัครใจ ประเทศใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2476 โดยบัญญัติให้ผู้ที่ยื่นคำร้องขอทำหมันนั้นต้องบรรลุนิติภาวะแล้ว

³⁶ Ibid.

³⁷ Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p. 94.

³⁸ Ibid.

³⁹ Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 988.

⁴⁰ David W. Meyer, *The Human Body and the Law*, p. 57.

และมีเหตุผลสำคัญที่ต้องการทำหมัน เมื่อได้รับอนุญาตแล้ว ความยินยอมให้แพทย์ทำหมันจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁴¹

1.12 ฝรั่งเศส อิตาลี สเปน โปรตุเกส

เมื่อไม่มีกฎหมายพิเศษ การผ่าตัดแปลงเพศในประเทศเหล่านี้ ตามหลักกฎหมายถือว่าเป็นความผิดฐานทำการตอน ทำให้เป็นหมันหรือฐานตัดเชื้ออวัยวะ (crime of castration, sterilization or mutilation) ตามประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี มาตรา 562 ถือว่าทั้งแพทย์ที่ผ่าตัดเพื่อตอนและผู้ป่วยที่ยินยอมให้แพทย์ตอนมีความผิดด้วยกันทั้งคู่ และมีโทษเท่ากัน ในทำนองเดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 316 และ 325 ถือว่าความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แพทย์ผ่าตัดดังกล่าวจะไม่ทำให้แพทย์พ้นความรับผิดทางอาญา สำหรับประมวลกฎหมายอาญาของสเปน มาตรา 418 ถือว่าการผ่าตัดเช่นนั้นมีความผิดฐานตัดเชื้ออวัยวะ ยกเว้นในกรณีจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรงพิเศษ⁴²

1.13 ออสเตรเลีย กรีซ ไอร์แลนด์ ลุกเซมเบิร์ก มอลต้า

การผ่าตัดแปลงเพศยังเป็นปัญหาในทางกฎหมายว่า ผู้กระทำการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องรับผิดเพียงใด ดังนั้น จึงยังไม่มีการทำกรผ่าตัดประเภทนี้ในประเทศเหล่านี้เลย⁴³

2. ความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลงเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

บุคคลหลงเพศอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ในความผิดบางประเภทตามกฎหมายต่างประเทศ แต่ทั้งนี้ มิได้หมายความว่ากฎหมายเอาโทษกับบุคคลหลงเพศ เนื่องจากการเป็นบุคคลหลงเพศนั้นแต่อย่างใด แต่เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการประกอบกิจกรรมต่างๆ ของบุคคลหลงเพศ

⁴¹Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe", p. 94.

⁴²Ibid.

⁴³Ibid.

บุคคลหลงเพศอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวได้ในความผิดบางประเภท อาทิเช่น

2.1 ความผิดฐานแต่งกายข้ามเพศ (cross-dressing)

ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับภาวะจรจัด (Vagrancy Statutes)⁴⁴ การแต่งกายข้ามเพศได้แก่ การสวมเสื้อผ้าและแสดงตนต่อผู้อื่นตามเพศที่ตนอยากเป็น (wearing the clothes and generally presenting oneself to others as being of the desired sex)⁴⁵ แต่ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้ว การแต่งกายข้ามเพศดังกล่าวจะยังไม่เป็นความผิดเว้นแต่จะได้มีการกระทำที่เป็นการรบกวนหรือเจตนาที่มิชอบ⁴⁶ และในปัจจุบันนี้ ในสหรัฐอเมริกา มีอย่างน้อย 11 มลรัฐที่สามารถลงโทษบุคคลหลงเพศในความผิดฐานดังกล่าวได้ ได้แก่ อารีโซน่า แคลิฟอร์เนีย โคโลราโด โอตาโฮ เนวาดา นิวยอร์ก โอคลาโฮมา โอเรกอน เท็กซัส ยูทาห์ และวอชิงตัน⁴⁷

กฎหมายดังกล่าวนี้ตราขึ้นมาเป็นเวลากว่า 100 ปีแล้ว เพื่อวัตถุประสงค์ที่ยังยั้งช้วนาที่เข้าทำร้ายเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายการเข้าซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับ พวกช้วนาแต่งกายเหมือนช้วนาอินเดียแดงเพื่อปลอมแปลงตน กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นการผิดกฎหมาย หากจะปรากฏตัวในที่สาธารณะด้วยใบหน้าทาสี หรือปลอมแปลงตนในลักษณะอื่นเพื่อปกปิดตนเอง⁴⁸ นอกจากนี้

⁴⁴"Notes and Comments : Transsexuals in Limbo : The Search for a Legal Definition of Sex," *Maryland Law Review* 31 (1971):251.

