

สถานการณ์ของกฎหมายไทยในปัจจุบันเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศ

1. ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ

การผ่าตัดแปลงเพศนั้น โดยสภาพแล้วย่อมเป็นการตัดเอาอวัยวะเพศของผู้ยื่นออกไป ย่อมเป็นการทำให้ผู้ที่ถูกตัดนั้น "เสียอวัยวะสืบพันธุ์" และเมื่อถูกตัดอวัยวะเพศออกไปแล้ว ผู้ยื่น ย่อมไม่สามารถมีบุตรได้ต่อไป จึงเป็นการทำให้ผู้ที่ถูกตัด "เสียความสามารถสืบพันธุ์" ไปด้วย เข้ากรณีเป็นอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297(2)¹ ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้าย รับอันตรายสาหัส.....

อันตรายสาหัสนั้น คือ

(2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์"

แต่อย่างไรก็ดี การกระทำเช่นนั้น แพทย์จะมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นอันตราย สาหัสหรือไม่ เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในชั้นนี้ หากแพทย์ได้ปฏิบัติตามการผ่าตัดแปลงเพศไปโดยได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยให้ผ่าตัดแปลงเพศ ความยินยอมนั้นจะมีผลทางกฎหมายเพียงใด และจะถือ ได้หรือไม่ว่าการกระทำของแพทย์ดังกล่าว เมื่อเป็นการบำบัดรักษาโรคตามหลักวิชาทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์และกฎหมายแล้วย่อมไม่เป็นความผิด ซึ่งปัญหาเหล่านี้ จะได้พิจารณาไปโดยลำดับ

ในเรื่องความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศในความผิดฐานทำร้ายร่างกายจน เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส แพทย์จะมีความรับผิดชอบหรือไม่ ก็ยังไม่เคยมีการวินิจฉัย ไว้เห็นตัวอย่าง² ดังนั้น การวิจัยในหัวข้อนี้จึงจะเป็นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย

¹ โทเมง ภักธภิรมย์, "การแปลงเพศในวรรณคดีของนักกฎหมาย", หน้า 699.

² เรื่องเดียวกัน.

ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในการทำการผ่าตัดแปลงเพศซึ่งแพทย์ได้กระทำไปภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลักวิชาทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และกฎหมาย เนื่องจากปัญหาในเรื่องการกระทำต่อร่างกายของมนุษย์ของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพนั้น มิใช่จะปราศจากปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาเสียทีเดียว³

การจะพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ดังกล่าวเป็นความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัสหรือไม่ ปัญหาในเบื้องต้นจึงขึ้นอยู่กับว่า การกระทำของแพทย์ในการประกอบโรคศิลปะนั้นเป็นการ "ทำร้าย" ตามความหมายของกฎหมายหรือไม่⁴ (ในปัจจุบันการประกอบวิชาชีพของแพทย์เรียกว่า "การประกอบวิชาชีพเวชกรรม"-ผู้เขียน)

1.1 ความหมายของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า "วิชาชีพเวชกรรม" ไว้ในมาตรา 4 ว่า

"วิชาชีพเวชกรรม หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การดูแลครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็ม หรือ การฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อบรรเทาความรู้สึก และหมายความรวมถึง การกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย"

การบำบัดโรค⁵ ได้แก่ การผ่าตัดแก้ไขความพิการต่าง ๆ ของร่างกาย (ความพิการเป็นความผิดปกติของร่างกายถือเป็นโรคตามนิยามศัพท์มาตรา 4) การเย็บขาดแผล (ขาดแผลเป็นบาดเจ็บชนิดหนึ่งถือเป็นโรคตามนิยามศัพท์ดังกล่าว) การผ่าตัดแปลงเพศในพวกทลงเพศ นับ

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "สัมมนากฎหมายอาญา." (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 59 (อัคราเนนา).

⁴ เรื่องเดียวกัน, 60.

⁵ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ให้คำนิยามของคำว่า "โรค" ไว้ว่า หมายถึง "ความเจ็บป่วย การขาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจ และหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย"

ว่าเป็นการรักษาความผิดปกติทางจิตใจ (คือโรคตามความหมายดังกล่าว) การตัดหนังหุ้มปลาย
อวัยวะเพศชายที่ปลายติบ การทำแท้งเพื่อรักษาโรคของหญิงตั้งครรภ์ (therapeutic abortion)
การรักษาโรคอ้วน (การอ้วนที่ถือว่าผิดปกติ นับเป็นโรคในความหมายนี้ด้วย)⁶

จะเห็นได้ว่า การผ่าตัดแปลงเพศในพวกบุคคลที่เป็นโรคหลงเพศ (Transsexualism)
นั้น ย่อมเป็นการบำบัดโรคตามความหมายของกฎหมายด้วยประการหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี นักนิติศาสตร์
ได้วางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ไว้สำหรับวินิจฉัยขอบเขตของการปฏิบัติวิชาชีพของแพทย์ที่ยอมรับว่าไม่
เห็นความผิดไว้ว่าต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้⁷

(1) การปฏิบัติวิชาชีพของแพทย์จะต้องกระทำไปเพื่อการบำบัดรักษาหรือป้องกัน
โรค ถ้ามิใช่เป็นการบำบัดรักษาหรือเพื่อการป้องกัน เช่นก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัดสมองมหาเศรษฐี
ผู้หนึ่ง แทนที่แพทย์จะผ่าตัดสมองศพเพื่อความแน่นอนก่อนที่จะผ่าตัดจริง ๆ กลับเลือกทำการผ่าตัด
แก่คนเป็น ๆ ทั้ง ๆ ที่บุคคลผู้นั้นมิใช่ผู้ป่วยที่ต้องได้รับการรักษาโดยการผ่าตัดสมอง ดังนี้ ถ้าบุคคลผู้นั้น
ตายแพทย์ย่อมมีความผิดฐานฆ่าคนตาย โดยเจตนา ถ้าไม่ตายแพทย์ก็จะต้องมีความผิดฐานประทุษ
ร้ายแก่ร่างกายเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายถึงสาหัส

(2) การปฏิบัติวิชาชีพของแพทย์ จะต้องเป็นวิธีปฏิบัติตามหลักวิชาการแพทย์ที่
แพทย์ทั่วไปปฏิบัติต่อผู้ป่วย เช่นหญิงป่วยเป็นไข้หวัด ไปหาแพทย์เพื่อขอรับการรักษา โดยทั่วไปแพทย์
ก็อาจทำการรักษาโรคโดยวิธีวัดอุณหภูมิ ตรวจชีพจร หรือนั่งการเต้นของหัวใจ ตรวจลำคอ โพรง
จมูก หรือนัยตา และอาจให้การรักษาดังวิธีให้ยารับประทานหรือฉีดยา ถ้าแพทย์ฉีดยาให้แก่หญิงผู้
นั้นหญิงผู้นั้นเจ็บ หญิงนั้นจะไปแจ้งความกล่าวหาแพทย์ว่าทำร้ายร่างกายโดยอ้างว่าแพทย์คนอื่นให้
ยารับประทานไม่ฉีดยา น่าจะไม่ได้ เพราะการรักษาผู้ป่วยที่เป็นไข้หวัด วิธีให้ยาฉีดต่อผู้ป่วยนั้นก็
เป็นวิธีการที่แพทย์ทั่วไปปฏิบัติต่อกัน แต่แทนที่แพทย์จะให้การตรวจรักษาด้วยวิธีดังกล่าว กลับทำ
การตรวจภายในหญิงผู้นั้น เช่นนี้ถ้าบิดามารดาหรือสามีของหญิงผู้นั้นทราบและไปแจ้งความว่าแพทย์
กระทำอนาจาร แพทย์จะแก้ตัวว่าตนให้การตรวจรักษาไข้หวัดหญิงผู้นั้น คงจะแก้ตัวไม่หลุดเพราะแพทย์

⁶ วิฑูรย์ อิงประพันธ์, "คำอธิบายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เรียง
มาตรา." ใน นิติเวชศาสตร์ ฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำรา-ศิริราช
คณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล, 2530), หน้า 16.

⁷ ชูเชิต รัตตะบุตร, "ปกิณกะกฎหมาย : การประกอบวิชาชีพของแพทย์," วารสาร
กฎหมายจุฬาลงกรณ์ 5(2523) : 96-97.

โดยทั่วไป เขาไม่ปฏิบัติกันเช่นนั้น

(3) การปฏิบัติวิชาชีพของแพทย์ที่อยู่ในหลักเกณฑ์ทั้งสองข้อดังกล่าวข้างต้นนั้น ย่อมไม่มีความผิดเท่ากับเป็นการกระทำธรรมดาอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับที่แพทย์ชันรายนด์ ฉะนั้นจึงต้องอยู่ในบังคับข้อที่ 3 คือ แพทย์จะต้องกระทำโดยไม่ประมาทถ้าแพทย์ได้ประกอบวิชาชีพของตน โดยประมาท ทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายหรือถึงแก่ชีวิตแล้ว แพทย์ย่อมมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายหรือผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย จะเห็นได้ว่า การผ่าตัดแปลงเพศอันเป็นการบำบัดโรคตามกฎหมายนั้น หากแพทย์ได้กระทำไปภายใต้หลักเกณฑ์แห่งการประกอบวิชาชีพตามหลักวิชาทางการแพทย์ โดยครบถ้วน และมีได้ประมาทแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า การบำบัดโรคเช่นนั้นมิใช่การทำร้ายร่างกายผู้ป่วยตาม ความหมายของกฎหมาย ซึ่งจะได้อีกต่อไป นอกจากนั้นแล้ว การปฏิบัติการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวแพทย์มีความจำเป็นต้องกระทำ เพื่อเป็นการรักษาชีวิตของผู้ป่วย เนื่องจากผู้ป่วยจะฆ่าตัวตาย หากไม่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ อันเป็นการรักษาจริยธรรมของแพทย์ (medical ethics) ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 การประกอบวิชาชีพเวชกรรม ข้อ 1 ว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด และพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมาน จากโรคและความพิการต่างๆ....."^๘ และตามคำปฏิญาณ (Hippocratic Oath) ของ แพทย์ก็ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า "ข้าฯ จะปฏิบัติการรักษาตามแบบแผนการรักษาต่างๆ ตามที่ความรู้ และวิจรรณญาณของข้าฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าให้ประโยชน์แก่คนไข้ และจะละเว้นจากวิธีการใดๆ ก็ตามที่เห็นอันตราย" (I will follow that system of regimen which, according to my ability and judgement, I consider for the benefit of my patients, and abstain from whatever is deleterious and mischievous)^๙

^๘ ชมรมแพทย์ชนบท, แต่หมอใหม่ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เวียนแก้วการพิมพ์, ม.ป.ป.), หน้า 78.

^๙ เรื่องเดียวกัน, หน้า 261.

