



บทที่ 1

บททั่วไป

1. ข้อความเบื้องต้น

1.1 ความหมายของคำว่า "เพศ" (sex)

1.1.1 ความหมายตามหลักภาษาไทย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้คำนิยามของคำว่า "เพศ" ไว้ว่า

"เพศ (น.) รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย"¹

1.1.2 ความหมายทางกฎหมาย

Black's Law Dictionary ได้ให้คำนิยามของคำว่า "เพศ" ไว้ดังนี้ "เพศ : ลักษณะของโครงสร้างและการทำงานซึ่งทำให้ลักษณะร่างกายของเพศผู้ (male) ต่างจากเพศเมีย (female) ; ลักษณะของการเป็นเพศผู้ (male) หรือเพศเมีย (female)"²

และใน Webster's Dictionary ได้ให้คำนิยามของคำว่า "เพศ" ไว้ว่า

"เพศ : 1. สิ่งที่ทำให้ลักษณะร่างกายของเพศผู้ (male) ต่างจากเพศเมีย (female); เพศผู้ (male) หรือเพศเมีย (female) (โดยเฉพาะอย่างยิ่งหมายถึงผู้ชาย (men) หรือผู้หญิง (women))

¹พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 602.

²Black's Law Dictionary, 5th ed. (St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1979), p.1233.

2. ลักษณะของความเป็นเพศผู้ (male) หรือเพศเมีย (female);
สิ่งใด ๆ ซึ่งทำให้เพศผู้ (male) ต่างจากเพศเมีย (female)"³

1.1.3 ความหมายทางวิทยาศาสตร์การแพทย์

Dorland's Illustrated Medical Dictionary ได้ให้คำ
นิยามของคำว่า "เพศ" ไว้ว่า

"เพศ : การเปลี่ยนแปลงขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวในแต่ละ
species ของสัตว์และพืช ซึ่งทำให้ได้ไข่และสเปิร์ม และการรวมตัวของไข่และสเปิร์ม
ซึ่งเป็นภาวะทางธรรมชาติสามารถทำให้เกิดชีวิตใหม่"⁴

และใน Mc. Graw - Hill Nursing Dictionary ได้ให้
คำนิยามของคำว่า "เพศ" ไว้ว่า

"เพศ : การจำแนกลักษณะของเพศเมีย (female) และเพศผู้
(male) และการรวมตัวของไข่จากเพศเมียและสเปิร์มจากเพศผู้สามารถทำให้เกิดชีวิตใหม่"⁵

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะการให้คำนิยามความหมายของคำว่า "เพศ" ตาม
หลักภาษาไทย ตามกฎหมายหรือตามวิทยาศาสตร์การแพทย์ ก็ได้แยกเพศออกเป็น 2 เพศ คือ
เพศชายหรือเพศผู้ (male) และเพศหญิงหรือเพศเมีย (female) เท่านั้น และโดยเฉพาะใน
ทางกฎหมายนั้น ไม่อาจที่จะละเลยข้อเท็จจริงที่ว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศดังกล่าวได้⁶

³Webster's Dictionary, 2nd ed. (Cleveland and New York : The
World Publishing Company, 1971), p.1663.

⁴Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 23rd ed.
(Philadelphia and London : W.B. Saunders Company, 1961), p.1236.

⁵Mc. Graw-Hill Nursing Dictionary (Mc. Graw-Hill Book Company,
1979), p.847.

⁶Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment
Surgery, and the Law," Cornell Law Review 56 (July 1971) : 965.

1.2 เพศกำเนิด (Genetic Sex or Chromosomal Sex)

เพศกำเนิด หมายถึง เพศดั้งเดิมที่เกิดจากการปฏิสนธิ (fertilization) แสดงออกโดยลักษณะของโครโมโซมเพศ⁷ กล่าวคือในเพศหญิงปกติโครโมโซมเพศจะเป็น XX และในเพศชายปกติโครโมโซมเพศจะเป็น XY⁸

ในการแบ่งตัวของเซลล์เพศ ซึ่งจะกลายมาเป็นไข่และอสุจินั้น ได้มีการลดจำนวนโครโมโซมลงครึ่งหนึ่ง เพราะฉะนั้นโครโมโซมเพศในไข่ก็จะมีเพียง X และในอสุจิก็นจะมี X หรือ Y เมื่อมีการผสมระหว่างไข่กับอสุจิโครโมโซมเพศในไข่ที่ผสมแล้วถ้าเป็น XX ไข่นั้นก็จะเจริญเป็นทารกเพศหญิง ถ้าไข่นั้นมีโครโมโซมเพศเป็น XY ไข่นั้นก็จะเจริญเป็นทารกเพศชาย ดังนั้นการเป็นเพศหญิงหรือชายนั้น ถูกกำหนดโดยโครโมโซมเพศในขณะปฏิสนธิกันเอง เพศในขณะปฏิสนธิจึงเป็นเพศกำเนิด (genetic sex) ซึ่งเป็นเพศที่ถูกกำหนดตามลักษณะของโครโมโซมเพศ (chromosomal sex) แต่อย่างไรก็ดี ในระหว่างระยะเวลาที่ไข่ที่ถูกผสมแล้วเจริญเติบโตเป็นทารกนั้น อาจจะมีความผิดปกติในระยะเวลาของการเจริญเติบโตระยะใดระยะหนึ่ง ทำให้ทารกนั้นมีเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือเกิดเป็นกะเทย (hermaphroditism) ได้⁹ ดังจะได้กล่าวต่อไป

นอกจากการพิจารณาเพศของบุคคลจากเพศกำเนิดโดยกำหนดตามลักษณะของโครโมโซมเพศดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่ใช้ในการตรวจสอบเพศของบุคคลได้ว่าเป็นเพศชายหรือเพศหญิง ปัจจัยดังกล่าวนี้คือ¹⁰

⁷วูร์ธ ลิ่งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)," วารสารนิติศาสตร์ 4 (กันยายน 2515) : 131.

⁸Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law," Journal of Contemporary Law 5(1979) : 185.

⁹วูร์ธ ลิ่งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 131.

¹⁰Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma," Connecticut Law Review 7(1975) : 290-291.

- (1) การตรวจสอบอวัยวะหรือรังไข่ (Gonadal sex)
- (2) การตรวจสอบฮอร์โมน (Sex hormonal pattern)¹¹
- (3) การตรวจสอบอวัยวะเพศภายในอื่น ๆ นอกจากอัณฑะและรังไข่ (Internal sex organs other than gonads) เช่น การตรวจมดลูกและปีกมดลูก ฯลฯ ในเพศหญิง และการตรวจต่อมลูกหมากและท่อนำสุจิ ฯลฯ ในเพศชาย
- (4) การตรวจสอบรูปลักษณะของอวัยวะเพศภายนอก (External genitalia)
- (5) การตรวจสอบลักษณะเพศทุติยภูมิ (Secondary sexual characteristics) เช่น การเจริญเติบโตของเต้านม การมีประจำเดือน และการเปลี่ยนแปลงรูปร่างลักษณะของร่างกายอื่น ๆ ในเพศหญิง หรือการมีหนวดเครา การมีกล้ามเนื้อมากขึ้น และการเปลี่ยนแปลงรูปร่างลักษณะของร่างกายอื่น ๆ ในเพศชาย เป็นต้น
- (6) การตรวจสอบลักษณะทางเพศที่บุคคลนั้นแสดงออก (Apparent sex : the sex others presume you are and therefore the sex role in which you are reared)
- (7) การตรวจสอบความรู้สึกและสภาพจิต (ความรู้สึกว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่ง) (Psychological sex or gender identity)

1.3 ความผิดปกติของโครโมโซมเพศ (Abnormal sex chromosome) และการกำเนิดเพศที่ผิดปกติ

การแบ่งตัวของเซลล์เพศหรือเซลล์ต่าง ๆ ในร่างกายนั้นมิได้เป็นไปโดยถูกต้องเสมอไป การแบ่งตัวของเซลล์เพศโดยการลดจำนวนโครโมโซมลงครึ่งหนึ่งดังกล่าวข้างต้นก็เช่นเดียวกัน อาจมีความผิดปกติเกิดขึ้นได้ กล่าวคือโครโมโซมเพศหญิงที่มี XX นั้นเวลาแบ่งตัวเป็นไข่ไข่แต่ละใบควรมีโครโมโซมเพศเป็น X แต่ในกรณีที่มีความผิดปกติของการแบ่งเซลล์เกิดขึ้นไข่อ่างใดอาจไม่มีโครโมโซมเพศเลย (O) บางไข่อ่างมี XX ในทำนองเดียวกัน การแบ่งเซลล์เป็นตัวสุจิ ถ้ามีความผิดปกติเกิดขึ้น ตัวสุจิบางตัวอาจไม่มีโครโมโซมเพศเลย (O) บางตัวอาจมี

¹¹ ฮอร์โมนเพศชายคือ Androgen ฮอร์โมนเพศหญิงคือ Estrogen หรือ Oestrogen

XY เมื่อไข่หรือตัวสุงี้ที่มีโครโมโซมผิดปกติเหล่านี้ผสมกับเซลล์เพศปกติ ทารกที่เกิดอาจมีโครโมโซมเพศผิดปกติไปได้ต่าง ๆ ได้แก่¹²

(ก) พวกที่มีโครโมโซมเพศ XO หมายความว่า X โครโมโซมตัวเดียวติดกับหญิงทั่วไปที่มี XX พวกนี้ร่างกายแม้จะเจริญเติบโตเป็นหญิง แต่ก็ไม่สามารถสืบพันธุ์ได้ ตัวจะเตี้ยแคระไม่เป็นสาวที่คอกจะมีแผ่นหนังติดกันเป็นปีกสองข้าง แขนโง่งออกจากลำตัว เต้านมไม่โตเหมือนหญิงทั่วไป ช่องคลอดและมดลูกขนาดเล็กเหมือนเด็ก พวกนี้ชื่อเรียกว่ากลุ่มอาการเทอร์เนอร์ (Turner's Syndrome)

(ข) พวกที่มีโครโมโซมเพศ XXY พวกนี้โครโมโซมเพศ XX เหมือนหญิงแต่เพิ่มโครโมโซมเพศชายคือ Y เข้าไปอีก พวกนี้จึงมีร่างกายทั่วไปเป็นชายแต่ก็ไม่สามารถมีบุตรได้ เพราะลักษณะไม่สร้างอสุจิและมีขนาดเล็ก นมทั้งสองข้างโตเหมือนผู้หญิง พวกนี้ชื่อเรียกว่ากลุ่มอาการไคลเฟลเตอร์ (Klinefelter Syndrome) ซึ่งนักวิชาการบางท่าน¹³ รวมพวกที่มีโครโมโซมเพศมาก ๆ เข้าไว้ในกลุ่มอาการนี้ด้วย คือ XXY, XXXY, XXXYY, XXXXY โดยถือว่ากลุ่มอาการนี้มีโครโมโซมอย่างน้อยเป็น X สองตัวและ Y หนึ่งตัว

สำหรับพวกที่มี Y สองตัวเรียกว่า กลุ่มอาการวายวาย (YY Syndrome) ซึ่งมีผู้สังเกตว่ามีเป็นอาการร้ายแรง¹⁴ เพราะ Y นั้นเป็นโครโมโซมเพศของชาย เมื่อมีถึงสองตัวผู้นั้นจะแสดงอาการก้าวร้าวรุนแรงจนถึงขนาดเป็นอาการโง่ไป

(ค) พวกที่มีโครโมโซม X หลายตัว (XXX, XXXX หรือ XXXXX) พวกนี้โดยทั่วไปเจริญเติบโตเป็นเพศหญิงปกติและสามารถมีบุตรได้ แต่จำนวน X ยิ่งมากขึ้นเท่าไร ทารกที่เจริญขึ้นมักเป็นพวกปัญญาอ่อนมากขึ้นเท่านั้น บางรายทารกอาจจะตายก่อนคลอดหรือแท้ง

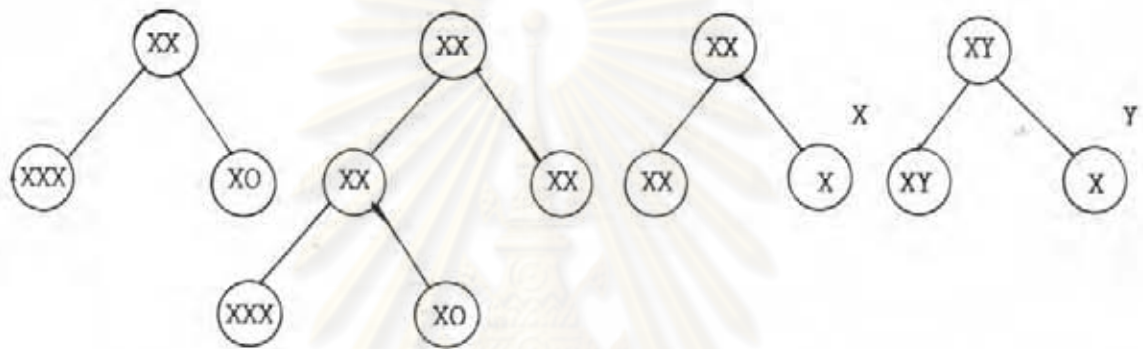
¹² วิกูร์ย์ อังประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 132.

¹³ P.M.F. Bishop, "Intersexual States and Allied Conditions," British Medical Journal 1 (21 May 1966) : 1261.

¹⁴ สรรใจ แสงวิเชียร, "ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มอาการวายวายและอาการโง่," สารศิริราช 21 (เมษายน 2512) : 376-378 และประภาศรี นุญชะโรจน์และจิตตนา โมกชะเวส, "ความผิดปกติของโครโมโซม Y ก็กับการก่ออาการโง่," วารสารนิติวิทยาศาสตร์ 12 (ตุลาคม 2526) : 10-20.

(ง) พวกที่มีโครโมโซมเพศเป็นโมเซอิก (Mosaics) หมายถึงโครโมโซมเพศในร่างกายมีมากกว่าหนึ่งแบบ กล่าวคือ เซลล์พวกหนึ่งมีโครโมโซมเพศแบบหนึ่งอีกพวกหนึ่งมีอีกแบบหนึ่ง เช่น XO/XY หรือ XO/XX หรือ XXX/XX/XO พวกนี้เกิดขึ้นจากความผิดปกติในระยะของการแบ่งเซลล์ในคนปกติ หรือในคนที่โครโมโซมเพศผิดปกติอยู่แล้วก็ได้

การเกิดโมเซอิก



XXX/XO	XXX/XX/XO	XX/XO	XY/XO
mosaic	mosaic	mosaic	mosaic

การเกิดโมเซอิกจากหญิงและชายปกติ ซึ่งความผิดปกติเกิดจากการแบ่งตัวของไข่ที่ผสมแล้วในระยะแรก ๆ

สำหรับพวกที่มีโครโมโซมผิดปกติอยู่แล้ว เช่น XXY หรือ XXX นั้น อาจจะเกิดจากการแบ่งตัวของเซลล์ในระยะแรก ๆ ผิดไปก็ได้ กล่าวคือคนที่เซลล์ทุกเซลล์ภายหลังแบ่งตัวแล้วมีโครโมโซมเพศ XXY หรือ XXX หมดทุกเซลล์ อาจจะเกิดเป็นโมเซอิกแบบ XO/XY หรือ XO/XX ก็ได้

ตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า พวกที่มีโครโมโซมเพศผิดปกติต่าง ๆ นี้ไม่อาจจะบอกได้ว่าเพศกำเนิดของคนพวกนี้เป็นหญิงหรือชาย กล่าวคือลักษณะของโครโมโซมเพศไม่แสดงเพศใดเพศหนึ่งโดยเฉพาะ และจากการศึกษาเรื่องโครโมโซมนี้เองทำให้พบว่าโครโมโซมเพศมีอิทธิพลต่อการเจริญของต่อมเพศและอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกเป็นอย่างมาก ดังนั้นในพวกที่มีโครโมโซมเพศผิดปกติตามที่ได้กล่าวมาแล้วความเจริญของต่อมเพศและอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกก็ย่อมผิดปกติไปด้วยเกิดเป็นกะเทยแบบต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไป ดังนั้นจึงมีผู้ใช้ศัพท์ใหม่ว่า "กึ่งเพศ"

(Intersex) หรือกลุ่มอาการกึ่งเพศ (Intersex Syndrome) เพื่ออธิบายความผิดปกติดังกล่าวนี้ และมีผู้ใช้คำว่า "กึ่งเพศ" นี้ โดยให้หมายความรวมถึงกะเทย และพวกที่มีโครโมโซมเพศผิดปกติ โดยไม่เป็นกะเทยเข้าไว้ด้วย¹⁵ แต่บางท่านก็ใช้คำว่า "กึ่งเพศ" ให้หมายถึงเฉพาะพวกที่มีอวัยวะเพศไม่ชัดเจนที่มีสาเหตุมาจากความผิดปกติของโครโมโซม¹⁶ แต่บางท่านก็ใช้คำ "กึ่งเพศ" แทนความหมายเฉพาะกะเทยเท่านั้น¹⁷ ในปัจจุบันคำนี้จึงมีความหมายยังไม่เป็นที่ตกลงกันแน่นอนว่าจะให้มีความหมายกว้างหรือแคแคไหน เพียงไร ทั้งในตำราบางเล่มก็ไม่ได้ใช้คำนี้เลย

ดังที่กล่าวข้างต้น ความผิดปกติของโครโมโซมเพศ อาจทำให้เกิดกะเทยประเภทต่าง ๆ ได้ แม้ว่าจะยังมีปัญหาในเรื่องถ้อยคำที่จะใช้อธิบายความว่า "กึ่งเพศ" หรือ "กะเทย" อยู่ก็ตาม แต่ในการวิจัยคำว่า "กะเทย" (Hermaphrodites) จะหมายถึงกะเทยทุกประเภท ดังจะกล่าวต่อไปนี้

กะเทย (Hermaphrodites) หมายถึงคนที่มีความพิการของอวัยวะสืบพันธุ์แต่กำเนิด ทำให้ไม่อาจบอกเพศได้ว่าเป็นหญิงหรือชาย¹⁸ กะเทยแบ่งได้เป็น 2 พวกใหญ่ ๆ คือ¹⁹

(1) กะเทยแท้ (True - hermaphrodites) หมายถึงคนที่มีต่อมเพศทั้งของชายและของหญิง²⁰ อยู่ในคนคนเดียวกัน คือมีทั้งรังไข่และอัณฑะ ส่วนอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกนั้นอาจจะคล้ายหรือใกล้เคียงไปทางเพศใดเพศหนึ่ง ความพิการชนิดนี้พบได้น้อย

¹⁵ C.N. Armstrong, "Intersexuality in Man," in Intersexuality in Vertebrates including Man, ed Armstrong, C.N. and A.J. Marshall (London : Academic Press, 1964), p.349.