⁴⁵Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p. 296.

⁴⁶Julius Hoenic, "The Legal Position of the Transsexual : Mostly Unsatisfactory Outside Sweden", p. 322.

⁴⁷Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 990.

⁴⁸Ibid.

นี้แล้ว ก็แต่งกายข้ามเพศยังมีปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในคัมภีร์เก่าของศาสนาคริสต์ว่า "หญิงไม่ควรสวมใส่เสื้อผ้าที่เป็นของชาย และชายไม่ควรสวมเสื้อผ้าของหญิง เพราะผู้ใดก็ตามที่กระทำเช่นนี้ ย่อมเป็นที่รังเกียจต่อพระผู้เป็นเจ้า" (No woman shall wear an article of man's clothing, nor shall a man put on woman's dress, for those who do these things are abominable to the Lord, your God)⁴⁹

แต่อย่างไรก็ดี มีคดีสองคดีที่สนับสนุนบุคคลแปลงเพศ ซึ่งต้องแสดงตนในบทบาทของหญิง (หรือหญิงในบทบาทของชาย) โดยศาลเห็นว่าบุคคลแปลงเพศนั้นไม่มีความผิดปกติแต่งกายข้ามเพศ คือ คดี City of Columbus V. Zandres และ คดี City of Chicago V. Wilson

คดี City of Columbus V. Zanders ⁵⁰

เป็นการฟ้องร้องชายแปลงเพศซึ่งแต่งตัวเป็นหญิงอย่างเปิดเผยและถูกยกฟ้อง ประมวลกฎหมายเทศบาลเมืองโคลัมบัส (The Columbus Municipal Code) กำหนดไว้ว่า "ห้ามบุคคลใดปรากฏภายในที่สาธารณะ ในลักษณะเปลือยกาย หรือในเครื่องแต่งกายที่ไม่ใช้สำหรับเพศของตนหรือในเครื่องแต่งกายที่ไม่เรียบร้อยหรือมีลักษณะเย้ายวน" (no person was to appear in public in a state of nudity, in dress not belonging to his sex, or in indecent or lewd dress) ศาลตัดสินว่า กฎหมายนี้ใช้กับจำเลยไม่ได้เพราะเขาเป็นบุคคลแปลงเพศที่แท้จริง ศาลอธิบายว่า จำเลยมิได้มีความรับผิดชอบทางอาญา เพราะการกระทำผิดกฎหมายของเขาเป็นผลมาจาก "ความผิดปกติทางจิตใจ" (mental defect) ซึ่งเขาไม่อาจควบคุมได้ทั้งหมด คดีนี้ให้ความเข้าใจอย่างลึกซึ้งต่อสถานะของบุคคลแปลงเพศ

คดี City of Chicago V. Wilson ⁵¹

เป็นคดีที่บุคคลแปลงเพศแต่งกายข้ามเพศ ในขณะที่เขาอยู่ในระหว่างการเตรียมตัว

⁴⁹ Julius Hoenie, "The Legal Position of the Transsexual : Mostly Unsatisfactory Outside Sweden", p.322.

⁵⁰ 25 Ohio Misc. 144, 266 N.E. 2d. 602 (1970).

⁵¹ 23 Crim. L. Rep. (BNA) 2346 (Ill. Sup. Ct. May 26, 1970).