1.2 การผ่าตัดแปลงเพศเป็นการ "ทำร้าย" ตามกฎหมายหรือไม่

1.2.1 ความหมายของการทำร้าย

คำว่า "ทำร้าย" ในทางกฎหมาย หมายถึง การทำให้เสียหายเป็นภัยต่อกายหรือจิตใจ¹⁰

การทำร้าย อาจเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้¹¹

(1) การทำมิชอบต่อกาย ทั้งนี้ โดยจะเกิดการเจ็บปวดหรือไม่ไม่สำคัญ การตัดผมหรือทนต์ของผู้อื่น โดยมีชอบจึงเป็นการทำร้าย

(2) การทำให้เสียสุขภาพอนามัย กล่าวคือการก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกายหรือจิตใจแม้จะเป็นเพียงชั่วคราว เช่น ทำให้หมดสติ หรือมิแวมก็อยู่ในความหมายของการทำร้าย นอกจากนี้การนำเชื้อโรคมาสู่ผู้อื่นก็เป็นการทำร้ายเช่นกัน

การทำร้ายตามกฎหมายนั้นน่าจะหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่กาย (หรือจิตใจ) ต่อผู้อื่น หรือการกระทำที่ผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผลได้ว่าจะเกิดอันตรายแก่กาย (หรือจิตใจ) ของผู้อื่น¹²

โดยที่การกระทำของแพทย์ต่อผู้ป่วย เป็นการกระทำโดยตรงต่อร่างกายมนุษย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายตามมาว่าการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของผู้ป่วยถือว่าเป็นการทำร้ายหรือไม่

ในปัญหาดังกล่าวนี้ มีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างกันอยู่ 3 ฝ่ายด้วยกันคือ

¹⁰ จิตติ ตึงศรัทธีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และ ภาค 3 แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2524), หน้า 1916.

¹¹ คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 21.

¹² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย," วารสารนิติศาสตร์ 17(กันยายน 2530) : 190.

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ในทุกกรณีเป็น การทำร้ายตามความหมายของกฎหมาย

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ของแพทย์ที่เป็นการตรวจ การรื้ออกันและการบำบัดโรคเท่านั้น ไม่เป็นการ "ทำร้าย" ตามความหมายของกฎหมาย¹³

ฝ่ายที่สามเห็นว่า เฉพาะการกระทำของแพทย์ในการประกอบโรคศิลปะ ที่ได้ผลเท่านั้นที่ไม่เป็นการทำร้าย ส่วนการกระทำที่ไม่ได้ผลถือว่าเป็นการทำร้ายตามความหมายของ กฎหมาย¹⁴

สำหรับในประเทศไทยนั้น เนื่องจากยังไม่มีปัญหาชั้นสู่การพิจารณา ของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น กรณีจึงยังไม่เป็นที่ปรากฏว่าศาลฎีกาของไทย ได้ยึดหลักเกี่ยวกับเรื่อง นี้ตามความเห็นของฝ่ายใด

แต่ก็มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยบางท่านที่เห็นด้วยกับความเห็น ฝ่ายที่สอง โดยให้เหตุผลว่า "...ถ้าเราทำความเข้าใจว่าการทำร้ายนั้นเป็นการทำให้สภาพ ของร่างกายของผู้ถูกรักษาเลวลง การบำบัดรักษาของแพทย์ก็ทำให้การทำร้ายไม่เพราะเป็นการ ทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกรักษาดีขึ้น การกระทำของแพทย์จึงมิใช่การกระทำของความผิด ฐานทำร้ายร่างกาย..."¹⁵ และมีผู้เห็นว่า "การที่แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาความเจ็บป่วยต่างๆ ตามหลักวิชาไม่เรียกว่าทำร้าย"¹⁶

¹³ คณิต ๗ นคร, "ทัศนะของนักกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์," วารสารอัยการ

1 (ตุลาคม 2521) : 46.

¹⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "สัมมนากฎหมายอาญา.", หน้า 61.

¹⁵ คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 22.

¹⁶ ไพศาล กุมาลย์วิสัย, "ฎีกาวิเคราะห์ : ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติ ว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508)," ตุลนาท 15 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2511) : 142.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สอง โดยเห็นว่าการกระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยของแพทย์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบำบัดรักษาโรคและทำให้ผู้ป่วยมีอาการดีขึ้นจริงไม่ควรจะเป็นการ "ทำร้าย" ตามความหมายของกฎหมาย

1.2.2 ข้อพิจารณาในปัญหาเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศจะเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมายหรือไม่

นักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นที่แตกต่างกันไปว่าการผ่าตัดแปลงเพศนั้นจะเป็นการทำร้ายอันจะทำให้แพทย์มีความรับผิดทางอาญาหรือไม่ ดังนี้

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การผ่าตัดแปลงเพศเป็นการทำร้าย อาทิเช่น

"ไม่ว่าจะถือความเห็นของฝ่ายใด ในกรณีของการผ่าตัดแปลงเพศย่อมเป็นการทำร้าย เนื่องจากกรณีนี้ไม่ใช่การตรวจการป้องกันหรือการบำบัดรักษาโรค การกระทำของแพทย์ดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการทำร้าย ซึ่งแพทย์จะมีความผิดอาญาและได้รับโทษตามกฎหมาย"¹⁷

"การแปลงเพศโดยข้อกฎหมายแล้วแพทย์จะมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ อยู่ที่ว่าการผ่าตัดแปลงเพศนี้ เป็นการบำบัดรักษาโรคตามหลักวิทยาศาสตร์ตามนัย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 หรือไม่ ขณะนี้มีความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าลักเพศเป็นเพียงการนิกรทางจิต การบำบัดโรคด้วยการผ่าตัดเปลี่ยนเพศจึงไม่ใช่วิธีที่ถูกต้อง"¹⁸ (พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 เป็นกฎหมายที่ใช้ก่อนพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว-ผู้เขียน)

ฝ่ายที่สองมีความเห็นไปในทางตรงกันข้ามว่า การผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็นการบำบัดโรคตามกฎหมาย และแพทย์ย่อมไม่มีความผิด อาทิเช่น

¹⁷ ประพันธ์พงศ์ สุคนธ์, "การยกเว้นความรับผิดในการทำให้ผู้ป่วยตายด้วยความสงสาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นโท ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 47.

¹⁸ กมลชัย รัตนสากวงศ์, "ความยินยอม" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 112.

"เมื่อเป็นที่ยอมรับกันทางการแพทย์ปัจจุบันว่า การผ่าตัดแปลงเพศเป็นวิธีการรักษาโรคหลงเพศวิธีหนึ่งนอกเหนือไปจากการรักษาทางจิตเวช เมื่อแพทย์ที่ผ่าตัดได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ป่วยยินยอมให้รักษา การผ่าตัดแปลงเพศก็ย่อมเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ไม่เป็นการทำร้ายร่างกายแต่อย่างใด"¹⁹

"แพทย์ที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศซึ่งต้องทำให้ผู้ที่แปลงเพศเป็นหมันไปเสียก่อนนั้น ไม่น่าจะเป็นความผิดอาญา ถ้าหากว่าผู้ที่แปลงเพศยินยอมโดยสมัครใจหรือขอร้องให้ทำ"²⁰

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สอง เมื่อเป็นที่ยอมรับกันในทางการแพทย์แล้วว่า การผ่าตัดแปลงเพศเป็นการบำบัดรักษาโรคหลงเพศ การทำการผ่าตัดดังกล่าวของแพทย์ก็ย่อมไม่เป็นการทำร้ายตามกฎหมาย แพทย์ย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัส เช่นเดียวกับการทำการผ่าตัดโดยทั่วๆ ไปของแพทย์ ซึ่งเป็นการบำบัดรักษาโรคอย่างหนึ่งนั้น ก็ยอมทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะทำให้สุขภาพของผู้ป่วยกลับคืนดีเช่นเดิมหรือเพื่อทำให้ชีวิตของผู้ป่วยยืนยาวต่อไปอีก (The surgeon is not normally guilty of any crime, since the purpose of the operation is to restore health or to prolong life)²¹

1.3 การนำหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดมาใช้กับการกระทำต่อร่างกายมนุษย์ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์

ในปัจจุบันนี้ เมื่อกล่าวถึงปัญหาว่าแพทย์จะมีความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยหรือไม่ มักมีการหยิบยกเอาหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดมาใช้ใน

¹⁹ วิกทอรี อิงประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", หน้า 198.

²⁰ โทแมน ภักภิรมย์, "การแปลงเพศในทรรศนะของนักกฎหมาย", หน้า 701.

²¹ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic Criminal Law (U.S.A : Mc. Graw - Hill Book Company, 1974), p. 131.

การวินิจฉัยอยู่เสมอ โดยถือว่าความยินยอมดังกล่าวเป็นเหตุลบล้างความผิด²² แต่การนำเอาหลักเรื่องความยินยอมมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวนี้ จะมีความเหมาะสมเพียงใด โดยเฉพาะในปัญหาเรื่องความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการผ่าตัดแปลงเพศ²³ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

1.3.1 หลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญา จะต้องประกอบด้วย หลักเกณฑ์ดังนี้

- (1) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกทางธรรมจรรยา และศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (2) ความยินยอมที่พยาน จะต้องเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ กล่าวคือให้ความยินยอมด้วยความเต็มใจ การให้ความยินยอมไม่ใช่เนื่องมาจากการบังคับขู่เข็ญ หลอกลวงหรือเข้าใจผิด
- (3) ต้องเป็นความยินยอมที่ให้ได้ในขณะที่เกิดการกระทำมิใช่หลังการกระทำ²³
- (4) ผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมให้ผู้อื่นฆ่าตนเองหรือทำให้ตนเองได้รับอันตรายสาหัส (a person cannot consent to being killed or seriously injured)²⁴

ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของไทย ก็ถือหลักว่าความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508²⁵

²² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "สัมมนากฎหมายอาญา.", หน้า 64.

²³ จิตติ ตังศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย 3(2520) : 54-57.

²⁴ Justin Miller, Criminal Law (St. Paul, Minnesota : West Publishing Company, 1934), p.171.

²⁵ โนสาล กุมาลย์วิสัย, "ฎีกาวิเคราะห์ : ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้", หน้า 137-144.

"คำพิพากษานี้ที่ 1403/2508 ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้น ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิดขึ้นได้"

1.3.2 การนำหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดมาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ อาจทำให้แพทย์ต้องรับผิดทางอาญาได้ แม้ว่าแพทย์จะทำการผ่าตัดแปลงเพศภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

การนำเอาหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด ตามหลัก Volenti non fit injuria²⁶ มาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการผ่าตัดแปลงเพศภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมนี้ อาจทำให้แพทย์ต้องมีความรับผิดทางอาญาได้ เนื่องจาก

(1) การผ่าตัดแปลงเพศอาจทำให้คนทั่วไปรู้สึกว่าการกระทำนั้นขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี²⁷ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) เช่นในคดี Cowburn ซึ่งมีการผ่าตัดเพื่อตอน (castration) นักโทษในเรือนจำด้วยความยินยอมของนักโทษนั้น เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะรักษาเขาให้หายจากโรคจิตทางเพศที่ทำให้เขาเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสาธารณชน ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธที่จะรับประกันใด ๆ ว่าการผ่าตัดดังกล่าวจะถูกต้องตามกฎหมาย²⁸ และนอกจากนี้ในประเทศฝรั่งเศสถือว่า การผ่าตัดเพื่อทำหมันซึ่งเป็นการทำให้หมดความสามารถในการสืบพันธุ์เช่นเดียวกับการผ่าตัดแปลงเพศ ถือว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัส แม้ผู้ถูกทำหมันจะยินยอมหรือขอร้องให้ทำ เพราะเป็นการขัดต่อประโยชน์ของรัฐและความ

²⁶Courtney Stanhope Kenny, Outlines of Criminal Law, 15th ed. (Cambridge : The University Press, 1947), p.181.

²⁷วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", หน้า 189.

²⁸Glainville Williams, "Consent and Public Policy," The Criminal Law Review (march 1962) : 159.