¹⁶ สุต แสงวิเชียร, "สาเหตุของการกำเนิดเพศผิดปกติทางชนิด," สารศิริราช 14 (2505) : 456-457.

¹⁷ C.J. Dewhurst and R.R. Gordon, The Intersexual Disorders (London : Bailliere Tindall and Cassel, 1969), p.16.

¹⁸ วิฑูรย์ อังประพันธ์, "การนิสูจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 130.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰ ในเพศชายต่อมเพศคือ อัณฑะและในเพศหญิงต่อมเพศคือรังไข่

(2) กะเทยเทียม (Pseudo - hermaphrodites) หมายถึงคนที่มดอมเพศของเพศใดเพศหนึ่งอยู่ แต่อวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกมีลักษณะคล้ายไปทางเพศตรงข้ามหรือไม่มีลักษณะเป็นเพศของตัวเองโดยสมบูรณ์ กะเทยชนิดนี้อาจแบ่งได้อีกเป็น 2 พวกคือ

(ก) กะเทยเทียมชาย (Male pseudo - hermaphrodites) หมายถึงคนที่มดอมเพศชาย (อัมชะ) แต่อวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกคล้ายไปทางหญิง หรือเป็นอวัยวะสืบพันธุ์ของชายที่ไม่สมบูรณ์ ชนิดที่อวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกเป็นหญิงมีชื่อเรียกว่า "Testicular Feminization Syndrome" คือคนที่เกิดมาอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกเป็นหญิง แต่ช่องคลอดตื้นมาก ไม่มีมดลูก ไม่มีรังไข่ มีลูกอัณฑะอยู่ในช่องท้องหรือบริเวณขาหนีบ และพบว่าลักษณะอาการดังกล่าวมีลักษณะเป็นกรรมพันธุ์ด้วย

(ข) กะเทยเทียมหญิง (Female pseudo - hermaphrodites) หมายถึงคนที่มดอมเพศหญิง (วังไซ้) แต่อวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกคล้ายชาย หรือเป็นอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงที่ไม่สมบูรณ์ กะเทยกลุ่มนี้อาจพบได้บ่อยกว่ากะเทยชนิดอื่น

สำหรับบุคคลที่เป็นกะเทยประเภทต่าง ๆ นี้ เมื่อบุคคลเหล่านั้นได้มาพบแพทย์ แพทย์ก็จะทำการศึกษารายละเอียด โดยเฉพาะในเรื่องเพศที่แท้จริงของบุคคลนั้นและศึกษาความผิดปกติของอวัยวะเพศภายนอก ภายใน รวมทั้งจิตใจของบุคคลคนนั้น การแก้ไขเพื่อให้เหลือเป็นคนที่มีเพศใดเพศหนึ่งเพียงเพศเดียวมักจะต้องใช้ศัลยกรรม เพื่อตัดส่วนที่เกินออก และใช้ศัลยกรรมตาแต่งให้แก่อวัยวะสืบพันธุ์ภายนอก ถ้าหากมีการผิดปกติทางฮอร์โมน ก็จะให้ยาที่เป็นฮอร์โมน เพื่อทดแทนหรือรักษาในส่วนที่ขาดไป²¹

1.4 ความผิดปกติทางเพศที่ต้องการผ่าตัดแปลงเพศ

1.4.1 ลักษณะทั่วไปของโรคหลงเพศ (Transsexualism)

ในบุคคลบางจำพวกที่มีลักษณะของร่างกายทางกายภาพแสดงว่าเป็นเพศหนึ่งเพศใด (ชายหรือหญิง) โดยสมบูรณ์ซึ่งหมายถึงบุคคลคนนั้นมีอวัยวะเพศทั้งภายนอกและภายในเป็นเพศชายหรือหญิง ตลอดจนโครโมโซมเพศมีความสมบูรณ์เป็นเพศชายหรือหญิงด้วย แต่ในขณะที่ร่างกายมีลักษณะเป็นเพศหนึ่งเพศใดนั่นเอง แต่จิตใจนั้นมีความรู้สึกที่ตัวเองเป็นเพศตรงข้ามโดยสิ้นเชิง²²

²¹สมพร โปธินาม, "กะเทย (Hermaphroditism)", วารสารศูนย์แพทย์ศาสตร์ 3(2520) : 84.

²²วูร์ย์ ลิงประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

และนอกจากจะต้องการแต่งตัวและแสดงออกเป็นเพศตรงข้ามแล้ว ยังมีความรู้สึกเป็นเพศตรงข้ามกับลักษณะทางกายภาพของตนอีกด้วย

บุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเพศใดเพศหนึ่ง แต่มีความเชื่ออย่างแน่วแน่เห็นว่า เขาเป็นเพศตรงข้ามกับลักษณะทางกายภาพของตน²³ และเชื่อว่าร่างกายและจิตใจของเขานั้นไม่อาจเชื่อมโยงหรือเข้ากันได้²⁴ ซึ่งความรู้สึกดังกล่าวนี้เป็นความรู้สึกที่ฝังแน่นอยู่ในจิตใจและเชื่ออย่างผิด ๆ ว่าเพศดั้งเดิมของตนนั้น ตนได้รับมาอย่างผิดพลาด และธรรมชาติได้สร้างความคิดอย่างโหดร้ายให้กับตน พวกนี้พยายามให้แพทย์แก้ไขให้เป็นเพศตรงข้ามตามที่ตนต้องการ รวมทั้งพยายามจะให้สังคมยอมรับตนในเพศใหม่²⁵ และเป็นสมาชิกคนหนึ่งของสังคมของเพศใหม่นั้นด้วย²⁶ พวกนักจิตวิทยาอธิบายว่าเป็นพวกที่ผิดเพศโดยสิ้นเชิง (Total Sex Inversion)²⁷

จากลักษณะความผิดปกติดังกล่าวข้างต้น ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ถือว่าเป็น "โรค" ชนิดหนึ่ง²⁸ และมีผู้เรียกลักษณะความผิดปกตินี้ว่า "Transsexualism" โดย แคลนด์เวลล์ (Candwell) เป็นผู้นำคำนี้มาใช้ก่อน ในปี ค.ศ. 1949²⁹ ซึ่งคำว่า "Transsexualism" นี้มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า "Psycho - pathia Sexualis" ซึ่ง

²³Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.963.

²⁴Harry Benjamin and Charles L. Ihlenfeld, "Transsexualism," American Journal of Nursing 73 (March 1973) : 457.

²⁵วิฑูรย์ กิ่งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

²⁶Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.963.

²⁷วิฑูรย์ กิ่งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

²⁸วิจิตร ฤกษ์ไพโร, "โรคผิดเพศ," แพทยสภาสาร 2 (กรกฎาคม 2516) : 537.

²⁹Ira B. Pauly, "The Current Status of the Change of Sex Operation," The Journal of Nervous and Mental Disease 147 (1968) : 461

ตรงกับความหมายภาษาอังกฤษว่า "Cross - gender"³⁰ บางครั้งมีผู้เรียกอาการดังกล่าวนี้ว่า "Eonism" ตามชื่อนักการเมืองฝรั่งเศสชื่อ Chavalier d' Eon de Beaumont ซึ่งเป็นโรคนี³¹ และบางครั้งก็มีผู้เรียกอาการดังกล่าวว่า "Gender Dysphoria Syndrome"³²

ในประเทศไทย มีแพทย์เสนอศัพท์ภาษาไทยสำหรับเรียกอาการของโรคนีแตกต่างกันไป บ้างก็เรียกว่าเป็นพวก "หลงเพศ"³³ บ้างก็เรียกว่าเป็น "โรคผิดเพศ"³⁴ ซึ่งในการวิจัยนี้ ผู้เขียนจะใช้ศัพท์ภาษาไทยว่า "โรคหลงเพศ" ในกรณีที่หมายถึง "Transsexualism" และใช้คำว่า "บุคคลหลงเพศ" ในกรณีที่หมายถึง "Transsexuals" (บุคคลที่เป็นโรคหลงเพศ)

1.4.2 อาการของโรคหลงเพศ

ลักษณะอาการของโรคหลงเพศนี้ เกิดจากความผิดปกติของจิตใจโดยเฉพาะและเป็นความผิดปกติในระยะที่มีการพัฒนาทางจิต (Psyco - sexual development)³⁵ อาการของโรคนีจะเริ่มมีตั้งแต่เด็กเล็กอายุ 2 - 3 ขวบ เด็กชายที่เป็นโรคนีจะชอบเอาเสื้อผ้า รองเท้าของพี่สาวหรือมารดามาสวม และถ้าถูกตำหนิก็ไม่พอใจ ชอบเล่นตุ๊กตามากกว่าจะเล่นปืนหรือลูกบอลเช่นเด็กผู้ชายธรรมดาทั่วไปชอบเล่นกับเพื่อนหญิงมากกว่าเพื่อนชาย เมื่ออายุ 5-6 ขวบ อาการจะแสดงออกเห็นชัดมากขึ้น เด็กชายที่เป็นโรคนีจะเป็นเด็กตัวเมีย (sissies) และเด็กหญิงก็จะเป็นเด็กแค้น (tomboy) ชอบแสดงแต่งตัวมีกริยาและเล่นเหมือนเด็กเพศตรงข้ามตนเอง ผู้ป่วยคนหนึ่งมีประวัติว่าเมื่ออายุ 2 ขวบ นั่งร้องไห้อยู่ได้คืนไม่เพราะอยากเป็นผู้หญิง ผู้ป่วยบางคนบอกว่ายากจะเป็นเด็กผู้หญิงเพราะว่าเด็กชายเขาชอบเล่นรุนแรงและหยาบ

³⁰ สันติพร นวลเกษและสุจิตต์ แสงวิเชียร, "จิตวิทยาของการแปลงเพศ," วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 18 (มกราคม-ตุลาคม 2516) : 113.

³¹ สุจิตต์ แสงวิเชียร, "แปลงเพศ," แพทยสภาสาร 2 (มกราคม 2516) ; 71.

³² J.K. Mason and R.A. McCall Smith, Law and Medical Ethics 2nd ed. (London, Butterworths, 1987), p.34.

³³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

³⁴ วิจิตร์ บุณยะโทตระ, "โรคผิดเพศ", หน้า 537.

³⁵ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

เมื่อเข้าวัยหนุ่มสาวจะแยกตัวเข้ากลุ่มเพศตรงข้าม เช่นตัวเป็นชายแต่ชอบกลุ่มเพื่อนหญิง³⁶ และรู้สึกว่าตัวเองไม่ใช่ผู้ชาย เวลาคุยกับผู้หญิงจะไม่รู้สึกว่าผู้หญิงเป็นพวกต่างเพศ แต่เวลาคุยกับผู้ชายจะรู้สึกว่าผู้ชายเป็นเพศตรงข้าม³⁷ ความรู้สึกอยากเป็นหญิง (หรือชาย) จริง ๆ จะรุนแรงขึ้นตามลำดับ ผู้ป่วยจะเกลียดชังทุกคนที่พยายามชักจูงให้เป็นชายหรือหญิงที่แท้จริง ผู้ป่วยเริ่มปฏิเสธที่จะไปพบจิตแพทย์ที่เคयरรักษาประจำตั้งแต่วัยเด็ก เพราะมองไม่เห็นประโยชน์ที่ตนจะได้รับ ผู้ป่วยบางคนจะชิมเต้าและผอมลงไป คิดจะฆ่าตัวตาย หรืออยากจะมีมดตัดอวัยวะสืบพันธุ์ของตนเองออกเนื่องจากไม่พอใจในอวัยวะเพศของตน และมีจิตสำนึกในอวัยวะเพศ (Sex Consciousness) อยู่ตลอดเวลา รู้สึกเป็นของแปลกปลอมเกะกะอยากตัดทิ้ง และต้องการให้สังคมยอมรับว่าตนเป็นหญิงหรือเป็นชาย³⁸

มีผู้จัดทำสถิติอาการทางจิตของบุคคลหลงเพศไว้ (pauly, 1965) ดังนี้

- อาการคลุ้มคลั่งจนเข้าอยู่ในโรงพยาบาล ร้อยละ 0 - 20
- เสร้าชิมเป็นพัก ๆ ร้อยละ 67
- คิดฆ่าตัวตาย ร้อยละ 60
- พยายามฆ่าตัวตายหนึ่งครั้งขึ้นไป ร้อยละ 17 - 20
- ตัดอวัยวะสืบพันธุ์ของตนเอง ร้อยละ 18

นอกจากนี้ยังพบว่า บุคคลหลงเพศบางคนจะมีคู่วิวักเป็นชายแต่ไม่ต้องการร่วมรักกับเพื่อนชายอย่างรักร่วมเพศ (Homosexuals)⁴⁰ เนื่องจากบุคคลหลงเพศมิใช่พวกรักร่วมเพศ⁴¹

³⁶ วิจิตร บุณยะไพตร, "โรคผิดเพศ", หน้า 539.

³⁷ สัมภาษณ์ วันใหม่ ใจที่ยิ่ง, 17 มีนาคม 2532 และ ผศ. นพ. กายคุณกุล, 24 มีนาคม 2532.

³⁸ วิจิตร บุณยะไพตร, "โรคผิดเพศ", หน้า 539. และ "โรคที่ถูกลืม," วารสารรามานาธิปัตย์ 3 (มกราคม 2516) : 92.

³⁹ วิจิตร บุณยะไพตร, "โรคผิดเพศ", หน้า 540.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ Edward S. David, "The Law and Transsexualism : A Faltering Response to a Conceptual Dilemma", p.292.

แต่ต้องการให้เพื่อนชาย (หรือหญิง) ยอมรับและปฏิบัติต่อตนเช่นชายหนุ่มกับหญิงสาว (Heterosexuals)⁴²

จากลักษณะอาการของโรคหลงเพศดังกล่าวข้างต้นนี้ เราอาจพอสรุปคำนิยาม เพื่อให้อธิบายความหมายของโรคหลงเพศได้ว่า

"Transsexualism is a disorder of gender identity. Persons with this problem feel a lack of harmony between their psychologic sex and their anatomic sex."⁴³ The Transsexuals is obsessed with the desire to have his (her) body, appearance, and social status altered to conform to that of his (her) "rightful" "gender."⁴⁴

ซึ่งถ้าถอดความมาเป็นภาษาไทยได้ว่า

"โรคหลงเพศ คือ อาการของความไม่เป็นระบบของการบ่งบอกเพศบุคคลที่ประสบปัญหาจะรู้สึกว่าตนคงขาดความเชื่อมโยง หรือการประสานกันระหว่างสภาพจิตใจที่แสดงออกถึงเพศของตนกับลักษณะทางกายภาพของเพศของตน และบุคคลหลงเพศนี้มีความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะมีลักษณะทางกายภาพของร่างกาย การแสดงออก ตลอดจนสถานภาพในสังคมสอดคล้องกับเพศที่ตนต้องการจะเป็น"

1.4.3 สาเหตุของโรคหลงเพศ

(1) ความผิดปกติในการพัฒนาทางจิต (psycho-sexual development)⁴⁵

(2) อิทธิพลจากสิ่งแวดล้อมในครอบครัว อาจจะเป็นสาเหตุประกอบในบางราย เช่น มีมารดาที่มีลักษณะเป็นผู้ชายและบิดาอ่อนแอคล้ายผู้หญิง หรือมารดาใกล้ชิดมากเป็นพิเศษกับ

⁴² วิจิตร บุณยะโทตระ, "โรคผิดเพศ", หน้า 540.

⁴³ Harry Benjamin and Charles L. Ihlenfeld, "Transsexualism", p.457.

⁴⁴ Douglas K. Smith "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.1.