เพื่อการดัดแปลงแปลงเพศ ถูกฟ้องในความผิดฐานแต่งกายข้ามเพศ ศาลฎีกาอิลลินอยส์ตัดสินว่า กฏหมายชิคาโก (Chicago Ordinance) ซึ่งห้ามแต่งกายด้วยเครื่องแต่งกายของเพศตรงข้ามด้วย เจตนาที่จะปกปิดเพศของตนในที่สาธารณะนั้น ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ศาลพบว่ากฏหมายดังกล่าวเมื่อใช้กับจำเลยแล้วเป็นการละเมิดเสรีภาพของจำเลยอย่าง ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ การห้ามการแต่งกายเป็นเพศอื่นในที่สาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันประชาชนจากกล้อฉล เพื่อช่วยในการจับกุมอาชญากร เพื่อป้องกันอาชญากรรมในท้องน้ำสาธารณะและเพื่อปกป้องศีลธรรมของประชาชน ไม่มีหลักฐานปรากฏว่าการแต่งกายเป็นเพศอื่นในที่สาธารณะในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของโครงการบำบัดรักษาก่อนการผ่าตัดแปลงเพศจะเป็นอันตรายต่อสังคม

ด้วยความพยายามที่จะป้องกันความยุ่งยาก บางครั้งบุคคลแปลงเพศจะได้รับคำแนะนำให้นักบำบัดประจำตัวที่แสดงสถานะภาพของพวกเขาและระบุว่า การแต่งกายข้ามเพศเป็นสิ่งจำเป็นในการให้การบำบัดรักษาทางการแพทย์ มูลนิธิเพื่อการศึกษาอีริกสัน (The Erickson Education Foundation) จะออกบัตรประจำตัวดังกล่าวนี้ให้ตามการรับรองและการขอรับรองของแพทย์ มูลนิธิดังกล่าวอ้างด้วยว่า ผู้ป่วยบางคนประสบความสำเร็จในการขอหนังสือรับรองจากกระทรวงสุขภาพของรัฐ บัตรประจำตัวดังกล่าวจะมีข้อความต่อไปนี้

"To Whom It May Concern :

This will attest to the fact that John Smith, who resides at (address) is under treatment for a neuroendocrinological condition known as transsexualism. He is authorized to live and dress as a woman, using the name of Jane Smith, during the preoperation phase of his treatment. Mr./Ms. Smith is not criminally inclined, and his cross - dressing is not intended to perpetrate a fraud or cause harm to any individual"⁵²

⁵²Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p. 297.

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

"เรียน ผู้เกี่ยวข้อง

หนังสือฉบับนี้ ให้ไว้เพื่อรับรองว่าจอห์น สมิธ ซึ่งอาศัยอยู่ที่ (ที่อยู่) กำลังรับการบำบัดรักษาโรคประสาทวิทยาเอนโดไคลน์หรือที่รู้จักกันว่าโรคหลงเพศ เขาได้รับอนุญาตให้มีความเป็นอยู่และแต่งกายแบบเพศหญิง โดยใช้ชื่อว่าเจน สมิธ ในระหว่างที่ได้รับการบำบัดรักษาในระยะก่อนการผ่าตัด นาย/นางสาว สมิธ มิได้มีแนวโน้มที่จะก่อคดีอาญาใด ๆ และการแต่งกายข้ามเพศของเขามีได้มีเจตนาจะนำผลหรือก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลใด ๆ"

นอกจากนี้สำนักงานบริการสุขภาพพิเศษเพนซิลเวเนีย (The Pennsylvania Bureau of Special Health Service) ก็ได้ออกบัตรประจำตัวในทำนองดังกล่าวให้กับบุคคลหลงเพศด้วย และนอกจากนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไบแอมเบิร์ก เยอรมัน ได้ออกบัตรพิเศษให้กับผู้ขอแต่งกายผิดเพศตามใบอนุญาตของแพทย์ บัตรมิได้อนุญาตการแต่งกายข้ามเพศ แต่ก็เป็นเรื่องที่ทำให้บุคคลหลงเพศค่อนข้างปลอดภัยจากการถูกจับกุม ในเดนมาร์กมีขบวนการที่คล้ายคลึงกันนี้ บุคคลหลงเพศได้รับอนุญาตให้ใช้ห้องน้ำตามเพศที่เขาต้องการ ได้⁵³

แต่อย่างไรก็ดี ความผิดฐานแต่งกายข้ามเพศนั้นผู้ได้แย้งว่าเป็นกฎหมายที่ไม่สมควรนำมาใช้บังคับกับบุคคลหลงเพศ เนื่องจากบุคคลหลงเพศกับผู้นปลอมตัวเป็นหญิงหรือชายนั้น มีจุดประสงค์ที่แตกต่างกัน⁵⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵³Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", pp. 990-991.