สงบเรียบร้อยของประชาชน²⁹

(2) ความไม่สมบูรณ์ทางจิตใจของบุคคลลงเพศอาจทำให้ความยินยอมของบุคคลลงเพศที่ไว้ไว้ไม่มีผลทางกฎหมายเนื่องจากความยินยอมของบุคคลลงเพศนั้นเกิดขึ้นมาจากความอยาก ความหลงใหลใฝ่ฝันและกิเลส (The transsexual's desire to have surgery has been described as a craving, an obsession, and a passion) และความต้องการนั้นเป็นอาการของความวิปริตทางจิตใจ (psychosexual dysphoria)³⁰ และนอกจากนี้ความยินยอมจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ หากความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมของบุคคลผู้มีจิตใจบกพร่อง³¹

(3) ความยินยอมจะให้เป็นให้ผู้อื่นทำให้ตนเองได้รับอันตรายสาหัสไม่ได้ ซึ่งหลักการนี้ในต่างประเทศได้นำไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างจริงจัง อาทิเช่น³²

ประเทศลังกา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 มีใจความว่า ความยินยอมจะเป็นข้อแก้ตัวได้ก็แต่เฉพาะการกระทำความผิดทางอาญาที่ไม่เป็นเหตุทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส และในมาตรา 81 มีใจความว่า แม้ผู้กระทำจะกระทำความผิดด้วยความหวังดีหรือสุจริต ถ้าเป็นเหตุให้ผู้อื่นตายหรือได้รับอันตรายสาหัสก็ไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้

²⁹Bouzat, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, 2 éd.

Tome 1. No. 309, 1970, p.381.

³⁰Melvin M. Belli, "Legal Essay : Transsexual Surgery : A New Tort?", p.498.

³¹จิตติ ดิงศ์ภักย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 ตอนที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), หน้า 689-690.

³²ประพนธ์ ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 512-513.

ประเทศกานา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 42 มีใจ
ความว่า การกระทำที่มีเจตนาทำให้ถึงตายหรืออันตรายสาหัส ผู้กระทำจะอ้างความยินยอมไม่ได้

ประเทศอินเดีย³³ ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 87
เป็นหลักทั่วไปว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัวได้ในความผิดที่มีเจตนาฆ่า และมีได้ทำ
ให้เกิดอันตรายแก่กายถึงสาหัส

ประเทศนอร์เวย์³⁴ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 235
ว่า ถ้าการฆ่าตัวตั้นไม่เป็นอันตรายสาหัสแพทย์ไม่ต้องรับโทษ

สหรัฐอเมริกา³⁵ สมาคมนิติบัณฑิตอเมริกัน (The American Bar
Association) ได้เสนอร่างกฎหมายอาญา (The Model Penal Code) โดยได้บัญญัติเรื่อง
เกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 2.11 (2) ว่า

"ความยินยอมต่อการกระทำความผิดต่อร่างกายเมื่อการกระทำโดย
กล่าวหาว่าเป็นการกระทำผิด ด้วยเหตุที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย ความยินยอมทั้งได้ให้ต่อผู้
กระทำการนั้นอาจเป็นข้อแก้ตัวได้ ถ้า

(ก) การกระทำนั้นมิได้เป็นอันตรายร้ายแรงต่อร่างกาย"

ประเทศอังกฤษ³⁶ ได้มีการวางหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมไว้ในคำ
พิพากษา โดยผู้พิพากษา Stephen J. มีใจความว่า "การทำให้ร่างกายถึงพิการ เสี่ยงต่อชีวิต
หรือได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำจะอ้างความยินยอมเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้...."

(4) มีนักนิติศาสตร์โต้แย้งว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นจะยกขึ้น
กล่าวอ้างว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำไม่ได้ เพราะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย³⁷

³³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 693-694.

³⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอม", หน้า 111.

³⁵ วิษณุ เครืองาม, "ความยินยอม-ยอมความตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา,"

วารสารกฎหมาย 2(พฤษภาคม 2517) : 160-161.

³⁶ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law (London Stevens &
Sons, 1978), p.541.

³⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 21.

ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดมาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดของแพทย์ในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยเฉพาะในการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวนั้น ย่อมทำให้เกิดปัญหาว่าแพทย์อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ เนื่องจากปัญหาในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศอาจเป็นการขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และความสงบเรียบร้อยของประชาชน รวมทั้งความบกพร่องในด้านจิตใจของบุคคลแปลงเพศผู้ให้ความยินยอมในการผ่าตัดแปลงเพศอาจไม่มีผลสมบูรณ์ทางกฎหมาย และนอกจากนี้ การยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดแปลงเพศอันเป็นการยินยอมให้ทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัสซึ่งความยินยอมดังกล่าวอาจใช้ไม่ได้ในทางกฎหมายอีกด้วยดังกล่าวกว่าข้างต้น ดังนั้นการนำเอาหลักเรื่องความยินยอมดังกล่าวมาใช้อธิบายความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการผ่าตัดแปลงเพศจึงไม่เหมาะสม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากพิจารณาว่า หากแพทย์กระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมแล้ว แพทย์ไม่ควรมีความผิดเนื่องจากการกระทำดังกล่าว หากเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมายไม่และการกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นเหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ ซึ่งจะทำให้แพทย์ไม่มี "ความผิด" (Rechtswidrigkeit/Unlawfulness of the act)³⁸ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอหลักเกณฑ์ต่อไป

1.4 แนวทางที่เหมาะสม ในการวินิจฉัยปัญหาความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยเฉพาะการผ่าตัดแปลงเพศ

เนื่องจากการนำหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดมาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของแพทย์ โดยเฉพาะในกรณีของการผ่าตัดแปลงเพศ อาจทำให้แพทย์ต้องมีความผิดทางอาญาได้ดังกล่าวกว่าข้างต้น แต่ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าแพทย์ไม่ควรจะต้องมีความรับผิดทางอาญาในการทำการผ่าตัดแปลงเพศ เนื่องจากการกระทำของแพทย์นั้นย่อมเป็นการบำบัดรักษาโรคและไม่ใช้การทำร้ายตามความหมายของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอหลักกการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของแพทย์ในการผ่าตัดแปลงเพศใหม่ โดยพิจารณาถึงขอบเขตของการ "ทำร้าย" ตามกฎหมายและการบำบัดรักษาโรคตามกฎหมายเป็นเหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ ดังต่อไปนี้

³⁸ Albin Aser, "Justification and Excuse," American Journal of Comparative Law 24(1976) : 624.

สภาพของการทำร้ายตามกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาถึงการทำร้ายร่างกายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 และมาตรา 59 กล่าวคือ การทำร้ายต้องหมายถึง "การกระทำที่ผู้กระทำประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่กาย (หรือจิตใจ) ต่อผู้อื่น หรือการกระทำที่ผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผลได้ว่าจะเกิดอันตรายแก่กาย (หรือจิตใจ) ของผู้อื่น"

การฆ่าตัดต้นโดยสภาพย่อมเป็นการทำร้าย³⁰ แต่ถ้าเมื่อใดที่มีกฎหมายรับรองการกระทำนั้นก็ถือว่าการกระทำนั้น "ไม่เป็นการทำร้ายโดยกฎหมาย"

การกระทำที่ไม่เป็นการทำร้ายโดยกฎหมายได้แก่การกระทำ ต่อไป⁴⁰

(1) การกระทำที่มีกฎหมายประเพณีรับรอง เช่นการตัดหนังตุ้มปลายอวัยวะเพศของชาย ในพิธีทางศาสนาอิสลาม, การเอามีดกรีดศีรษะให้กันและกันของชาวมุสลิม นิกายสุหนี่ในการประกอบพิธีเนื่องในวันสำคัญทางศาสนา, การเล่นกีฬาตามกติกาที่กำหนดไว้ เช่น มวย ยูโด ฟันดาบ เหล่านี้ผู้เข้าร่วมซึ่งยอมรับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการทำร้ายโดยสภาพนั้นได้ทราบระเบียบและกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ ตั้งอยู่แล้ว การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่จารีตประเพณีถือว่าไม่เป็นการทำร้ายอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องอ้างความยินยอมของผู้รับการกระทำเป็นเหตุยกเว้นความผิด

(2) การกระทำที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมซึ่งกฎหมายแห่งสมควรรับ เช่น การไปให้ช่างตัดผม การจ้างให้ลักตามร่างกายไม่ว่าจะเพื่อความสวยงามหรือเพื่อความอยู่ยงคงกระพันก็ตาม การกระทำประเภทนี้ผู้ถูกกระทำต้องยินยอมให้ทำ นิติกรรมทางแห่งจึงจะสมบูรณ์ เมื่อการกระทำนั้นกฎหมายยอมรับ การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการทำร้ายโดยผลของกฎหมายแห่งนั้นเอง ซึ่งคนทั่วไปก็เข้าใจว่าเป็นการตัดผม การสัก ไม่มีใครคิดว่าเป็นการทำร้าย ดังนั้นการกระทำในกลุ่มนี้ความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ย่อมทำให้การกระทำนั้นเป็นนิติกรรมชนิดใดชนิดหนึ่งในทางกฎหมายแห่ง ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการทำร้าย (โดยผลของกฎหมาย) ทำให้ความยินยอม

³⁰ วัชรีย์ อึ้งประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", หน้า 191.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193.

ทำให้ไม่เป็นความผิดอาญาโดยตรง ไม่ ดังนั้นความยินยอมในกรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาว่า นิตกรรมนั้นมิ
 วัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ
 ศีลธรรมอันดีของประชาชนอันทำให้ นิตกรรมนั้นเป็น โฆษะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
 113 หรือไม่ หากไม่ ผลของนิตกรรมนั้นก็ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการทำร้ายทางอาญา

(3) การกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง เช่น
 การเขียนค้ำลง โทษบุตรของบิดามารดา หรือการลงโทษนักเรียนของครู เป็นต้น การกระทำเช่นนี้
 ย่อมไม่เป็นการทำร้าย โดยผลของกฎหมายแพ่งเช่นกัน

(4) การกระทำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น เช่น กฎหมายวิชาชีพ
 ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2479, พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม
 พ.ศ. 2525, พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 เป็นต้น

การกระทำตามกฎหมายวิชาชีพดังกล่าว แม้การกระทำนั้นจะเป็นการ
 ทำร้ายโดยสภาพ ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการทำร้ายโดยผลของกฎหมายเหล่านั้น การกระทำ
 เหล่านี้กลายเป็นการประกอบโรคศิลปะ, การประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือการประกอบวิชาชีพ
 การพยาบาล หรือการประกอบวิชาชีพผดุงครรภ์แล้วแต่กรณี และการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำ
 ตามกฎหมายดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการคือ⁴¹

- (ก) ผู้กระทำได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตตามกฎหมายนั้นๆ
- (ข) การกระทำนั้นอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพนั้นๆ
- (ค) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์

แต่อย่างไรก็ดี กรณีที่จะทำให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาเนื่อง
 จากการกระทำของตน ไม่เป็นการทำร้ายโดยผลของกฎหมายดังกล่าวมานั้นต้องปรากฏว่า ผู้กระทำ
 ไม่ได้กระทำไปโดยประมาทด้วย⁴²

ความยินยอมของผู้ถูกกระทำดังกล่าวข้างต้นนี้ มิได้เป็นเหตุให้การกระทำ
 นั้น ไม่เป็นความผิดโดยตรง แต่ความยินยอมของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่จะให้การ

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193-195.

⁴² กานดา เมฆใจดีและวิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "นิติเวชสาธก : ความรับผิดชอบทางกฎหมาย
 ของแพทย์และพยาบาล," สารคดีราช 39(ธันวาคม 2531) : 812.