⁴⁵ วุฑูรย์ อังประพันธ์, "การนิยามเพศ (Sex Identification)", หน้า 137.

ลูกชายและอบรมลูกอย่างเด็กหญิง ความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดมากเป็นพิเศษระหว่างเด็กผู้ชายกับพี่สาว และพยายามเอาเยี่ยงอย่างพี่ ความห่างเหินระหว่างพ่อกับลูกเหล่านี้เป็นต้น⁴⁶

(3) การมีครอบครัวแตกแยก การสูญเสียบิดาหรือมารดา และการที่ต้องทนอยู่กับบิดาหรือมารดาที่ยังมีชีวิตอยู่ที่มีความผิดปกติทางพฤติกรรมต่าง ๆ⁴⁷

1.4.4 การรักษาโรคหลงเพศ

ในการประชุมสัมมนาเรื่อง Transvestism and Transsexualism ที่สถาบันการแพทย์แห่งเมืองนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2496⁴⁸ เป็นที่ยอมรับว่า ศัลยกรรมแปลงเพศเป็นศัลยกรรมเพื่อช่วยชีวิตสำหรับผู้ป่วยโรคหลงเพศ⁴⁹ และในขณะนั้นในทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ก็ยังไม่อาจพบวิธีรักษาใด ๆ นอกจากการทำศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศและการรักษาด้วยฮอร์โมน ที่จะให้ผลในการรักษาโรคนี้ได้ที่น่าพอใจ⁵⁰ และ Dr. Harry Benjamin แพทย์ผู้บุกเบิกการผ่าตัดแปลงเพศ ก็ได้กล่าวไว้เช่นเดียวกันว่า Surgery and hormone treatment can help a person end the conflict of heaving " a female mind trapped in a male body - or vice versa "⁵¹

ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันในวงการแพทย์ปัจจุบันว่าการบำบัดรักษาโรคหลงเพศให้ได้ผลที่น่าพอใจนั้น จำเป็นต้องทำศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศและการรักษาด้วยฮอร์โมนควบคู่กันไป Dr. Harry Benjamin ถึงกับกล่าวว่า

⁴⁶ วิจิตร นุญะไพโรจร, "โรคผิดเพศ", หน้า 539.

⁴⁷ Frederic G. Worden and James T. Marsh, "Psychological Factors in Men Seeking Sex Transformation : A Preliminary Report," Journal of American Medicine Association 157 (9 April 1955) : 1295.

⁴⁸ วิจิตร นุญะไพโรจร, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 93.

⁴⁹ วิจิตร นุญะไพโรจร, "โรคผิดเพศ", หน้า 541.

⁵⁰ Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p.1.

⁵¹ Harry Benjamin and Charles L. Ihlenfeld, "Transexualism", p.457.

"And so I ask myself, in merci , or in common sense , if we cannot alter the conviction to fit the body, should we not, in certain circumstances, alter the body to fit the conviction?"⁵²

ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

"ถ้าเราไม่สามารถจะเปลี่ยนจิตใจของผู้ป่วยให้เข้ากับร่างกายได้ เราก็คงควรจะพิจารณาเปลี่ยนร่างกายของผู้ป่วยให้เข้ากับจิตใจ"⁵³

1.5 สิทธิและเสรีภาพในการเลือกเพศ

1.5.1 บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งตามใจ

สมัครหรือไม่

การที่จะพิจารณาว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความหมายของคำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" เสียก่อน กล่าวคือ คำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" เป็นคำที่มีความหมายกว้าง การอธิบายความหมายสุดแท้แต่จะมุ่งหมายอธิบายในส่วนใด แนวใด แล้วแต่แง่มุมการมอง⁵⁴ การพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพในที่นี้ ผู้เขียนจะได้พิจารณาแยกเป็น 2 ทางคือ สิทธิและเสรีภาพตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) กับตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) และก่อนที่จะกล่าวถึงความหมายของคำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" ตามทฤษฎีกฎหมายทั้ง 2 ทฤษฎีดังกล่าว ควรพิจารณาถึงที่มาของสิทธิและเสรีภาพในทางทฤษฎีกฎหมายทั้ง 2 ทฤษฎีก่อนเพื่อจะได้ทำให้เข้าใจถึงความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพได้ง่ายขึ้น

⁵²Melvin M. Belli, "Legal Essay : Transsexual Surgery : A New Tort?," Journal of Family Law 17 (1978-1979) : 487.

⁵³วิจิตร ฤกษ์และไพฑูริ, "โรคผิดเพศ", หน้า 541.

⁵⁴สุนีห์ ปราณรัตน์กรัง, "การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผู้ต้องหาโดยองค์กรตุลาการในชั้นก่อนการพิจารณา : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีไทยและสหรัฐอเมริกา " (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ วิทยาลัยกฎหมาย มหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 10.

ที่มาของสิทธิและเสรีภาพในทางทฤษฎี⁵⁵

(1) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) แนวความคิดนี้เชื่อว่า สิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อม ๆ กับมนุษย์ และถือว่าความยุติธรรมมาก่อนตัวกฎหมาย นับแต่สมัยโบราณมาแล้วก็ได้เกิดมีความคิดว่ากฎหมายตามธรรมชาติมีอยู่จริง แม้มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็กฎหมายที่ส่งส่งควรแก่การเคารพซึ่งไปกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ สิทธิทั้งหลายแห่งมนุษย์ชาติเกิดมีเกิดเป็นขึ้นตามกฎหมายธรรมชาตินี้ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังนั้นเป็นเพียงการยอมรับหรือรับรองสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วว่ามีอยู่จริงและรับบังคับคุ้มครองให้เท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ก่อตั้งหรือประสาทสิทธิในมนุษย์ แนวความคิดนี้เกิดขึ้นโดยวิคตอเรีย (Victoria) และซัวเรซ (Suarez) นักกฎหมายเทววิทยาแห่งสำนักสเปนในคริสต์ศตวรรษที่ 16 กับโกรติอุส (Grotius) นักกฎหมายเรื่อรนามแห่งศตวรรษที่ 17 และได้เป็นที่ยอมรับตลอดมา ในช่วงระยะเวลาที่ศาสนาคริสต์เรืองอำนาจนั้น ได้เกิดความคิดที่ว่าธรรมชาติคือ พระเจ้าจึงได้ชื่อว่า Law of Nature คือ Law of God เพราะพระเจ้าเป็นผู้บันดาลให้ทุกสิ่งทุกอย่างเกิดมีขึ้น แต่ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา พวกที่เห็นว่าธรรมชาติไม่ใช่พระเจ้านั้นมีจำนวนมากขึ้น ปัจจุบันจึงเชื่อกันว่า Law of Nature คือ กฎแห่งธรรมชาติของความเป็มนุษย์เท่านั้น ทาเกี่ยวข้องกับพระเจ้าในทางคริสต์ศาสนาไม่ เมื่อทฤษฎีนี้เชื่อในกฎธรรมชาติก็เลยเชื่อในสิทธิธรรมชาติ (natural rights) ด้วย และเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชน (human rights) ในเวลาต่อมา

(2) ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ทฤษฎีนี้มีความเห็นแย้งกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติข้างต้น โดยมีความเห็นว่า สิทธิเกิดขึ้นได้โดยกฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองแล้วสิทธินั้น ๆ ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น สิทธิบัตรหรือสิทธิในประดิษฐกรรม หากกฎหมายภายในของรัฐใดมิได้รับรองไว้ บุคคลในรัฐย่อมจะอ้างสิทธิดังกล่าวไม่ได้ แนวความคิดนี้เห็นว่าการกล่าวอ้างว่าสิทธิเกิดจากกฎหมายธรรมชาตินั้น แท้จริงแล้วกฎหมายธรรมชาติก็คือ ศีลธรรม มโนธรรมและความรู้สึกควรจะเป็น ซึ่งหากฎเกณฑ์วัดได้ยากว่าสิทธิต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาตินั้นมีอยู่เพียงใดและภายในขอบเขต หลักเกณฑ์อย่างไร หากยอมให้มีการอ้าง

⁵⁵ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร :

กฎหมายธรรมชาติได้แล้ว ก็จะไม่เกิดปัญหาถกเถียง ไม่มีที่สิ้นสุด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การจะพิจารณาถึงความหมายของคำว่า "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" ว่าจะมีความหมายอย่างไรนั้น ก็ขึ้นอยู่กับว่าจะมองสิทธิและเสรีภาพไปในทางทฤษฎีใด หากมองสิทธิและเสรีภาพไปในทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินั้นจะเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะที่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้เท่านั้น แต่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว หมายถึง "สิทธิธรรมชาติ" (natural rights) อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ โดยสิทธิธรรมชาติดังกล่าวมีแนวความคิดอยู่ว่า มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ไม่อาจโอนให้แก่กันได้และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ ซึ่ง ได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุข และรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่าง เพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้ได้อย่างเต็มที่และนักปราชญ์ในสมัยก่อน ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิธรรมชาติเป็นอย่างมากในฐานะเป็นสิ่งที่คู่กับกฎหมายธรรมชาติ⁵⁶

ความคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาตินี้ ได้มีส่วนแทรกแซงเข้าไปอยู่ในเอกสารรับรองสิทธิพลเมืองที่สำคัญ ๆ หลายฉบับ เช่น มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ของอังกฤษ ทำให้เกิดหลักเสรีภาพส่วนบุคคล (Personal Liberty) ซึ่งหมายถึงสิทธิที่จะทำอะไรได้ตามชอบใจ เว้นแต่สิ่งที่จะกระทบกระทั่งถึงผลประโยชน์ของสาธารณชนเท่านั้น และใน The Declaration of Independence แห่งสหรัฐอเมริกา ได้ระบุข้อความรับรองสิทธิของประชาชนอย่างชัดเจน ในวรรคสองว่า "เราถือความจริงซึ่งได้ประจักษ์แก่ตัวเราเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมาพร้อมเท่าเทียมกัน และต่างก็ได้รับสิทธิบางประการซึ่ง ไม่อาจโอนให้แก่กันได้มาจากพระเจ้า กล่าวคือ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพและสิทธิในการแสวงหาความสุข....."⁵⁷ จะเห็นได้ว่าจากแนวความคิดดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต มีสิทธิในตัวบุคคลซึ่งหมายถึงสิทธิซึ่งบุคคลจักต้องมีในฐานะที่เป็นเจ้าของตัวเอง มีสิทธิเสรีภาพในการที่จะกระทำการอย่างใด

⁵⁶ กุลพล พลวัน. "กฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ," วารสารกิจการ
1 (มิถุนายน 2521) : 14.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18

กับร่างกายของตน^{๕๘} และมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำสิ่งใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนพอใจ (freedom of the person to behave as he pleases)^{๕๙} เพราะฉะนั้นเมื่อมองสิทธิและเสรีภาพในทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดังกล่าว ก็พอจะสรุปได้ว่า สิทธิและเสรีภาพหมายถึง สิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์จะพึงได้รับจากความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพที่จะกระทำการอย่างใด ๆ กับร่างกายของตนตามที่ตนพอใจ และสิทธิเสรีภาพในการแสวงหาความสุข

แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาความหมายของคำว่า "สิทธิและเสรีภาพ" ในทางทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองอันเป็นทฤษฎีกฎหมายที่ตรงข้ามกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแล้ว จะเห็นได้ว่า การให้นิยามความหมายของคำว่า "สิทธิและเสรีภาพ" จะตรงข้ามกันกับการให้นิยามความหมายของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติอย่างสิ้นเชิง ดังเช่นมีนักกฎหมายได้ให้นิยามไว้ตามลักษณะของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ดังนี้

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของคำว่า "สิทธิ" ไว้ว่า^{๖๐}

"ความหมายของคำว่า "สิทธิ" มีความเห็นอยู่ 2 ความเห็น กล่าวคือ ความเห็นประเภทที่ 1 เห็นว่า "สิทธิ" หมายถึง "อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง" (Willensmacht) เช่น ในการที่บุคคลใดมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจที่จะมีเจตจำนงที่จะครอบครองที่จะใช้สอยหรือที่จะจำหน่ายทรัพย์สินนั้น โดยเขาจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ หรือจะใช้อำนาจดังกล่าวแต่เพียงบางประการก็ได้ แล้วแต่เจตจำนง (Will) ของเขา ผู้ที่มีความเห็นประการที่ 1 นี้ได้เห็นว่า ความสำคัญอยู่ที่ "อำนาจ" (macht) ที่กฎหมายให้แก่บุคคล ความเห็นนี้ วินด์ไฮม์ (Windscheid) นักกฎหมายเยอรมันเป็นผู้คิดขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๕๘} วิยะดา สมสวัสดิ์และวีระวุฒิ วัฒนายน, กฎหมายเบื้องต้น, โครงการตำรามหาวิทยาลัย สำนักพิมพ์ศูนย์หนังสือเชียงใหม่ (กรุงเทพมหานคร : นิตรนาการพิมพ์, 2524), หน้า 254.

^{๕๙} D.C. M. Yardley, Introduction to British Constitutional Law, 4th ed. (Butterworths : Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1974), p.82.

^{๖๐} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 187.

ความเห็นประเภทที่ 2 เห็นว่า "สิทธิ" คือ "ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองไว้" ความเห็นนี้เฮียร์ริง (Jhering) นักกฎหมายเยอรมันเป็นผู้คิดขึ้น ผู้ที่เห็นความเห็นประเภทที่ 2 นี้เน้นหนักไปที่ "จุดประสงค์" (Zweck) ของสิทธิ กล่าวคือ การที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนง (Willensmacht) ก็เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์....."

ศาสตราจารย์ทศยศ แสงอุทัย ได้วิจารณ์ความเห็นทั้งสองว่า ความเห็นที่ 1 เป็นการมองสิทธิไปในแง่ "เนื้อหาของสิทธิ" ส่วนความเห็นที่ 2 เป็นการมองไปในแง่ "จุดประสงค์ของสิทธิ" ในปัจจุบันถือได้ว่าสิทธิเป็นทั้ง "อำนาจ" และ "ประโยชน์" จึงควรยึดถือความหมายของสิทธิว่าหมายถึง "ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้"

ส่วน "เสรีภาพ" นั้น ศาสตราจารย์ทศยศ แสงอุทัย วิจารณ์ว่าเป็นสิ่งซึ่งคล้ายคลึงกับสิทธิ โดยได้อธิบายความว่า "ตามตำราธรรมศาสตร์ของอังกฤษได้แยกเสรีภาพออกจากสิทธิ ซึ่งตามกฎหมายภาคนี้ยุโรปไม่ได้แยกเสรีภาพออกไปต่างหาก โดยจัดเข้าอยู่ในจำพวกสิทธิตามกฎหมายมหาชน แต่ตามกฎหมายอังกฤษเสรีภาพอาจเป็นเรื่องกฎหมายเอกชนก็ได้ แซลมอนด์ (Salmond) ได้ให้ความหมายของคำว่า "เสรีภาพ" ไว้ว่า เป็นประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใด ๆ ต่อตนเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำโดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย เป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามชอบใจ ข่ายแห่งเสรีภาพตามกฎหมายได้แก่ข่ายแห่งกิจกรรมซึ่งภายในข่ายนี้กฎหมายปล่อยให้บุคคลกระทำไปโดยลำพัง....."^{๑1}

วิชา มหาคุณ ได้กล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า

"สิทธิ" หมายถึง การที่บุคคลจะพึงกระทำได้ภายในขอบเขตของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิของบุคคลจะต้องมีกฎหมายรับรองหรือยอมรับบังคับให้ ส่วนเสรีภาพหมายถึงการที่บุคคลสามารถทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดได้โดยไม่ถูกรบกวน ทั้งนี้โดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐ สิทธิและเสรีภาพจึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่เสรีภาพมีลักษณะเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (natural rights) ซึ่งมีความหมายว่า ในการใช้ชีวิตส่วนตัวของบุคคลในรัฐมีขอบเขตที่รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง..."^{๑๒}

^{๑1} เรื่องเดียวกัน, หน้า 192.

^{๑๒} วิชา มหาคุณ, "ผลกระทบของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรม," วารสารนิติศาสตร์ 11 (2524) : 564.