⁵⁴"Notes and Comments : Transsexuals in Limbo : The Search for definition of Sex", pp. 251-252.

2.2 ความผิดฐานกระทำชำเราทางทวารหนัก (Sodomy)

บุคคลหลงเพศทั้งที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วและยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศหากให้ผู้อื่นกระทำชำเราหรือร่วมประเวณีทางทวารหนักอาจมีความผิดฐานกระทำชำเราทางทวารหนัก (sodomy)⁵⁵ นี้ได้ ความผิดนี้ในกฎหมายต่างประเทศมีคำที่ใช้แตกต่างกันหลายคำ เช่น "lewd and lascivious conduct", "indecent behavior", "buggery" และ "unnatural sexual act" เป็นต้น⁵⁶

⁵⁵คำว่า "sodomy" นั้นแปลว่า "anal intercourse" ซึ่งผิดธรรมชาติ คำว่า "sodomy" เป็นคำที่ค้นพบใน Genesis XIX 4-11 ของ The Old Testament ใน Genesis XIX นี้ บรรยายถึงเมืองคนบาปคือ Cities of Plain ซึ่งมีอยู่ 5 เมืองซึ่งถูกทำลายโดยคำสั่งของพระเจ้า ในจำนวนเมือง 5 เมืองที่ถูกทำลายนี้มีอยู่สองเมืองที่บาปหนักกว่าเพื่อนคือ Sodom และ Gromarrah ในคัมภีร์เล่าว่าชาวเมือง Sodom ต่างพากันประพฤตินิ็ดเพศจนกระทั่งนักบุญสององค์แปลงตัวมาพักอยู่กับชายคนหนึ่งชื่อ Lot ชาวเมือง Sodom กล่าวกับ Lot ให้นำชายทั้งสองมาเพื่อพวกเขาจะได้กระทำการร่วมกับชายทั้งสอง "bring them out to us that we may know them" คำว่า "Know" นี้หมายความว่า "carnal knowledge" (การร่วมประเวณี) และภายหลังเมือง Sodom นี้ถูกทำลายลงเพราะคำสั่งอันเนื่องมาจากความชั่วร้ายของชาวเมืองนี้ (รองพล เจริญพันธ์, "โทษหา กฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศไทยให้คอมมูนลอร์", หน้า 426-427.)

⁵⁶Gerhard O.W. Mueller, Sexual Conduct and the Law, 2 nd. ed. (Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1980), p. 42.

ในปัจจุบันในหลาย ๆ ประเทศได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราทางทวารหนักไว้เป็นความผิดที่ขัดต่อธรรมชาติ (crimes against nature)⁵⁷ เช่นในสหรัฐอเมริกาในมลรัฐมินเนโซต้า นิวเจอร์ซีย์ วอชิงตัน⁵⁸ และในมลรัฐแมริแลนด์ การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดตาม The Perverted Practice Statute⁵⁹ และในมลรัฐจอร์เจียการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดตาม Sodomy Statute⁶⁰ และตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ก็บัญญัติการกระทำ

⁵⁷ ความผิดฐานนี้ในประเทศไทยเคยบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 242 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดีหรือชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามิมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีก โสດหนึ่ง") โดยมีการให้เหตุผลทางตำรากฎหมายว่าที่กฎหมายบัญญัติลักษณะดังกล่าวไว้เป็นความผิดเพราะถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการล่วงละเมิดความเจริญของบ้านเมือง ทำให้เสียชื่อเสียงอันดีไปโดยไร้ประโยชน์ แต่หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปี.ศ. 2499 การกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป โดยมีการให้เหตุผลทางตำรากฎหมายว่า ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เพราะมักไม่เกิดเป็นคดีขึ้นประการหนึ่งและไม่สมควรนำมาบัญญัติไว้โดยขัดแจ้ง เพราะเรื่องเช่นนี้ย่อมเป็นที่น่าอับอายแก่ประเทศชาติคล้ายกับว่าประเทศไทยมีการกระทำผิดเช่นนั้นมาก จึงต้องบัญญัติห้ามไว้ ดังนั้นการกระทำเช่นนั้นจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน (แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ผู้ป่วยจิตเวช : ความเข้าใจที่ต่างกันระหว่างนักกฎหมายกับจิตแพทย์," วารสารนิติศาสตร์ 17 (ธันวาคม 2530) : 177-178.)