กระทำนั้น เป็นการกระทำตามกฎหมายวิชาชีพ (และการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการทำร้ายโดยผลของกฎหมายวิชาชีพ)⁴³

สำหรับการพิจารณาการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของผู้ป่วยตามแนวคิดข้างต้น⁴⁴ ควรจะพิจารณาจากขั้นตอนต่อไปนี้คือ⁴⁴

(1) การกระทำนั้นเป็นการทำร้ายโดยสภาพหรือไม่ การกระทำบางอย่างของแพทย์ เช่น การจับชีพจร การฟังปอด การฟังหัวใจ ฯลฯ เหล่านี้จะเห็นได้ว่าไม่ได้เป็นการทำร้ายโดยสภาพ การฉีดยาถ้าพิจารณาถึงบาดแผลที่เกิดจากการฉีดยาจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกานั้น น่าจะเป็นลักษณะไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กาย การฉีดยาหรือการฝังเข็มจึงไม่เป็นการทำร้าย เมื่อไม่เป็นการทำร้ายโดยสภาพการกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยไม่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้ถูกกระทำ แต่ถ้าผู้กระทำ ไม่ใช่แพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม การกระทำเช่นนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อตรวจ วินิจฉัยโรคหรือรักษาโรค การกระทำนั้นก็เป็นประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยผู้ที่มีได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

(2) ถ้าการกระทำนั้นเป็นการทำร้ายโดยสภาพ เช่น การผ่าตัด การกระทำนั้นจะไม่เป็นการทำร้ายโดยกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นนับได้ว่าเป็น "การประกอบวิชาชีพเวชกรรม" ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งต้องประกอบด้วย

(ก) ผู้กระทำเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

(ข) การผ่าตัดนั้นอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 4

(ค) ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์หรือโดยถูกต้องตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้ป่วยในกรณีนี้ ทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบวิชาชีพที่ยอมรับกันทั่วไปทุก

⁴³ วิฑูรย์ อังประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", หน้า 195.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

ประเทศ ซึ่งกำหนดว่าหน้าที่ของแพทย์ต่อผู้ป่วยจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ผู้ป่วยยอมให้แพทย์ทำการรักษา หรือกระทำการต่างๆ ในขอบเขตของวิชาชีพและแพทย์ตกลงที่จะรับกระทำการนั้น ศาสตราจารย์ สงกรานต์ นิยมเสน⁴⁵ อธิบายเรื่องความสัมพันธ์ของผู้ป่วยกับแพทย์ว่า "เป็นนโยบายทางแพทย์ ทั่วๆ ไปว่า ผู้ป่วยย่อมมีเสรีภาพในการเลือกแพทย์ของตนเหมือนกับเขาเลือกเสื้อผ้าของเขา และ เมื่อผู้ป่วยได้ตัดสินใจเลือกแล้ว เขาจึงเริ่มไปหาแพทย์ผู้นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย เริ่มตั้งแต่ได้ตกลงรักษากัน ซึ่งอาจเป็นทาง โดยตรงหรือโดยปริยาย" และในทางกฎหมายแห่ง ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์มีลักษณะ เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง⁴⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกระทำของแพทย์ที่กระทำต่อร่างกายของผู้ป่วย ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่กล่าวในข้อ (2) นั้น จะถือว่าเป็นการประกอบวิชาชีพ เวชกรรมตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสียก่อนแล้วด้วย

เหตุนี้การกระทำที่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยไม่เป็นการ ทำร้ายต้องมียกเว้นประกอบครบถ้วนทั้ง 3 ประการข้างต้น หากไม่ครบอย่างใดอย่างหนึ่งการกระทำ นั้นย่อมไม่เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย และย่อมก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญา⁴⁷

จากหลักการดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การผ่าตัดแปลงเพศในบุคคล พลงเพศเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคของเพศตามหลักการทางวิชาวิทยาศาสตร์การ แพทย์และเป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย และการกระทำนั้นได้กระทำโดยแพทย์ที่ ได้ทันหา เบี่ยงและ ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์รักษาแล้ว การกระทำของแพทย์ดังกล่าวย่อมมิใช่ "การทำร้ายโดยกฎหมาย" อันเป็นการขาดโครงสร้าง

⁴⁵ สงกรานต์ นิยมเสน, "ศิลาและจรรยาแพทย์," จนสท. 46 (2506) : 725-764.

⁴⁶ วิฑูรย์ กิ่งประพันธ์ และ ทิพนุ เริง ไพบูลย์, "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ," กฏหมายคดี 42 (มีนาคม 2529) : 89-115.

⁴⁷ Walter Wadlington; Jon R. Waltz; and Roger B. Dworkin, Law and Medicine : Cases and Materials (U.S.A. : The Foundation Press, Inc., 1980), p.43.

ความผิดทางอาญา (Verbrechensaufbau) ที่ 2 ในส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit⁴⁸ / Unlawfulness of the act⁴⁹)

นอกจากนี้แล้ว เมื่อถือได้ว่าการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ ตามกฎหมายนั้น ไม่เป็นการทำร้ายโดยกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ซึ่งทำให้การกระทำของแพทย์ เช่น นั้นมีกฎหมายให้กระทำได้อันเป็น "เหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้" อันจะทำให้การกระทำนั้นยอม ไม่เป็นความผิด (Nichtrechtswidrig)⁵⁰ ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปด้วยว่า การกระทำของ แพทย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคก็เป็นเหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ อันจะทำให้การ กระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิดเช่นกัน

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้ นอกจากการป้องกันโดยชอบด้วย กฎหมายแล้วยังมีเหตุอื่น ๆ อีกเช่น เหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305, 329, 331 และบาง เหตุอาจอยู่ในกฎหมายอื่น เช่น การทำโทษบุตรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อำนาจจับกุมใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเหล่านี้เป็นต้น⁵¹ นอกจากนี้การกระทำในกรณีผลประโยชน์ หรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)⁵² ชัดกันหรือกรณีหน้าที่ชัดกัน (Pflichtenkollision) เช่น การกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูกตามมาตรา 305 (1) มาจากเหตุผลที่ว่าผลประโยชน์ที่ ได้รับมากกว่าผลประโยชน์ที่สูญเสียหรือการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (balancing of interests/ Güterabwägungsprinzip)⁵³ หรืออาจจะเรียกว่าหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüterabwägung)⁵⁴ ตามหลักนี้ถือว่าการที่บุคคลจำต้องล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

⁴⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโททางนิติ ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีการศึกษา 2524), หน้า 5.

⁴⁹ กมลชัย รัตนสภาวะ, "ความยินยอม", หน้า 1.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁵¹ คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญามาตราความผิด, หน้า 2.

⁵² คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคล แต่ เป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายแต่ละฐานความผิดมุ่งที่จะคุ้มครอง

⁵³ Albin Eser, "Justification and Excuse", pp.629-630.

⁵⁴ คณิต ฃ นคร, "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และ สาธารณสุข," วารสารอัยการ 1(2521) : 66.

อันหนึ่งเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าเอาไว้ นั่น ก็ถือว่าบุคคลนั้น ไม่มีความผิดเพราะชีวิตมนุษย์ (หญิงมีครรภ์) เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าชีวิตของทารกในครรภ์มารดา

ผู้เขียนเห็นว่า การผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็นการกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นเหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากการกระทำของแพทย์ (หมายถึงแพทย์นั้นต้อง ได้ขึ้นทะเบียนและ ได้รับ ใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย) เป็นการกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และการทำการผ่าตัดแปลงเพศนั้น เป็นกรณีผลประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายขัดกัน การผ่าตัดแปลงเพศเป็นการรักษาชีวิตผู้ป่วยไว้ เนื่องจากผู้ป่วยจะฆ่าตัวตายหากไม่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ ดังนั้นการนำเอาอวัยวะเพศและต่อมเพศของผู้ป่วยออกอย่างมากผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือเป็นการทำให้ผู้นั้น ไม่มีอวัยวะสืบพันธุ์และ เสียความสามารถในการสืบพันธุ์ซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับ (ชีวิตของผู้ป่วย) มากกว่าผลประโยชน์ที่สูญเสีย (อวัยวะสืบพันธุ์และความสามารถในการสืบพันธุ์) ซึ่งถือได้ว่าเป็นการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (balancing of interests/Güterabwägungsprinzip) เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าเอาไว้ (ชีวิตผู้ป่วย) แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจึงไม่ควรมีความรับผิดทางอาญา เนื่องจากขาดโครงสร้างความผิดอาญาข้อ 2 ส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit/Unlawfulness of the act)⁵⁵ และนอกจากนี้นักนิติศาสตร์ต่างประเทศก็มีความเห็นไปในแนวที่ว่า การกระทำของแพทย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรค (therapeutic purposes) ของผู้ป่วยแล้ว แพทย์น่าจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้⁵⁶ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าว นักนิติศาสตร์ผู้นั้น ได้ยกเอาคำสั่งของศาล (declaratory judgments) ในคดี Hart V. Brown (29 Conn. Supp. 368 (1972))

⁵⁵ Albin Eser, "Justification and Excuse", p.624.

⁵⁶ Joseph Goldstein; Alan M. Dershowitz; and Richard D. Schwartz, Criminal Law : Theory and Process (New York : The Free Press, 1962), pp.97-139.

มาเป็นข้อสนับสนุนในการปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (A defense to the crime of assault) ซึ่งในคดีดังกล่าวเป็นกรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายไต (kidney transplant) ให้กับเด็กฝาแฝดคู่หนึ่ง เพื่อเป็นการบำบัดรักษาโรคเกี่ยวกับความผิดปกติของไต ทำให้ไตไม่สามารถทำการขับถ่ายของเสียออกจากร่างกายได้ตามปกติ (hemolytic uremic syndrome) ซึ่งวิธีการผ่าตัดเพื่อปลูกถ่ายไตดังกล่าว เป็นวิธีการที่ยอมรับแล้วว่า เป็นวิธีการบำบัดรักษาโรคดังกล่าว ศาลมีคำสั่งว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดปลูกถ่ายไตดังกล่าวได้กระทำไปตามที่เห็นว่าเป็นเพื่อดำเนินการบำบัดรักษาโรค จำเลยมีอำนาจที่จะทำการเช่นนั้นได้⁵⁷

นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์ไทยเองก็มีแนวความคิดโน้มเอียงไปในลักษณะที่ถือว่า การกระทำของแพทย์หากเป็นการบำบัดรักษาโรคแล้ว แพทย์ย่อมมีอำนาจกระทำได้ ดังที่ กมลชัย รัตนสภาวะ ก้าวไว้ว่า "การแปลงเพศโดยข้อกฎหมายแล้ว แพทย์จะมีอำนาจกระทำได้ หรือไม่อยู่ที่ว่า การผ่าตัดแปลงเพศนี้เป็นการบำบัดรักษาโรคตามหลักวิทยาศาสตร์ตามนัย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 หรือไม่...."⁵⁸ และ โทเมธ ภัทรภรณ์ ก็ได้กล่าวไว้ทำนองเดียวกันว่า "...การจะวินิจฉัยว่าแพทย์จะมีความผิดทางอาญาในการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวเป็นการบำบัดรักษาโรคหรือไม่ ถ้าถือว่าการบำบัดรักษาโรคแพทย์ก็ไม่ควรมีความผิด แต่ถ้าถือไม่ได้ว่าเป็นการบำบัดรักษาโรคกรณีก็ยังเป็นปัญหา"⁵⁹

แต่อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภิกย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายวิชาชีพเวชกรรมนั้น ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยได้ให้ความเห็นไว้ว่า "แม้จะมีพระราชบัญญัติการแพทย์ และพระราชบัญญัติการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ กำหนดคุณสมบัติและการออกใบอนุญาตแก่แพทย์ก็เป็นการควบคุมของรัฐต่ออาชีพประเภทนั้น การอนุญาต

⁵⁷ Ibid., pp.97-99.