วิชญ์ เกรียงงาม ได้ให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า

"สิทธิ" (right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้
กฎหมายในที่นี้ก็คือรัฐธรรมนูญ เมื่อกล่าวถึงสิทธิในรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงสิทธิในทางมหาชน
(public rights) ซึ่งมีลักษณะคุ้มครองถึงสิทธิในทางเอกชน (private rights) เช่นสิทธิใน
ครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดกด้วย และกว้างออกไปมากกว่านั้น เช่น คุ้มครองสิทธิ
เลือกตั้ง สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น^{๑๓}

"เสรีภาพ (liberty) หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือ
งดเว้นกระทำการ หรือเป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมายเป็น
ประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามชอบใจ แต่อย่างไรก็ดี ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรอง
และคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย ดังที่ผู้เรียบรวม ๆ กันไปว่าสิทธิและเสรีภาพหรือสิทธิ
ในเสรีภาพ (right to liberty)"^{๑๔}

การให้ความหมายของคำว่า "สิทธิ" ดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดนั้น เป็นการ
ให้ความหมายในลักษณะที่ฝังยึดติดอยู่กับทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่เห็นว่า สิทธิจะต้องมีกฎหมาย
รับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้นหากพิจารณาตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองแล้ว ย่อมอาจกล่าวได้ว่า
บุคคลไม่มีสิทธิที่จะเลือกถือเพศใดเพศหนึ่ง ให้ผิดไปจากเพศที่ตนได้ถือกำเนิดมา เนื่องจากไม่มี
กฎหมายรับรองให้กระทำเช่นนั้นได้ ดังนั้นการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อจุดประสงค์ที่จะไปถือเพศอื่นที่ไม่
ใช่เพศที่ตนถือกำเนิดมานั้น จึงไม่ใช่สิทธิตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง หรือแม้ว่าจะถือว่าการ
ผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจะเป็น "เสรีภาพ" ของบุคคลที่จะกระทำได้อีกตาม แต่ในที่สุดหากไม่มี
กฎหมายรับรองให้ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วเป็นเพศใหม่ตามที่เขาต้องการแล้ว บุคคลนั้นก็ยังคงมีเพศ
เป็นเพศตามที่ตนถือกำเนิดอยู่นั่นเอง ซึ่งในประเทศไทยเองก็ยังถือตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง
และประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศของบุคคลให้ผิดไปจากเพศที่ถือ
กำเนิดได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

^{๑๓} วิชาญ เกรียงงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 640-641.

^{๑๔} เรื่องเดียวกัน.

"คำพิพากษายุฎีกาที่ 157/2524 เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรอง และถือเอาตามกำเนิด..... ผู้ร้องเป็นชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ..... ไม่ มีกฎหมายให้ผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล"

แต่อย่างไรก็ตาม หากเมื่อใดที่เราพิจารณาความหมายของคำว่าสิทธิและ เสรีภาพตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแล้ว เราอาจจะถือได้ว่า การผ่าตัดแปลงเพศเพื่อจุดประสงค์ ในการเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งนั้น เป็นสิทธิและ เสรีภาพของบุคคลที่จะมีสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย หรือมีสิทธิเสรีภาพในการจัดการหรือทำอย่างไรกับร่างกายของตนได้ตามใจชอบ และนอกจากนี้แล้ว สิทธิในการเลือกเพศนั้น อาจเป็นสิทธิที่มีอยู่จริงและอาจใช้ได้ในทางปฏิบัติ ดังเช่นในคดี Lubrano di Scampamorte V. The Civil State Official of Leghorn ในประเทศ อิตาลี^{๑๕} ชายผู้หนึ่งได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ได้ยื่นฟ้องทางการของอิตาลีต่อศาล โดย กล่าวหาว่า การที่เจ้าหน้าที่ไม่ยอมแก้ไขสูติบัตรให้เขามีเพศใหม่นั้นเป็นการละเมิดสิทธิการเลือก เพศตามรัฐธรรมนูญ (constitutional right to sexual identity)^{๑๖}

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การผ่าตัดแปลงเพศย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลในทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ และยังไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิของบุคคลในทางทฤษฎี กฎหมายฝ่ายบ้านเมือง แต่อย่างไรก็ตาม มีผู้คัดค้านว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นสิ่งที่ล่องลอยเป็นนามธรรม และมีอยู่แต่ในทางทฤษฎีเท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า การจะพิจารณาว่าการเลือกเพศของบุคคล โดยบุคคลหนึ่งจะเป็นสิทธิของบุคคลนั้นหรือไม่นั้น คงจะเป็นข้อเถียงที่หาข้อสรุปได้ไม่ถนัดนัก แต่ผู้ เขียนเห็นว่า หากมาพิจารณาการกระทำดังกล่าวในแง่ของ "เสรีภาพ" แล้วคงจะเป็นการถูกต้อง และสมเหตุสมผลมากกว่า กล่าวคือ ไม่ว่าจะพิจารณาคำว่า "เสรีภาพ" ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ หรือกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จะพบว่าหลักการของการให้คำนิยามความหมายของคำว่า "เสรีภาพ"

^{๑๕} Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism in Western Europe," Medicine and Law 5 (1986) : 91. (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ (แปล) ใน "ปัญหาทางนิติเวชศาสตร์ของบุคคลหลงเพศในประเทศยุโรปตะวันตก (เปรียบเทียบกฎหมาย)," บทพิเศษคดี 42 (ธันวาคม 2529) : 96-111.)

^{๑๖} Ibid, p.91.

มีหลักที่ร่วมกันอยู่จุดหนึ่งที่ว่า บุคคลย่อมมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือบุคคลอาจกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมายเป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามชอบใจ ภายใต้ขอบเขตว่าการกระทำนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสาธารณชน ดังนั้นในเบื้องต้นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวย่อมเป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคลที่จะกระทำได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดเจน และการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้ก่ออันตรายต่อสังคมหรือผู้อื่น และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 28 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย" และในคำพิพากษายุ่กที่ 157/2524 ดังกล่าวข้างต้นเอง ก็ยอมรับว่าการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวเป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคล⁶⁷ และในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียมก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 อย่างชัดเจนว่า "La liberté individuelle est garantie"⁶⁸ ซึ่งอาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "เสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับการรับรอง" และนอกจากนี้ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งมีความเห็นว่า การผ่าตัดแปลงเพศนั้นจะแปลงเพศจากชายเป็นหญิงหรือจากหญิงเป็นชาย กฎหมายก็ไม่ห้าม เพราะเป็นเสรีภาพในร่างกายของบุคคล⁶⁹ และนักอักษรศาสตร์ท่านหนึ่งก็เห็นด้วยกับการเปลี่ยนเพศหนึ่งไปสู่อีกเพศหนึ่ง เพราะมนุษย์ทุกคนมีสิทธิในชีวิตของตนเอง⁷⁰

⁶⁷ คำพิพากษายุ่กที่ 157/2524 "ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้วเห็นว่าเพศของบุคคลธรรมดาที่กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา.....ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชายถึงหากจะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นอวัยวะเพศหญิงแล้วก็ตาม....."

⁶⁸ A.V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution (Edinburge : R. & R. Clark, Ltd., 1958), p. 206.

⁶⁹ ศานติ, "ชีวิตแร่หดของกะเทยไทย," บทันที 40 (2526) : 69.

⁷⁰ สัมภาษณ์ ม.ล. บุญเหลือ เทพยสุวรรณ ใน "หญิงทำชายเทียมหรือคนสองเพศ," วารสารรามายณี 3 (สิงหาคม 2515) : 26.

แต่อย่างไรก็ดี การมีเสรีภาพนั้นอาจถูกจำกัดหรือตัดรอนลงได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย⁷¹ หรือโดยคำสั่งศาลในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์ เช่นในประเทศอังกฤษ⁷² หรือโดยหลักนิติธรรม (due process of law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁷³ กล่าวคือ จะมี การจำกัดเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้⁷⁴ หรือในกรณีที่เสรีภาพนั้นเป็นการ กระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷⁵ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ได้มีบัญญัติไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนและราษฎร (Declaration des Droits de L' homme et du Citoyen) ปี ค.ศ.1789 ของฝรั่งเศส⁷⁶ และในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 29(2) ว่า "ในการใช้สิทธิและเสรีภาพ บุคคลต้องอยู่ภายใต้เพียง เช่นที่จำกัดโดยกำหนดกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมุ่งประสงค์ที่ได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพ โดยชอบในสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและสวัสดิการโดยทั่ว ๆ ไปในสังคมประชาธิปไตย" (In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to

⁷¹S.A. de Smith, Constitutional and administrative Law, 2 nd. ed. (Penguin Education, 1973), p.455-456.

⁷²F.H.Lawson;and D.J.Bentley, Constitutional and Administrative Law (Butterworths : Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1961), p.313.

⁷³James Mussatti, The Constitution of the United States : Our Charter of Liberties (The United States of America : D Van Nostrand Company, Inc., 1960), p.177.

⁷⁴วรวิทย์ กนิษฐะเสน, "ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน," วารสารอัยการ 2 (มกราคม 2522) : 44.

⁷⁵John E. Nowak; Ronald D.Rotunda; and J.Nelson Young, Constitutional Law (St. Paul, Minn : West Publishing Co., 1978), p. 482.

⁷⁶วรวิทย์ กนิษฐะเสน, "ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน", หน้า 44.

such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of other and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society)⁷⁷

ในเรื่องผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือผลประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนดังกล่าวนั้น จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายภายในของแต่ละรัฐและแนวนโยบายแห่งรัฐเป็นประเทศ ๆ ไป เช่น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งถือกันว่า รัฐสภาอังกฤษนั้นมีความเป็น "สภาวะสูงสุดของรัฐสภา" (the supremacy of parliament theory)⁷⁸ อันเป็นลักษณะพิเศษของรัฐสภาอังกฤษ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษอธิบายว่า มีความหมายพิเศษหนึ่งในสองประการ คือ การมีอำนาจนิติบัญญัติอันหน้าที่สุดมิได้ ดังที่เดอลอร์ม (De Lolme) ได้อธิบายสรุปไว้ทำนองประตบประชันว่า "นักกฎหมายอังกฤษพึงระลึกไว้เถิดว่า รัฐสภาอังกฤษมีอำนาจบันดาลได้สารพัดในปฐพี จะมียกเว้นก็แต่การแปลงหญิงให้เป็นชาย หรือการแปลงชายให้เป็นหญิงเท่านั้น"⁷⁹ (English Parliament can do anything except make a woman a man or a man a woman)⁸⁰ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจถือเป็นข้อพิจารณาถึงแนวนโยบายของรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐได้ประการหนึ่ง ดังนั้นจากคำกล่าวนี้จึงพอจะสรุปได้ว่า ในประเทศอังกฤษจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรอนุญาตให้มีการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อเลือกเพศ หรือรับรองการผ่าตัดแปลงเพศว่าผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะมีสภาพเป็นเพศใหม่แต่อย่างใด และจนถึงปัจจุบันนี้ในประเทศอังกฤษก็ยังไม่มียกเว้นดังกล่าว และยังไม่มีขอมให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศเพราะได้มีการผ่าตัดแปลงเพศ ดังจะเห็นได้จากคดี Corbett V. Corbett (1971)

⁷⁷ คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ, เอกสารสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, ม.ป.ป.), หน้า 27.

⁷⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 399.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁰ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, คู่มือนักศึกษาวิชายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2515), หน้า 12.

ซึ่งมีชื่อว่า George Jamieson ซึ่งถือกำเนิดเป็นเพศชาย แต่ต่อมาได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ และใช้ชื่อว่า Toni/April และต่อมาได้สมรสกับชายผู้หนึ่งคือ Arthur Corbett แต่เมื่อสมรสกันแล้ว การร่วมเพศระหว่างคนทั้งสองประสบปัญหาอย่างหนัก และได้แยกกันอยู่ จนกระทั่งในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 1966 April Corbett ได้ยื่นคำขอต่อศาลขอค่าเลี้ยงดูจาก Arthur Corbett ในวันที่ 18 พฤษภาคม 1967 Arthur Corbett ฟ้องศาลโต้แย้งว่า การสมรสไม่สมบูรณ์ เพราะ April Corbett มีเพศชายและการสมรสจะเกิดขึ้นระหว่างชายสองคนย่อมไม่ได้ ทนายของ Arthur Corbett อ้างหลักกฎหมายครอบครัวที่ Lord Penzance ในคดี Hyde V. Hyde (1866) L.R.1. P.133 ได้วางไว้ดังนี้คือ

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

"การสมรสตามกฎหมายอังกฤษนั้นต้องเป็นการสมรสระหว่างผู้ชายและผู้หญิงด้วยใจสมัคร และต้องอยู่ร่วมกัน โดยไม่เกี่ยวข้องกับคนอื่นในเรื่องเพศราบชั่วชีวิต"

Mr. Justice Ormrod ผู้พิพากษาในคดีนี้ ได้กล่าวว่า สภาพทางกายภาพ ไม่มีทางเปลี่ยนแปลงได้และให้พิจารณาเมื่อขณะเกิด การผ่าตัดแปลงเพศไม่สามารถเปลี่ยนแปลงธรรมชาติของคนหรือเปลี่ยนเพศของตนได้ ดังนั้นการสมรสระหว่างบุคคลทั้งสองนี้จึงไม่สมบูรณ์⁸¹ และในทางปฏิบัติของการจดทะเบียนสมรสในประเทศอังกฤษนั้น ทางการกักขังไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้กับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วกับผู้ชายอยู่เช่นเดิม⁸² ในประเทศอังกฤษจะยอมให้มีการเปลี่ยนเพศในสุติบัตรได้ก็เฉพาะกรณีที่มีการแจ้งเพศผิดไปจากเพศในขณะที่เกิดเท่านั้น⁸³ ซึ่งสิ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸¹ รอนพล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์," วารสารนิติศาสตร์ 10 (2521) : 421-423.

⁸² "สาวแปลงเพศผิดหวังหนัก ทางกักขังไม่ยอมจดทะเบียนวิวาห์," ตุลพาท 20 (มีนาคม - เมษายน 2516) : 95.

⁸³ Anne Cremona - Barbaro, "Medicolegal Aspects of transsexualism in Western Europe," p. 97.

เหล่านี้อาจชี้ให้เห็นถึงแนวนโยบายแห่งรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐได้ด้วยเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศเช่นสวีเดน และเยอรมันตะวันตกกลับมีกฎหมายเกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศที่รับรองให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศหลังจากที่ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ไว้โดยเฉพาะ คือ The Swedish Act of 21 April 1972 และ Transsexuellengesetz (TSG) ใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2523^{๘๔}

สำหรับในประเทศไทยนั้น เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายรับรองให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศ การพิจารณาถึงแนวนโยบายแห่งรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐ อาจพิจารณาได้โดยการพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศตามกฎหมาย (legal sex) เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการรับราชการทหารตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 7 บัญญัติว่า "ชายที่มีสัญชาติไทยตามกฎหมายมีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน" จะเห็นได้ว่ากฎหมายบังคับให้ชายไทยทุกคน (ที่ไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามกฎหมาย) ต้องมีหน้าที่รับราชการทหาร ดังนั้นหากชายไทยได้รับการผ่าตัดแปลงเพศและยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมายเป็นหญิงภายหลังจากการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้ว รัฐอาจต้องเสียประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของชายไทยในการเข้ารับราชการทหาร และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาการยอมรับเพศตามกฎหมายในกฎหมายไทยแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายรับรองให้มนุษย์มีเพียง 2 เพศคือ ชายและหญิง เท่านั้น เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หมวด 1 ว่าด้วยการหมั้น ในมาตรา 1435 ซึ่งบัญญัติว่า "การหมั้นจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว" และในหมวด 2 ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรส ในมาตรา 1448 บัญญัติว่า "การสมรสจะทำได้เมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว...." หรือในกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ดังกล่าวรับรองให้ใช้ได้ในเรื่องที่วิวาทคดีได้นั้น ก็ได้ระบุถึงเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้ในหมวด 3 มาตรา 49 ว่า "พิธีสมรสประกอบได้ต่อเมื่อ (1) ผู้สมรสต้องมีเพศเป็นชายฝ่ายหนึ่ง หญิงฝ่ายหนึ่ง"^{๘๕} และศาล

^{๘๔} Ibid., p. 93.

^{๘๕} หลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก, จัดพิมพ์โดยคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2525), หน้า 27.

เองก็ยังไม่วายทำให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศเมื่อมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ดังกล่าวข้างต้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมาย และการยอมรับเพศตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับในประเทศไทยแล้วอาจกล่าวได้ว่า ในขณะนี้การเปลี่ยนแปลงเพศภายหลังการผ่าตัดแปลงเพศอาจเป็นการขัดกับแนวนโยบายของรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐ ตลอดจนการรับรอง โดยกฎหมายได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้มีการทำการผ่าตัดแปลงเพศทั้งจากชายเป็นหญิงและจากหญิงเป็นชายในประเทศมากขึ้น การไม่มีกฎหมายห้ามมิให้มีการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศไทยก็ไม่มีอย่างชัดเจน ดังนั้น ในขณะนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการกระทำการใด ๆ ต่อตัวเอง โดยการผ่าตัดแปลงเพศได้ แม้ว่าการผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวจะเป็นการขัดกับแนวนโยบายของรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐอยู่บ้าง แต่รัฐก็ไม่ได้ดำเนินการห้ามปรามหรือออกกฎหมายมาควบคุมแต่อย่างใด ดังนั้น การผ่าตัดแปลงเพศจึงเป็นเสรีภาพของบุคคลที่จะกระทำได้ เพียงแต่เมื่อทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศก็ยังคงมีสถานะเป็นเพศเดิมตามที่ถือกำเนิดมาอยู่นั่นเอง ยังไม่อาจเปลี่ยนแปลงเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของตนได้ตามกฎหมาย เพราะฉะนั้น บรรดาภาระหน้าที่ใด ๆ ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติในฐานะเป็นเพศตามที่ถือกำเนิดมา ยังคงมีอยู่ เช่น ใดก็ยังคงมีอยู่ เช่นนั้น

1.5.2 การเลือกเพศกับสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (human rights) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่ชอบธรรมอันพึงได้แก่บุคคล มีลักษณะเป็นสากล และเป็นสิ่งที่มีชนพร้อม ๆ กับสภาพบุคคล ไม่ขึ้นอยู่กับสถานะ ในสังคมและล่วงละเมิดมิได้ สิทธิดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากความต้องการของมนุษยชาติ เพื่อให้ทุกคน ได้มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีเยี่ยงอารยชน⁸⁶ หรือจะแปลตามความหมายของตัวอักษร

⁸⁶Even Laurd, The Origins of International Concern Over Human Rights : The International Protection of Human Rights (New York : F.A. Praeger, 1967), p. 7.