⁵⁸ Gerhard O.W. Mueller, Sexual Conduct and the Law, p. 43.

⁵⁹ "Notes and Comments : Transsexuals in Limbo : The Search for a Legal Definition of Sex", p. 251.

⁶⁰ Morton J. Horowitz, "Rights," Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 23(Summer 1988) : 394.

ดังกล่าวไว้เป็นความผิดฐาน "Sodomy" ไว้ในมาตรา 175 และมาตรา 175a⁶¹

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้การได้เปรียบกันมากกว่าความผิดฐานกระทำชำเราทางทวารหนัก สมควรจะบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไปหรือไม่ มีนักนิติศาสตร์ต่างประเทศถือว่าการมีความสัมพันธ์แบบรักร่วมเพศ (homosexual) เป็นการตัดสินใจของผู้ที่เกี่ยวข้องกับเพศ (sexual self-determination) ซึ่งหมายถึงปัจเจกชนสามารถแสดงความสัมพันธ์ทางเพศโดยสันดานของตนได้ โดยปราศจากการสอดแทรกของรัฐ และเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล⁶² และแม้แต่ John Stuart Mill ก็กล่าวไว้ว่าไม่ควรห้ามพฤติกรรมดังกล่าวและไม่ควรบัญญัติเป็นโทษ⁶³ และนอกจากนี้ศาสตราจารย์ H.L.A. Hart ก็ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิงด้วยความยินยอมของบุคคลนั้น ไม่ควรเป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป⁶⁴

จากความเห็นต่าง ๆ ดังกล่าว กรณีจะเป็นการสมควรที่จะยกเลิกกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องรอดูความเคลื่อนไหวกันต่อไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การปฏิบัติทางเพศดังกล่าวระหว่างบุคคลโดยความยินยอมของบุคคลนั้น แม้จะเป็นเพศเดียวกันก็เป็นสิทธิเสรีภาพอันจะพึงกระทำได้ การมีกฎหมายลักษณะดังกล่าวก็ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น หากจะไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว ก็คงจะเป็นการสอดคล้อง

⁶¹Gerhard O.W. Mueller, The German Penal Code of 1871 with an Introduction by Horst Schroder (London : Sweet & Maxwell, 1961), pp. 101-102.

⁶²Daniel J. Kane, "Homosexuality and the European Convention on Human Rights : What Rights?," Hastings International and Comparative Law Review 11 (1988) : 474-476.

⁶³รองพล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์", หน้า 430.

⁶⁴H.L.A. Hart, Law, Liberty, and Morality (Stanford, California : Stanford University Press, 1962), p. 13.

กับหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน และน่าจะถือได้ว่ากฎหมายไม่ควรใส่ใจในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เหล่านี้ตราบใดที่การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทบต่อสาธารณชน

2.3 ความผิดฐานเสนอบริการทางเพศต่อสาธารณชน

บุคคลหลงเพศอาจมีความผิดทางอาญาในความผิดฐานนี้ได้ หากมีการเสนอบริการทางเพศต่อสาธารณชน โดยอาศัยการที่ตนได้ผ่าตัดแปลงเพศหรือยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี คดีเกี่ยวกับการฟ้องร้องบุคคลหลงเพศในข้อหาดังกล่าวนี้มักจะได้รับการยกฟ้องเป็นส่วนใหญ่ เช่นในคดี *United States V. Collins*

คดี *United States V. Collins*⁶⁵

ศาลตัดสินว่า รัฐบัญญัติการเสนอบริการทางเพศต่อสาธารณชนของ District of Columbia พิจารณาถึงความประพฤตินิยัที่สภาพบุคคล ข้อกล่าวหาเรื่องการเสนอบริการทางเพศต่อสาธารณชนซึ่งมักได้รับการยกฟ้องเป็นส่วนใหญ่เพราะบุคคลหลงเพศมี "ภาวะยุ่งยากทางเพศโดยสันดาน" (inherent sexual dilemma) ทั้งนี้วัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อให้บุคคลหลงเพศได้คิดไตร่ตรองในการเลือกผู้ร่วมประกอบกิจกรรมทางเพศนั่นเอง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁵ 354 A. 2d. 861 (D.C. 1976).