⁵⁸ กมลชัย รัตนสภาวะ, "ความยินยอม", หน้า 112.

⁵⁹ โทเมธ ภัทรภรณ์, "การแปลงเพศในทรรศนะของนักกฎหมาย", หน้า 700.

โดยกฎหมายประเภทนี้ไม่ทำให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธินอกเหนือเป็นการยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย
แพ่งและอาญาทั่วไปแต่ประการใด"⁶⁰ (พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2511 เป็นกฎหมาย
ที่ใช้ก่อนพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 และปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว-ผู้เขียน)

ด้วยความเคารพต่อความเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวมา
ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการรับผิดทางแพ่งและทางอาญาตามความหมายของคำสดรอาจารย์จิตติ ดิง-
ศรัทธีดังกล่าวน่าจะหมายถึงเฉพาะความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท หรือทำนอกขอบ
เขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย ถึงแม้ผู้กระทำจะได้รับใบอนุญาตให้ประกอบ
วิชาชีพเวชกรรมก็ตามเท่านั้น แต่ไม่ควรรวมไปถึงการกระทำในทางวิชาชีพเวชกรรมที่แพทย์กระทำ
ไปเพื่อบำบัดรักษาโรคในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายด้วย เช่น แพทย์
ไม่ควรมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเนื่องมาจากการผ่าตัดนั้น ทั้งนี้เพราะการกระทำของแพทย์ดัง-
กล่าวยังอยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525
ได้ยอมรับแล้ว

ดังนั้น เมื่อพิจารณาว่าการผ่าตัดแปลงเพศอันเป็นการบำบัดรักษาโรค
ตามกฎหมายไม่เป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมายแล้ว กรณีก็จะขาดโครงสร้างความรับผิด
ทางอาญาในส่วนของความผิดไป เนื่องจากมีกฎหมายให้แพทย์กระทำการเช่นนั้นได้ เพราะฉะนั้น
ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว แพทย์จึงไม่ควรมีความผิดทางอาญาเนื่องจากได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ
ให้กับผู้ป่วยแต่ประการใด

นอกจากนี้แล้ว การพิจารณาตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา
ของแพทย์ในการกระทำต่อร่างกายผู้ป่วยภายในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพดังกล่าวมาข้างต้นนี้
ก็น่าจะนำมาใช้ได้กับการบำบัดรักษาโรคของแพทย์ที่กระทำต่อผู้ป่วยในกรณีอื่นๆ ได้ด้วย เช่น การ
ผ่าตัดต่างๆ การปลูกถ่ายอวัยวะ (organ transplantation) และการกระทำต่อบุคคลที่ไม่
อาจให้ความยินยอมได้ เป็นต้น⁶¹

⁶⁰ จิตติ ดิงศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 702.

⁶¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการ
ประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", หน้า 171-201.

2. สิทธิและเสรีภาพในการเลือกเพศตามกฎหมายในประเทศไทย

ดังได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 แล้วว่า ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองอย่างชัดเจนว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะเลือกเพศของตน โดยการผ่าตัดแปลงเพศ และศาลไทยเองก็ยังไม่ยอมรับว่าบุคคลจะมีสิทธิที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศของตนให้ผิดแผกไปจากเพศกำเนิดได้ ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวในบทที่ 1

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศและยังไม่มีกรรับรองให้เป็นสิทธิของบุคคลในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งตามใจสมัครได้ แต่ในปัจจุบันนักนิติศาสตร์หลายท่าน และแม้แต่ศาลฎีกาเองก็เห็นกันว่า การผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็นเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคล และรัฐเองก็ยังมีได้ออกกฎหมายมาห้ามปรามการผ่าตัดแปลงเพศแต่อย่างใด ดังนั้นในขณะนี้เราจึงอาจกล่าวได้ว่า การผ่าตัดแปลงเพศนั้นย่อมเป็นเสรีภาพในร่างกายของประชาชนชาวไทยที่จะกระทำได้

นอกจากนี้ ในเรื่องการยอมรับว่าการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกถือเพศหนึ่งเพศใดเป็นสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิส่วนตัวในประเทศไทยหรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่ต้องติดตามความเคลื่อนไหวในการยอมรับสิทธิดังกล่าวของประเทศไทยต่อไปในอนาคต เนื่องจากในขณะนี้ยังไม่มียุติบัญญัติที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่าประเทศไทยยอมให้การผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิส่วนตัวแต่ประการใด โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้น ไม่เฉพาะแต่ในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศ มีนักนิติศาสตร์กล่าวไว้ว่า "หากความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองยังมีผู้นิยมนับถืออย่างเหนียวแน่นในประเทศไทยอยู่ตราบดี ความคิดเรื่อง "สิทธิมนุษยชน" ยังไม่มีทางจะตั้งรากในแผ่นดินไทย ได้อยู่ตราบนั้น"^{๑๒}

^{๑๒}ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (Philosophy of Law) (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 351.

3. บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วกับปัญหาทางกฎหมาย

เนื่องจากขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองว่า บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีสถานะหรือเพศตามกฎหมาย (Legal sex) เป็นเพศใหม่ตามที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น ทำให้มีผลเกี่ยวเนื่องไปถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศตามกฎหมาย นับตั้งแต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร ทะเบียนบ้าน คำนาน้ำชื่อ บัตรประจำตัวประชาชน และเอกสารอื่น ๆ ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในบทความต่อไป จนกระทั่งกฎหมายอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายเกี่ยวกับการรับราชการทหาร เหล่านี้เป็นต้น ซึ่งในปัญหานี้จะได้วิเคราะห์โดยการยกตัวอย่างกฎหมายบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศตามกฎหมายของบุคคลมาประกอบการพิจารณาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของเพศตามกฎหมายและปัญหาที่เกิดขึ้น แต่จะไม่กล่าวถึงรายละเอียดของกฎหมายแต่ละเรื่องนั้นแต่อย่างใด

(ก) กฎหมายอาญาในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยชู้เชือดด้วยประการใด....." ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ซึ่งอาจทำให้ตีความไปได้ว่าผู้ที่จะกระทำความผิดฐานนี้ได้อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง และในขณะเดียวกันกฎหมายดังกล่าวก็เป็นกฎหมายที่ได้เลือกปฏิบัติต่อฝ่ายหญิงหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ คนที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายดังกล่าวก็คือหญิง^{๑๓} ดังนั้นเมื่อพิจารณาทั้งทางด้านผู้กระทำความผิดและผู้กระถูกกระทำแล้ว ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วทั้งจากชายเป็นหญิงและจากหญิงเป็นชาย สำหรับกรณีความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวอยู่ 2 ประการ คือ

(1) หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายแล้วจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้หรือไม่

^{๑๓} อภิรัตน์ เน็ชรศิริ, "การอภิปรายเรื่องเกย์ VS. กฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์

(2) ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วจะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
ได้หรือไม่

จากปัญหาแรก เนื่องจากขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายโดยอ้อมรับถึงสถานะของผู้ที่
ผ่าตัดแปลงเพศแล้วว่าเป็นเพศใหม่ตามที่ตนประสงค์ และตามหลักในคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524
ดังกล่าวในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่าหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายแล้วก็ยังคงต้องมีเพศตามกฎหมาย
เป็นหญิงอยู่นั่นเอง^{๘๔} ดังนั้นเราก็จะได้คำตอบว่า หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายจึงไม่สามารถ
กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เนื่องจากมิใช่ "ชาย" ตามความมุ่งหมายของมาตรา
276 ดังกล่าว โดยถือว่าคำว่า "ผู้ใด" ตามกฎหมายมาตราดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นผู้ชายเป็นผู้
กระทำ และนักนิติศาสตร์หลายท่านก็มีความเห็นว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้จะต้องเป็นชาย อาทิเช่น

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า "องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำประการ
แรกคือ กระทำชำเรา ผู้ถูกกระทำเป็นหญิง หญิงเป็นเพศของบุคคลธรรมดา ตามสภาพที่ถือกำเนิด
มา เป็นเพศที่ออกลูกได้ ไม่ใช่แปลงเพศจากชาย เพศนี้ตัวผู้ลงมือกระทำด้วยตนเองจึงเป็นชาย
การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชาย ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้"^{๘๕}

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร เห็นว่า "ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย มีความ
เห็นว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้ว่าต้องเป็นหญิงหรือชาย เพราะใช้คำ
ว่า "ผู้ใด" ถ้าหากใช้คำว่า "ชายใด" ก็ต้องถือว่ากำหนดคุณสมบัติไว้ ด้วยความเคารพในความ
เห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าจะพิจารณาประเภทของความผิดใน
แง่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำผิดแล้ว ก็คงถือว่า มาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญา
ได้กำหนดคุณสมบัติผู้กระทำความผิดไว้เหมือนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้อยคำในมาตรา 276 ที่

^{๘๔} ประสิทธิ์ นัลแอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (วิทยานินธ์ปริญญามหา
บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521), หน้า 46.

^{๘๕} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 นิพนธ์ครั้งที่ 5.
(กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2531), หน้า 1959.

ว่า ...กระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน.... ถ้อยคำชัดเจนเท่ากับว่า "ชายใด" เหมือนกัน"^{๕๖}

อาจารย์สุปัน นวลวัฒน์ เห็นว่า "โดยหลักแล้ว หญิงในฐานะส่วนตัวมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้เลย และชายจะเป็นผู้เสียหายเพราะถูกหญิงข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ดั่งกัน"^{๕๗}

อาจารย์จิน ดารา อธิบายว่า "กระทำชำเรา คือ การล่องเส้นยสังวาสหรือผสมเพศซึ่งกันและกันในระหว่างชายและหญิง ในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ฉะนั้นผู้กระทำชำเราจึงต้องเป็นชาย และผู้ถูกกระทำชำเราต้องเป็นหญิงเสมอไป แม้ตามด้วยบทจะใช้คำว่า "ผู้ใด" คำว่า "ผู้ใด" ในที่นี้ย่อมหมายถึงชายโดยเฉพาะ ฉะนั้นหากหญิงช่วยกันจับชายชิงผิด แล้วกระทำการจนสำเร็จ หญิงเหล่านั้นก็ไม่มีผิดตามมาตรฐาน เพราะตัวบทมุ่งถึงชายเป็นผู้กระทำแก่หญิง ไม่ใช่หญิงกระทำแก่ชาย ส่วนจะเป็นความผิดฐานอื่นหรือไม่ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ก็เป็นอีกปัญหาหนึ่ง และโดยที่ผู้ถูกกระทำชำเราต้องเป็นหญิง ฉะนั้นชายจะกระทำชำเราชายด้วยกันเองไม่ได้ ในทำนองเดียวกันหญิงต่อหญิงก็ไม่อาจกระทำชำเรากันเองได้ แม้หญิงหนึ่งจะทำกริยาอาการคล้ายชายต่อหญิงอีกผู้หนึ่ง จนหญิงผู้ถูกกระทำนั้นมีความรู้สึกคล้ายถูกชายกระทำชำเราก็ตาม แม้จะเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราแก่หญิง แต่ที่กล่าวแล้วว่าต้องมีลักษณะเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ฉะนั้นถ้าชายกระทำชำเราแก่หญิง โดยผิดธรรมชาติแทนที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 242 เรียกว่าชำเราผิดธรรมชาติ ดังนั้นย่อมไม่เป็นการกระทำชำเราตามความหมายแห่งมาตรฐาน"^{๕๘}

อาจารย์อัมพร ๕ ตะกั่วทุ่ง ให้ความเห็นว่า "ปัญหาชวนคิดในด้านผู้ข่มขืนบ้างว่า ตัวบุคคลผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นฝ่ายชายซึ่งพจนานุกรมแปลว่า "เพศผู้, เพศคนฝ่ายข้างผู้, ตรงข้ามกับหญิง" แต่ฝ่ายเดียวหรือไม่ ในข้อบัญญัติที่ 250/2510 วินิจฉัยว่า มาตรา 276

^{๕๖} ธานินทร์ กรัยวิเชียร, "อนุสันธิจากความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย," บทวิเคราะห์ 21(2506) : 11.