ก็อาจแปลความหมายของคำว่า "สิทธิมนุษยชน" ได้ว่าหมายถึง "สิทธิของมนุษย์"^{๘๗} สิทธิใดจะเป็นสิทธิของมนุษย์บ้างนั้น นักนิยมสิทธิมนุษยชนอ้างว่า สิทธินั้นไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ หากแต่เป็นอำนาจหรือประโยชน์ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ และมีอยู่ในมนุษย์ทุกรูปทุกนาม โดยไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติและศาสนา ปรากฏว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเองก็ระบุว่า "บุคคลทุกคนมีสิทธิ....." โดยมีได้แสดงให้เห็นว่าต้องมีกฎหมายรับรองก่อน^{๘๘} หากแต่เป็นสิทธิตามธรรมชาติตามกฎหมายธรรมชาติ เพราะแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ คือ กำเนิดที่มาก่อนสำคัญยิ่งของสิทธิมนุษยชน^{๘๙} หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นหลักในการลดกันศาลให้เกิดทฤษฎีว่าด้วยสิทธิของมนุษย์^{๙๐} สำคัญสำคัญตามแนวความคิดดังกล่าวนี้ว่า มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย^{๙๑} สิทธิที่จะตัดสินใจด้วยตนเอง^{๙๒} และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แกกันได้ และใครจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็อาจจะก่อให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้^{๙๓}

ในปรากฏการณ์ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 3 บัญญัติว่า "คนทุกคนมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย" (Article 3 Everyone has

^{๘๗} วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights) (กรุงเทพมหานคร : ท่างหุ้นส่วนจำกัด แสงจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 1.

^{๘๘} วิษณุ เครืองาม, "ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน," วารสารอัยการ 2 (มกราคม 2522) : 26.

^{๘๙} วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights), หน้า 1.

^{๙๐} H. Lauterpacht, International Law and Human Right (U.S.A. : Stevens and Sons, 1968), p. 75.

^{๙๑} วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights), หน้า 1.

^{๙๒} วิษณุ เครืองาม, "ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน", หน้า 28.

^{๙๓} วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights), หน้า 1.

the right to life, liberty and security of person)^{๙๔} ซึ่งเป็นการนำเอาสิทธิ
ธรรมชาติที่มีอยู่แต่ดั้งเดิมมาบัญญัติไว้ในปฏิญญาดังกล่าว^{๙๕}

การตัดสินใจเลือกเพศหรือการผ่าตัดแปลงเพศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะ
ถือเป็นสิทธิมนุษยชนได้อย่างหนึ่ง เนื่องจากบุคคลย่อมมีเสรีภาพในตัวตน มีสิทธิในชีวิตร่างกายของตน
และมีสิทธิที่จะตัดสินใจด้วยตนเองด้วย และนักนิติศาสตร์ในต่างประเทศก็เห็นว่า การผ่าตัด
แปลงเพศดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างรวดเร็วในฐานะเป็น "สิทธิมนุษยชน"^{๙๖} และการกระทำ
ตามใจของตน (Self-fulfillment) การสำนึกในตัวเอง (self-realization) และการ
ให้คำจำกัดความแก่ตนเองใหม่ (self-redefinition) ที่เกิดขึ้นจากการผ่าตัดแปลงเพศ อาจ
สร้างพื้นฐานให้กับสิทธิในการแปลงเพศได้^{๙๗}

ในประเทศเบลเยียม เคยมีคดีเกี่ยวกับการขอเปลี่ยนแปลงเพศภายหลัง
ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วคือ ในคดี Van Oosterwijck^{๙๘} ผู้ร้องได้ผ่าตัดแปลงเพศจาก
หญิงเป็นชาย และได้ยื่นคำร้องขอเปลี่ยนฐานะทางกฎหมายเป็นเพศชายต่อศาลของประเทศ
เบลเยียม ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกคำร้อง ผู้ร้องซึ่งเป็นทนายความอยู่ด้วย จึงได้ยื่น
เรื่องราวร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของยุโรป (the European Commission of
Human Rights) ซึ่งตั้งอยู่ที่เมืองสตราสบูร์ก โดยกล่าวหาว่ารัฐบาลเบลเยียมว่าจะเมิดสิทธิมนุษยชน
ขั้นพื้นฐานของเขา ที่ไม่ยอมเปลี่ยนฐานะทางกฎหมายให้เขาเป็นเพศชาย ทั้ง ๆ ที่เขาได้รับ
การผ่าตัดแปลงเพศแล้ว คณะกรรมการมีความเห็นว่ารัฐบาลเบลเยียมได้ละเมิดสิทธิในการใช้ชีวิต
ส่วนตัวของผู้ร้อง โดยไม่ยอมรับฐานะทางเพศใหม่ของเขา และคดีนี้รัฐบาลเบลเยียมและคณะกรรมการ

^{๙๔} คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ, เอกสารสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ,

หน้า 11.

^{๙๕} วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights), หน้า 66.

^{๙๖} Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p.213.

^{๙๗} Ibid.

^{๙๘} Anne Cremona-Barbaro, "Medicolegal Aspects of Transsexualism
in Western Europe", p.89.

ได้ส่งเรื่องขึ้นไปยังศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป (the European Court of Human Rights)⁹⁹ จะเห็นได้ว่า กรณีการขอเปลี่ยนแปลงเพศหรือเลือกถือเพศใดเพศหนึ่งนั้น อาจถือเป็นสิทธิมนุษยชนได้ เนื่องจากได้มีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป ดังกล่าวข้างต้น

1.5.3 การผ่าตัดแปลงเพศกับสิทธิส่วนตัว

สิทธิส่วนตัว (Right of privacy) หมายถึงสิทธิประจำตัวของบุคคล อันประกอบด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิต ความเป็นส่วนตัว ซึ่งได้รับความคุ้มครอง จากกฎหมายมิให้ผู้อื่นล่วงเกิน¹⁰⁰

ขอบเขตที่บุคคลควรจะได้รับความสะดวกและได้รับความคุ้มครองในสิทธิส่วนตัวก็คือ มีการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจของเขาตราบเท่าที่ความสนุกสนานนั้น ไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น หรือขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อย นั่นคือสิทธิเสรีภาพที่จะดำรงชีวิตตามที่ต้องการ จะต้องไม่เป็นการรบกวนล่วงเกินสิทธิของผู้อื่นหรือสาธารณชน¹⁰¹

โดยทั่วไปแล้ว จากการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลประเทศต่าง ๆ ได้ยอมรับว่า "สิทธิส่วนตัว" นั้น ได้แก่สิทธิดังต่อไปนี้

(ก) สิทธิส่วนตัวภายนอก คือ ชื่อ เครื่องหมาย เครื่องหมายประจำตระกูล เครื่องหมายของสมาคม เครื่องแบบหรือสัญลักษณ์ของสมาคม เครื่องหมายการค้า ชื่อ และเครื่องหมายการค้า ตราของบริษัทและที่บ่งชี้สินค้า

(ข) สิทธิส่วนตัวเกี่ยวกับเกียรติยศชื่อเสียง คือ เกียรติยศชื่อเสียงส่วนตัว เกียรติยศชื่อเสียงทางวิชาชีพหรือการค้า

⁹⁹ Ibid, p.91.

¹⁰⁰ ชูชีพ นิเทศศิริ, "การละเมิดสิทธิส่วนตัว" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโททางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 3.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน.

(ค) สิทธิส่วนตัวเกี่ยวกับความลับ คือความลับส่วนตัว สภาพจิตใจ สุขภาพ ชีวิต-ครอบครัว ความลับทางวิชาชีพหรือการค้า ความเป็นอิสระในการดำรงชีวิต การเปิดจดหมายดักฟัง โทรศัพท์ สิทธิในรูปภาพของตน สิทธิที่จะไม่ถูกเปิดเผยสาธารณะ

(ง) สิทธิส่วนตัวภายใน คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย (การรวมกันทางกาย) และจิตใจ (การถูกรบกวนทางจิตใจ) เสรีภาพในการกระทำและการทำงานตามใจสมัคร¹⁰²

ปัญหาว่า การเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นสิทธิส่วนตัวหรือไม่นั้น มีนักนิติศาสตร์ต่างประเทศให้ความเห็นว่า การขอรับการศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศรวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง โดยให้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนตัว¹⁰³ โดยการเปรียบเทียบการผ่าตัดแปลงเพศกับการคุมกำเนิดหรือการทำหมันปกติ เนื่องจากการผ่าตัดแปลงเพศย่อมเป็นการทำให้เป็นหมันหรือเป็นการคุมกำเนิดได้ เพราะผู้ที่รับการผ่าตัดแปลงเพศนั้นย่อมไม่อาจมีต่อมเพศใดเพศหนึ่งที่จะใช้ประโยชน์ในการสืบพันธุ์หรือให้กำเนิดชีวิตใหม่ได้ โดยนักนิติศาสตร์ชาวต่างประเทศตั้งกล่าว กล่าวว่าคุณคสหลงเพศนั้นอยู่ในฐานะเดียวกันกับคู่สมรสหรือหญิงอื่น ๆ ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิที่จะตัดสินใจคุมกำเนิดในบ้านส่วนตัวของเธอได้เองด้วยการปรึกษากับแพทย์เท่านั้น มิใช่กับรัฐ¹⁰⁴

คดี Griswold V. Connecticut¹⁰⁵ ตัดสินว่า กฎหมายห้ามการใช้เครื่องคุมกำเนิดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในคดีนี้ศาลได้สร้างขอบเขตส่วนบุคคลที่ขยายเพิ่มเติมจากเสรีภาพตาม Bill of Rights ให้ครอบคลุมไปถึงสิทธิที่จะหนีจากการรบกวน และสิทธิส่วนตัวของความลับอันเนื่องมาจากการสมรส การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจค้นห้องนอนเพื่อค้นหาเครื่องคุมกำเนิดที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่น่ารังเกียจ และขัดต่อสิทธิส่วนตัวในการสมรส ซึ่งเป็นสิทธิที่ "เก่าแก่กว่า Bill of Rights, เก่าแก่กว่าพรรคการเมือง และเก่าแก่กว่าระบบการศึกษา

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

¹⁰³ Melvin M. Belli, "Legal Essay : Transsexual Surgery : A New Tort?", p.499.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ 381 U.S. 479 (1965).

ของเรา" (older than the Bill of Rights, older than our political parties, older than our school system)

คดี Roe V. Wade¹⁰⁶ ในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงขั้นต่อไปที่ตระหนักถึงสิทธิส่วนตัวในการตัดสินใจเกี่ยวกับการสมรส การให้กำเนิด การคุมกำเนิด และแม้แต่การทำแท้ง (อย่างน้อยที่สุดก่อนที่ตัวอ่อนจะเจริญเติบโตเป็นทารกในครรภ์ที่มีอวัยวะสมบูรณ์) และในคดีต่อ ๆ มาถือว่าการทำให้เป็นหมัน โดยสมัครใจอยู่ในขอบเขตของสิทธิส่วนตัว

แม้ว่าคดี Griswold จะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สมรสแล้ว แต่ผลที่ได้จากคดีนี้ก็เพื่อให้ความคุ้มครอง "ความมีคุณค่าของสิทธิส่วนตัว" (valued aspects of individual privacy) และความใกล้ชิดของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสถานการณ์ส่วนบุคคล การสมรส การประกอบอาชีพ และการเข้าร่วมกลุ่ม¹⁰⁷

ในขณะที่เราจะมีสิทธิที่จะคุมกำเนิดโดยใจสมัครโดยวิธีการต่าง ๆ ได้ ในคดี Roe กล่าวว่าเราสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ด้วยการศัลยกรรม และในคดีอื่น ๆ กล่าวว่าเราสามารถป้องกันการตั้งครรภ์ได้โดยการศัลยกรรมตัดแปลงอวัยวะสืบพันธุ์ ถ้าเราสามารถเพิ่มฮอร์โมนและเปลี่ยนแปลงอวัยวะสืบพันธุ์ได้เหตุใดเราจึงไม่มีสิทธิที่จะป้องกันการตั้งครรภ์อย่างถาวร โดยการตัดอวัยวะนั้นออกไป ถ้าเรายอมรับการตัดท่อนส่งสเปิร์มจากอวัยวะไปยังองคชาติได้เหตุใดเราจึงประณามการตัดอวัยวะ ถ้าสิทธิส่วนตัวหมายถึงสิทธิที่เราสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับการให้กำเนิดและการคุมกำเนิดได้ ก็ดูเหมือนว่าเราน่าจะมีสิทธิเลือกการคุมกำเนิดในขั้นสุดท้ายได้แน่นอน ซึ่งเป็นรูปแบบของการตัดสินใจส่วนตัวภายใต้การพิจารณาของศาล และในเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศนั้นไม่เหมือนกับการทำแท้ง เพราะไม่มีชีวิตอื่นได้รับผลกระทบกระเทือนจากการตัดสินใจนี้ นอกจากตัวผู้ตัดสินใจเอง¹⁰⁸

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ชาวต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น โดยเห็นว่าการผ่าตัดแปลงเพศควรจะเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลนั้น อย่างน้อยก็ควรจะเป็นสิทธิส่วนตัวภายในของผู้นั้น คือเป็นสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และการกระทำของผู้นั้น

¹⁰⁶ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁰⁷ Melvin M. Belli, "Legal Essay : Transsexual Surgery : A New Tort?", pp.499-500.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.500.

2. ประวัติของการผ่าตัดแปลงเพศ

เรื่องแปลงเพศมีนิยายโบราณพูดถึงการไถ่ฝันในเรื่องนี้อยู่หลายเรื่อง มีทั้งนิยายของประเทศอินเดียและเรื่องประโลมโลกย์ของไทย แสดงว่าความไม่พอใจในเพศของตัวเองจะกลายเป็นเพศอื่นนั้น ได้มีอยู่ในจิตใจของคนมานานแล้วเหมือนกัน¹⁰⁹ ความผิดปกติทางจิตใจในลักษณะของ โรคหลงเพศดังกล่าวข้างต้นนั้น มีชื่อนานมาแล้วแม้แต่ในวรรณกรรมของ Shakespeare ก็ยังมีการกล่าวถึงความผิดปกติดังกล่าวด้วย¹¹⁰

หนังสือทางวิชาการเล่มแรกทีกล่าวถึง "โรคหลงเพศ" คือ หนังสือชื่อ "ชายเป็นหญิง" แต่งโดยนิลส์ ฮอยเออร์ นักวิทยาศาสตร์ทางเพศชาวอังกฤษ เมื่อปี 1933¹¹¹ โดยกล่าวถึงการผ่าตัดแปลงเพศว่า ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศครั้งแรกในทวีปยุโรป เมื่อประมาณปลายทศวรรษที่ 1920 ถึงปลายทศวรรษที่ 1930 โดยมีการผ่าตัดแปลงเพศชายชาวเดนมาร์กคนหนึ่งชื่อ Danish เป็นหญิงชื่อ Lilli Elbe¹¹²

ในปี 1952 ได้มีการเผยแพร่ไปทั่วโลกถึงความสำเร็จครั้งสำคัญในประวัติของการแปลงเพศ¹¹³ คือการผ่าตัดแปลงเพศนาย George ช่างทาสีชาวเดนมาร์กซึ่งเป็นบุคคลหลงเพศที่มีชื่อเสียงคนหนึ่ง และในที่สุด George ได้เปลี่ยนชื่อมาเป็น Christine Jorgenson¹¹⁴ ในการผ่าตัดครั้งนั้น ได้ทำขึ้น ณ กรุงโคเปนเฮเกน โดยหัลลันแพทย์ชาวเดนมาร์ก นำโดยนายแพทย์คริสเตียน แอ้มเบอร์เกอร์หลังจากผลของการผ่าตัดครั้งนี้จึงได้เริ่มมีการศึกษาถึงผู้ป่วยโรคหลงเพศซึ่งไม่สามารถจะทำการรักษาให้หายได้โดยจิตเวชและฮอร์โมนอย่างจริงจัง ในขณะเดียวกัน

¹⁰⁹ สุต แสงวิเชียร, "แปลงเพศ", หน้า 71.

¹¹⁰ Ira B. Pauly, "Male Psychosexual Inversion : Transsexualism," *Archeives of General Psychiatry* 13 (August 1965) : 172.

¹¹¹ วิจิตร ฤกษ์ไพฑูริ, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 92.

¹¹² Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p. 212.

¹¹³ วิจิตร ฤกษ์ไพฑูริ, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 92.

¹¹⁴ Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p. 212.

สถิติของการฆ่าตัวตายและการตัดอวัยวะสืบพันธุ์ด้วยตนเองของคน ใช้ประเภทนี้ปรากฏเป็นข่าว อยู่เสมอ ๆ พร้อมกับคนใช้ประเภทนี้พยายามหาที่พึ่งมากขึ้น ได้มีการศึกษาชีวิตในวัยเด็กของคนใช้ และพบว่าการสอนในโรงเรียนแพทย์และการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการ ให้แก่สังคมเกี่ยวกับโรคนี้นั้นจำเป็นอย่างยิ่ง และควรจะทำโดยด่วน¹¹⁵ และปัจจุบันนี้ Christine Jorgenson ได้เสียชีวิตแล้วด้วยโรคมะเร็งในปอด¹¹⁶

ในปี 1953 ก็ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศชายผู้หนึ่ง ในยุโรป แต่การผ่าตัดครั้งนี้ไม่เป็นที่เปิดเผยถึงความสำเร้ง¹¹⁷

เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 1960 ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศนาย George Jamieson ที่ Casablanca โดยศัลยแพทย์ชื่อ Dr. Burou และการผ่าตัดประสบความสำเร็จ¹¹⁸

ในปี 1966 มหาวิทยาลัยจอร์ตันฮิวทิงส์ มลรัฐมิสซิสซิปปี ได้จัดตั้งหน่วยพิเศษนำโดยหัวหน้าศัลยแพทย์คนแต่ง นายแพทย์จอร์ตัน อี ฮิวส์ เมื่อทำศัลยกรรมแปลงเพศเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา และได้เผยแพร่สู่ประชาชน โดยหนังสือพิมพ์นьюออร์คไทม์ เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 1966 นับเป็นการเปิดศักราชศัลยกรรมแปลงเพศในสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่าได้รับการต้อนรับและได้รับความเห็นอกเห็นใจอย่างดีจากประชาชน และต่อมาก็มีการทำการรักษาโรคหลงเพศนี้ ทางศัลยกรรมที่มหาวิทยาลัยมินนิโซต้า มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย และที่อื่นทั่วไป¹¹⁹ และในปีเดียวกันนี้เอง โรงพยาบาลจอร์ตันฮิวทิงส์ก็ได้เปิดคลินิกขึ้นให้ชื่อว่า "Gender Identity Clinic" (คลินิกช่วยบอกเพศ) และเป็นผลให้เกิดคลินิกแบบเดียวกันขึ้นอีกที่โรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ คือ มหาวิทยาลัยมินนิโซต้า สแตนฟอร์ด นอส์เวลส์เทิน อาแกนซอ มิชิแกน เคนดิกก เวอร์จิ้นเนีย

¹¹⁵ วิจิตร บุณะไพศร, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 93.

¹¹⁶ "กะเทยคนแรกของโลกเสียชีวิตแล้ว," มติชน (18 พฤษภาคม 2532) : 20.

¹¹⁷ วิจิตร บุณะไพศร, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 93.

¹¹⁸ รองพล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศที่ใช้คอมมอนลอว์", หน้า 422.

¹¹⁹ วิจิตร บุณะไพศร, "โรคที่ถูกลืม", หน้า 94.

และแหล่งอื่น ๆ อีก¹²⁰

ในปี 1974 ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศชายคนหนึ่งชื่อ Richard ณ นครซานฟรานซิสโก โดยชายผู้นี้เคยแต่งงานมาแล้วถึง 2 ครั้ง เคยเป็นครูโรงเรียนมัธยมในนครซอลเลก และเมื่อได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้ใช้ชื่อว่า Rachelle McAdam¹²¹

สำหรับในประเทศไทยมีการผ่าตัดแปลงเพศได้ทั้งชายและหญิงตั้งแต่ปี 2515 และหลังจากนั้นก็ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศให้กับผู้ป่วยโรคนี้อีกหลายคนและเป็นผลสำเร็จ เช่น ที่โรงพยาบาลรามารัตน์ โรงพยาบาลกลางและโรงพยาบาลศิริราช¹²² ตัวอย่างเช่นที่โรงพยาบาลรามารัตน์ได้มีการผ่าตัดแปลงเพศให้ชายผู้หนึ่งเป็นหญิงเพื่อประโยชน์ในชีวิตสมรส หรือการผ่าตัดแปลงเพศให้ผู้หญิงเป็นชาย เนื่องจากคนไข้จะฆ่าตัวตาย เป็นต้น¹²³

ในปัจจุบันนี้ ศัลยแพทย์ไทยสามารถทำการผ่าตัดแปลงเพศได้ผลสำเร็จเป็นอย่างดี เช่น สมหญิง ดาวราย ซึ่งได้ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วและได้เสริมเต้านมด้วย ได้ยืนยันว่าทั้งเต้านมและอวัยวะเพศหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศมา ใช้การได้ดีเหมือนสตรีทั่วไป¹²⁴ และผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วเห็นว่า การร่วมเพศไม่ใช่สิ่งสำคัญ แต่การผ่าตัดแปลงเพศมีผลทางด้านจิตใจมากกว่า โดยเมื่อผ่าตัดแปลงเพศแล้วมีสุขภาพจิตที่ดีขึ้น และพอใจในผลการผ่าตัด¹²⁵

ศูนย์วิจัยทรัพยากร

¹²⁰ สุต แสงวิเชียร, "การแปลงเพศในอเมริกา", แพทยสาร 3 (มีนาคม 2517) : 229.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

¹²² สุภัทร พูลเกษ และ สุต แสงวิเชียร, "จิตวิทยาของการแปลงเพศ", หน้า 112.

¹²³ สุต แสงวิเชียร, "แปลงเพศ", หน้า 71.

¹²⁴ "เกย์เมเน่า่วนใจนักจิตแพทย์ชื่อดังปลอม," ไทยรัฐ (28 เมษายน 2532) : 17.

¹²⁵ สัมภาษณ์วันใหม่ โจทย์กั้ง และ ผดุง พนาภาตจนกุล

3. ความหมายและวิธีการของการผ่าตัดแปลงเพศ

3.1 ความหมายของการผ่าตัดแปลงเพศ

การผ่าตัดแปลงเพศหมายถึง การนำเอาต่อมเพศและอวัยวะเพศภายใน ตลอดจนถึงอวัยวะเพศภายนอกออกไป และติดตั้งอวัยวะเพศเทียมของอีกเพศหนึ่งขึ้นมาแทน กล่าวคือ ในการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงก็จะต้องนำเอาอัณฑะและอวัยวะเพศภายในและอวัยวะเพศภายนอกออกไป และติดตั้งอวัยวะเพศหญิงเทียม โดยวิธีการศัลยกรรมตกแต่ง และในการผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชายก็จะต้องนำเอารังไข่ มดลูก ปีกมดลูก และอวัยวะเพศภายนอกออกไป และติดตั้งอวัยวะเพศชายเทียม โดยวิธีการศัลยกรรมตกแต่งขึ้นมาแทน¹²⁶

คำว่า "ผ่าตัดแปลงเพศ" นั้น ในภาษาอังกฤษมีผู้ใช้คำต่าง ๆ แตกต่างกันไปอยู่หลายคำ แต่คำเหล่านั้นก็เป็นการใช้คำที่มีความหมายใกล้เคียงกันทั้งสิ้น เช่น Sex transformation, sex-change operation, sex reversal surgery หรือ sex conversal surgery เป็นต้น

3.2 วิธีการของการผ่าตัดแปลงเพศ

3.2.1 การผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง (male to female) การผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงนี้ทำได้ง่ายและค่าใช้จ่ายถูกกว่าการผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชาย โดยจะเริ่มจากการให้ฮอร์โมนเพศหญิง (estrogen) เพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปร่างลักษณะของร่างกายให้ดูเป็นเพศหญิง และจะมีการกำจัดท่อนวดเคราและขนโดยการจี้ด้วยไฟฟ้า (electrolysis) และทำการผ่าตัดเอาอัณฑะและอวัยวะเพศชายออก (orchietomy) และทำการติดตั้งอวัยวะเพศหญิงเทียม¹²⁷ (Vagino-plasty)¹²⁸ และในการผ่าตัดและติดตั้ง

¹²⁶Richard Green ; Robert J.Stoller ; and Craig Mac Andrew, "Attitudes Toward Sex Transformation Procedure," Archives of General Psychiatry 15 (August 1966) : 178.

¹²⁷Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p. 186.

¹²⁸P.J. Pace, "Sexual Identity and the Criminal Law," The Criminal Law Review (May 1983) : 317.

อวัยวะเพศหญิง เทียมดังกล่าวจะไม่ทำลายเส้นประสาทเพื่อทำให้ผู้ผ่าตัดแปลงเพศสามารถมี orgasm ได้ ในคนไข้แปลงเพศจากชายเป็นหญิงนี้ ผู้ผ่าตัดแปลงเพศยังต้องการเสริมหน้าอกให้ใหญ่ขึ้น เพื่อจะทำให้ดูเป็นผู้หญิงมากขึ้น¹²⁹ และต้องการผ่าตัดสายเสียงและกล่องเสียง เพื่อทำให้สายเสียงสั้นลงและทำให้กล่องเสียงมีขนาดเล็กลง มีผลทำให้ระดับของเสียงมีแนวโน้มไปทางเสียงผู้หญิงมากขึ้นด้วย¹³⁰

3.2.2 การผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชาย (female to male) การผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชายนี้จะเริ่มจากการให้ฮอร์โมนเพศชาย (androgen) เพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปร่างลักษณะของร่างกายให้ดูเป็นเพศชาย และทำการผ่าตัดเอาเต้านมออก (mastectomy) ผ่าตัดเอามดลูกออก (hysterectomy) และผ่าตัดเอารังไข่ออก (oophorectomy) และนำเอาหนังบริเวณขาอ่อนหรือก้นหรือท้องมาสร้างเป็นอวัยวะเพศชายเทียม (phalloplasty) และการแข็งตัวของอวัยวะเพศที่สร้างขึ้น (erection) อาจเป็นไปได้ ในปี 1973 Dr. F. Brantley Scott แพทย์ทางระบบสืบสาวะแห่งวิทยาลัยแพทย์ Baylor ที่ Houston ได้ค้นคิดอุปกรณ์ไฮโดรลิคขนาดเล็กเพื่อทำให้อวัยวะเพศชายเทียมนั้นสามารถแข็งตัวได้ และศิลาแพทย์ 2 ท่าน แห่งมหาวิทยาลัยมิสซูรี ได้รายงานในปี 1977 ว่า เขาได้ทำการผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชายและสามารถทำให้อวัยวะเพศชายเทียมนั้นแข็งตัวได้ และผู้ผ่าตัดแปลงเพศสามารถมี orgasm ได้¹³¹

นอกจากนี้ ไม่ว่าจะการผ่าตัดแปลงเพศจะกระทำจากชายเป็นหญิงหรือหญิงเป็นชาย ก็จำเป็นต้องมีการติดตามผลการดำรงชีวิตอยู่ในสังคมของเพศใหม่ และการยอมรับบทบาททางเพศของผู้ผ่าตัดแปลงเพศในเพศใหม่ของสังคมด้วย¹³²

¹²⁹ Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p. 186.

¹³⁰ สมบูรณ์ โรจนภรณ์, "การผ่าตัดเปลี่ยนเสียงในคนไข้แปลงเพศ," วิทยาสาร 6 (กรกฎาคม - กันยายน 2526) : 223-226.

¹³¹ Mary Beth walz, "Transsexuals and the Law", p. 187.

¹³² เรื่องเดียวกัน.

4. เหตุที่บุคคลหลงเพศต้องการการผ่าตัดแปลงเพศ

4.1 เนื่องจากในปัจจุบันนี้ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ถือว่าโรคหลงเพศเป็นโรคชนิดหนึ่ง¹³³ และยังไม่มียาบำบัดรักษาที่ได้ผลดีไปกว่าการผ่าตัดแปลงเพศ¹³⁴ มิฉะนั้นผู้ป่วยโรคนี้อาจฆ่าตัวตาย หรือทำการตัดอวัยวะเพศของตัวเองได้¹³⁵

4.2 ความต้องการที่จะถูกยอมรับจากสังคมว่าบุคคลหลงเพศเป็นเพศตรงข้ามกับลักษณะทางกายภาพของตน (need for recognition) บุคคลหลงเพศต้องการที่จะให้สังคมยอมรับว่าเขาเป็นเพศตรงข้ามกับลักษณะทางกายภาพของเขา บุคคลหลงเพศจะแสดงความหวังว่าจะได้รับการยอมรับดังกล่าวเป็นอย่างมาก โดยการเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศ บุคคลหลงเพศทุกคนจะกระหายที่จะให้ความร่วมมือในการทดลองทางวิทยาศาสตร์และนำเรื่องของตนเผยแพร่ในแง่วิทยาศาสตร์ได้ บุคคลหลงเพศผู้นึงถึงกับกล่าวว่า

"ข้าพเจ้าจะอุทิศความคิด หัวใจ วิญญาณและร่างกายของข้าพเจ้าเพื่อการผ่าตัด การรักษาด้วยฮอร์โมนและศัลยกรรมตกแต่งหรือวิธีการต่าง ๆ ที่แพทย์ต้องการทำต่อตัวข้าพเจ้าในการวิจัยเพื่อการผ่าตัดแปลงเพศ ข้าพเจ้ารู้ว่ามันคงจะเป็นความสุข และง่ายต่อการที่จะรับใช้สังคมที่ข้าพเจ้าอาศัยอยู่"¹³⁶

4.3 ความฝังใจในอดีต (memory disturbance) บุคคลหลงเพศทุกรายมีความจำเกี่ยวกับชีวิตในวัยเด็กได้ดีมาก โดยเฉพาะเหตุการณ์ที่สนับสนุนว่าพวกเขาเป็นเพศตรงข้ามกับลักษณะทางกายภาพของเขามาตั้งแต่เกิด เมื่อบุคคลหลงเพศถูกถามให้เล่าเกี่ยวกับประวัติส่วนตัว บุคคลหลงเพศทุกรายจะเล่าโดยไม่ลังเลและในบางรายเล่าด้วยความพอใจ และทุกคนจะมีลักษณะ

¹³³ วิจิตร บุญยะโทตระ, "โรคผิดเพศ", หน้า 537.

¹³⁴ Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", p. 1.

¹³⁵ วิจิตร บุญยะโทตระ; "โรคผิดเพศ", หน้า 539.

¹³⁶ Frederic G. Worden and James T. Marsh, "Psychological factors in Men Seeking Sex Transformation : A Preliminary Report", p. 1293.

เฉพาะที่เหมือนกัน คือ เรื่องที่เล่าจะเริ่มจากความสวยงามของทรงผมที่พวกเขาเคยมี การเล่นกับตุ๊กตา และความสนใจในเด็กผู้ชายเป็นครั้งแรกในโรงเรียนอนุบาลหรือชั้นประถม ความจำเหล่านี้จะแตกต่างกันเพียง ในรายละเอียดเท่านั้น และมักมีการที่บุคคลหลงเพศบอกว่าไม่เคยสนใจผู้หญิงหรือผู้ชาย หรือไม่เคยชอบเกมส์กีฬาหรือความรุกรุ่นเหมือนเด็กผู้ชาย ตั้งแต่วัยเด็กพวกเขาต้องการที่จะแต่งตัวเหมือนเด็กผู้หญิงหรือเด็กผู้ชาย¹³⁷

4.4 ทักษะคติที่บุคคลหลงเพศมีต่อสังคมและตัวเอง (attitude toward society and themselves) บุคคลหลงเพศจะยอมรับทุกสิ่งทุกอย่างที่บ่งบอกว่าเป็นผู้หญิง โดยที่ไม่สนใจต่อสิ่งที่ขัดแย้งต่อความคิด¹³⁸ เขาคิดว่าภาพพจน์ที่เขาเป็นผู้หญิงนั้นถูกต้อง สังคมต่างหากที่มองพวกเขาผิดไปว่าเขาเป็นผู้ชาย สิ่งเหล่านี้ทำให้เขาปฏิเสธลักษณะการเป็นผู้ชายของเขา บุคคลหลงเพศรายหนึ่งถึงกับบอกว่า "Why don't they see I am a woman? How can they be so blind?" และบุคคลหลงเพศอีกรายหนึ่ง ไม่สามารถทนกับชื่อแรกที่เป็นผู้ชายของเขาได้ จนถึงกับไม่ยอมรับจดหมายที่ส่งมาถึง¹³⁹ และบุคคลหลงเพศจะมีความรู้สึกผิดหวังและไม่พอใจอย่างมาก ถ้ามีคนมาเรียกเขาว่า "นาย" หรือต้องเขียนคำว่า "นาย" นำหน้าชื่อตัวเอง¹³⁹ แต่ถ้าเรียกว่าตนเป็นคนแปลงเพศจะยอมรับได้และยินดีให้สังคมเรียกเช่นนั้น¹⁴⁰

4.5 ความรู้สึกขัดแย้งในเรื่องเพศของบุคคลหลงเพศ (Conflicts about sex) บุคคลหลงเพศหลายคนคิดว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะทำให้พวกเขาไม่มีความรู้สึกทางเพศอีกต่อไป ความสามารถในการสืบพันธุ์หรือการใช้วิธีวะเพศเทียมนั้น ไม่ใช่จุดมุ่งหมายที่สำคัญของพวกเขา บุคคลหลงเพศรายหนึ่งอธิบายว่า ไม่ต้องการที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศแต่ต้องการเป็นผู้หญิงเท่านั้น¹⁴¹

¹³⁷ Ibid., pp. 1294-1295.