^{๕๗} สุปัน นวลวัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ตอน 4, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2521), หน้า 37.

^{๕๘} จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา," บทวิเคราะห์ 25(2511) : 66.

บัญญัติแต่เพียงว่า "ผู้ใดกระทำผิด ฯลฯ" เท่านั้น ท่านองจะเปิดทางให้หญิงที่ลงมือกระทำชำเรา หญิงด้วยกันอาจมีความผิดตามมาตรา 276 ได้ด้วย ผู้เขียนเห็นว่า จริงอยู่คำว่า "ชำเรา" พจนานุกรม แปลว่า "การร่วมประเวณี" ซึ่งไม่จำกัดว่าต้องกระทำกันระหว่างเพศตรงข้าม แต่คำในข้อความ ต่อมาว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน" การที่หญิงจะเป็นภริยาได้ก็โดยการสมรสกับชายเท่านั้น หากอาจ สมรสกับหญิงด้วยกันไม่ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 1 หมวด 2 เงื่อนไข แห่งการสมรส บัญญัติไว้เช่นตาม มาตรา 1448-1450 เหตุนี้ คำว่าหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ประกอบการแปลคำว่า "ผู้ใด" ให้มีความหมายเฉพาะชายเท่านั้น ดังนั้นหญิงลงมือข่มขืนกระทำชำเราหญิงด้วยกัน จึงน่าจะไม่มี ความผิด ตามมาตรา 276 ด้วย แต่หญิงที่ร่วมกระทำผิดด้วยกันกับชาย อาจผิด มาตรา 83, 276 ได้"⁶⁹

นักนิติศาสตร์หลายท่านเห็นว่า ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น หญิงจะเป็นผู้ กระทำความผิดฐานนี้ไม่ได้ ความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายแรกดังกล่าวมานี้ อาจเนื่องมาจากตีความ กฎหมายอย่างเคร่งครัดอันเป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา (กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หมายความว่า เมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่จำกัดระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำกรอย่างใด เป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะกรณีนั้น ๆ เท่านั้นที่เป็นความผิด จะรวมไปถึงกรณีอื่น ๆ ด้วยไม่ได้)⁷⁰ เพราะตามถ้อยคำของกฎหมายมาตรา 276 ผู้ถูกกระทำชำเราในกฎหมายบัญญัติไว้ ชัดเจนว่า คือ "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" แสดงว่ากฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเสรีภาพในทาง เพศของหญิง โดยเฉพาะ อาจเป็นเพราะชนบทรรมนิยมประเพณีไทยอบรมสั่งสอนกันมาให้ผู้หญิงรัก นวลสงวนตัว กฎหมายจึงมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเพศที่เป็นพรหมจรรย์⁷¹ จึงกำหนดหน้าที่ชายซึ่งมิใช่สามี ของหญิงห้ามล่วงละเมิดต่อหญิงนั้น⁷² และนอกจากนี้การยึดมั่นอย่างเคร่งครัดในความหมายของ การกระทำชำเราว่าหมายถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง และจะต้องมีลักษณะเป็นไปตาม

⁶⁹ อัมพร ๕ ตะกั่วทุ่ง, "บันทึกหมายเทศุ์ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 374/2526," ใน คำพิพากษา ฎีกาประจำพุทธศักราช 2526 ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2526), หน้า 150.

⁷⁰ กรกันยา กันยะวงศ์, "ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," นิติสาร (รพ'31) (2531) : 19.

⁷¹ อภิรัตน์ เน็ชร์ศิริ, "การอภิปรายเรื่องเกย์ VS. กฎหมาย", หน้า 119.

⁷² กรกันยา กันยะวงศ์, "ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา", หน้า 19.

ธรรมชาติซึ่งศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อของลับของฝ่ายชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง⁷³ ดังนั้นหากการตีความมาตรา 276 เป็นไปอย่างเคร่งครัดเช่นนั้น หญิงยอมจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ไม่ได้ เพราะนอกจากจะไม่มีอวัยวะเช่นเดียวกับเพศชายแล้ว การกระทำดังกล่าวจะกลายเป็นผิดธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งไม่เป็นความผิดตามกฎหมายมาตรา⁷⁴

ดังนั้น หากพิจารณาด้วยกฎหมายมาตรา 276 ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดว่าความผิดนี้ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำผิดว่าต้องเป็นชายเท่านั้น หญิงขาดคุณสมบัติของผู้กระทำคนเดียวสำหรับความผิดฐานนี้แล้ว หญิงที่กลายเป็นชายโดยการผ่าตัดแปลงเพศ ย่อมไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁵ และนอกจากนี้การที่หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายไปกระทำการร่วมเพศกับหญิงอื่น ก็อาจเปรียบเทียบการกระทำดังกล่าวได้เช่นเดียวกับการใช้อุปกรณ์ทางเพศ (sexual tools) ในการข่มขืนกระทำชำเราหญิง เนื่องจากอวัยวะเพศชายเทียมที่แพทย์ติดตั้งให้แก่หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายนั้นย่อมเป็นของเทียมไม่ใช่อวัยวะเพศชายแท้ ๆ การใช้อุปกรณ์ทางเพศดังกล่าวกระทำชำเราแก่หญิง ไม่ว่าจะกระทำโดยชายหรือหญิงย่อมไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะอุปกรณ์ทางเพศดังกล่าวไม่เป็นอวัยวะเพศชาย การเอาวัตถุอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าหญิงจะไม่ยินยอม⁷⁶

แต่อย่างไรก็ดี หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายหรือหญิงปกติทั่วไปก็อาจมีความผิดฐานเป็นตัวการในการข่มขืนกระทำชำเราได้ หากหญิงนั้นได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้นด้วย เช่น หญิงช่วยจับแทน ชาญเสียวชายให้ชายข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงนั้นไม่ต้องลงมือกระทำความผิดอย่าง ที่ชายลงมือกระทำชำเราจริง ๆ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510, 59/2524 และ 374/2526 เป็นต้น⁷⁷

⁷³ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491, 1133/2509, 1048/2518 และ 2413/2520

⁷⁴ กรกันยา กันยะพงศ์, "ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา", หน้า 19.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

⁷⁶ ประสิทธิ์ วัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา", หน้า 52-53.

⁷⁷ กรกันยา กันยะพงศ์, "ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา", หน้า 25-26.

นักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า คำว่า "ผู้ใด" ตามมาตรา 276 นั้น หมายถึงชายหรือหญิงก็ได้ ดังเช่นที่ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า "เมื่อกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ก็หมายถึง ชายหรือหญิงก็ได้ที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้"⁷⁸ ดังนั้น หากตีความตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่ 2 นี้ หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายก็ย่อมเป็นผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราตามกฎหมายดังกล่าวได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์ฝ่ายแรกโดยเห็นว่า ผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราได้นั้นจะต้องเป็น "ชาย" ตามกฎหมายและตามลักษณะกายภาพตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเท่านั้น หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายย่อมไม่ใช่ "ชาย" ตามกฎหมาย จึงไม่อาจกระทำความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราได้ในตัวเอง จะเป็นได้แต่เพียงตัวการในความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราพร้อมกับชายเท่านั้น ดังนั้นหากหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายชู้หญิง บังคับร่วมเพศกับหญิงอื่นก็คงจะลงโทษผู้กระทำได้เพียงทำการอนาจาร ทำร้ายร่างกาย หรือทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น⁷⁹

สำหรับในปัญหาที่ 2 นั้น จากหลักการเดียวกันที่ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีเพศตามกฎหมายเป็นเพศใหม่ดังกล่าว ประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรา 276 นี้มุ่งคุ้มครอง "หญิง" ดังกล่าวข้างต้น ชายที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วก็ยังคงมีสถานะหรือเพศตามกฎหมายเป็นชายอยู่นั่นเอง แม้ว่าชายที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงนั้นจะมีช่องคลอดเทียมและใช้ร่วมเพศได้อย่างหญิงทั่วไปก็ตาม แต่บุคคลเหล่านั้นก็มิใช่ "หญิง" ตามความหมายของกฎหมาย พวกเขาจึงไม่อาจถูกช่มชู้ในกระทำชำเราได้⁸⁰ ดังนั้น ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่อาจเป็น "ผู้เสียหาย" ในความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราได้ ถ้าถูกชายอื่นบังคับ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷⁸ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 12. (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 251.

⁷⁹ ประสิทธิ์ พงษ์อมร, "ความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเรา", หน้า 47.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46. และ P.J.Pace, "Sexual Identity and the Criminal Law," The Criminal Law Review (1983), p.320.

คู่เชื่อกะทำการร่วมเพศ ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เสรีภาพและทำอนาจารเท่านั้น^{๘๑}

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นทั้งหมด เป็นการสมควรหรือไม่ที่กฎหมายจะเอาผิดแก่หญิงที่แปลงเพศเป็นชายในเมื่อไปทำการช่มชื่นกระทำชำเราหญิงอื่น ซึ่งหากหญิงอื่นถูกหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายกระทำการช่มชื่นกระทำชำเรา โดยการใช้อวัยวะเพศชายเทียมก็ตามแต่ผลที่เกิดขึ้นก็เห็นอย่างเดียวกันกับการถูกช่มชื่นกระทำชำเราโดยอวัยวะเพศชายจริง และในขณะเดียวกันชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วก็มีช่องคลอดที่ใช้ในการร่วมเพศได้ เช่นหญิงทั่วไป หากถูกชายอื่นกระทำการช่มชื่นกระทำชำเรา กฎหมายควรจะคุ้มครองบุคคลเหล่านั้นด้วยหรือไม่ โดยถือว่าเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ได้ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เหมาะสมกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำลงไป มิใช่จะลงโทษแต่เฉพาะความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เสรีภาพหรืออนาจารเท่านั้น ดังนั้นหากประเทศไทยได้มีกฎหมายรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศทั้งจากชายเป็นหญิงและหญิงเป็นชาย มีสถานะหรือเพศตามกฎหมายเป็นเพศใหม่ตามที่ตนได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ปัญหาเหล่านี้ก็คงจะหมดไป

(ข) กฎหมายเกี่ยวกับการรับราชการทหาร ตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 7 บัญญัติว่า "ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมายมีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน" จะเห็นได้ว่ากฎหมายบังคับให้ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร ดังนั้น หากหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชาย ผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับราชการทหาร เพราะเหตุที่ผู้นั้นเป็นชายตามกฎหมายไม่ หากแต่ยังคงมีเพศเป็นหญิงอยู่เช่นนั้น และในทางกลับกันหากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ตามกฎหมายผู้นั้นก็ยังคงมีเพศเป็นชายและยังต้องรับราชการทหารตามกฎหมายอยู่เช่นเดิม

(ค) กฎหมายแรงงาน ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ออกตามความประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 หมวด 2 เรื่องการใช้แรงงานหญิงนั้น ย่อมต้องใช้บังคับแก่การใช้แรงงานหญิงเท่านั้น กรณีที่ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ย่อมไม่อาจใช้กฎหมายในส่วนนี้บังคับกับผู้ผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้นั้นยังคงมีเพศเป็นชายตามกฎหมายนั่นเอง และในทางตรงกันข้าม หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายก็ยังคงมีสิทธิตามกฎหมายในส่วนนี้ต่อไป เนื่องจากผู้นั้นยังคงมีเพศเป็นหญิงอยู่ตามกฎหมาย

^{๘๑} ประสิทธิ์ วัฒนอมร, "ความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรา", หน้า 46.