¹³⁸ Ibid., p. 1295.

¹³⁹ สัมภาษณ์วันใหม่ โจทยักษ์.

¹⁴⁰ สัมภาษณ์เผด้า พนาภาณจนกุล.

¹⁴¹ Frederic G. Worden and James T. Marsh, "Psychological Factors in Man Seeking Sex Transformation : A Preliminary Report", pp.1296-1296.

4.6 ทศนะคติและความรู้สึกที่มีต่อลักษณะอวัยวะเพศของตนของบุคคลหลงเพศ (attitude toward own genitals) บุคคลหลงเพศมีความคิดที่จะปฏิเสธอวัยวะเพศของตนเอง โดยการแสดงออกด้วยความต้องการอย่างรุนแรงที่จะเอาออกไปเสีย บุคคลหลงเพศบางคนถึงกับกล่าวว่าเหมือนกับการเอามะเร็งออก¹⁴²

4.7 บุคคลหลงเพศเห็นว่าบทบาททางเพศของเพศหนึ่งมีความยุ่งยากหรือมีหน้าที่น้อยกว่าบทบาททางเพศของตน (the role of the other sex has come to seem less difficult than the role of their own)¹⁴³

5. ข้อบ่งชี้ในการขอรับการผ่าตัดแปลงเพศ

ปัจจัยขั้นพื้นฐานที่แพทย์จะพิจารณาว่าบุคคลหลงเพศนั้นสมควรจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ อาจพิจารณาได้ดังนี้

5.1 สิ่งที่ควรพิจารณาโดยทั่วไป¹⁴⁴

5.1.1 การเลือกผู้ป่วยที่เหมาะสม ผู้ที่มีสุขภาพจิตดีเท่านั้นที่จะแปลงเพศได้ โดยไม่เกิดอันตราย เรื่องนี้มีความสำคัญอย่างยิ่ง แพทย์จะต้องพ้องกำลังการปรับตัว (ego strength) ให้ได้ว่า แห็งแรงพอที่จะเผชิญกับปัญหาในชีวิตของเพศใหม่ได้หรือไม่

5.1.2 การเตรียมจิตใจก่อนผ่าตัดทั้งผู้ป่วยเองและผู้ใกล้ชิด

5.1.3 การวางแผนการรักษาอย่างรอบคอบและเป็นคณะที่ประกอบไปด้วยนักกายวิภาคศาสตร์, ผู้เชี่ยวชาญทางระบบสืบสาวะและสืบพันธุ์, ผู้เชี่ยวชาญทางนรีเวชวิทยา, ผู้เชี่ยวชาญทางศัลยกรรมตกแต่ง, ผู้เชี่ยวชาญทางเอ็นโดไครน (ระบบต่อมไร้ท่อ), จิตแพทย์, นักจิตวิทยา, ครูอาจารย์, นักสังคมสงเคราะห์

5.1.4 การติดตามการรักษาระยะยาว

¹⁴² Ibid., pp.1296-1297.

¹⁴³ Mary Beth Walz, "Transsexuals and the Law", p. 212.

¹⁴⁴ สุภัทรว ภูลเกษ และ สุต แสงวิเชียร, "จิตวิทยาของการแปลงเพศ", หน้า 109.

5.2 ข้อควรพิจารณาในการผ่าตัดแปลงเพศ

5.2.1 ต้องมีการศึกษาทางจิตเวชให้ละเอียดพอที่จะแยกได้ว่าผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นบุคคลหลงเพศโดยแท้ โดยจะต้องแยกให้ได้จาก

- รักร่วมเพศ ผู้ซึ่งมีความพอใจมากเกินไปหรือต้องการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อการทำมาหากิน
- ผู้ที่ต้องการแปลงเพศ เพราะเป็นโรคจิตหรือเป็นอาการแทรกซ้อนของโรคจิต เช่น โรคจิตเภท และผู้ที่มีอาการเศร้าอย่างรุนแรง เพราะมีความล้มเหลวในชีวิตรัก ในชีวิตสมรส หรือเรื่องอื่น ๆ ¹⁴⁵

5.2.2 ต้องผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์ว่า ไม่เป็น โรคจิตหรือสุขภาพจิตเสื่อมโทรมอย่างมาก และจิตแพทย์เห็นว่าควรได้รับการผ่าตัด ¹⁴⁶

5.2.3 ผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องมีรูปร่างและจริตกริยาพอที่จะเป็นเพศตรงข้ามได้หรือพร้อมที่จะเป็นได้ ¹⁴⁷

5.2.4 ผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศจะต้องมีสติปัญญาดีพอที่จะเข้าใจถึงขอบเขตของการผ่าตัดแปลงเพศ และอุปสรรคบางประการ แพทย์จะต้องให้ความกระจ่างถึงความเป็นไปได้หรือไม่ได้ของอวัยวะเพศใหม่ ความพอใจเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่ต้องระวังให้มาก เพราะการผันไว้อย่างหนึ่งก่อนผ่าตัด เมื่อผ่าตัดแล้วอาจกลายเป็นอีกเรื่องหนึ่งก็ได้ ¹⁴⁸

5.2.5 ผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศต้องให้ความร่วมมือในแผนการรักษาทั้งก่อนและหลังการผ่าตัด และจะต้องสามารถติดตามการรักษาตลอดไปได้ ตลอดจนจะต้องเป็นผู้มีฐานะดีพอที่จะใช้จ่ายค่ารักษาตลอดไปด้วย ¹⁴⁹

¹⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114.

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114.

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

¹⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

5.2.6 จะต้องมีแผนการรักษาที่ประกอบไปด้วยคณะผู้รักษา โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญสาขาต่าง ๆ และมีการวางแผนการรักษาเป็นขั้น ๆ ไป เริ่มต้นด้วยการรักษาโดยจิตบำบัดอย่างน้อย 2 ปี ถ้าเขาไม่เปลี่ยนใจให้ทดลองใช้ชีวิตตามเพศจริงของตนพร้อมทั้งให้จิตบำบัดต่อไปอีกด้วยเป็นเวลา 6 เดือน ถ้ายังไม่เปลี่ยนใจอีกให้ทดลองใช้ฮอร์โมนเพศให้เป็นเพศที่ต้องการแล้วสังเกตการปรับตัว ถ้าเห็นว่าปรับตัวได้จึงควรได้รับการพิจารณาผ่าตัดแปลงเพศ¹⁵⁰

5.2.7 อายุของผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศไม่ควรต่ำกว่า 20 ปี¹⁵¹

5.2.8 ควรมีข้อตกลงกับผู้รับการผ่าตัดแปลงเพศว่า จะมีให้แพทย์ต้องไม่มีส่วนร่วมในด้านกฎหมายหรือเรื่องอื่น¹⁵²

5.2.9 จะทำการผ่าตัดแปลงเพศได้เมื่อมีคำขอร้องและได้ประวัติของผู้ป่วยเท่านั้น¹⁵³

5.2.10 ในด้านป้องกัน เมื่อพบเด็กที่มีลักษณะตรงข้ามกับเพศที่แท้จริง ต้องรีบให้การรักษาโดยด่วนก่อนอายุ 6 ขวบ¹⁵⁴

6. ข้อเปรียบเทียบ (ความแตกต่าง) ระหว่างการผ่าตัดแปลงเพศ (sex transformation) และการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทย (sex reassignment)

ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า กรณีใดบ้างที่ทางการแพทย์จะถือว่าเป็นบุคคลแปลงเพศและต้องการการผ่าตัดแปลงเพศ และกรณีอย่างใดที่จะถือว่าเป็นกะเทยตามความหมายในทางการแพทย์ และวิธีการที่แพทย์จะแก้ไขความผิดปกติของกะเทยให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งเพียงเพศเดียว ในการ

¹⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵² เรื่องเดียวกัน.

¹⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

วิจัยผู้เขียนจะใช้คำว่า "การผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทย"¹⁵⁵ ในกรณีที่เป็นการแก้ไขความผิดปกติของกะเทยให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งดังกล่าว ความแตกต่างระหว่างการผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลหลงเพศ และการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทย อาจพิจารณาได้ดังนี้

6.1 ความแตกต่างทางการแพทย์

ในบรรดากะเทยชนิดต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ควรจะได้รับการแก้ไขในทางการแพทย์ เพื่อให้ดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีความสุขสมควร โดยแพทย์จะช่วยแก้ไขให้เป็นเพศใดเพศหนึ่งที่น่าพอใจ และตรงกันหรือใกล้เคียงกับเพศกำเนิดของตนหรือตรงกับต่อมเพศของคนที่แพทย์จะแก้ไขให้บุคคลพวกนี้ จำต้องศึกษาถึงอวัยวะสืบพันธุ์ ต่อมเพศและเพศกำเนิด ตลอดจนเพศทางสังคมที่ผู้ป่วยได้รับการเลี้ยงดูมา (social sex) ประกอบด้วย (กรณีผู้ป่วยมาพบแพทย์เมื่ออายุมากแล้ว) แล้วนำข้อมูลที่ได้มาพิจารณาตัดสินว่า คนคนนั้นควรจะได้รับแก้ไขเป็นเพศอะไรต่อไป (sex determination in hermaphrodites) การตรวจทางแพทย์ในบุคคลเหล่านี้ประกอบด้วย

- (1) การตรวจอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอก เพื่อพิจารณาว่าจะผ่าตัดแก้ไขให้เป็นเพศอะไรที่ง่ายที่สุด
- (2) การวัดร่างกายแล้วนำไปเขียนกราฟรูปร่าง (Morphogram) เพื่อดูว่าลักษณะของร่างกายทั่วไปของเขาจะจัดเข้าเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย
- (3) ตรวจการทำงานของต่อมเพศ ในกรณีที่สงสัยว่าจะมีอวัยวะที่ทำงานได้ก็จะพบตัวอสุจิในน้ำอสุจิ
- (4) การตรวจทางชีวเคมี เพื่อหาระดับฮอร์โมนในร่างกายโดยมักตรวจหาจากปัสสาวะ เพื่อดูว่าฮอร์โมนจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเกิดความพิการด้วยหรือไม่ หรืออาจจะดูว่าจำนวนฮอร์โมนที่มีอยู่นั้นมีปริมาณเท่าหรือใกล้เคียงกับชายหรือหญิงปกติหรือไม่ การตรวจโดยวิธี

¹⁵⁵ การผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทย (sex reassignment) เป็นการแก้ไขให้ผู้ที่เป็นกะเทยนั้นมีเพศใกล้เคียงกับอวัยวะเพศหรือต่อมเพศของตน มิใช่การผ่าตัดแปลงเพศ (sex transformation) ตามความหมายดังกล่าวมาข้างต้น เป็นแต่เพียงการแก้ไขความพิการที่เกิดขึ้นเท่านั้น

นี้ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางระบบต่อมไร้ท่อ (Endocrine system) ร่วมตรวจและให้ความเห็นด้วย

(5) การตรวจโครมาตินเพศ (sex chromatin) โครมาตินเพศเป็นวัตถุที่ติดสีที่ปรากฏในนิวเคลียสของเซลล์ต่าง ๆ ของหญิงหรือสัตว์เพศเมีย แต่ไม่ปรากฏในเซลล์ของชายหรือสัตว์เพศผู้ Barr เป็นผู้พบครั้งแรกในปี ค.ศ. 1949 จึงมีผู้เรียกว่า Barr body หรือ Nuclear chromatin และเชื่อว่าการพบโครมาตินเพศในหญิงหรือสัตว์เพศเมียนั้น เพราะหญิงหรือสัตว์เพศเมียมีโครโมโซมเพศมากกว่าตัวผู้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโครมาตินเพศมีความสัมพันธ์กับโครโมโซมเพศดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง

ในปัจจุบันนี้ การตรวจหาโครมาตินเพศ อาจทำได้จากผิวหนังเซลล์ของเยื่อช่องปาก เซลล์ของรากผมและจากเม็ดเลือดขาว ซึ่งมีลักษณะเป็นปลายไม้คกอลง (drumstick)

(6) การศึกษาโครโมโซมเพศ ในปัจจุบันนี้ การศึกษาโครโมโซมของคนโดยตรงสามารถจะกระทำได้โดยวิธีเพาะเลี้ยงเนื้อเยื่อ (tissue culture) ความผิดปกติของโครโมโซมเพศชนิดต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นก็อาจนำมาเป็นเครื่องมือการประกอบการศึกษาเพศในกะเทยได้ด้วย

(7) การผ่าตัด การผ่าตัดไม่ใช่เป็นการแก้ไขความพิการที่เกิดขึ้นเท่านั้น ยังอาจใช้เป็นการตรวจอวัยวะภายในช่องท้องด้วยว่า อวัยวะสืบพันธุ์ภายในนั้นมีลักษณะเป็นอย่างไรสมควรได้รับการแก้ไขอย่างไร¹⁵⁸

สำหรับการผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลคลงเพศนั้น จะทำขึ้นเมื่อตรวจพบว่า คนไข้มีความผิดปกติทางจิตใจ และต้องการแปลงเพศเป็นเพศใหม่ตามความต้องการของคนไข้ และมีใช้การผ่าตัดเพื่อแก้ไขให้ผู้นั้นมีเพศใกล้เคียงกับอวัยวะเพศหรือต่อมเพศของตน ดังเช่นการผ่าตัดเพื่อกำหนดเพศในกะเทย แต่เป็นการผ่าตัดเพื่อเอาต่อมเพศและอวัยวะเพศที่มีอยู่เดิมนั้นออกไป และทำการติดตั้งอวัยวะเพศเทียมของเพศใหม่ให้ โดยแพทย์จะคำนึงถึงปัจจัยพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นเพื่อพิจารณาผ่าตัดแปลงเพศให้กับบุคคลคลงเพศนั้นด้วย

¹⁵⁸ วัชรวิทย์ อึ้งประพันธ์, "การนิสุจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 134-135.

6.2 ความแตกต่างทางกฎหมาย

ปัญหาทางกฎหมายสำหรับการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทยกับการผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลหลังเพศมีอยู่เหมือนกัน คือ ปัญหาว่าแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดจะมีความผิดทางอาญาประการใดหรือไม่ และเมื่อมีการผ่าตัดแล้วผู้ได้รับการผ่าตัดนั้นจะมีเพศตามกฎหมาย (legal sex) เป็นอย่างไร และจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพศในสูติบัตร ทะเบียนบ้านหรือเอกสารอื่น ๆ ได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งถึงแม้ว่าการผ่าตัดทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวจะมีปัญหาทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน แต่หลักและผลแห่งการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวจะแตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

ในการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทย เป็นการรักษาความพิการอย่างหนึ่ง ปัญหาทางกฎหมายสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดก็จะเกิดขึ้นเช่นเดียวกับการผ่าตัดธรรมดา กล่าวคือ แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย¹⁵⁷ และนอกจากนี้การผ่าตัดดังกล่าวเมื่อถือเป็นการบำบัดความพิการและเป็นการบำบัดรักษาโรค แพทย์ผู้กระทำการผ่าตัดดังกล่าวไม่ควรมีความผิด¹⁵⁸ และในต่างประเทศเช่นในประเทศอาเจนติน่าก็มีกรณีศาลตัดสินว่า การผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทยของแพทย์นั้น แพทย์ไม่มีความผิดทางอาญาในคดี Francisco Defazio¹⁵⁹

คดี Francisco Defazio

Dr. Defazio ถูกฟ้องต่อศาลอาเจนติน่าในข้อหาทำร้ายร่างกายเนื่องจากการผ่าตัดกำหนดเพศรวม 3 กระทั่ง คนไข้รายแรกชื่อ M. Vega ซึ่งเป็นกะเทยเทียม (pseudo-hermaphrodite) อวัยวะหนึ่งของเขาฝ่อลีบทั้งหมด และอีกข้างหนึ่งฝ่อลีบบางส่วน แพทย์ทางนิติเวชวิทยาพิสูจน์แล้วว่า การฝ่อลีบของอวัยวะดังกล่าวเป็นผลจากการตอนเชิงเคมี (Chemical castration) โดยเจตนาซึ่งเกิดขึ้นโดยการได้รับฮอร์โมนเพศหญิงมาเป็นเวลานาน ตามลักษณะ

¹⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

¹⁵⁸ โทแมส ภัทรวินัย, "การแปลงเพศในทรรศนะของนักกฎหมาย" บทปริทัศน์ 29 (2515) : 700.

¹⁵⁹ Douglas K. Smith, "Comment : Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law", pp. 981-982.

ใคร ไม ไท้มและอวัยวะสืบพันธุ์ Vega เป็นชาย แต่เขามีจิตใจเป็นหญิงและมีคลอริออร์ โมนเพศหญิง ศาลพิจารณาเห็นว่า การผ่าตัดกำหนดเพศดังกล่าว อวัยวะที่มีประโยชน์มิได้ถูกตัดออกไป และการผ่าตัดมิได้เป็นอันตรายต่อผู้ป่วย นินากษาว่าการผ่าตัดนั้นถูกต้องตามกฎหมาย เพราะเป็นการคัดสรรรวมทั้งมุ่งหมายเพื่อปรับผู้ป่วยให้ตรงกับเพศเชิงจิตใจ

ข้อหากระหนงที่สองเกี่ยวกับการคัดสรรกรรม L.Vega น้องชายของ M.Vega L.Vega เป็นชายในเชิง ใคร ไม ไท้มและมีอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกปกติ แม้ว่าจะมีหลักฐานการเสื่อมอยู่บ้าง Dr.Defazio ได้แย้งว่าผู้ป่วยมีลักษณะของรังไข่ร่วมอณฑะ (Ovotetis) และเขาควรจัดอยู่ในกรณีบุคคลสองเพศ (intersex) หรือกะเทย เนื่องจากพฤติกรรมของ L.Vega เหมือนสตรี ซึ่งเป็นลักษณะทางเพศของเขา จึงมีข้อโต้แย้งได้ว่าการผ่าตัดเพียงแต่ทำให้เขาเป็นบุคคลที่มี "ร่างกายและจิตใจเป็นเพศเดียวกันเชิงสังคม" (bio-psycho-sexo-socially) เท่านั้น

P.Rojo ผู้ป่วยคนที่สาม มีลักษณะของเพศแบบสตรี และแสดงลักษณะความเป็นสตรีมาตั้งแต่วัยเด็ก การทดสอบคลอริออร์ โมนแสดงถึงองค์ประกอบของทั้งสองเพศ แต่ Rojo มีอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกแบบชายและอยู่ในสภาพปกติ Dr.Defazio วินิจฉัยว่า Rojo เป็นกะเทยเนื่องจากมีทั้งอณฑะและรังไข่

ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาทั้งในคดี L.Vega และ P.Rojo ไม่มีหลักฐานของการประมาทเลินเล่อ (culpa) และไม่มีสิ่งใดแสดงถึงเจตนาที่จะทำอันตรายแก่ร่างกาย (dolus) แม้จะมีข้อสันนิษฐานว่า การที่ Dr.Defazio ตัดสินใจผ่าตัดนั้นผิด ศาลก็ไม่อาจพิพากษาให้เขามีความผิดทางอาญา สำหรับความผิดซึ่งเกิดขึ้นหลังจากการศึกษาและวินิจฉัยอย่างรอบคอบได้ เพราะเขาเชื่อมั่นจริง ๆ ว่าการทำคัดสรรกรรมเป็นสิ่งจำเป็น ศาลต้องระมัดระวังในการพิจารณาปัญหาเชิงแพทยที่ยากเหล่านี้ และปฏิเสธที่จะตัดสินใจในกรณีที่มีความเห็นทางการแพทย์ที่ขัดแย้งกัน ผู้พิพากษาเอสตีฟส์ (Judge Esteves) กล่าวว่า ศาลควรพิจารณาพัฒนาการด้านการแพทย์ใหม่ ๆ เกี่ยวกับบุคคลสองเพศ และให้ข้อสังเกตว่า อิทธิพลของทั้งสองเพศในบุคคลทุกคนเป็นข้อเท็จจริงทางชีววิทยา (biological fact)

สำหรับการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทยนี้ จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อทารกได้คลอดออกมาแล้ว และเมื่อทารกคลอดออกมานั้นจะต้องมีการแจ้งเกิด ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 มาตรา 11 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 234 ข้อ 3 ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 11 เมื่อมีคนเกิดให้แจ้งการเกิด ดังต่อไปนี้

(ก) คนเกิดในบ้าน ให้เจ้าบ้านแจ้งต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง แห่งท้องที่เกิด ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเกิด

(ข) คนเกิดนอกบ้าน ให้มารดาแจ้งต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง แห่งท้องที่เกิด หรือแห่งท้องที่จะพำนักได้ ในโอกาสแรกภายในสิบห้าวันนับแต่วันเกิด ในกรณีเจ้าบ้านไม่อาจแจ้งได้ตามกำหนดให้แจ้งภายหลังได้ แต่ต้องไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่อาจแจ้งได้

การแจ้งตาม (ก) และ (ข) ให้แจ้งตามแบบพิมพ์สูติบัตร"

ตามแบบพิมพ์สูติบัตรนั้น เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจะมีชื่อตัว ชื่อสกุล เพศชายหรือหญิง สัญชาติ และวันเวลาเกิด¹⁶⁰

ในกรณีที่เด็กเกิดมาอวัยวะเพศไม่ชัดเจนว่าเป็นเพศหนึ่งเพศใด (กะเทย) นั้น ผู้แจ้ง ไม่อาจตัดสินว่าเป็นหญิงหรือชาย จะแจ้งว่าไม่ทราบเพศหรือกะเทยจะ ได้หรือไม่

ศาสตราจารย์นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ เห็นว่าตามแบบพิมพ์สูติบัตรในช่อง เพศนั้นมีให้แจ้งแต่เพียงหญิงหรือชายเท่านั้น จะแจ้งเป็นอย่างอื่นน่าจะไม่ได้ ดังนั้นผู้แจ้งเกิดจึง ต้องแจ้งเป็นหญิงหรือชายไปก่อน เมื่อได้ปรึกษาแพทย์และแพทย์ได้แก้ไขกำหนดเพศให้แล้วหากไม่ ตรงกับเพศที่ได้แจ้งไว้ อาจขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการ ทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 234 ข้อ 7^{161, 162}

แต่อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวข้างต้นเคยมีตัวอย่างเกิดขึ้นในประเทศไทย และมีการแจ้งไว้ในสูติบัตรและสำมะโนครัวว่า "เด็กเพศไม่ปรากฏ" เนื่องจากเด็กที่เกิดมานั้นแรกคลอด มีอวัยวะเพศกำกวม ต่อมาแพทย์ได้ทำการผ่าตัดกำหนดเพศให้เป็นเพศชาย เมื่ออายุได้ 1 ปี 6

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การพิสูจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 135-136.

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

¹⁶² พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 234 ข้อ 7 มาตรา 22 บัญญัติว่า "ทะเบียนคนเกิด ทะเบียนคนตายหรือสูติบัตรและมรณบัตร ซึ่งได้ลงทะเบียนแล้ว และบัตรลูกตายในท้องจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่กำหนดในกฎกระทรวง"

เดือน และหลังผ่าตัดเด็กก็เจริญเติบโตเป็นปกติ และเมื่อเด็กอายุ 4 ปี ได้มาขอใบรับรองแพทย์ เพื่อใบแจ้งเพศที่แท้จริงที่อำเภอ แพทย์ได้จัดการตามคำร้องขอ¹⁰³

จะเห็นได้ว่า กรณีที่เด็กคลอดออกมาและมีลักษณะของอวัยวะเพศภายนอกกำกวม เป็นกะเทย ไม่อาจตัดสินได้ว่าเป็นเพศชายหรือหญิง ทางปฏิบัตินายทะเบียนยินยอมให้แจ้งไว้ในสูติบัตรและสำมะโนครัวได้ว่า "เด็กเพศไม่ปรากฏ" โดยไม่ต้องระบุว่า เป็นชายหรือหญิง ไปทันที ในขณะที่นั้น แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะแจ้งไว้ในสูติบัตรและสำมะโนครัวอย่างไร ก็สามารถขอใบรับรองจากแพทย์เมื่อได้มีการผ่าตัดกำหนดเพศแล้ว ไปขอแก้ไขเพศให้เป็นเพศที่แท้จริงต่อไปได้ถึง 2 กรณี

ในประเทศอังกฤษ การแจ้งเกิดต้องแจ้งภายใน 6 สัปดาห์ เมื่อปรากฏว่าเด็กที่เกิดไม่แน่ว่ามีเพศอะไร ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบและขอใช้ระยะเวลาการแจ้งเพศออกไปได้ถึง 3 เดือน เพื่อวินิจฉัยเพศให้แน่นอนเมื่อนั้นกำหนด 3 เดือนแล้ว ยังไม่อาจวินิจฉัยได้ นายทะเบียนอาจยืดเวลาได้ถึง 1 ปี¹⁰⁴

เพศที่ปรากฏในสูติบัตรและในทะเบียนบ้านนี้ ถือเป็นเพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคล¹⁰⁵

ดังนั้น เมื่อแพทย์ได้ทำการผ่าตัดกำหนดเพศในกะเทยแล้ว และปรากฏว่าเพศใหม่ที่เขาได้รับนั้น ไม่ตรงกับเพศที่ได้แจ้งไว้ในสูติบัตรดังกล่าว แพทย์ก็จะออกใบรับรองว่าผู้ป่วยมีเพศใหม่แล้ว เพื่อให้ผู้ป่วยนำไปแก้ไขทะเบียนบ้านและสูติบัตรต่อไป¹⁰⁶ และถือว่าผู้ป่วยนั้นมีเพศตามกฎหมาย เป็นเพศใหม่ตามที่ได้มีการแก้ไข โดยการผ่าตัดกำหนดเพศดังกล่าวด้วย

¹⁰³ ชนิกา ตูจินดา และ ไพรซ์ ไชยะกุล, "การเลือกเพศให้เหมาะสมในเวชปฏิบัติ," แพทยสาร 11 (มิถุนายน 2525) : 198.

¹⁰⁴ C. J. Dewhurst: and R. R. Gordon, The Intersexual Disorders, pp. 33-34.

¹⁰⁵ วิฑูรย์ อังประพันธ์, "การพิสูจน์เพศ (Sex Identification)", หน้า 136.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

สำหรับการผ่าตัดแปลงเพศในบุคคลสองเพศนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าจะมีความถูกต้องตามกฎหมายเพียงใด นับตั้งแต่ปัญหาว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเลือกเพศของตนได้เองตามใจสมัคร โดยการขอเข้ารับการผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ การผ่าตัดแปลงเพศแม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแพทย์จะมีความรับผิดชอบทางอาญาประการใดหรือไม่ การผ่าตัดแปลงเพศเป็นการบำบัดรักษาโรคตามกฎหมายหรือไม่ เพศตามกฎหมาย (legal sex) ของบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วเป็นอย่างไร การแก้ไขสูติบัตร ทะเบียนบ้าน และเอกสารอื่น ๆ จะสามารถทำได้เพียงใดในทางกฎหมาย และนอกจากนี้ยังมีปัญหาว่า บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะได้รับความคุ้มครองตลอดจนมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศตามกฎหมาย (legal sex) เพียงใด ซึ่งปัญหาทางกฎหมายเหล่านี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่น่าสนใจ และจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์วิจัยถึงปัญหาเหล่านี้อย่างรอบคอบ และเป็นปัญหาทางด้านกฎหมายที่ใช้หลักในการวินิจฉัยที่แตกต่างกัน และผลของการวินิจฉัยปัญหาก็จะแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งผู้เขียนจะยังไม่ตอบคำถามเหล่านี้ในบทนี้ แต่จะวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ที่ละปัญหาในบทต่อ ๆ ไป ตามลำดับ

7. ข้อคิดค้นและข้อสันนิษฐาน ในการผ่าตัดแปลงเพศ

7.1 ข้อคิดค้น

7.1.1 การยอมให้มีการผ่าตัดแปลงเพศและยอมรับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศว่าเป็นเพศใหม่นั้น จะเป็นตัวอย่างที่ไม่ดีแก่เด็กและเยาวชนและผู้อ่อนแอไร้สติปัญญาได้ โดยบุคคลเหล่านี้อาจถูกชักจูงให้หลงไปกับพฤติกรรมที่ผิดปกติของบุคคลสองเพศได้ และอาจทำให้เด็กและเยาวชนเห็นว่าการผ่าตัดแปลงเพศเป็นสิ่งที่ถูกต้องทั้งในด้านสังคมและกฎหมาย¹⁶⁷

7.1.2 ในกรณีที่มีการผ่าตัดแปลงเพศให้กับบุคคลสองเพศแล้วจะแน่ใจได้อย่างไรว่าสังคมจะยอมรับบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วว่าเป็นเพศใหม่ตามที่เขาต้องการ และบุคคลที่ผ่าตัด

¹⁶⁷ รวงผล เจริญพันธ์, "ปัญหากฎหมายครอบครัวและกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการผ่าตัดแปลงเพศในประเทศไทยที่ใช้คอมพิวเตอร์", หน้า 413.

แปลงเพศแล้วจะสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมของเพศใหม่ได้อย่างปกติสุข^{1๕๘}

7.1.3 บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจ โดยเฉพาะปัญหาในด้านการจ้างแรงงาน ชายที่แปลงเพศเป็นหญิงหรือหญิงที่แปลงเพศเป็นชายจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเพียงใด การเกษียณอายุสำหรับการจ้างงานสำหรับบุคคลเหล่านี้จะยึดถือหลักเกณฑ์ใด^{1๕๙}

7.1.4 หลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาว่าบุคคลคนหนึ่งจะเป็นบุคคลแปลงเพศหรือไม่ และบุคคลนั้นสมควรได้รับการผ่าตัดแปลงหรือไม่ ยังไม่เป็นที่แน่นอนและชัดเจนอย่างเพียงพอ ซึ่งอาจเป็นทางเลือกให้บุคคลบางจำพวกพลวโอกาสเอาหลักเกณฑ์ที่ไม่แน่นอนนั้นมาขอรับการผ่าตัดแปลงเพศเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบได้ เช่น เพื่อการค้าประเวณี เป็นต้น^{1๖๐}

7.1.5 การแก้ไขความผิดปกติทางจิตใจของบุคคลแปลงเพศนั้นควรต้องแก้ไขที่สาเหตุที่ทำให้เกิดความผิดปกติดังกล่าว^{1๖๑}

7.1.6 ในทางศาสนานั้น หญิงที่แปลงเพศเป็นชายไม่อาจบวชในพระภิกษุศาสนาได้ เพราะพระวินัยข้อที่ว่า ผู้ที่จะบวชได้ต้อง "เป็นชาย" นั้นต้องเป็นชายโดยกำเนิด และมีคุณสมบัติที่ผู้ชายทั้งหลายจะพึงมี จึงจะถือว่าถูกต้องตามพระวินัย^{1๖๒}

^{1๕๘}J. Hoening ; J.Kenna;and Ann Youd, "Social and Economic Aspects of Transsexualism," British Journal of Psychiatry 117 (1970) : 168.

^{1๕๙}L. Anita Richardson, "The Challenge of Transsexuality : Legal Responses to an Assertion of Rights," Northern Illinois University Law Review (winter 1983) : 125-127.

^{1๖๐}Robert J. Stoller, "A Biased View of "Sex Transformation" Operations," The Journal of Nervous and Mental Disease 149 (October 1969) : 313.

^{1๖๑}สุด แสงวิเชียร, "แปลงเพศ", หน้า 71.

^{1๖๒}สัมภาษณ์ พระราชันนทภูมิ ใน "หญิงทำชายเทียมหรือคนสองเพศ", หน้า 23-25.

7.2 ข้อสนับสนุน

7.2.1 โดยที่ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ถือว่าโรคหลงเพศเป็นโรคชนิดหนึ่งที่ต้องมีการบำบัดรักษาและวิธีการบำบัดรักษาที่ได้ผลดีที่สุดในปัจจุบันก็คือการทำศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศ มิฉะนั้นจะเกิดผลเสียแก่ผู้ป่วยและสังคมเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ดี แพทย์จะตัดสินใจทำการผ่าตัดแปลงเพศให้กับบุคคลที่เป็นโรคหลงเพศได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลสำคัญและมีปัจจัยความพร้อมพื้นฐานสำหรับบุคคลนั้นพอสมควร โดยจะต้องผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์และแพทย์ผู้เชี่ยวชาญสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ มิใช่ว่าบุคคลหลงเพศทุกคนจะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศทุกกรณีไป เมื่อมีความจำเป็นดังกล่าวแล้ว สมควรที่กฎหมายควรจะยอมรับการผ่าตัดแปลงเพศ และรับรองสถานะใหม่ของผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว เช่นเดียวกับการยอมรับการผ่าตัดเพื่อบำบัดรักษาโรคอื่น ๆ

7.2.2 บุคคลหลงเพศเป็นผู้ที่ได้รับการกรรมและความลำบากมาตั้งแต่กำเนิดแล้ว สมควรที่กฎหมายจะยอมรับให้บุคคลเหล่านั้นได้รับความชอบธรรมในฐานะพลเมืองคนหนึ่ง โดยการรับรองสถานะของบุคคลเหล่านั้นว่า เป็นเพศใหม่ตามที่เขาต้องการ¹⁷³

7.2.3 บุคคลหลงเพศทั้งที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว และยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศ ก็ไม่ได้ทำอันตรายหรือความเสียหายให้กับบุคคลอื่นหรือสังคม¹⁷⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷³ เอื้อ บัวสว่าง ใน "หญิงทำชายเทียมหรือคนสองเพศ", หน้า 23.

¹⁷⁴ Julius Hoenic, "The Legal Position of the Transsexual : Mostly Unsatisfactory Outside Sweden," Canadian Medical Association Journal 116 (5 February 1977) : 321.