(ง) กฎหมายเกี่ยวกับการเป็นผู้พิพากษาสมทบในศาลคดีเด็กและเยาวชน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 18 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 19 ศาลคดีเด็กและเยาวชนต้องมีผู้พิพากษาไม่น้อยกว่าสองคนและผู้พิพากษาสมทบอีกสองคน ซึ่งอย่างน้อยต้องเป็นสตรีหนึ่งคน จึงเป็นองค์คณะพิจารณาตัดสินคดีได้....." จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาสมทบในศาลคดีเด็กและเยาวชนคนหนึ่ง กฎหมายบังคับว่าต้องเป็น "สตรี" หรือ หญิง ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง แม้ว่าจะมีลักษณะทางกายภาพและจิตใจเป็นหญิงก็ย่อมไม่มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาสมทบดังกล่าวได้ ในขณะที่หากผู้พิพากษาสมทบที่เป็นหญิงนั้น ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายในภายหลัง ผู้พิพากษาสมทบนั้นก็ย่อมยังคงมีฐานะเป็นผู้พิพากษาสมทบสตรีเช่นเดิม หากได้ขาดคุณสมบัติของความ เป็น "สตรี" ไปแต่อย่างใดไม่

(จ) กฎหมายเกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 9 บัญญัติว่า "ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า "คณะกรรมการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม" ประกอบด้วยอธิบดีเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ.....และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินแปดคน ในจำนวนนี้ต้องเป็น สตรีไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ....." จะเห็นได้ว่าผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าว จะต้องเป็น "สตรี" หรือหญิง ไม่น้อยกว่า 4 คน ดังนั้นชายที่แปลงเพศเช่นหญิงย่อมขาดคุณสมบัติที่จะเป็นกรรมการดังกล่าว แต่หากผู้ที่เป็นกรรมการดังกล่าวเป็นหญิง และต่อมาได้ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชาย ผู้นั้นก็ยังคงมีฐานะ เป็นกรรมการอยู่เช่นเดิม มิได้ขาดคุณสมบัติตามกฎหมายไปแต่ประการใด

(ฉ) กฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มีกรณีที่ต้องยึดถือเพศเป็นสำคัญอยู่มาก เช่น ตามมาตรา 1435 บัญญัติว่า "การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว" และตามมาตรา 1448 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว" ซึ่งจะเห็นได้ว่าการหมั้นหรือการสมรสนั้นจะมีขึ้น ได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อฝ่ายหนึ่ง เป็นเพศชายและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเพศหญิง ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ย่อมไม่อาจทำการหมั้นหรือสมรสกับชายอื่นได้ตามกฎหมาย และเช่นเดียวกัน หญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายก็ไม่อาจทำการหมั้นหรือสมรสกับหญิงอื่นได้ เนื่องจากทั้งสองกรณีนี้ ย่อมจะเป็นการหมั้นหรือสมรสโดยบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งไม่อาจเป็นไปได้ในทางกฎหมาย

นอกจากนี้ ก็จะมีปัญหาต่อไปว่าในกรณีที่ชายหรือหญิงที่ทำการสมรสกันตามกฎหมายแล้ว ต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ นับแต่นั้น มีปัญหาว่าการสมรสจะเป็นอันสิ้นสุดลงหรือไม่ ในเรื่องนี้อาจตอบได้ว่า การสมรสระหว่างชายหรือหญิงที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศกับชายหรือหญิงอื่นนั้น หาได้สิ้นสุดลงตามกฎหมายไม่ เนื่องจากชายหรือหญิงที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศนั้นมิได้สิ้นสุดคุณสมบัติของความเป็นเพศ "ชาย" หรือ "หญิง" ตามเงื่อนไขการสมรสตามกฎหมายแต่ประการใด และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 ก็บัญญัติว่า "การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน" ซึ่งมีได้แก่กรณีกับบัญญัติว่าการสมรสสิ้นสุดลงเมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแต่อย่างใด เพียงแต่การผ่าตัดแปลงเพศนั้นจะทำให้ผู้นั้น "มีอวัยวะส่วนสืบพันธุ์ไม่สมบูรณ์จนสามีหรือภริยามีสภาพแก่กาย ทำให้สามีหรือภริยานั้นไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล" อันจะเป็นเหตุให้ "อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516(10)⁸² และในปัญหาเรื่องการสิ้นสุดของการสมรสดังกล่าวนี้ จะทำให้เกิดปัญหาตามมาอีกเป็นอันมาก เช่น ปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ตลอดจนปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเอง ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ต่อไปในบทสรุปและข้อเสนอแนะ

และนอกจากนี้ ในกรณีที่สามีหรือภริยาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วและสามีหรือภริยานั้นไปทำการสมรสกับชายหรือหญิงอื่น การสมรสในครั้งหลังนี้จะเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นการสมรสซ้อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1496 ประกอบกับมาตรา 1452 หรือไม่ ในปัญหานี้ หากถือว่าการสมรสจะกระทำได้เฉพาะระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น การสมรสระหว่างชายกับชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วกับการสมรสระหว่างหญิงกับหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายแล้ว ย่อมไม่ทำให้การนั้นเป็นการสมรสตามกฎหมาย ดังนั้นการสมรสที่มีอยู่เดิมจึงยังคงมีความสมบูรณ์อยู่นั่นเองจนกว่าการสมรสนั้นจะเป็นอันสิ้นสุดลงตามกฎหมาย

⁸² โทเม็น ภักร์ภิมย์, "การแปลงเพศในทรรศนะของนักกฎหมาย", หน้า 703-704.

4. การยอมรับสถานะของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วตามกฎหมายต่างประเทศในประเทศไทย

บุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ โดยถูกต้องตามกฎหมายต่างประเทศและมีเพศตามกฎหมาย (legal sex) เป็นเพศใหม่ตามกฎหมายของประเทศนั้น หากบุคคลนั้นเข้ามาในประเทศไทย บุคคลนั้นจะได้รับการยอมรับว่าเขาเป็นเพศใหม่ตามที่เขาได้รับการผ่าตัดแปลงเพศนั้นแล้วหรือไม่ เช่น หากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงตามกฎหมายของประเทศสวีเดน และมีสถานะเป็นหญิงตามกฎหมายของประเทศนั้น เข้ามาในประเทศไทย และถูกข่มขืนกระทำชำเรา หญิงผู้นั้นจะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานดังกล่าวได้หรือไม่ หรือหญิงผู้นั้นจะทำการสมรสกับชายอื่นตามกฎหมายไทยได้หรือไม่

ในปัญหาดังกล่าวนี้ อาจพิจารณาได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งบัญญัติถึงการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสถานะของบุคคลไว้ ดังนี้

" ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล

มาตรา 10 ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น"

สถานะของบุคคล (status) ได้แก่สภาพหรือคุณสมบัติของบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การเกิด การเป็นผู้เยาว์ การบรรลุนิติภาวะ การเป็นสามีภรรยา เป็นบิดา บุตร การเป็นคนสาบสูญ คนไร้ความสามารถ หญิงหม้าย เป็นต้น^{๑๓}

บุคคลทุกคนย่อมมีสภาพภาพ ซึ่งอาจแบ่งออกได้ 2 ประการคือ

1. สภาพภาพที่เกิดขึ้นแก่บุคคลโดยข้อเท็จจริง เช่น เป็นผู้ชาย ผู้หญิง
2. สภาพภาพที่เกิดขึ้นโดยมีกฎหมายรับรอง ซึ่งย่อมแตกต่างกันออกไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น ในเรื่องการบรรลุนิติภาวะนั้นกฎหมายของประเทศต่างๆ กำหนดเกณฑ์อายุไว้ต่างกัน เช่น ไทย 20 ปี เยอรมัน อังกฤษและฝรั่งเศสกำหนดไว้ 21 ปี อิตาลี 19 ปี^{๑๔} อังกฤษ

^{๑๓} กมล สันติเกษมตวัน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2521), หน้า 276.

^{๑๔} มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), หน้า 504.

24 ปี เมกซิโก 25 ปี เป็นต้น^{๘๕}

ตามมาตรา 10 ดังกล่าว บัญญัติไว้เฉพาะเรื่องความสามารถของบุคคลเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่
ในหัวเรื่องกลับบัญญัติไว้ว่า "ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล" แต่แม้ในมาตรา 10
จะมีได้บัญญัติถึงเรื่องสถานะของบุคคลไว้ก็ตาม เมื่อคำนึงถึงเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วย
การชดกันแห่งกฎหมายพ.ศ. 2481 ที่ว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลให้เป็นไป
ตามกฎหมายสัญชาติ จึงน่าจะถือได้ว่าสถานะของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติด้วยเช่น
เดียวกัน^{๘๖} และตามความเห็นของนักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งก็มีความเห็นว่าเป็นเรื่องสถานะของบุคคล
นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายของไทย กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ
ของบุคคล^{๘๗}

สำหรับการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.
2481 มาตรา 6 นั้นบัญญัติไว้ว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่
สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมาเป็นลำดับ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติที่บุคคลนั้น ได้รับครั้งสุดท้ายบังคับ

ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมา
คราวเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่บังคับ ถ้าบุคคลนั้นมีภูมิลำ
เนาอยู่ในประเทศอื่นนอกจากประเทศซึ่งตนมีสัญชาติสังกัดอยู่ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาในเวลานั้น
บังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ

ในกรณีใดๆ ที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาติของบุคคล ถ้าสัญชาติหนึ่งสัญชาติใดซึ่งชดกันนั้น
เป็นสัญชาติไทย กฎหมายสัญชาติซึ่งจะใช้บังคับได้แก่ กฎหมายแห่งประเทศสยาม

สำหรับบุคคลซึ่งไร้สัญชาติ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้นบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของ
บุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ

^{๘๕} หลวงวิเทศจรรยาภิรักษ์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (พระนคร : บริษัท
คุนซ่าง จำกัด, 2494), หน้า 83.

^{๘๖} คณิง ฉาไชย, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพมหานคร
: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2521), หน้า 65.

^{๘๗} กมล สันติเทพรัตน์, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, หน้า 277.

ถ้าในการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ จะต้องใช้กฎหมายท้องถิ่น กฎหมายเหล่าประชาคม หรือกฎหมายศาสนาแล้วแต่กรณี ก็ให้ใช้กฎหมายเช่นนั้นบังคับ”

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ทำให้พอสรุปหลักในการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ ในกรณีที่ต้องมีการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับดัง เช่น ในเรื่องสถานะของบุคคลดังกล่าวนี้ ได้ดังนี้^{๕๑}

(1) ถ้าเป็นบุคคลสองสัญชาติขึ้นไป โดยได้รับสัญชาติมาเป็นลำดับให้ใช้กฎหมายสัญชาติ ซึ่งได้รับครั้งสุดท้ายบังคับ

(2) ถ้าเป็นบุคคลสองสัญชาติขึ้นไป ได้รับสัญชาติมาคราวเดียวกันให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่

ถ้ามีภูมิลำเนาอยู่ประเทศอื่น นอกจากประเทศที่ตนมีสัญชาติให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาในเวลานั้นพ้อง

ถ้าภูมิลำเนาไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่

(3) ถ้าบุคคลหลายสัญชาติมีสัญชาติไทยด้วย ให้ใช้กฎหมายไทย

(4) ถ้าเป็นบุคคลไร้สัญชาติ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนา ถ้าไม่ปรากฏภูมิลำเนา ให้ใช้กฎหมายถิ่นที่อยู่

(5) ถ้าใช้กฎหมายสัญชาติในกรณีที่มีกฎหมายท้องถิ่น กฎหมายเหล่าประชาคม หรือกฎหมายศาสนา ก็ให้ใช้กฎหมายนั้นๆ

ดังนั้น เมื่อนิจารณาจากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ปัญหาที่ว่าผู้ที่ผ่านการแปลงเพศแล้วจะมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใดในประเทศไทยนั้น จึงขึ้นอยู่กับว่าบุคคลนั้นมีสัญชาติเป็นอย่างไร ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ถ้าผู้ที่ผ่านการแปลงเพศแล้วนั้นมีสัญชาติไทย ได้รับการผ่านการแปลงเพศในประเทศที่กฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศได้ หากบุคคลนั้นเข้ามาในประเทศไทย :

1.1 หากผู้นั้นมีสัญชาติไทยเพียงสัญชาติเดียว บุคคลนั้นย่อมมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมาก่อนที่จะมีการผ่านการแปลงเพศ เนื่องจากกรณีนี้เป็นกรณีที่ต้องใช้

^{๕๑} สุเทพ อัดถาวรและอรุณ แพนยังกุล, คู่มือศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (พระนคร : เอกศิลปการพิมพ์, 2506), หน้า 34-35.

กฎหมายไทยอันเป็นกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นบังคับ^{๑๐}

1.2 หากผู้นั้นมีสัญชาติอื่นด้วยนอกจากสัญชาติไทย บุคคลนั้นย่อมมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมอยู่เช่นกัน แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้รับสัญชาติอื่นมาภายหลังหรือได้มาพร้อมกับสัญชาติไทยก็ตาม เนื่องจากเป็นกรณีที่ต้องใช้กฎหมายไทยบังคับ^{๑๑}

2. ถ้าผู้ที่ผ่านการแปลงเพศแล้วนั้น มีสัญชาติอื่นนอกจากสัญชาติไทย ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่กฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้ หากบุคคลนั้นเข้ามาในประเทศไทย :

2.1 หากผู้นั้นมีสัญชาติอื่นเพียงสัญชาติเดียว บุคคลนั้นจะมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายสัญชาติของผู้นั้นว่ากฎหมายในประเทศที่ผู้ันถือสัญชาติยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ หากกฎหมายอนุญาตบุคคลนั้นก็ย่อมมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่ หากกฎหมายไม่อนุญาต บุคคลนั้นก็ย่อมมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๑}

2.2 หากผู้นั้นมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไป (โดยไม่มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งเป็นสัญชาติไทยเลย) :

2.2.1 หากบุคคลนั้นได้รับสัญชาติต่าง ๆ มาเป็นลำดับบุคคลนั้นจะมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นได้รับสัญชาติมาเป็นประเทศสุดท้ายว่า กฎหมายของประเทศนั้นอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายอนุญาต บุคคลนั้นก็ย่อมมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่ หากกฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นก็ย่อมมีสถานภาพ หรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๒}

2.2.2 หากบุคคลนั้นได้รับสัญชาติต่างๆ มาพร้อมกันบุคคลนั้นจะมีสถานภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของบุคคลนั้นว่ากฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายอนุญาตบุคคลนั้นก็จะมีสถานภาพหรือเพศ

^{๑๐} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 10

^{๑๑} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 6 วรรคสาม

^{๑๒} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 10

^{๑๓} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง

เป็นเพศใหม่ ถ้ากฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นก็ย่อมมีสภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๓}

2.2.3 หากบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอื่นนอกจากประเทศที่ตนมีสัญชาติ บุคคลนั้นจะมีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของบุคคลนั้นขณะยื่นฟ้องว่ากฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายอนุญาตบุคคลนั้นก็มีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่ ถ้ากฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นก็ย่อมมีสภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๔}

2.2.4 หากบุคคลนั้นไม่ปรากฏภูมิลำเนา บุคคลนั้นจะมีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นว่ากฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายอนุญาตบุคคลนั้นก็มีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่ ถ้ากฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นก็มีสภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๕}

3. หากบุคคลผู้เป็น คนไร้สัญชาติ ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่กฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้ หากบุคคลนั้นเข้ามาในประเทศไทย บุคคลนั้นจะมีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของบุคคลนั้นว่ากฎหมายยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้หรือไม่ แต่ถ้าบุคคลนั้นไม่มีภูมิลำเนา ก็ให้พิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นว่ายอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่หรือไม่ ถ้ากฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่นั้นอนุญาต บุคคลนั้นก็ย่อมมีสภาพหรือเพศเป็นเพศใหม่ ถ้ากฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นก็ย่อมมีสภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา^{๑๖}

4. แต่อย่างไรก็ดี หากการใช้กฎหมายสัญชาติดังกล่าวมาข้างต้นนั้นหากประเทศใดมีกฎหมายท้องถิ่น กฎหมายเหล่าประชาคมหรือกฎหมายศาลาภิบาลให้ใช้กฎหมายนั้น ๆ พิจารณาสภาพหรือเพศของผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น^{๑๗}

^{๑๓} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัณฑ์แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 วรรคสอง

^{๑๔} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัณฑ์แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 วรรคสอง

^{๑๕} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัณฑ์แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 วรรคสอง

^{๑๖} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัณฑ์แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 วรรคสี่

^{๑๗} พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัณฑ์แห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 วรรคท้าย

แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาถึงสถานะภาพหรือเพศของบุคคลที่ผ่านตัดแปลงเพศแล้วว่าจะมีสถานะภาพหรือเพศเป็นเพศใดในประเทศไทยนั้น ยังจะต้องคำนึงถึง "การยอมรับรับรองสิทธิที่ได้มาแล้วโดยชอบธรรม" (acquired right/droit acquis) ด้วย เพราะกฎหมายว่าด้วยการชดเชยกันแห่งกฎหมายก็เหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือโดยปกติจะ ไม่มีผลย้อนหลัง ไปตัดสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม โดยมีได้กำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายนั้นเองว่า ให้มีผลย้อนหลังเป็นแต่ว่า เรื่องการชดเชยกันแห่งกฎหมายนี้เป็นกรณีข้อเท็จจริงที่ต่างกันกับต่างประเทศ และประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดกฎหมายเอาเองว่าสิทธิอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดขึ้นจากกฎหมายประเทศใด โดยมีได้คำนึงว่าสิทธินั้น ๆ อาจเกิดขึ้นแล้วตามกฎหมายของประเทศอื่นก็ได้^{๑๐๘} ดังนั้นสิทธิที่บุคคลได้รับหรือมีอยู่โดยสมบูรณ์โดยกฎหมายของประเทศหนึ่งหรือโดยคำนิพากษาของศาลในประเทศหนึ่งย่อมเป็นที่ยอมรับว่า สิทธิอันนั้นเป็นของบุคคลดังกล่าวในประเทศอื่นด้วย^{๑๐๙}

การยอมรับสิทธิในที่นี้ หมายถึงการยอมรับสิทธินั้นโดยตรงทีเดียว โดยไม่ต้องพิจารณาไปถึงข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้เกิดสิทธินั้นซ้ำอีก เป็นการยอมรับว่าสิทธิที่บุคคลมีอยู่แล้วนั้น ให้บุคคลดังกล่าวมีอยู่ต่อไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าสิทธินั้นจะเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่ยอมรับรับรองสิทธินั้นหรือไม่ การรับรองสิทธินี้เป็นเพียงแห่งแจ้งเฉพาะกฎหมายของประเทศที่สิทธินั้นเกิดขึ้นแก่เพียงแง่เดียว โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายของประเทศอื่นใดเลย^{๑๑๐}

ลักษณะของสิทธิที่ได้รับมาแล้วซึ่งจะได้รับการรับรองในต่างประเทศนั้น คือ^{๑๑๑}

1. ต้องเป็นสิทธิที่บุคคลได้มา โดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่สิทธินั้นเกิดขึ้น (กฎหมายต่างประเทศ) หรือได้มาตามคำนิพากษาของศาลในต่างประเทศซึ่งทั้งนี้หมายความว่ากฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมา โดยถูกต้องตามหลักแห่งอธิปไตย (โดย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๑๐๘} หยุต และอภัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการชดเชยกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 88.

^{๑๐๙} กมล สันติเกษรติน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, หน้า 255.

^{๑๑๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า 255-256.

^{๑๑๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า 256.

องค์การที่มีอำนาจตรากฎหมาย) ไม่มีลักษณะเกินอำนาจ (ultra vires) หรือไม่ได้เกิดจากการที่ศาลในต่างประเทศนั้น ได้วินิจฉัยคดีไปโดยเกินอำนาจของตน

2. กฎหมายที่เป็นเหตุให้เกิดสิทธินั้นแก่บุคคล เป็นกฎหมายที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัมแห่งกฎหมายฯ ได้บัญญัติว่าให้นำมาใช้บังคับแก่คดี

3. สิทธิที่ได้มานั้นบุคคลได้มา โดยการกระทำอันสุจริต มิใช่เกิดจากการพลักเลียงกฎหมายไทยหรือเกิดจากการฉ้อฉลหรือปกปิดความจริง

จากหลักการในเรื่องการยอมรับสิทธิที่ได้รับมาแล้ว โดยชอบธรรมดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดจะได้รับสิทธิใดสิทธิหนึ่งมา โดยชอบตามกฎหมายต่างประเทศ ประเทศใดประเทศหนึ่งแล้วก็ตาม แต่ในประเทศไทย ศาลจะยอมรับถึงสิทธิที่เขาได้รับมาแล้วก็ต่อเมื่อกฎหมายที่เป็นเหตุให้เกิดสิทธินั้นแก่บุคคล เป็นกฎหมายที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัมแห่งกฎหมายฯ ได้บัญญัติว่าให้นำมาใช้บังคับแก่คดี ดังนั้น ในเรื่องการยอมรับสภาพภาพหรือเพศของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วยังจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายอันเป็นเหตุให้เกิดสิทธิในการเปลี่ยนเพศใหม่แก่บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วด้วยว่าเป็นกฎหมายที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัมแห่งกฎหมายฯ บัญญัติว่าให้นำมาใช้บังคับแก่คดีหรือไม่ ดังนั้น หากคนสัญชาติไทยได้รับการผ่าตัดแปลงเพศในต่างประเทศและในประเทศนั้นกฎหมายอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ได้ หากผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้นเข้ามาในประเทศไทยผู้นั้นก็ยังต้องมีสภาพภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา เนื่องจากตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกัมแห่งกฎหมายฯ มาตรา 10 นั้น บัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติบังคับกับเรื่องสภาพภาพของบุคคล หรือหากผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศนั้นเป็นคนสัญชาติอื่นนอกจากสัญชาติไทย ศาลไทยจะยอมรับรองสิทธิในการเปลี่ยนเพศใหม่ของบุคคลนั้นหรือไม่ ก็ต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นด้วยว่า กฎหมายสัญชาติยินยอมให้มีการเปลี่ยนเพศใหม่ภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ หากกฎหมายอนุญาตบุคคลนั้นย่อมได้รับการรับรองสิทธิในการเปลี่ยนเพศใหม่ของเขา แต่ในทางกลับกัน หากกฎหมายไม่อนุญาตบุคคลนั้นย่อมถูกปฏิเสธไม่ยอมรับรองสิทธิในการเปลี่ยนเพศใหม่ของเขาในประเทศไทย บุคคลนั้นยังคงมีสภาพภาพหรือเพศเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมา